

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 8 - 2023



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 8–2023



Universidad Monteávila



CIERC

Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

© **Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila**

Reservados todos los derechos

Principia No. 8-2023 / julio 2023

Envío de convocatoria enero de 2023

Recepción de artículos junio de 2023

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN-L: 2739-0055

ISSN: 2739-0055 (En línea)

ISSN: 2790-377X (Impresa)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de controversias. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

web: www.cierc.com

DIRECCIÓN DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S.
Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano
Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Carieles Bolet
Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio
Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

Estimados lectores,

¡Bienvenidos a *Principia* 8!

Nos complace presentarles la octava edición de *Principia*, la cual cuenta con una selección de artículos y una entrevista que abordan diversos temas de interés en el ámbito académico y profesional del arbitraje y la resolución de controversias.

En primer lugar, les presentamos una entrevista a José Pedro Barnola Jr. y Carol Jiménez López ganadores del Premio Rodger Farrell, quienes también han cursado el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (“PREA Arbitraje”) del CIERC. Se indagará sobre el papel de la formación académica en el éxito de sus investigaciones y los desafíos que enfrentan como investigadores en el campo del arbitraje.

les presentamos el artículo de Andrés Gerónimo Hernández Estévez, que analiza el crecimiento global del financiamiento de terceros en el arbitraje internacional. El autor examina la legislación y los desafíos asociados a esta práctica, así como las tendencias hacia la creación de estándares mínimos que regulen los acuerdos de financiamiento.

En segundo lugar, encontramos el artículo de Mercedes Lovaglio Rivas, que se centra en las expectativas legítimas dentro del estándar de trato justo y equitativo en el derecho internacional de las inversiones. El artículo ofrece una reflexión profunda sobre la estabilidad del marco regulatorio de los Estados y su relación con las expectativas de los inversores internacionales.

Continuando con nuestra selección, el artículo de Sophie Nappert y Mihaela Apostol analiza el impacto de los activos digitales y los contratos inteligentes en el contexto social, económico y legal actual. El artículo aborda tanto los aspectos sustantivos, como el estatus legal de los activos digitales y las implicaciones fiscales y de propiedad intelectual, como los aspectos procedimentales, incluyendo los métodos de notificación adaptados al ritmo acelerado y la anonimidad del mercado de las nuevas tecnologías.

Además, presentamos el artículo de Sebastiano Nessi y Maria Eugenia Piacquadio, que explora el rol y los deberes de los peritos en el arbitraje internacional, centrándose en

los peritos designados por las partes. El artículo analiza las normas desarrolladas en el arbitraje internacional en relación con la independencia e imparcialidad de los peritos, así como las metodologías utilizadas para verificar su independencia.

Por último, nos complace presentar el artículo de Yael Ribco Borman y Pilar Álvarez, que realiza un análisis de la jurisprudencia arbitral reciente en relación con alegaciones de corrupción en disputas comerciales en Latinoamérica. Los autores examinan estas controversias a la luz de las ideas y reflexiones del Profesor Emmanuel Gaillard sobre las respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje. Este artículo pone de relieve la competencia de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre alegaciones de corrupción y destaca el papel activo que han asumido en la lucha contra esta problemática.

Esperamos que esta edición de *Principia*, con su variedad de temas y enfoques, sea de gran interés y utilidad para todos nuestros lectores. Agradecemos a los autores por sus valiosas contribuciones y al equipo editorial por su dedicación en la realización de esta publicación.

Disfruten de la lectura. ¡Nos vemos en el No. 9!

Magdalena Maninat Lizarraga
Directora Editorial de *Principia*

Contenido

El Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje y la investigación de sus estudiantes

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a José Pedro Barnola Jr. pág 1

El Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje y la investigación de sus estudiantes

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Carol Jiménez López Pág 7

Estándares mínimos y buenas prácticas en los acuerdos de financiamiento por terceros en el arbitraje internacional

Andrés Gerónimo Hernández Estévez pág 11

Análisis del marco regulatorio del Estado receptor como fuente de las expectativas legítimas de los inversores en el arbitraje de inversiones

Mercedes Lovaglio Rivas pág 33

How national courts in several jurisdictions are approaching the emerging field of Digital Assets litigation

Sophie Nappert y Mihaela Apostol pág 67

La relevancia de la independencia e imparcialidad de los peritos en el arbitraje internacional

Sebastiano Nessi y Maria Eugenia Piacquadio pág 95

Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: un análisis de la jurisprudencia arbitral a la luz de la doctrina del profesor Emmanuel Gaillard

Yael Ribco Borman y Pilar Álvarez Pág 115

Normas Editoriales de Principia

pág 149

El Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje y la investigación de sus estudiantes

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a José Pedro Barnola Jr.*

Principia No. 8–2023 pp. 1-5

1. ¿Qué le motivó a participar en el Premio Rodger Farrell? ¿Qué relación tuvo el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) en su decisión?

La motivación y la relación del PREAA con mi participación en la edición 2021 del Premio Rodger Farrell son directas. Ese año comencé el PREAA en la 2ª Cohorte y mi línea de investigación fue principalmente el arbitraje de inversión. Estoy especialmente agradecido con mi apreciado profesor Ramón Escobar Alvarado, que imparte la materia “Teoría General del Arbitraje”. Él nos animó a sus alumnos a participar en el Premio Rodger Farrell con los trabajos de evaluación de su materia. Por otra parte, el también apreciado profesor Fernando Sanquírigo, que imparte la materia “Introducción a los MARCs”, me dio excelentes sugerencias y comentarios sobre la línea de investigación. Mi trabajo se titula “Principios de

planificación de Arbitraje de Inversión en Latinoamérica” y está inspirado en mi experiencia del ejercicio profesional y en mi línea de investigación del PREAA. Es una defensa documentada de los principios de libertad económica y propiedad privada desde la perspectiva del ejercicio profesional de los abogados consultores y litigantes que asesoran a inversionistas extranjeros. El trabajo tiene un enfoque regional y analiza la planificación del arbitraje de inversión como una herramienta valiosa para gestionar el riesgo país.

2. Como ganador del Premio Rodger Farrell y egresado del PREAA, ¿cómo describiría la experiencia global y el valor agregado de haber participado en ambos?

La experiencia en el PREAA fue magnífica y mi línea de investigación está, como indiqué, estrechamente relacionada con el tema de mi trabajo. El pensum del PREAA es muy completo

* Abogado cum laude, UCAB (1993), Especialización en Derecho Tributario cum laude, UCV (1999), tesis aprobada con mención honorífica y publicación. Examen General para el Egreso de la Licenciatura en Derecho, Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior, México (2020). Revalidación de la Licenciatura en Derecho y Cédula Profesional, Secretaría de Educación Pública, México (2021). Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022). Ganador del Premio Rodger Farrell, Mención Profesional (2021). Exprofesor en los cursos de postgrado de la UNIMET, la UCV y la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública. Consultor, litigante y árbitro

y los alumnos tienen un alto nivel. Los profesores, en términos beisbolísticos, son todos cuartos bates: Los profesores Escobar Alvarado y Sanquírigo, ya mencionados, y los profesores Adriana Vaamonde, Claudia Madrid Martínez, Milagros Betancourt C., María Eugenia Salazar Furiatti, Pedro Rengel Núñez, Carmine Pascuzzo, Ricardo Chirinos, Diego Castagnino y José Ignacio Hernández G. A ellos se unieron estupendos profesores invitados, como Luis Ernesto Rodríguez, Mario Brando y Rafael Gely, este último de la Universidad de Missouri. Me gustó mucho el doble enfoque de todos los profesores del PREAA: La investigación académica de la mano con la aplicación práctica del Derecho.

3. En su opinión, ¿cuál es la importancia de competir en premios de investigación como el Premio Rodger Farrell?

Los premios de investigación como el Premio Rodger Farrell son excelentes foros para autores consagrados y canteras para autores nuevos. Los abogados somos la primera y última línea de defensa del Estado de Derecho y del estudio y la investigación dependen en buena medida el futuro, la excelencia profesional y académica y el cambio que todos queremos.

4. ¿En qué medida el conocimiento adquirido en el PREAA influyó en la formulación y desarrollo de su

proyecto de investigación para el Premio Rodger Farrell?

La influencia fue directa. El trabajo que presenté para el Premio Rodger Farrell y los posteriores trabajos que he publicado en materia de MARCs versan sobre temas que investigué en el PREAA.

Un hecho que demuestra la relevancia actual del PREAA en la investigación del arbitraje es que los ganadores del Premio Rodger Farrell en la categoría profesional de 2022 (Carol Jiménez López) y 2021 (un servidor), somos alumnos de la 2ª Cohorte del PREAA. Además, la mención especial en la categoría profesional del Premio de 2021 la ganó otro querido compañero de la 2ª Cohorte, Juan Bautista Carrero.

5. ¿Considera que la experiencia de participar en el Premio Rodger Farrell y el PREAA contribuyó a fortalecer sus habilidades como investigador en el campo del arbitraje?

Definitivamente. Mi área de especialidad ha sido tradicionalmente derecho fiscal, incluyendo litigio. Trabajé muchos años en una firma internacional, la mitad de ellos como socio, y participé en varios arbitrajes de inversión. En 2021 me independicé y atiendo asuntos de Venezuela y México. Conforme fui adquiriendo experiencia, empecé a manejar proyectos multidisciplinarios y multijurisdiccionales

liderando equipos de alto desempeño. Trabajo mi área natural, obviamente, pero también tengo que ver las otras áreas del derecho como responsable del producto final, lo que me permite una invaluable visión de conjunto. Siempre he pensado que una ventaja del derecho fiscal es su versatilidad, porque debe estudiar y conocer las instituciones de las otras ramas jurídicas para determinar sus consecuencias fiscales. La experiencia del PREAA y el Premio Rodger Farrell ampliaron y complementaron mi ejercicio profesional y mi investigación académica.

6. ¿Cuál ha sido el impacto más significativo que ha tenido en su carrera profesional haber ganado el Premio Rodger Farrell?

Después de ganar el Premio recibí amables invitaciones y publiqué artículos en esta revista *Principia*, *Preámbulo* (el anuario del PREAA, cuyo primer número salió este año y del cual soy parte del Comité Editorial) y la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, todos editados por el CIERC; el *Boletín Latinoamericano de Mediación y Arbitraje* del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el *World Arbitration and Mediation Review* de la Universidad Internacional de Florida. También fui entrevistado en el programa “Aquí se habla legal” (<https://www.instagram.com/aquisehablalegal/?hl=es>),

que hace una importante labor de difusión del ejercicio de la abogacía. En el ámbito profesional, quiero pensar que el Premio contribuyó al comienzo de mi carrera como árbitro.

7. ¿De qué manera considera que el Premio Rodger Farrell ha contribuido a la promoción de la investigación en arbitraje?

El saber engendra saber. El Premio Rodger Farrell es un foro muy importante para divulgar la investigación en arbitraje.

8. ¿Cuáles son las razones por las que sugeriría participar en el PREAA?

En adición a las bondades ya mencionadas, el PREAA es el único programa en su tipo en Venezuela y un líder en la región. Además, la Universidad Monteávila celebró en 2022 un convenio con la Universidad de Missouri, la cual tiene uno de los pocos LLMs sobre MARCs en los EE.UU. El convenio reconoce a los egresados del PREAA la reválida de todas o un buen número de materias y concede descuentos en las matrículas a efectos del LLM, que es virtual. Hoy día varios egresados de la 1ª y 2ª Cohortes del PREAA están cursando ese LLM.

9. ¿Cuáles son los principales desafíos que enfrentó como investigador en el campo del arbitraje?

Tuve dos retos principales. El primero, conseguir un tema y un enfoque novedosos, ya que existe abundante, reputada y profunda doctrina en materia de MARCs, nacional y extranjera. Los profesores del PREAA nos recomendaron, sabia y acertadamente en mi opinión, que para los trabajos finales de cada materia pensáramos en un problema y sus posibles soluciones, siempre teniendo presente el doble enfoque académico y práctico del PREAA.

Por eso dediqué muchas horas solo a pensar el tema y el enfoque de la investigación y luego a leer.

Mi difunto padre, José P. Barnola Quintero, era mi referente en la academia y el ejercicio. Le pedí que leyera la versión final del trabajo para asegurarme de que no hubiese algún disparate o error de dedo y me satisfizo cuando me dijo que le había gustado mucho el enfoque y que no lo había visto en la doctrina.

El segundo reto fue el límite de 20 páginas establecido para la extensión del trabajo, que a primera vista puede parecer una camisa de fuerza, pero tiene una justificación evidente. Para eso seguí la recomendación que leí hace muchos años de Thomas Jefferson sobre el estudio y resumen de la jurisprudencia, que siempre trato de poner en práctica y que me permito citar con el permiso de ustedes, porque es importante acudir a las fuentes: “*In*

reading the Reporters, enter in a commonplace book every case of value, condensed into the narrowest compass possible, which will admit of presenting distinctly the principles of the case... This operation is doubly useful, inasmuch as it obliges the student to seek out the pith of the case, and habituates him to a condensation of thought, and to an acquisition of the most valuable of all talents, that of never using two words where one will do. It fixes the case, too, more indelibly in the mind.” (v. Willard Sterne Randall, Thomas Jefferson. A life, Harper Perennial, N.Y., 1994, p. 52.)

10. ¿Por qué recomendaría a otros investigadores participar en premios de investigación?

Pienso que el estudio y la investigación son temas de vocación y curiosidad intelectual. Para los investigadores ciertamente recomiendo participar en premios de investigación.

Además de la emoción de la competencia y del esfuerzo intelectual, tendrán un medio para difundir su pensamiento.

Aprovecho la pregunta para dar varias recomendaciones a las nuevas generaciones de abogados como ustedes en el Comité Editorial de *Principia*, que son el futuro, basado en mi experiencia de unas cuantas horas de vuelo y que no siempre son obvias:

Estudien los temas técnicos de la profesión y de sus áreas de especialización, pero no olviden otras áreas del saber que son muy útiles para el ejercicio. No es necesario estudiar otra carrera, pero deben manejar la terminología y los principios básicos.

Aprendan habilidades blandas (soft skills), como la inteligencia emocional.

Aprendan otros idiomas, ya que eso les abrirá el horizonte a otras culturas e idiosincrasias.

Aprendan a manejar las tecnologías de la información. Hoy en día eso equivale a la alfabetización de otros tiempos. Cada día hay más automatización en los procesos, lo cual está llegando a nuestra profesión con la inteligencia artificial, incluyendo los contratos inteligentes.

Aprendan oratoria, negociación, publicidad y mercadeo, gerencia y administración, interpretación de estados financieros y gerencia de recursos humanos. Los abogados somos muy formales y las leyes del ejercicio de la profesión reflejan esa majestad. En la facultad o en los postgrados, sin embargo, todavía no nos enseñan a conseguir clientes, preparar una propuesta de honorarios, hacer y cobrar una factura, gerenciar un despacho, liderar un equipo de alto desempeño o manejar un cliente descontento, por mencionar algunos temas que considero relevantes. Pero

son cuestiones del día a día en el ejercicio profesional.

El Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje y la investigación de sus estudiantes

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Carol Jiménez López*

Principia No. 8–2023 pp. 7-9

1. ¿Qué le motivó a participar en el Premio Rodger Farrell? ¿Qué relación tuvo el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) en su decisión?

La motivación inicial para participar en el Premio Rodger Farrell vino de parte de uno de los profesores que tuve en el primer trimestre del PREAA, el profesor Ramón Escovar Alvarado. Él nos motivó a todos los alumnos a participar en la primera edición del Premio.

En lo particular para esa primera edición postulé uno mis trabajos incipientes preparados para el PREAA. Para la segunda edición del Premio ya estaba motivada en volver a participar. El reto estaba en generar un artículo de calidad para postular en esa oportunidad. Para egresar del PREAA se exige no solamente la aprobación de todas las materias, sino también la redacción de un trabajo final relacionado con el área de estudio. Así que para la segunda edición del

Premio me propuse enviar el trabajo final del PREAA -si y sólo sí, me sentía cómoda con su versión definitiva-. Así lo hice. La guiatura de ese trabajo final dentro del Programa estuvo a cargo del profesor Fernando Sanquírigo Pittevil. La verdad es que todos los profesores del PREAA estimularon la investigación académica y la redacción de artículos de calidad científica durante todo el Programa.

En definitiva, hablar del Premio Rodger Farrell es hablar estrechamente del PREAA.

2. Como ganador del Premio Rodger Farrell y egresado del PREAA, ¿cómo describiría la experiencia global y el valor agregado de haber participado en ambos?

La experiencia en ambos, aunque retadora, fue gratificante. Del PREAA no sólo expandí mis conocimientos sobre el arbitraje y otros medios de resolución de conflictos, sino que también conocí profesores invaluable y colegas de admirar.

* Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019). Diploma en Contrataciones Internacional y Arbitraje, Universidad Metropolitana (2020). Estudios Avanzados en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Socia -40 del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje. Actualmente se desempeña como abogada junior en el departamento de Litigio y Resolución de conflictos del despacho de abogados Aspen Legal ubicado en Caracas, Venezuela.

Como lo dije en otra entrevista, el Premio Rogder Farrell me mostró que existen muchos venezolanos impulsando y trabajando en pro de los medios de resolución de controversias, tanto dentro como fuera del país.

Ambos incrementaron en mí la curiosidad investigativa.

3. En su opinión, ¿cuál es la importancia de competir en premios de investigación como el Premio Rogder Farrell?

La importancia radica en que al competir ponemos a prueba nuestras investigaciones y dando a conocer nuestras ideas frente al jurado y la comunidad académica. Por ejemplo, a mí me dejó gran satisfacción el saber que el tema que tanto interés me despertó, también es de interés para la comunidad jurídica, y que además representa una contribución en la lucha que debemos hacer frente a las malas prácticas dentro del arbitraje.

4. ¿En qué medida el conocimiento adquirido en el PREAA influyó en la formulación y desarrollo de su proyecto de investigación para el Premio Rogder Farrell?

En gran medida.

Mi proyecto de investigación titulado “El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delitos” postulado en el año 2022 para el Premio, como ya les comenté se trató del trabajo final con el cual egresé del PREAA. Sin em-

bargo, esa línea investigativa y mi curiosidad por los temas de confidencialidad, corrupción, soborno y otros delitos en el arbitraje, surgió en una materia del segundo trimestre del PREAA impartida por el profesor Diego Thomás Castagnino.

De esa materia surgió un artículo que tuvo por título final “Límites al deber de confidencialidad de los árbitros”. Diría que ese trabajo es el antecedente al proyecto de investigación ganador del Premio Rogder Farrell, ya que con la investigación para ese trabajo se me generaron más dudas de las que tenía inicialmente, y las respondí en el proyecto de investigación del Premio. Por cierto, dicho artículo precedente fue publicado en la edición N° 6 de esta revista (Principia).

5. ¿Considera que la experiencia de participar en el Premio Rogder Farrell y el PREAA contribuyó a fortalecer sus habilidades como investigador en el campo del arbitraje?

Sin duda sí. El PREAA fue gran promotor del desarrollo de las habilidades en investigación y en la formación de metodología en la redacción científica. Tanto el Premio como el Programa incentivan a identificar problemáticas actuales del arbitraje y otros MARC para proponer posibles mejoras y soluciones.

6. ¿Cuál ha sido el impacto más significativo que ha tenido en su

carrera profesional haber ganado el Premio Rodger Farrell?

Con el Premio Rodger Farrell obtuve una membresía al Club Español e Iberoamericano del Arbitraje que me ha permitido conocer y conectarme con profesionales excepcionales. Aprender de ellos es un valor más que agregado a mi carrera profesional.

7. ¿De qué manera considera que el Premio Rodger Farrell ha contribuido a la promoción de la investigación en arbitraje?

El Premio Rogder Farrell contribuye en buena manera con la promoción no sólo de la investigación en arbitraje, sino también de todos los medios de resolución de controversias, tanto dentro como fuera del país.

El arduo trabajo y dedicación invertidos en la organización de un concurso de investigación como el Premio Rodger Farrell, incluso a la hora de ubicar a jurados destacados para la evaluación de los trabajos postulados, ameritan gran distinción.

8. ¿Cuáles son las razones por las que sugeriría participar en el PREAA?

Enumeraré tres razones:

La primera, la expansión del conocimiento –teórico y práctico– en arbitraje y otros medios de resolución de conflicto de la mano de un pensum actualizado.

La segunda, la calidad profesoral con la que cuenta el Programa.

Y por último, la posibilidad de optar por una Maestría en Resolución de Controversias a través del convenio que tiene la Universidad Monteávila con la Universidad de Missouri.

9. ¿Cuáles son los principales desafíos que enfrentó como investigador en el campo del arbitraje?

El sentir la necesidad de revisar los criterios de todos los autores que han escrito acerca de los temas investigados, a los fines de formar un criterio propio con fundamento científico o bien sustentar algún punto de vista que ya tenía definido. La información es abundante en la materia y navegar en ella puede ser una tarea infinita.

10. ¿Por qué recomendaría a otros investigadores participar en premios de investigación?

Además de la experiencia competitiva, lo recomiendo porque pone a prueba el desarrollo de nuestro sentido crítico sobre los temas que investigamos, nos despierta el sentido propositivo para responder a las interrogantes que surgen de la investigación y, en consecuencia, nos anima a querer formar parte del grupo de personas que transforman los problemas en soluciones.

Estándares mínimos y buenas prácticas en los acuerdos de financiamiento por terceros en el arbitraje internacional

Andrés Gerónimo Hernández Estévez*

Principia No. 8–2023 pp. 11-31

Resumen: Dado el crecimiento a nivel mundial de la financiación de terceros en arbitraje internacional, se ha comenzado a desarrollar legislación que regule esta materia, principalmente en los países y territorios anglosajones (Reino Unido, Australia, Estados Unidos y Hong Kong). De igual forma, los centros de arbitraje de estos países se han encargado de generar normativas que permitan fijar regulaciones en este tipo de relaciones. El objetivo del trabajo consiste en abordar el funcionamiento del financiamiento por terceros o Third Party Funding (TPF), su regulación, sus desafíos y las tendencias globales hacia la creación de estándares mínimos que regulan la estructura, el contenido y el alcance de los acuerdos de financiamiento. Estos aspectos son fundamentales para sentar las bases de una relación favorable, dejando claras las responsabilidades, limitantes, beneficios y alcance de las partes, evitando posibles conflictos en un futuro entre el financiador y el financiado. Estos estándares deben estar dirigidos a tres factores prioritarios: establecer claramente el objeto del acuerdo; establecer cláusulas de confidencialidad; establecer cláusulas de terminación y resolución de controversias.

Abstract: Given the worldwide growth of third-party funding in international arbitration, legislation has begun to regulate this matter, mainly in Anglo countries and territories (United Kingdom, Australia, United States and Hong Kong). In the same way, the arbitration centers of these countries have overseen generating regulations that allow the setting of regulations in this type of relationship. The objective of the work is to address the operation of financing by third parties or Third-Party Funding (TPF), its regulation, its challenges and global trends towards the creation of minimum standards that regulate the structure, content and scope of this financing agreements. These aspects are essential to lay the foundations of a favorable relationship, making clear the responsibilities, limitations, benefits, and scope of the parties, avoiding possible conflicts in the future between the funder and the funded party. These standards should be

* Socio del Escritorio Estévez, Misle & Asociados (desde el 2016). Licenciado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (2001), con Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración en Universidad Central de Venezuela (2022), y Master en Derecho de Negocios Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid (2007). Abogado Senior con amplia experiencia en Derecho Corporativo y Comercial, Propiedad Intelectual, Gerencia Litigios y complejos contratos comerciales, con trayectoria en empresas de consumo masivo, habiendo ejercido los cargos de Legal Manager Venezuela & Middle Americas Antitrust Expertise Group Leader en Unilever Andina Venezuela, S.A. y de Gerente de Asuntos Legales en Nestlé Venezuela, S.A.

directed at three priority factors: clearly establish the object of the agreement; establish confidentiality clauses; establish termination clauses and dispute resolution.

Palabras Claves: Arbitraje internacional | Financiamiento de terceros | Estándares mínimos

Keywords: International arbitration | Third-party funding | Minimum standards

Sumario: I. Introducción, II. Aproximación al financiamiento por terceros o Third-Party Funding (TPF) en el arbitraje comercial internacional, A. Concepto y funcionamiento del financiamiento por terceros o TPF, B. Características legales de este concepto, los pros y los contras de su uso en la práctica, III. Escasa regulación sobre el financiamiento por terceros o TPF, sus desafíos y las áreas de preocupación que pueden ser identificadas, IV. Tendencias globales hacia la creación de estándares mínimos que regulan la estructura, contenido y alcance de los acuerdos de financiamiento, A. Objeto del Acuerdo, B. Obligaciones de las partes, C. Garantía y control sobre el proceso, D. Confidencialidad del acuerdo, E. Conflicto de intereses, F. Cláusulas de terminación y resolución de controversias, V. Conclusiones

I. Introducción

Las particularidades del desembolso de costos iniciales, ausentes en otros mecanismos de solución de controversias¹, además de la carencia de recursos de algunas personas para responder ante los honorarios profesionales, el costo del arbitraje² e incluso la pérdida de la demanda, representan un gran riesgo económico que en ciertos casos el demandante no está dispuesto a asumir. En estos casos existe la posibilidad de suscri-

bir un acuerdo de financiamiento con un grupo de inversionistas³ que ofrecen pagar los honorarios y costos del litigio a cambio de un porcentaje de las resultas. Esto es denominado financiamiento por terceros o Third Party Funding (TPF) de los arbitrajes, una figura jurídica que viene desarrollándose considerablemente a nivel mundial.

Recientemente se ha observado la aparición y rápido desarrollo del financiamiento por terceros o Third Party Fun-

¹ Según el diccionario de términos de comercio del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE) de la Organización de los Estados Americanos, la resolución alternativa de controversias se define como el “procedimiento de solución de controversias, por medios alternativos a un litigio, tales como arbitraje, mediación, o juicio abreviado.”

² El Dr Hernando Díaz-Candia en su trabajo Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica publicado en la Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 413–442, define arbitraje ordinario como “una institución jurídica con antecedentes en métodos políticos de resolución de conflictos entre comerciantes, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, por el consentimiento de las partes y en concurrencia con la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante un conflicto con la aplicación de normas o principios preexistentes. El arbitraje no es excepcional ni está supeditado jerárquicamente al Poder Judicial. Debe conservar ciertas propiedades que lo caracterizaron en su origen y que lo deben diferenciar del funcionamiento de procesos judiciales; en particular, la flexibilidad en la interpretación y extensión, subjetiva y material, de los acuerdos de arbitraje, en la valoración de las pruebas, y –en general– en el método de razonamiento jurídico.”

³ A nivel regional en Latinoamérica, opera en Perú el Lex Finance, que se define como el primer fondo de inversión en arbitrajes enfocado en Latinoamérica e Iberoamérica. Han surgido, asimismo, servicios complementarios de compañías bróker que facilitan a los clientes el acceso a los diversos TPF, por ejemplo, Claim Trading.

ding (TPF) en el arbitraje internacional. Hasta la fecha, el financiamiento por terceros en el arbitraje internacional ha funcionado adecuadamente sin una regulación prolifera, a pesar de que poco a poco, algunos Estados⁴ e instituciones arbitrales⁵ están introduciendo modificaciones legislativas y enmendando sus reglamentos con la finalidad de regular esta figura.

Hoy en día la regulación sobre esta materia sigue siendo escasa, pero dado el aumento del número de casos financiados, el número de nuevos financiadores⁶ que ingresan al mercado y la globalización de la industria, puede haber motivos para la introducción de una regulación externa. Sin embargo, la preocupación deriva del posible establecimiento de estándares distintos en diferentes jurisdicciones, que a su vez poseen diferentes reglas arbitrales; por lo cual sería deseable apuntar hacia la creación de estándares mínimos comunes.

Esta falta de regulación engloba varios inconvenientes: i) los conflictos de interés y la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral; ii) la posible ruptura de la confidencialidad en el arbitraje; y iii) la estruc-

tura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento. Este último amerita un particular análisis, pues dependiendo de la estructura, el contenido y el alcance que las partes definan en el acuerdo de financiamiento, muchos de los inconvenientes que pudiesen suscitarse por la falta de regulación podrían ser solventados en dicho acuerdo.

A pesar de que cada acuerdo de financiamiento es único y se adapta a los requerimientos del cliente, el financiador y el abogado involucrado; la creación de normas de referencia basadas en el conocimiento acerca de los acuerdos de financiamiento y las leyes nacionales en relación al financiamiento por terceros reduce la incertidumbre que surge ante la falta de regulación. La esperanza es que, al proporcionar una línea de base para el financiamiento por terceros, los reguladores puedan empujar a los actores hacia comportamientos óptimos para garantizar la integridad del sistema de resolución alternativa de controversias.

Por ello la recomendación de regular la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento, mediante normas básicas que garanticen su ejecución a través de leyes, asociaciones priva-

⁴ En Junio de 2017, el órgano legislativo de Hong Kong aprobó la enmienda a la Ley de Arbitraje y Mediación, según la cual expresamente permite los acuerdos de financiamiento por terceros (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016.

⁵ En Junio de 2018, la Association of Litigation Funders of England & Wales elaboró el Code of Conduct for Litigation Funders, que establece los estándares de práctica y comportamiento que deben ser observados por los inversionistas.

⁶ Actualmente se cuenta un número aproximado de 80 instituciones dedicadas a esa actividad: Bentham IMF, Burford Capital Limited, Harbour Litigation Funding, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding, Calunius Capital, para nombrar solo algunas. Ver listado más completo en <http://third-party-funding.org/list-of-funders/>

das de TPF o asociaciones profesionales. Al crear algunos estándares básicos, se puede obtener información valiosa sobre acuerdos de financiamiento exitosos y alentar el crecimiento constructivo de la industria.

Procederemos a analizar la importancia, forma y viabilidad operativa de regular la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento por terceros en el arbitraje internacional, mediante principios y normas básicas sobre estándares mínimos que garanticen su ejecución y confiabilidad, desde la perspectiva de las recientes innovaciones y cambios introducidos por la comunidad del arbitraje comercial internacional. Adicionalmente analizaremos los problemas y posibles soluciones respecto a la falta de regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje comercial internacional como principal inconveniente que impacta en la ejecución de los acuerdos de financiamiento, con el objetivo de propiciar reglas básicas sobre su estructura, contenido y alcance, enfocado en: la independencia y obligaciones de las partes; garantía y control sobre el proceso; confidencialidad y conflicto de intereses; y determinar la institución a través de la cual se realizaría la regulación así como las ventajas y desventajas de cada institución reguladora.

El análisis de los aspectos señalados permitirá determinar si la regulación de la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento impulsará la utilización del arbitraje internacional como instrumento de resolución alternativa de controversias.

II. Aproximación al financiamiento por terceros o *third-party funding* (TPF) en el arbitraje comercial internacional

A. *Concepto y funcionamiento del financiamiento por terceros o TPF*

El profesor Enrique Fernández Masía define la figura del financiamiento por terceros como:

... aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución⁷.

Por su parte, Victoria Shannon Sahani, profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, aporta el siguiente concepto:

Third-party funding is a controversial business arrangement whereby an outside entity—called a third-party funder—finances the legal representation of a party involved in litigation or arbitration or finan-

⁷ Enrique Fernández Masía, en “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 204-220 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.

ces a law firm's portfolio of cases in return for a profit⁸.

También podemos tomar como referencia definiciones desde el punto de vista regulatorio, como la que aparece en el Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, según el cual:

Third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute⁹.

Otras aproximaciones regulatorias al concepto de TPF, como el intento realizado mediante las negociaciones del Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), que según lo establecido en su artículo 1.2, Sección 3, del Capítulo II Inversión, señala:

Third Party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute, but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings, in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute or in the form of a donation or grant¹⁰.

Una de las más innovadoras definiciones regulatorias de TPF la podemos encontrar en la Ley de Arbitraje y Mediación (Ley de Financiamiento de Terceros) (Enmienda) 2016 (la Ley de 2016), aprobada el 14 de junio de 2017, por el Consejo Legislativo de Hong Kong que, entre otras cosas, pone fuera de duda que la financiación de arbitraje y mediación de terceros es permisible bajo la ley de Hong Kong. Esta Ley define el TPF en su Parte 10A, División 2 98C, en los siguientes términos:

(1) Third party funding of arbitration is the provision of arbitration funding for an arbitration— (a) under a funding agreement; (b) to a funded party; (c) by a third

⁸ Victoria Shannon Sahani, en "Reshaping Third Party Funding". *Tulane Law Review* (Febrero 2017), Volumen 91, N° 3, pp. 405-472. [El financiamiento por terceros es un arreglo de negocios controversial donde una entidad externa —denominado tercero, financiador— financia la representación legal de una de las partes involucradas en el litigio o arbitraje, o financia el portafolio de casos de un bufete de abogados a cambio de una ganancia].

⁹ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, Artículo 8.1., Sección A, Capítulo 8 (Inversión). [El financiamiento por terceros es cualquier financiamiento provisto por una persona natural o legal que no pertenezca a ninguna de las partes en disputa, pero realiza un acuerdo con una de estas partes, a fin de financiar una parte o todo el costo de los procedimientos, mediante una donación, subvención o a cambio de una remuneración dependiente del resultado de la disputa].

¹⁰ Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), actualmente negociado mediante acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Europea. La información acerca del proceso y contenido del TTIP esta disponible en: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/> [El financiamiento por terceros se refiere los fondos dados por una persona natural o legal que no sea parte de la disputa, pero posee un acuerdo con una de las partes en disputa a fin de financiar una parte o todo el costo de los procedimientos a cambio de una remuneración dependiente del resultado de la disputa, o en forma de donación o subvención].

party funder; and (d) in return for the third party funder receiving a financial benefit only if the arbitration is successful within the meaning of the funding agreement. (2) However, third party funding of arbitration does not include the provision of arbitration funding directly or indirectly by a person practicing law, or providing legal services, whether in Hong Kong or elsewhere¹¹.

Las definiciones propuestas indican que el concepto de TPF es amplio y puede abarcar diferentes relaciones entre una parte que tiene un reclamo legal y un financiador que busca oportunidades para invertir capital. Es una situación en la que aceptar ayuda financiera externa puede ser la única opción para que el reclamante presente un reclamo mediante el arbitraje, mientras que para el financiador es una forma de ganar capital. Además, el TPF sirve como una herramienta de gestión de riesgos al compartir el riesgo asociado con el arbitraje entre una parte y un financiador.

Un aspecto característico del TPF es que la empresa financiadora no tiene interés en los aspectos sustantivos del arbitraje, sino que invierte con la expectativa de lograr alguna ganancia al terminar el arbitraje. Esta ganancia suele ser variable y consistente en un múltiplo de los fondos desembolsados o bien, generalmente, un

porcentaje del resultado que se obtenga en el arbitraje. Por el contrario, si el arbitraje se pierde, el financiador pierde también su inversión. Dos aclaraciones pueden ser precisas en relación con las anteriores definiciones, en función de la tipología y la práctica sobre la realización de este tipo de acuerdos de financiación.

En primer lugar, aunque generalmente la posición procesal de la parte financiada es la de demandante en el procedimiento arbitral, nada impide que también pueda ocurrir que sea la parte demandada la que pueda ser financiada por un tercero, si ésta tiene la intención de reconvenir y el tercero financiador evalúa positivamente la opción de que dicha reconvencción pueda estimarse finalmente por parte del tribunal arbitral en su laudo.

En segundo lugar, la amplitud de los costes procesales cubiertos por el acuerdo de financiación es variable. El desembolso por parte de la empresa financiadora puede ir desde simplemente los gastos en que puede incurrir la parte financiada en el proceso pasando por los honorarios de los árbitros y las tasas de la institución arbitral, hasta la posible futura condena en costos, si aquella ve totalmente rechazada sus pretensiones en

¹¹ [El financiamiento por terceros en el arbitraje es la prestación de financiación del arbitraje a un arbitraje—(a) bajo un acuerdo de financiamiento; (b) a una parte financiada; (c) por un tercero, financiador; y (d) a cambio de que el tercero, financiador, reciba un beneficio financiero únicamente si el arbitraje es exitoso, dentro del significado de esto en el acuerdo de financiamiento. (2) Aun así, el financiamiento de terceros en el arbitraje no incluye la prestación de financiamiento del arbitraje directa o indirectamente, por parte de una persona que practica el derecho o que provee servicios legales, en Hong Kong u otro lugar].

el laudo y el tribunal así lo estima conveniente.

El International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y la Queen Mary University of London (QMUL) armó un grupo de trabajo en el 2018, en el cual se determinó que los security costs deben establecerse en caso de que sea aplicable, sin importar si existe o no un acuerdo de financiamiento (Ashurst, 2020). En este caso, es importante que la parte en el arbitraje que está siendo financiada por un tercero, informe a los árbitros la posición en que se encuentra, para que éstos evalúen la condiciones y situación del financiador. Igualmente, la otra parte participante en el arbitraje, puede solicitar a los árbitros la implementación de unos security costs si: (1) exista duda de que la parte financiada por un tercero pueda cancelar los costos asociados al arbitraje en caso de que sea la que pierda el caso; (2) exista desconfianza en que el financiador, al no formar parte directamente del arbitraje, se retire si el proceso no le es favorable; (3) dudas sobre el récord financiero de la entidad que está financiando el arbitraje¹².

Los términos de cualquier acuerdo de financiación pueden ser relevantes si los árbitros requieren establecer que el demandante (o demandado) puede cumplir

con cualquier adjudicación de costos adversos (incluidos, en particular, los derechos de terminación de contrato por parte del financiador). De esta forma, pueden determinar qué tan necesario sea implementar security costs a la parte que está siendo financiada.

En el caso entre The Australian Derivatives Exchange Ltd v Doubell, el acuerdo de financiación proporcionó al liquidador una indemnización total contra cualquier orden de costos adversos. El Tribunal determinó que los security costs no se ordenarán en ese momento del procedimiento, basándose en lo establecido en los términos y condiciones del acuerdo de financiamiento, siempre y cuando el liquidador proporcione la información apropiada para: (1) informar a las partes si el acuerdo de financiación fue rescindido (para que puedan renovar su solicitud de security costs); y (2) recuperar el financiador en caso de que éste no haya pagado voluntariamente ninguna orden de costos adversos¹³.

De igual forma, en otro caso reciente del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, entre RSM v St. Lucia, la parte demandante estaba siendo financiada por un tercero para proceder contra St. Lucia. La mayoría de

¹² Parker, C., Wong, E., Satryani, G., & Kantor, E. (01 de Febrero de 2017). A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration mirage or oasis? Obtenido de <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/a-global-perspective-on-availability-of-security-for-costs-and-claim-in>

¹³ Third party funding sub-committee for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Página 58.

los árbitros determinaron, con base en el historial de incumplimiento de órdenes de pago del financiador, que existía la posibilidad de que la parte demandante pudiera incumplir con posibles órdenes de pago que le fueran impuestas¹⁴.

Dicho esto, se plantea que el proceso de TPF inicia con un acuerdo de financiamiento¹⁵, que es el documento fundamental que lo sustenta. Si se toma la Ley de Hong Kong de Arbitraje y Mediación de 2016 como referencia, en su artículo 98H se puede encontrar la siguiente definición del acuerdo de financiamiento:

Meaning of funding agreement: A funding agreement is an agreement for third party funding of arbitration that is— (a) in writing; (b) made between a funded party and a third party funder; and (c) made on or after the commencement date of Division 3¹⁶.

Por lo general, la perfección de un acuerdo de financiamiento supone un previo estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundamentada; también se estudia la probabilidad de cumplimiento o ejecución forzosa de un eventual laudo arbitral favorable. Las entidades financiadoras suelen ser empresas con una estructura compleja y que

tratan de financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones. Estos estudios se realizan a través de una auditoría legal, incorporando, en muchas ocasiones, dictámenes jurídicos de expertos independientes respecto a las pretensiones que se pueden hacer valer en un hipotético procedimiento arbitral futuro. Por lo tanto, se estudia de manera completa la situación, haciendo énfasis en determinar el origen del conflicto, la situación de las partes, los árbitros, la solidez del fundamento legal de la acción e incluso, dependiendo de cuál sea el país, las facilidades procesales existentes para el caso de que no se cumpla voluntariamente el laudo y sea precisa su ejecución forzosa. De esta manera, las entidades financiadoras se encuentran en una posición favorable para poder gestionar su negocio, que consiste en decidir la financiación o no de un caso, tras haber determinado que puede existir una posibilidad razonable de éxito, y que justifique asumir importantes gastos económicos y financieros.

En países como Inglaterra o Gales, las partes involucradas en el financiamiento, prevén situaciones en los acuerdos de financiamiento para que la parte finan-

¹⁴ Parker, C., Wong, E., Satryani, G., & Kantor, E. (01 de Febrero de 2017). A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration mirage or oasis?

¹⁵ Hong Kong Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016:

“98G Meaning of third party funding of arbitration (1) Third party funding of arbitration is the provision of arbitration funding for an arbitration— (a) under a funding agreement; (...)”

¹⁶ [Significado de acuerdo de financiamiento: Un acuerdo de financiamiento es un acuerdo para el financiamiento de terceros de un arbitraje— (a) escrito; (b) hecho entre una parte financiada y un tercero, financiador; y (c) hecho en o después de la fecha de inicio de División 3]

ciada retenga el control total del proceso¹⁷. De esta forma, se evita que un tercero ajeno al arbitraje ejerza un control absoluto sobre el litigio, abusando de sus atribuciones. En contraparte, en Australia es común que los financiadores ejerzan cierto grado de control sobre la parte en disputa. El financiador puede tener influencia en decisiones estratégicas generales del arbitraje, como la discusión de la estrategia legal a seguir o la elección del abogado. Esto, con la finalidad de maximizar las posibilidades de ganar el arbitraje y obtener un retorno de la inversión¹⁸.

Para mantener un arbitraje imparcial y evitar abusos en el proceso, debe tenerse en cuenta que la parte financiadora será siempre un tercero en el arbitraje, por lo que no deberá tener influencia sobre la parte en disputa. Es ésta verdaderamente la que deberá tomar decisiones y acciones en conjunto con su abogado, por lo que la participación del financiador en el arbitraje debe limitarse a financiar los costos de una de las partes en disputa. En todo caso, el financiador podría participar en una simple asesoría a la parte financiada, siempre y cuando ambos estén de acuerdo y así lo hayan establecido en el acuerdo de financiamiento.

Una vez finalizado el arbitraje, le corresponderá a la entidad financiadora cobrarle a la parte financiada en los térmi-

nos fijados en el acuerdo de financiamiento.

B. Características legales de este concepto, los pros y los contras de su uso en la práctica

Hay tres razones principales del crecimiento del financiamiento por terceros en todo el mundo.

Primero, los financiadores ayudan a personas, compañías insolventes y pequeñas empresas a introducir reclamos que de otro modo no podrían permitirse presentar, aumentando el acceso al sistema judicial de arbitraje, a pesar de que éste no sea el objetivo principal del TPF.

En segundo lugar, muchas grandes compañías que son demandadas con frecuencia, desearían una forma de igualar la línea del litigio en sus balances, y los financiadores pueden ofrecerles un sistema de pago fijo para administrar sus costos de litigio como demandados.

En tercer lugar, la volatilidad del mercado mundial ha causado que muchos inversores busquen inversiones que no dependen de los mercados financieros, los precios de las acciones o las valoraciones de las empresas, considerándose cada arbitraje una inversión discreta e independiente de las condiciones del mercado.

Las ventajas de esta forma de financiar los costes procesales son el motivo fundamental para su expansión a nivel mun-

¹⁷ Regla 9.3 del Code of Conduct for Litigation Funders de la Association of Litigation Funders.

¹⁸ Third Party Funding Sub-Committee of the Law Reform Commission, 2015.

dial. En efecto, muchas de las demandas bien fundamentadas no se interpondrán – por falta de recursos económicos – si no existiese un tercero que esté dispuesto a asumir todos o algunos de los posibles costes futuros.

Por otro lado, cuando perfeccionan un acuerdo de financiamiento consiguen trasladar parcialmente el riesgo de iniciar un litigio, así como la gran mayoría de los gastos –pues se puede incluso incluir una hipotética condena en costas, lo que les aporta un importante ahorro y una dosis muy relevante de seguridad y certidumbre. Igualmente, el acuerdo establece las expectativas del resultado de la disputa que está a punto de iniciarse, pues habrá requerido la previa realización de una evaluación independiente y objetiva de las opciones de éxito.

No obstante, el TPF también engloba varios inconvenientes entre los que deben destacarse: (i) los posibles conflictos de interés; (ii) la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral; y, (iii) la confidencialidad en el arbitraje. Con la existencia del TPF en un procedimiento arbitral, se abre la posibilidad de que surjan conflictos de interés en el supuesto de que la sociedad inversora haya mantenido o esté manteniendo alguna relación con el árbitro. De existir entre el fondo de inversión y el árbitro una relación previa, la imparcialidad e independencia del árbitro podrían

verse afectadas. Para evitar estos posibles conflictos de interés, las IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration¹⁹ obliga a las partes a revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona física o jurídica que tenga un interés económico directo en el resultado del procedimiento.

El alcance de la obligación de revelación de la existencia de ese financiamiento por terceros puede ser más o menos amplia. En ocasiones, el deber de revelación únicamente engloba la identificación del tercero, pero en otras, puede llegar a ser requerido a la parte que facilite el contrato de financiación. Así, el tribunal arbitral podrá analizar el clausulado del mismo, del que podrán llegar a revelarse determinadas limitaciones impuestas por el tercero a la parte, como, por ejemplo, la necesidad de que exista una aprobación por parte del tercero para que la parte pueda desistir del litigio.

Otro de los inconvenientes a los que puede dar lugar el TPF es el de la confidencialidad en el arbitraje. Las sociedades de inversión, antes de decidir si invierten o no en el procedimiento judicial o arbitral, realizan un proceso de auditoría. Durante este proceso, el tercero tiene acceso a una información confidencial sobre el cliente y el asunto, por lo que la confidencialidad ya no quedará li-

¹⁹ https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx

mitada a las partes, sus abogados y los árbitros. A estos efectos, resulta determinante incluir un acuerdo de confidencialidad en el contrato de financiamiento.

Por otro lado, la figura jurídica de las medidas cautelares está siendo integrada cada vez más en la práctica arbitral internacional. Existen normas (sobre todo en el reglamento de arbitraje del CIADI) que otorgan poder a los tribunales para implementar medidas cautelares contra la parte financiada por un tercero, en caso de que sean solicitados algún tipo de security costs²⁰.

No obstante, los tribunales arbitrales no se han mostrado muy propensos a otorgar este tipo de medidas cautelares cuando se les ha requerido. En muchos casos, las medidas cautelares se utilizan para solicitar security costs. Sin embargo, los tribunales determinan que, a pesar de tener la potestad de ordenar dichas medidas, sigue siendo un recurso muy raro y excepcional. Establecen que, para poder implementar este tipo de medidas, se requiere que la parte solicitante suministre evidencias que demuestren la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones financieras de cualquiera de las partes en disputa, permitiéndole al tribunal tomar una decisión favorable²¹. Por ello, se considera que las pretensiones de las partes se ven alteradas en función de una cuestión que debería ser considerada accesoria, como es el finan-

ciamiento para el ejercicio de dichas pretensiones.

También se ha señalado que este mecanismo de financiamiento puede provocar un aumento sin precedentes de la litigiosidad en el ámbito del arbitraje internacional. Tomando en consideración la manera de actuar en la práctica de las entidades financiadoras, así como el escrupuloso estudio y análisis de los casos antes de decidir sobre la posible financiación, esta crítica debería convertirse, en la mayoría de las ocasiones, en un peligro más hipotético que real. Sin embargo, esto no siempre es así, pues con el objetivo de buscar el máximo beneficio, existe el incentivo de tomar mayores riesgos para maximizar el valor de la cartera de inversiones.

La falta de una regulación expresa y clara sobre el TPF y los posibles problemas e inconvenientes señalados por su existencia sobre el desarrollo de un procedimiento arbitral están planteando dudas y cuestiones que poco a poco tanto los tribunales como las instituciones arbitrales tratan de dar respuesta.

III. Escasa regulación sobre el financiamiento por terceros o TPF, sus desafíos y las áreas de preocupación que pueden ser identificadas

La falta de regulación o pautas en el TPF, crea una situación en la que las partes que buscan asegurar el financiamiento

²⁰ Parker, C., Wong, E., Satryani, G., & Kantor, E. (01 de Febrero de 2017). A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration mirage or oasis?

²¹ International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary London University, 2018

por terceros no tienen forma de saber qué financiadores son acreditados y cuáles no son confiables, las formalidades que se deben cumplir, ni el alcance del financiamiento. La regulación del mercado ayudaría a informar a las partes sobre los recaudos básicos para que un tercero cumpla con los requisitos y formalidades para ser un financiador. De igual forma, pondría al tanto a los financiadores de los aspectos que deben cumplir, suponiendo que quieren mantener el negocio de clientes bien informados o al menos evitar sanciones.

Dada la falta de regulación del financiamiento por terceros, sería conveniente crear un marco para armonizar, al menos, tres aspectos: (i) las normas procesales, (ii) transaccionales y (iii) éticas para el financiamiento por terceros. Un marco regulatorio armonizado incluiría regulaciones clave dentro de cada una de estas tres categorías, pudiéndose vincular a través de referencias cruzadas. Este enfoque daría una red de seguridad reguladora, que proporciona estándares mínimos para los comportamientos e interacciones de los principales actores en el financiamiento por terceros. También aseguraría la integridad de un sistema de resolución de disputas que involucra a los financiadores y estabiliza cualquier producto financiero que pueda derivarse del financiamiento por terceros. De esta forma, las regulaciones abordarán las formas en que los financiadores pueden participar o influir en el procedimiento

de litigio o arbitraje. Esto incluye, por ejemplo, abordar conflictos de intereses o posibles exenciones de privilegios probatorios para la información revelada a un financiador.

Las regulaciones propuestas abordarán la estructura de una transacción de financiamiento por terceros y promulgarán requisitos para garantizar la viabilidad del financiador: de capitalización, la licencia y las divulgaciones a clientes potenciales. Adicionalmente, se tratarán los aspectos asociados a los conflictos de intereses que pueden surgir durante la negociación del acuerdo de financiamiento y el efecto del financiador en la relación abogado-cliente.

Se podría argumentar que los estándares armonizados son innecesarios, ya que cada transacción de financiación es única y se adapta a las necesidades del cliente, el financiador y el abogado involucrado. Sin embargo, ya se comienza a formular un marco con las normas reguladoras de referencia para el financiamiento por terceros.

Existen infinitas posibilidades para implementar estos estándares regulatorios mínimos. Las regulaciones deberían especificar los estándares corporativos mínimos requeridos para que un tercero financiador de litigios opere legalmente. Uno de los temores sobre el financiamiento por terceros, es que los financiadores no tendrán los fondos suficientes para financiar completamente su cartera

de inversiones en disputas y se retirarán de los casos o se quedarán sin fondos sin haberse dictaminado un veredicto, dejando partes sin financiamiento.

Poner requisitos de capital a los financiadores o exigirles que tengan pólizas de seguro que cubran el monto de sus contribuciones prometidas a los gastos de litigio, por ejemplo, ayudaría a minimizar riesgos. Existen estándares adicionales que podrían ser útiles según las buenas prácticas existentes de corporaciones y deberes fiduciarios de directores corporativos. También deben especificar cualquier divulgación de referencia que los financiadores deben hacer al cliente y el formato para dichas divulgaciones.

Por otro lado, las regulaciones deberían exigir a los financiadores la entrega al cliente de un documento que detalle la cantidad de recuperación que recibiría el financiador, en función de los parámetros que éste está utilizando para calcular su retorno, como el tiempo de recuperación, un múltiplo de monto invertido, un porcentaje del monto recuperado, si el caso resulta en un acuerdo o juicio. Igualmente, una solución sería requerir que los financiadores revelen claramente si existe un límite en la cantidad de dinero que gastarán en la representación legal y, de ser así, especificar la cantidad.

La importancia de este documento radica en que permitirá tener previamente definida la estrategia en que será distribuido el dinero a ambas partes (financiada y financiadora), en caso de que el laudo arbitral sea favorable. También es común que en el documento se vincule el rendimiento del financiador a la duración del caso (o la cantidad de capital que se ha utilizado), lo que significa que el rendimiento es menor si el caso se resuelve antes de lo previsto, pero aumenta a lo largo del mismo. Dicha estructura facilitará un acuerdo rápido y justo para el reclamante, al tiempo que asegurará que el retorno de la inversión al financiador sea proporcional al riesgo de capital real asumido si el caso se resuelve antes de lo previsto²².

En cuanto al formato para la divulgación, un ejemplo útil sería crear una casilla de divulgación estandarizada, similar a la utilizada para revelar los términos de los acuerdos de tarjeta de crédito. De hecho, los financiadores más acreditados utilizan buenas prácticas similares, por lo que algunos han argumentado que la regulación es innecesaria. Sin embargo, a medida que el mercado crece, los nuevos actores que ingresan pueden no tener la misma inclinación por mantener prácticas comerciales de buena reputación. Esto no sugiere regular la estructura de las transacciones, porque ésta

²² Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, elaborado por International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary London University, disponible en: https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Página 27

puede adaptarse a un cliente en particular, además de ser muy dependiente de los hechos. Asimismo, las regulaciones tienen como objetivo proporcionar una línea de base, pero no reprimir la creatividad en el diseño de acuerdos financieros innovadores, útiles y confiables para agregar opciones disponibles para las partes.

El desarrollo de estándares mínimos es el siguiente paso lógico para la industria, considerando que, hasta cierto punto, ya existen ciertas regulaciones a través de códigos de conducta y buenas prácticas. Un código de conducta universal o buenas prácticas, como el del Reino Unido²³, puede implementarse con éxito. Sin embargo, puede no ser tan efectivo, a menos que la participación de las partes fuera obligatoria de alguna manera o que las partes que hubiesen optado por no participar, fueran marginadas en el mercado. Por ejemplo, la American Legal Finance Association (ALFA) es un grupo voluntario de membresía para financiadores estadounidenses que ha promulgado una lista de buenas prácticas²⁴. Según su sitio web, ALFA actualmente tiene más de 30 miembros financiadores²⁵.

Como se observa, la regulación del financiamiento por terceros aún se encuentra en su etapa inicial, contrastando con los niveles de desarrollo que tiene en la práctica. Su regulación vía soft law está avanzando, aunque aún no se ha propuesto un instrumento internacional más omnicompreensivo. Lo anterior significa que las partes que deseen contar con el financiamiento por terceros, deben tomar una actitud cautelosa, informándose de la manera más completa posible sobre el tema y prestando especial atención a las condiciones del contrato que celebre.

IV. Tendencias globales hacia la creación de estándares mínimos que regulan la estructura, contenido y alcance de los acuerdos de financiamiento

A. Objeto del acuerdo

Como fue expuesto anteriormente, los acuerdos de financiamiento dentro del ámbito del arbitraje internacional deben mantener una holgura para poder ajustarse a cada situación en la cual sean necesarios, promoviendo la creatividad contractual que permita la obtención de un beneficio para ambas partes. Se debe recordar, además, que a pesar de que ambas partes posean importancia, el interés

²³ <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

Este código establece estándares de práctica y comportamiento que deben ser observados por los financiadores que son miembros de la Asociación de financiadores de litigios de Inglaterra y Gales con respecto a la financiación de la resolución de disputas.

²⁴ <https://americanlegalfin.com/alfa-code-of-conduct/>

²⁵ <https://americanlegalfin.com/alfa-membership/alfa-member-companies/>

de la parte involucrada en la disputa debe ser priorizado para evitar que aquella organización o persona dadora de fondos, inflencie las decisiones tomadas en el arbitraje con la finalidad de asegurar una ganancia.

Esto no niega que en el acuerdo de financiamiento se le pueda dar al financiador, voz y voto en las decisiones tomadas a medida que discurre el arbitraje, pudiendo tomar parte en los procesos de asesoría, aprobación o veto de acuerdos para la parte involucrada en la disputa. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el abogado que provee los servicios legales debe trabajar de forma independiente, respondiendo única y exclusivamente a los intereses de su cliente y no de la tercera parte involucrada en el arbitraje²⁶.

En cuanto a la naturaleza del acuerdo de financiamiento, en países como Australia, a pesar de no poseer una normativa específica para regular el TPF, el financiador actúa como un proveedor de servicios y productos financieros, por lo que está sujeto a la normativa de protección al consumidor, contra condiciones contractuales injustas, conductas desmesuradas y engañosas hacia la parte financiada²⁷.

El único objeto del acuerdo debe ser una transacción entre dos partes, una finan-

ciada y otra financiadora, tomada a forma de inversión –pues los fondos a utilizar no aseguran el retorno esperado. Pudiendo la parte financiadora tomar parte en la toma de decisiones del proceso de arbitraje si así lo declara el acuerdo.

B. Obligaciones de las partes

Solo una cierta cantidad de obligaciones generales pueden ser definidas para todos los casos del TPF. Tratar de definir generalmente todas éstas es una tarea fútil, dada la versatilidad de los intereses que puedan presentarse al momento de realizar estos acuerdos.

Este pequeño grupo de obligaciones contractuales se enfoca principalmente en proteger el proceso de arbitraje y sus costos. Considerando esto, se contemplan:

1. Obligaciones financieras: Ambas partes (financiadora y financiada) deben precisar de forma explícita en el acuerdo, la forma en que será cancelada la deuda en caso de que la parte en disputa obtenga una resolución favorable (porcentaje del monto de la demanda, intereses sobre la inversión, acciones de la compañía en disputa, bonos, entre otros), así como también definir las obligaciones del financiador, que debe

²⁶ Nieuwald, L. & Shannon, V. (2012). Third Party Funding in International Arbitration.

²⁷ Geisker, J., & Tallis, J. (24 de Julio de 2018). Claims Funding in Australia: Litigation funding in Australia: a year of review and change? Obtenido de <https://claimsfundingsaus.com.au/news/litigation-funding-australia-year-review-and-change>

asumir las responsabilidades económicas del proceso –costos del arbitraje, de trámites, honorarios para el proveedor de servicios legales, etc., asegurándose de que los costos serán cubiertos por la totalidad de la duración del proceso²⁸. Ello, con la finalidad de evitar posibles futuras disputas entre el financiador y la parte financiada²⁹.

2. Obligaciones procesales: Al financiado, debe atenerse a la resolución obtenida mediante el arbitraje, y si esta es favorable a lo acordado como ganancia atribuible, de retribuir al financiador.
3. Obligaciones éticas: A ambas partes, deben mantener un proceso ético dentro del marco legal internacional, más allá de los intereses propios. Importante resaltar que el abogado que representa a la parte que está siendo financiada, debe ser independiente, leal y res-

ponder únicamente a su cliente, y nunca a la tercera parte involucrada (el financiador), tal como sucede en la legislación francesa³⁰. Además, el financiador deberá comprometerse a no incurrir en conductas injustas de persuadir al abogado o defensor de la parte en arbitraje, a que ésta le ceda control o influencia en la disputa³¹. Adicionalmente, los abogados solo pueden recibir pagos provenientes de su cliente o de alguien con un poder otorgado éste³².

Mediante el cumplimiento de estas obligaciones se espera generar confianza en el proceso del TPF para el arbitraje internacional y aumentar las regulaciones, a fin de hacer que el mismo se convierta en una práctica con atribuciones de calidad y seguridad como proceso legal extrajudicial.

C. Garantía y control sobre el proceso

Debido al conjunto de reglas y estándares que están cercanos a implementarse y han sido implementados, ha aumen-

²⁸ Obtenido del Code of conduct for litigation funders de la Association of Litigation Funders, disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Páginas 2-3, par. 9.4 y 9.5.

²⁹ Third party funding sub-comitee for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Página 108.

³⁰ Third party funding sub-comitee for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 79-80.

³¹ Obtenido del Code of conduct for litigation funders de la Association of Litigation Funders, disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Página 2, par. 9.3.

³² Third-party Funding: snapshots from around the globe, página 28.

tado la necesidad de controlar y garantizar que estos procesos legales sean realizados a través de los métodos correspondientes y siguiendo los estándares requeridos.

La garantía y el control del proceso se puede lograr mediante la creación de instituciones y entes cuyo único fin sean estas acciones de control de calidad de los acuerdos de TPF. A escala menor, la educación de árbitros y equipos legales en este tema es indispensable. De igual forma, y siguiendo los estándares propuestos por la Sociedad Legal de Singapur³³, la divulgación de los casos en los cuales haya un financiamiento por terceros ante la parte contraria en el proceso de arbitraje y el árbitro ayudan a garantizar un proceso fidedigno.

Por último, mediante los acuerdos de financiamiento es posible garantizar y controlar el TPF, dado que ambas partes deben certificar que el acuerdo mantenga una legalidad y estandarización base para la optimización de los beneficios individuales y mutuos, previendo que la falta de alguno puede retrasar el proceso de arbitraje.

D. Confidencialidad del acuerdo

Un elemento en común dentro de las leyes de arbitraje en diferentes jurisdicciones, es el de la confidencialidad del proceso arbitral, lo sucedido bajo el mismo y las identidades de las partes involucra-

das. Guiándose por la sección 14 de la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda³⁴, estas restricciones son inválidas si se comparte la información con el equipo de asesoramiento de alguna de las partes – estando sujetas al privilegio de confidencialidad entre abogado y cliente–. Aun así, los terceros, financiadores, no son considerados por muchos como parte del equipo de asesoramiento en los procesos de arbitraje, por lo tanto, la información a entregar debe ser redactada de forma que se mantenga la confidencialidad.

A pesar de que un abogado nunca debe divulgar información de su cliente, existen ciertas excepciones en el caso de que un tercero esté involucrado, las cuales deben estar lo suficientemente claras en el acuerdo de financiamiento entre ambas partes. El tercero involucrado en la disputa puede determinar que la divulgación de cierta información aportaría positivamente en el arbitraje, además de darle viabilidad comercial al caso, beneficiando tanto a la parte involucrada en el arbitraje como a él mismo. Sin embargo, para que ello ocurra, el cliente debe dar su consentimiento para la divulgación de la información y el abogado debe asegurarse de que las cláusulas de confidencialidad establecidas en el acuerdo de financiamiento así lo permiten. Igualmente, deberá asegurarse de que se cumplen con todos los requerimientos y procedimientos de consentimiento de divulga-

³³ The Law Society of Singapore, Guidance Note 10.1.1, Third Party Funding

³⁴ Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda, páginas 20-23, sección 13 y 14.

ción de información de la legislación respectiva³⁵.

E. Conflicto de intereses

Los proveedores de servicios legales y asesores que refieran a una parte involucrada en el arbitraje a un financiador, no deben tener relación con los mismos más allá de lo profesional; de igual forma que no deberán recibir comisiones o beneficios por referir a estos. De ser así, podemos observar un conflicto de intereses que no permite al proveedor de servicios legales, o al financiador llevar a cabo su cometido profesional.

De igual forma, se debe hacer notar que aquella parte involucrada en el proceso del arbitraje debe ser el único en tomar las decisiones legalmente vinculantes, dado que el financiador —que puede actuar como asesor también— posiblemente solo busca un retorno de la inversión, no un acuerdo resolutivo beneficiosal las partes involucradas en la disputa.

En muchos países anglosajones, el manejo del conflicto de intereses es uno de los principales aspectos a tener en cuenta. En Australia, la normativa establece que antes de llegar a cualquier acuerdo, se debe asegurar que el finan-

ciador debe implementar estrategias para gestionar conflictos de intereses³⁶.

Recientemente, el entonces Fiscal General de Australia para la *Commonwealth*, George Brandis (2014), planteó su rechazo a que grandes firmas de abogados puedan funcionar como financiadores en litigios, debido al conflicto de intereses que pudiese existir, al fungir como defensa y financiador en un mismo caso³⁷.

F. Cláusulas de terminación y resolución de controversias

Tomando en cuenta que el tercero, financiador, es parte del equipo de la parte involucrada en la disputa, es normal pensar que puede haber desacuerdos en ciertos puntos, para lo cual otro asesor independiente se encarga de resolverlos —sea debido a alguna inconformidad, diferencia de ideas, eventos no previstos en el acuerdo de financiamiento, etc.—.

Pocas veces querrá un financiador terminar el contrato y abandonar el pago de los servicios legales, dado que esto implicaría un incumplimiento de contrato. Aun así, es posible la terminación de contrato por parte del mismo según el acuerdo de financiamiento y sus cláusulas específicas. Sin embargo, es importante que la

³⁵ Obtenido del Code of conduct for litigation funders de la Association of Litigation Funders, disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Páginas 2-3, secciones 7 y 9.

³⁶ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 51-52.

³⁷ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf.

parte que está siendo financiada se vea protegida en este aspecto y no quede desamparada durante el transcurso de la disputa. Si se diera el caso de que el financiador quiere romper el acuerdo durante la disputa, la parte financiada pudiera verse obligada a ceder a las pretensiones del financiador para evitar su retirada³⁸.

Observando esto, es posible una cláusula de terminación para el financiador dependiendo de la situación.

V. Conclusiones

Luego de haber evaluado el contexto mundial del financiamiento de terceros en un arbitraje comercial internacional, se pudo determinar que efectivamente debe existir una serie de normativas que regulen este aspecto, tal como se ha implementado en otras partes del mundo (sobre todo anglosajones), como Hong Kong, Australia o Reino Unido. Estas normas deben estar dirigidas a la obligación de realizar un acuerdo de financiamiento, claro y transparente, entre las partes interesadas que gobierne las vicisitudes previsibles para el litigio. De esta forma, ambas partes podrán acordar los puntos en común, así como las formas y aspectos que deben ser incluidas en el acuerdo para proteger sus respectivos intereses.

Estas normativas y regulaciones deberían ser emitidas independientemente

por las distintas cámaras de arbitraje de cada país. Son ellas quienes conocen la legislación respectiva, así como las necesidades o aspectos importantes que deben ser regulados. Sin embargo, transcurrido algún tiempo, se podría establecer una norma general a nivel mundial, ya sea mediante el ICCA, el CIADI u otro ente regulador de los arbitrajes comerciales internacionales, basándose en los casos de éxito y buenas prácticas implementadas a lo largo del mundo por las distintas cámaras de arbitraje.

Los acuerdos de financiamiento por terceros en el arbitraje comercial internacional deben contener unos estándares mínimos que garanticen la seguridad jurídica de ambas partes, no dejando lugar a ambigüedades que puedan servir para futuras malas interpretaciones.

Los estándares mínimos para la celebración de acuerdos de financiamiento por terceros deben estar dirigidos a:

- a. Establecer claramente el objeto de acuerdo, el cual va a permitir que se establezcan el punto central tal que ambas partes resulten beneficiadas de forma justa al final de la disputa.
- b. Establecer cláusulas de confidencialidad, tal y como es recomendado por la Sociedad Legal de Singapur, la cual men-

³⁸ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 125-127.

ción que es aconsejable adjuntar al acuerdo de financiamiento un documento de confidencialidad para asegurar este aspecto legal.

- c. Establecer medidas que permitan garantizar un control sobre el litigio. Estas deben ir dirigidas en tres aspectos fundamentales:
 - i. Creación de instituciones dedicadas a ejercer un control de calidad sobre los procesos;
 - ii. Educación de árbitros y equipos legales en materia de financiamiento por parte de terceros;
 - iii. Cuando se presente el caso de que un tercero financie a una de las partes, la divulgación debe ser obligatoria tanto para la parte contraria en la disputa como para los árbitros, de forma que se pueda establecer un proceso limpio y confiable.
- d. Adicionalmente establecer cláusulas de terminación y resolución de controversias. Estas le permitirán a la parte afectada asegurarse de que el tercero o financiador no incumpla y abandone el caso durante la resolución del mismo.

En todo caso, estas regulaciones estandarizadas no deberían ser vinculantes para las partes que están firmando el acuerdo de financiamiento, pues el proceso perdería flexibilidad, dando lugar a menores posibilidades de que un tercero esté interesado en financiar un arbitraje.

Se recomienda hacer extensivo el uso de la Ley de Hong Kong en el que se establecen las pautas para el financiamiento de terceros en el proceso de arbitraje comercial internacional.

Análisis del marco regulatorio del Estado receptor como fuente de las expectativas legítimas de los inversores en el arbitraje de inversiones

Mercedes Lovaglio Rivas*

Principia No. 8–2023 pp. 33-65

Resumen: El derecho internacional de las inversiones ha protagonizado grandes evoluciones y transformaciones durante las últimas décadas. Uno de sus elementos más relevantes – y discutidos – es el estándar de trato justo y equitativo que los Estados deben a los inversores internacionales que reciben. Dicho estándar se encuentra en la mayoría de los tratados internacionales de inversión como parte de las obligaciones de los Estados. Sin embargo, sus límites y características han sido fuente de extensas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales. Un punto central de controversia corresponde a la protección de las expectativas legítimas de los inversores como parte del estándar de trato, y subsidiariamente qué conductas estatales pueden dar lugar a dichas expectativas. Este artículo se enfoca en este punto, analizando en particular si los inversores internacionales pueden razonablemente tener expectativas legítimas respecto a la estabilidad del marco regulatorio de un Estado. En este artículo se intenta demostrar que el marco regulatorio de un Estado, por sí solo, pareciera no ser suficiente para generar expectativas legítimas respecto a su estabilidad.

Abstract: International investment law has been at the center of great development and transformations over the last decades. One of its most relevant and discussed elements is the standard of fair and equitable treatment that States owe to the international investors they host. This standard has been recognized in most international investment treaties as part of the obligations of States. However, its scope and characteristics have been the source of extensive doctrinal and jurisprudential debate. A central point of controversy corresponds to the protection of investors' legitimate expectations as part of the standard of treatment, and subsequently which State conduct can give rise to such expectations. This article focuses on this issue, analyzing in particular whether international investors can reasonably have legitimate expectations regarding the stability of a State's regulatory framework. This article attempts to demonstrate that the re-

* Mercedes Lovaglio Rivas es abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires, en Argentina, y posee un Máster en Leyes (LL.M.) de Tulane University School of Law, en los Estados Unidos de América. Actualmente, es Asociada en la oficina de Buenos Aires de Dechamps International Law, una firma boutique especializada en Arbitraje Internacional, donde representa diversos clientes (incluyendo individuos, compañías y Estados) en arbitrajes internacionales comerciales y de inversiones, tanto institucionales como ad hoc.

La autora desea señalar que las opiniones expresadas en la presente publicación le pertenecen a ella y no pretenden reflejar la posición de la firma.

gulatory framework of a State, on its own, does not seem to suffice to generate legitimate expectations regarding its stability.

Palabras Claves: Inversión | Inversores | Expectativas Legítimas | Compromisos Específicos | Estabilidad | Predictibilidad | Trato Justo y Equitativo

Keywords: Investment | Investors | Legitimate Expectations | Specific Commitments Stability | Predictability | Fair and Equitable Treatment

Sumario: I. Introducción, II. La evolución del estándar de trato justo y equitativo: del estándar mínimo de trato a la protección de las expectativas legítimas de los inversores, A. La protección de las expectativas legítimas de los inversores dentro del estándar de trato justo y equitativo, III. ¿Puede el marco regulatorio de un Estado generar expectativas legítimas respecto a su estabilidad?, A. El concepto de expectativas legítimas con relación a la estabilidad del marco regulatorio, B. Las expectativas que surgen de compromisos específicos hechos por el Estado, C. Las expectativas generadas directamente por el marco regulatorio general de un Estado, IV. Conclusiones

I. Introducción

Durante las últimas décadas, el derecho internacional de las inversiones ha sido ampliamente desarrollado tanto por tribunales de inversión como por académicos y doctrinarios. Uno de los puntos de análisis más debatidos dentro de este ámbito corresponde al análisis del estándar de trato justo y equitativo, concepto generalmente incluido en los tratados bilaterales de inversión, pero raramente definido en los mismos.

Dado que los tratados que lo mencionan no suelen precisar los límites del trato justo y equitativo, la tarea de definir qué encuadra dentro de este concepto ha recaído sobre los tribunales de inversión. Probablemente, la heterogeneidad de los distintos tribunales a cargo de resolver este punto explique, al menos parcialmente, la diversidad de enfoques a la hora de responder esta cuestión. En consecuencia, intentar delimitar el estándar de trato justo y equitativo es una tarea difícil, ya que la jurisprudencia arbitral no siempre es consistente en su análisis. Esto se debe asimismo a que el análisis del estándar de trato justo y equitativo se

encuentra determinado por las circunstancias particulares de cada caso, de modo que lo que constituye una violación del estándar de trato en determinadas circunstancias puede no serlo en otras.

Sin perjuicio de la dificultad para establecer pautas generales universales aplicables al estándar de trato justo y equitativo, existen algunas conductas que en general han sido consideradas violatorias del estándar de trato. Por ejemplo, como será desarrollado a continuación, una gran cantidad de tribunales han encontrado que conductas estatales arbitrarias o que constituyan una denegación de justicia en contra de los inversores internacionales son violatorias del estándar de trato justo y equitativo.

La protección de las expectativas legítimas de los inversores, por otro lado, es un punto un tanto más controvertido dentro del análisis del estándar de trato justo y equitativo. En general, cuando dichas expectativas son razonables y legítimas, los tribunales internacionales han intentado, dentro de los límites de sus potestades, reconocer algún tipo de res-

ponsabilidad estatal en relación con la violación de éstas. No obstante, su encuadre jurídico como parte del estándar de trato justo y equitativo y los límites de su razonabilidad han sido ampliamente debatidos.

Por ejemplo, muchos inversores han traído reclamos relacionados a la violación de sus expectativas acerca de la estabilidad del marco regulatorio del Estado en el que invirtieron – es decir, que sus expectativas de que el Estado no cambiaría las leyes y regulaciones generales aplicables a su inversión se vieron afectadas por las acciones del Estado que modificaron o alteraron dicho marco regulatorio. Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme con respecto a la protección de las expectativas legítimas sobre la estabilidad del marco regulatorio de un Estado. Algunos tribunales han encontrado que tales expectativas se encuentran protegidas solo cuando surgen de compromisos específicos hechos a los inversores y que su violación puede constituir una violación al estándar de trato en determinadas circunstancias. Otros tribunales han encontrado que dichas expectativas pueden ceder frente a la soberanía que poseen los Estados de regular en el beneficio público, pero que, sin embargo, los cambios radicales al marco regulatorio pueden constituir violaciones al estándar de trato. Estos distintos matices tienden a enfocarse en el análisis del balance que debe existir entre los derechos de los inversores in-

ternacionales y las potestades soberanas del Estado.

Por los motivos expuestos, intentar codificar la jurisprudencia internacional en una regla general que aplique a todos los casos de arbitraje de inversión resulta virtualmente imposible. En función de ello, el objetivo central de este artículo es analizar si, en términos generales, el derecho de la protección de inversiones reconoce que el marco regulatorio general promulgado por un Estado puede por sí solo dar lugar a expectativas legítimas respecto a su estabilidad y, subsidiariamente, qué conducta de un Estado puede constituir una garantía específica que dé lugar a dichas expectativas legítimas. Dicho análisis no resulta exhaustivo y determinante. Por el contrario, este punto sigue siendo ampliamente desarrollado en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, de modo que las conclusiones alcanzadas a partir del análisis del derecho existente no tienen como intención delimitar el alcance de la protección de las expectativas legítimas de los inversores en relación con las expectativas de estabilidad del marco regulatorio de un Estado, sino servir como guía para organizar el mapa conceptual respecto a este punto.

II. La evolución del estándar de trato justo y equitativo: del estándar mínimo de trato a la protección de las expectativas legítimas de los inversores

El estándar de trato justo y equitativo ha sido en las últimas décadas un tema altamente debatido en la jurisprudencia y doctrina internacional de las inversiones. Sin perjuicio de ello, es generalmente aceptado que dicho estándar se ha convertido en un principio fundamental del derecho internacional de las inversiones¹.

Es notorio que, a pesar de que el estándar de trato justo y equitativo es regularmente abordado en el marco del derecho internacional de las inversiones, su contenido preciso es aún difícil de definir.

Ello se debe a que el análisis de qué constituye trato justo y equitativo – o, por el contrario, trato injusto e inequitativo – guarda una gran correlación con las circunstancias fácticas particulares de cada caso². Como consideró el tribunal de *Suez c. Argentina*, una de las características de este estándar es que su aplicación necesariamente depende de la evaluación de los hechos de cada caso, por lo cual no puede ser considerado en abstracto³. No obstante, los tribunales internacionales han ido delineando tras años de jurisprudencia algunos principios esenciales para delimitar el tratamiento de este estándar.

Algunos tribunales (y la mayoría de los Estados, sean los demandados en arbitrajes de inversión o no⁴) han conside-

¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, párr. 181 (“*Suez*”); Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, 39 *Int'l L.* 87 (2005), pág. 91.

² Como sostuvo el tribunal en *Rumeli c. Kazajistán*, los límites del estándar de trato justo y equitativo dependerán de la decisión de los tribunales respecto a qué conducta es considerada como justa y equitativa o como injusta e inequitativa (*Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16), Laudo, párr. 610 (“*Rumeli*”).

³ *Suez*, párr. 181. Ver también *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, párr. 99 (“*Waste Management*”).

⁴ La posición de los Estados respecto a este estándar puede observarse no solo en sus presentaciones en los arbitrajes en los que son demandados, sino también de las presentaciones como terceros no parte en arbitrajes de inversión bajo ciertos tratados, como por ejemplo el NAFTA o el CAFTA (ambos denominados por sus siglas en inglés). Por ejemplo, bajo la interpretación presentada por los Estados Unidos en varios casos NAFTA en los cuales no es parte, el estándar de trato justo y equitativo bajo este tratado equivale al estándar mínimo bajo el derecho internacional consuetudinario, el cual implica únicamente un piso mínimo de tratamiento a los inversores extranjeros debajo del cual no puede ubicarse la conducta de un Estado (ver *Lion México Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Presentación de los Estados Unidos de América, párr. 4, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/08/US-Article-1128-Submission-Lion-Mexico-Consolidated-v-United-Mexican-States-062119.pdf>; *Vento Motorcycles, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Presentación de los Estados Unidos de América, párr. 11, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/01/US-Article-1128-Submission-Vento-Motorcycles-v-Mexico-2019.08.23-508.pdf>; *Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso

rado que el estándar de trato justo y equitativo es equivalente al estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, que únicamente protege al inversor frente a conductas estatales atroces, tomadas en mala fe, altamente arbitrarias o discriminatorias⁵. Tal como su nombre lo indica, este estándar tiene como objetivo otorgar a los inversores extranjeros un grado de protección básica de sus inversiones, un piso mínimo debajo del cual no puede caer la conducta estatal⁶. Consecuentemente, este estándar pareciera plantear un umbral bastante alto para encontrar que existe responsabilidad del Estado⁷, re-

quiriendo que la conducta del Estado sea “particularmente grave”⁸.

Sin embargo, esta interpretación del estándar de trato justo y equitativo no es absoluta en el arbitraje de inversiones actual. Algunos tribunales, por ejemplo, han rechazado la aplicación del estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario a menos que exista una provisión expresa que exija su aplicación⁹. De este modo, el estándar de trato justo y equitativo ha sido también reconocido como un estándar autónomo, más amplio que el estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario¹⁰. Para esta línea

CIADI No. UNCT/15/12, Presentación de los Estados Unidos de América, párr. 20, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/U.S.-1128-Submission4.pdf>). Cabe aclarar que el título de la cláusula de trato justo y equitativo contenida en el NAFTA específicamente lo introduce como “estándar mínimo de trato” (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, artículo 1105).

⁵ Alex Genin, Eastern Credit Limited, INC. y A.S. Baltoil c. República de Estonia, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, párr. 367; El Paso Energy International Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, párrs. 336-337 (“El Paso”); TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo, párr. 454 (“Teco”); Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá (I), Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Quantum, párr. 152 (“Mobil”). Algunos académicos también han apoyado la interpretación que establece que el estándar de trato justo y equitativo no debe interpretarse más allá del estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario (ver, por ejemplo, Graham Mayeda, “Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties”, *Journal of World Trade* (2007), pág. 291).

⁶ Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párr. 911 (“Mobil Exploration”); UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment: A Sequel”, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, (UN, 2012), pág. 13.

⁷ Malcolm Shaw, “International Law”, (Cambridge University Press, 6th ed. 2008), pág. 825; UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment: A Sequel”, *Series on Issues in International Investment Agreements II*, (UN, 2012), pág. 13; International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral, párr. 194 (“Thunderbird”).

⁸ Teco, párr. 449.

⁹ Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, párr. 530 (“Crystallex”); Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, párr. 296; Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. República de Eslovaquia, Caso CPA No. 2017-08/AA629, Laudo, nota al pie 957.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República de Tanzania, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, párr. 591; Saluka Investments BV (The Netherlands) c. República Checa, Caso CPA No. 2001-04, Laudo Parcial, párr. 294 (“Saluka”); Belenergia S.A. c. República de Italia, Caso CIADI No. ARB/15/40, Laudo, párr. 568-569 (“Belenergia”).

doctrinaria, tal como fue explicado por Schreuer, si las partes hubieran querido que resultara aplicable el estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, es poco probable que hubieran utilizado en el tratado aplicable un término distinto tal como “trato justo y equitativo” para referir a un concepto tan reconocido¹¹.

Sin perjuicio de que algunos tribunales han entendido que el trato justo y equitativo ofrecería una protección mayor que el estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, muchos otros han considerado que el estándar mínimo de trato ha ido evolucionando hasta prácticamente equipararse con el estándar de trato justo y equitativo¹².

En función de ello, la distinción entre ambos estándares pareciera haberse vuelto inmaterial en la práctica¹³, dada la conclusión de que ambos estándares “son esencialmente idénticos” en la actualidad¹⁴. Como explicó el tribunal en

Azurix c. Argentina al analizar el estándar a aplicar, “las exigencias mínimas para cumplir este estándar han variado, y el Tribunal entiende que su contenido es sustancialmente similar”¹⁵. En esta línea, el tribunal en *Rusoro c. Venezuela* consideró que:

[E]l Estándar [mínimo internacional consuetudinario] se ha desarrollado y actualmente es imposible distinguirlo del estándar de [trato justo y equitativo] y concede a los inversores un nivel de protección equivalente al de este último.

Todo el debate de si el Art. II.2 del TBI incorpora o no el Estándar [mínimo internacional consuetudinario] al definir el [trato justo y equitativo] se ha tornado dogmático: no existe una diferencia sustancial en el nivel de protección concedido por ambos estándares¹⁶.

De este modo, como concluyó el Tribunal en *O.I. c. Venezuela*, “es bien posible que en la actualidad el estándar mínimo consuetudinario y el TJE previsto en los tratados hayan convergido, llegando a otorgar al inversor niveles de

¹¹ Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,” 6 *J. World Investment and Trade* 357 (2005), pág. 360.

¹² *Ver Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, párr. 566; *Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/14/4, Laudo, párr. 9.51; *Occidental Exploration y Production Co. c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, párr. 190 (“Occidental”); *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, párr. 565 (“Flughafen”); *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, párrs. 282-284 (“CMS”).

¹³ *Rumeli*, párr. 611; *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, párr. 419.

¹⁴ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, párr. 337 (“Duke Energy”).

¹⁵ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, párr. 361 (“Azurix”).

¹⁶ *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, párr. 520.

protección sustancialmente equivalentes”¹⁷.

Por otro lado, la discusión respecto al contenido concreto del concepto de trato justo y equitativo también resulta imprecisa debido a que la mayoría de los tratados de inversión no ofrecen una definición específica del estándar de trato justo y equitativo¹⁸. Debido a ello, los componentes de este estándar han sido progresivamente delimitados por la jurisprudencia arbitral. En términos generales, este estándar comprende varios principios, como por ejemplo: (i) la obligación del Estado de actuar en modo consistente, transparente y razonable¹⁹;

(ii) el deber de respetar el debido proceso legal²⁰; (iii) la obligación de actuar en forma proactiva para proteger las inversiones²¹; (iv) la prohibición de adoptar conductas arbitrarias o discriminatorias²²; (v) la prohibición de adoptar conductas que constituyan amenazas²³, hostigamiento, intimidación o coacción al inversor²⁴; o (vi) la obligación de no incurrir en una denegación de justicia²⁵.

Siguiendo estas líneas generales, pero no limitado por ellas, cada tribunal determinará en función de los hechos particulares del caso si la conducta estatal disputada constituye, o no, una violación al estándar de trato justo y equitativo.

¹⁷ OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/25), Laudo, párr. 489. Ver también Flughafen, párr. 565.

¹⁸ Como encontró el tribunal en Lemire c. Ucrania, los intentos por definir el concepto de trato justo y equitativo llevan a analogías de igual vaguedad, debido a que dicho concepto constituye un término abstracto (Joseph Charles Lemire c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párrs. 267 y 284 (“Lemire”).

¹⁹ Lemire, párrs. 267 y 284; Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, párrs. 88-89 y 99 (“Metalclad”); Crystallex, párr. 543; MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, párrs. 163-165 (“MTD”); Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, párr. 154 (“Tecmed”); Teco, párr. 454; PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, párr. 246 (“PSEG”).

²⁰ Ver, por ejemplo, Lemire, párr. 262; Teco, párr. 457; MTD, párr. 109.

²¹ Azurix, párr. 372; MTD, párr. 113; Siemens A.G. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, párr. 290.

²² Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino S.L. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/13/11, Laudo, párr. 611; Lemire, párrs. 259 y 284; Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo, párr. 462 (“Cervin”); Crystallex, párr. 543; Teco, párr. 458.

²³ Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, párr. 235.

²⁴ Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, párrs. 172, 179, 181 y 190-193; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (I), Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo II, párrs. 7.4.31 y 7.4.37; PSEG, párr. 247.

²⁵ Waste Management, párr. 98; Rumeli párrs. 609, 615 y 618; Serafin García Armas y Karina García Ruber c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2013-3, Laudo Final, párrs. 342-343; Rupert Joseph Binder c. República Checa, CNUDMI, Laudo Final, párrs. 446-448 (“Binder”); Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, párr. 187 (“Jan de Nul”); Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre Track II, párr. 8.24; Flughafen, párr. 582.

Tal como explicó el tribunal de Cervin c. Costa Rica:

Esta obligación no se encuentra delimitada por un único estándar, por el contrario, la jurisprudencia de los diferentes tribunales que han analizado el trato justo y equitativo lo han hecho en relación con las circunstancias de cada caso y tomando en cuenta una serie de elementos que han dado lugar a violaciones de este estándar, como son: expectativas legítimas, buena fe, propiedad procedimental y debido proceso, coherencia y consistencia de la conducta estatal, transparencia y actos arbitrarios²⁶.

A. La protección de las expectativas legítimas de los inversores dentro del estándar de trato justo y equitativo

La discusión respecto a si el estándar de trato justo y equitativo es un estándar autónomo y flexible o un término limitado al estándar mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario toma especial relevancia a la hora de analizar las expectativas legítimas de los inversores. Ello se debe a que los partidarios de

un estándar de responsabilidad más alto, equiparable al estándar mínimo de trato tradicionalmente entendido en el derecho internacional consuetudinario, en muchos casos no consideran que el estándar de trato incluya una obligación de proteger las expectativas legítimas de los inversores²⁷.

De este modo, la protección de las expectativas legítimas de los inversores dentro del análisis de trato justo y equitativo constituye otro punto controvertido dentro de la jurisprudencia internacional. Corresponde, entonces, primero analizar qué se entiende como expectativas legítimas dentro del derecho de las inversiones.

El concepto de expectativas legítimas fue definido por varios tribunales como la situación en la que la conducta del Estado al momento de la inversión crea expectativas razonables y justificables para que un inversor actúe basándose en esa conducta, lo cual deriva en un perjuicio al inversor si el Estado luego defrauda dichas expectativas²⁸. Las expectativas legítimas

²⁶ Cervin, párr. 462.

²⁷ Ver Vento Motorcycles, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Presentación de los Estados Unidos de América, párrs. 16-17, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/01/US-Article-1128-Submission-Vento-Motorcycles-v-Mexico-2019.08.23-508.pdf>; Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/15/12, Presentación de los Estados Unidos de América, párr. 26, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/U.S.-1128-Submission4.pdf>; Michele Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”, 28(1) ICSID Review 88 (2013), pág. 90; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/17, Disidencia del Árbitro Pedro Nikken (Decisión sobre Responsabilidad), párr. 3.

²⁸ RENERGY S.à r.l. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/14/18, Laudo, párr. 611; Thunderbird, párr. 147; Total S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, párr. 118 (“Total”); Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España, Caso

surgen entonces de representaciones hechas por el Estado, en las que el inversor confió al hacer su inversión²⁹.

Es ampliamente aceptado que estas expectativas deben ser analizadas de manera objetiva al momento de la inversión, reflejando lo que un inversor prudente hubiera esperado en tal contexto y no el entendimiento subjetivo del inversor particular³⁰. Ello porque “el estándar de protección de las expectativas legítimas es objetivo y no subjetivo”³¹. Tal como reconoció el tribunal en *Charanne c. España*:

La comprobación de que ha existido vulneración de las expectativas del inversor debe fundarse en un estándar o análisis objetivo, no siendo suficiente la mera creencia subjetiva que pudo haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión. Asimismo, la aplicación del prin-

cipio depende de que la expectativa haya sido razonable en el caso concreto, siendo relevante al respecto las representaciones eventualmente realizadas por el Estado receptor para inducir la inversión³².

Ello toda vez que, como será desarrollado más adelante, la protección de las expectativas legítimas de los inversores no constituye una póliza de seguro contra los posibles cambios regulatorios que pueda realizar un Estado³³.

En consecuencia, para ser consideradas legítimas bajo dicha prueba de objetividad, las expectativas de los inversores deben tener en cuenta las circunstancias que rodearon a la inversión, constituyendo entonces aquello que un inversor razonablemente podía esperar de su inversión en función de las circunstancias del caso³⁴. De este modo, “una de las circunstancias pertinentes es la informa-

SCC No. V2013/153, Laudo, párr. 776 (“Isolux”); *Watkins Holdings S.à.r.l. y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/44, Laudo, párr. 518 (“Watkins”).

²⁹ *LSG Building Solutions GmbH y otros c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/18/19, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Reparación, párr. 1030 (“LSG”); *Teemed*, párr. 154; *Duke Energy*, párr. 340; *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, párr. 262 (“Enron”).

³⁰ *LSG*, párr. 1029; *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, párr. 7.76 (“Electrabel”); *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Energía Termosolar B.V.* (previamente *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V.*) c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/31, Laudo, párr. 536 (“Antin”); *Isolux*, párrs. 777-778; *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/38, Laudo, párr. 312 (“SolEs”); *Watkins*, párr. 517; *SunReserve Luxco Holdings SRL c. Italia*, Caso SCC No. 132/2016, Laudo Final, 25 March 2020. 697 (“SunReserve”); *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, párr. 219 (“EDF Services”).

³¹ *AES Solar and others (PV Investors) c. Reino de España*, Caso CPA No. 2012-14, Laudo Final, párrs. 573-574 (“PV Investors”).

³² *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. España*, Caso SCC No. 062/2012, Laudo Final, párr. 495 (“Charanne”).

³³ Ver *EDF Services*, párr. 217; *Charanne*, párr. 503; *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/16/18, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum, párr. 567 (“Infracapital”).

³⁴ *Isolux*, párrs. 776-779; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/08, Laudo, para. 333 (“Parkerings”); *Duke Energy*, párr. 340. *Saluka*, párr. 304.

ción que el inversor tenía o debió tener al momento de invertir³⁵. Ello implica que las expectativas legítimas deben particularmente tener en cuenta los riesgos legales y comerciales que un inversor diligente debería haber conocido al momento de realizar la inversión³⁶, considerando que una expectativa razonable es aquella que deriva de un proceso de diligencia debida³⁷. Es razonable entonces considerar que “las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales en la industria”³⁸.

Habiendo definido el concepto de expectativas legítimas, corresponde analizar su relación con el estándar de trato justo y equitativo. Como ya fue explicado, la inclusión de la protección de las expectativas legítimas de los inversores como un requisito del estándar de trato justo y equitativo es un tema debatido en el derecho de las inversiones.

Como ya se explicó, algunos de los que equiparan el estándar de trato justo y equitativo con la obligación de trato mí-

nimo del derecho internacional consuetudinario han rechazado la noción de que el Estado está obligado a respetar las expectativas legítimas del inversor. Además, otros tribunales han considerado que la protección de las expectativas legítimas de los inversores no constituye una obligación en sí misma que forma parte del estándar de trato justo y equitativo, sino que más bien las consideran como una circunstancia o factor a tener en cuenta dentro del análisis global de una violación al estándar de trato justo y equitativo³⁹. Así:

Desde este punto de vista, las expectativas legítimas son esencialmente considerada. El término en sí mismo no aparece en el TCE, ni tampoco en los TBI, y no existe una norma que establezca que se deban respetar las expectativas legítimas, análoga a la norma *pacta sunt servanda* del derecho de los tratados. Más bien, son factores pertinentes que deben tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas de los tratados, como las primera y segunda oraciones del Artículo 10(1) del TCE⁴⁰.

Sin embargo, muchos otros tribunales han considerado que la protección de las

³⁵ Isolux, párr. 778.

³⁶ Isolux, párrs. 777-779; Parkerings, párrs. 333-336; Electrabel, 7.78.

³⁷ Stadtwerke München GmbH y otros c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo, 2 December 2019, párr. 264 (“Stadtwerke”). Tribunales como el de Belenergía c. Italia han encontrado que el proceso de diligencia debida debe también considerar cambios regulatorios similares hechos en otros países de la región, así como la propia historia regulatoria del Estado en cuestión (ver Belenergía, párrs. 596-597 y 610).

³⁸ LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, párr. 130 (“LG&E”).

³⁹ 9REN Holding S.À.R.L c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, párr. 308 (“9REN”).

⁴⁰ Eurus Energy Holdings Corporation c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/16/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párr. 317 (énfasis en original) (“Eurus”).

expectativas legítimas de los inversores constituye un elemento esencial dentro de la obligación general de brindar trato justo y equitativo a los inversores.⁴¹ Esta obligación, derivada del principio de buena fe, obliga al Estado a respetar las promesas que el inversor tomó en cuenta a la hora de invertir, tal como resaltó el tribunal en *Tecmed c. México*:

[E]sta disposición del Acuerdo [la cláusula de trato justo y equitativo en el tratado aplicable], a la luz de los imperativos de buena fe [sic] requeridos por el derecho internacional [sic], exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión⁴².

En la misma línea, los tribunales gemelos en los casos *Suez c. Argentina* y *AWG c. Argentina* consideraron que las expectativas legítimas de los inversores forman parte del estándar de trato justo y equita-

tivo⁴³. Según este tribunal y como ya fue analizado, dichas expectativas requieren que las acciones del Estado anfitrión hayan generado expectativas en los inversores, que los inversores hayan confiado en las mismas al hacer su inversión, y que el Estado posteriormente frustré las mismas⁴⁴. Similarmente, el tribunal en *Belenergía c. Italia* consideró que las expectativas legítimas de los inversores constituyen un elemento esencial del estándar de trato justo y equitativo⁴⁵. Asimismo, el tribunal en *Crystallex c. Venezuela* concluyó que:

En la medida en que son relevantes para los hechos controvertidos en este caso, el Tribunal considera que el TJE cubre, *inter alia*, la protección de las expectativas legítimas, la protección contra el trato arbitrario o discriminatorio, la transparencia y la coherencia⁴⁶.

Así, varios tribunales han seguido esta línea⁴⁷, concluyendo que “el análisis del

⁴¹ *Duke Energy*, párr. 340; *Saluka*, párr. 302; *Ioan Micula y otros c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, párr. 667 (“*Micula I*”).

⁴² *Tecmed*, párr. 154.

⁴³ *Suez*, párr. 211; *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, párrs. 230 (“*AWG*”).

⁴⁴ *Suez*, párrs. 203-204; *AWG*, párrs. 226-227. Cabe aclarar que, en esos mismos casos, la disidencia del árbitro Nikken consideró que la inclusión de las expectativas legítimas del inversor dentro del estándar de trato justo y equitativo no corresponde al significado de los términos de ese estándar ni la intención de las partes (ver *Suez*, *Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.*, e *InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Disidencia del Árbitro Pedro Nikken (Decisión sobre Responsabilidad), párr. 3; *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, Disidencia del Árbitro Pedro Nikken (Decisión sobre Responsabilidad), párr. 3).

⁴⁵ *Belenergía*, párr. 570.

⁴⁶ *Crystallex*, párr. 543.

⁴⁷ *Jan de Nul*, párr. 186; *Cervin*, párr. 462; *PV Investors*, párrs. 572 y 574; *Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, párr. 560; *Tecmed*, párr. 154; *MTD*, párrs. 114-115; *Duke Energy*, párr. 340; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, párrs. 175-176 (“*Plama*”); *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. Libia*, Caso CCI No. 21537/ZF/AYZ, Laudo, párr. 547 (“*Cengiz*”).

trato justo y equitativo conlleva la consideración de las expectativas del inversionista al momento de invertir confiando en las protecciones que le brinda el Estado receptor⁴⁸, y que por lo tanto la protección de las expectativas legítimas de los inversores es un elemento central del estándar de trato justo y equitativo⁴⁹.

III. ¿Puede el marco regulatorio de un Estado generar expectativas legítimas respecto a su estabilidad?

A. *El concepto de expectativas legítimas con relación a la estabilidad del marco regulatorio*

Habiendo ya analizado qué son las expectativas legítimas y el debate doctrinario existente en torno a ellas, corresponde ahora abordar un punto esencial: qué conductas estatales pueden dar lugar a las expectativas legítimas de los inversores.

Como ya fue explicado, las expectativas legítimas deben derivar de la conducta del Estado, en la cual el inversor debe haber confiado al hacer su inversión⁵⁰. Lógicamente, las conductas estatales pueden ser diversas y dar lugar a distintos tipos de expectativas. Una de ellas es la expectativa que puede tener un inversor de que el marco regulatorio existente al mo-

mento de hacer su inversión será mantenido por el Estado anfitrión posteriormente – es decir, la expectativa de estabilidad y predictibilidad del marco jurídico del Estado en el que se realiza la inversión.

El análisis de las expectativas legítimas respecto a la estabilidad del marco regulatorio ha ido evolucionando en la jurisprudencia arbitral. Como notó el tribunal en *Duke Energy c. Ecuador*, “un entorno jurídico y económico estable y previsible debe considerarse como elemento esencial del estándar del trato justo y equitativo”⁵¹. Similarmente, el tribunal en *Plama c. Bulgaria* reconoció que la estabilidad del marco regulatorio ha sido reconocida recientemente como un estándar emergente de trato justo y equitativo⁵².

En consecuencia, numerosos tribunales han prestado especial atención a las expectativas legítimas de los inversores para analizar si determinadas modificaciones al marco regulatorio hechas por el Estado pueden constituir violaciones al estándar de trato⁵³. Por ejemplo, tribunales como los de *Azurix*, *Enron* y *Sempra* consideraron especialmente las expectativas legítimas de estabilidad del marco regulatorio en sus análisis respecto a re-

⁴⁸ LG&E, párr. 127.

⁴⁹ Saluka, párr. 302.

⁵⁰ Ver págs. 8-9 arriba. Ver también FREIF Eurowind Holdings Ltd. c. Reino de España, Caso SCC No. 2017/060, Laudo Final, párr. 535.

⁵¹ *Duke Energy*, párr. 339. Ver también *CMS*, párr. 274.

⁵² *Plama*, párr. 177 y *Enron*, párr. 260, ambos citando a *LG&E*, párr. 125.

⁵³ *Tecmed*, párr. 154; *PSEG*, párr. 240; *Duke Energy*, párrs. 339-340; *Plama*, párrs. 176-177.

clamos de violaciones al estándar de trato justo y equitativo⁵⁴. En esta línea, el tribunal en *CMS c. Argentina* enfocó su análisis respecto al estándar de trato justo y equitativo en el requisito de estabilidad y predictibilidad del marco legal aplicable a las inversiones en cuestión⁵⁵.

Los tribunales internacionales han ido delineando de esta manera qué implica la estabilidad del marco regulatorio en relación con el estándar de trato justo y equitativo, y en qué circunstancias una modificación a dicho marco regulatorio podría disparar la responsabilidad internacional del Estado.

En general, los tratados bilaterales de inversión no hacen referencia a la estabilidad del marco regulatorio como un elemento a observar por los Estados bajo el derecho internacional. Sin embargo, algunos tratados (como el Tratado de la Carta de la Energía) incluyen una referencia expresa a dicho concepto al introducir el estándar de trato justo y equitativo⁵⁶. Sin perjuicio de ello, incluso tribunales decidiendo bajo ese tratado han reconocido que el concepto de estabilidad mencionado en el mismo no es abso-

luto y que debe analizarse en miras a las facultades regulatorias del Estado⁵⁷, reconociendo que la estabilidad del marco regulatorio no debe entenderse como una obligación autónoma sino como parte del estándar de la obligación de brindar trato justo y equitativo⁵⁸.

La potestad regulatoria que poseen los Estados constituye entonces el principio rector a la hora de analizar las expectativas legítimas de los inversores relativas a la estabilidad del marco regulatorio. Este principio reconoce que los Estados tienen la potestad de modificar sus normativas para hacer frente a las necesidades cambiantes de la sociedad, en función del interés público⁵⁹. De este modo, “los requisitos para las expectativas legítimas y la estabilidad jurídica como manifestaciones del estándar de TJE no afectan los derechos del Estado a ejercer su poder soberano para legislar y a adaptar su sistema jurídico a circunstancias variables”⁶⁰. Es por ello que, tal como reconoció el tribunal en *Total c. Argentina*, sin perjuicio de que de las autoridades estatales deben advertir que la estabilidad del marco regulatorio constituye un ele-

⁵⁴ *Azurix*, párr. 372; *Enron*, párrs. 259-262; *Sempra*, párr. 303.

⁵⁵ *CMS*, párrs. 274 y 276.

⁵⁶ Tratado de la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994, artículo 10(1).

⁵⁷ *LSG*, párr. 1015; *PV Investors*, párr. 570.

⁵⁸ *Antin*, párr. 529; *SunReserve*, párr. 702; *PV Investors*, párr. 567; *Plama*, párr. 173; *Electrabel*, párr. 7.73.

⁵⁹ *LSG*, párr. 1015; *PV Investors*, párr. 570; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erőmű Kft c. República de Hungría (II)*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, párrs. 9.3.29 y 9.3.30 (“*AES Summit*”); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, párr. 258 (“*Continental Casualty*”); *Belenergía*, párr. 572.

⁶⁰ *Philip Morris Brand SÁRL y otros c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, párr. 422 (“*Philip Morris*”).

mento importante para el inversor a la hora de invertir:

[L]os signatarios de estos tratados no ceden sus facultades regulatorias ni limitan su responsabilidad de enmendar su legislación a fin de adaptarla a los cambios, las necesidades emergentes y a los pedidos de su pueblo en el ejercicio regular de sus prerrogativas y deberes⁶¹.

No sería entonces razonable que un inversor espere que el marco regulatorio de un Estado permanezca completamente inmutable, de modo que las expectativas de los inversores deberán tener en cuenta los poderes regulatorios del Estado para ser legítimas⁶². Así, la actividad regulatoria legítima del Estado llevada a cabo en el interés público no constituiría una violación al estándar de trato justo y equitativo simplemente por afectar los intereses de los inversores⁶³.

Sin embargo, las potestades regulatorias de los Estados tienen sus límites. Es justamente la obligación de promover condiciones estables para los inversores lo que limita el poder regulatorio estatal del siguiente modo: el Estado debe actuar en el interés público, de manera razonable, proporcional, transparente y consis-

tente, sin arbitrariedad o discriminación en sus medidas⁶⁴.

Preliminarmente, existen dos tipos de actos estatales respecto a los cuales los tribunales internacionales han analizado la legitimidad de las expectativas de los inversores sobre la estabilidad del marco regulatorio. Por un lado, los tribunales han considerado las expectativas resultantes de representaciones o compromisos específicos hechos por el Estado directamente al el inversor; y por el otro, han analizado las expectativas resultantes del marco regulatorio y legislativo general existente al momento de la inversión. De este modo, una violación del estándar de trato justo y equitativo puede derivar de: (i) el incumplimiento de compromisos específicos asumidos por el Estado en relación a la inversión en cuestión; o (ii) una modificación no razonable al marco regulatorio existente ante la ausencia de compromisos específicos⁶⁵.

B. Las expectativas que surgen de compromisos específicos hechos por el Estado

Gran parte de la jurisprudencia arbitral ha entendido que las expectativas legítimas de los inversores respecto a la esta-

⁶¹ Total, párrs. 114-115.

⁶² Saluka, párr. 305.

⁶³ Belenergía, párr. 572.

⁶⁴ LSG, párr. 1015; Cavalum SGPS, S.A. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/15/34, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum, párr. 406 (“Cavalum”); SolEs, párr. 318.

⁶⁵ El Paso, párrs. 364, 370-1, 375, 435; RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/14/34, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía, párr. 451 (“RWE”). Ver también Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, párr. 490 (“Masdar”).

bilidad del marco regulatorio existente al momento de la inversión deben derivar de representaciones o compromisos específicos que haya realizado el Estado al inversor con el fin de obtener las inversiones extranjeras⁶⁶. Como explicó el tribunal en RREEF c. España, la renuncia a las potestades regulatorias por parte del Estado “es un acto extraordinario que debe surgir de un compromiso inequívoco”, y por lo tanto “debe ser explícita y no puede asumirse mediante una declaración implícita, diluida en expresiones generales”⁶⁷. En la misma línea, el tribunal en Philip Morris c. Uruguay consideró que:

Se desprende claramente del análisis del estándar de TJE realizado por tribunales en casos de inversión, que las expectativas legítimas dependen de compromisos y declaraciones de naturaleza específica del Estado receptor, expresadas para inducir a los inversores a realizar inversiones. Las disposiciones de legislación general aplicables a una pluralidad de personas, o de categorías de personas, no crean expecta-

tivas legítimas de que no habrá cambios en la legislación⁶⁸.

Varios tribunales han considerado entonces que las expectativas legítimas de los inversores deben surgir de compromisos expuestos hechos por el Estado directamente a los inversores que garantizan que el estado no modificará sus leyes o regulaciones⁶⁹. De este modo, serían legítimas las expectativas que surjan de compromisos hechos al inversor que sean definitivos, repetidos y carentes de ambigüedad⁷⁰, resultantes de una conducta estatal específica e inequívoca⁷¹. Ello toda vez que “[l]as expectativas legítimas requieren una confianza razonable de los inversores en los actos del Estado anfitrión; cuanto más específicos sean dirigidos a los inversores, más probable será que puedan considerarse razonables y, por tanto, protegidos”⁷².

Existe entonces un sector doctrinario que considera que se requiere algún tipo de compromiso específico por parte del Estado para dar lugar a expectativas legítimas de los inversores en ese Estado⁷³.

⁶⁶ The AES Corporation y Tau Power B.V. c. República de Kazajistán, Caso CIADI No. ARB/10/16, Laudo, párr. 289. Ver también AES Summit, párr. 9.3.31.

⁶⁷ RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre responsabilidad y sobre los principios de cuantificación de daños, párrs. 244-245 (“RREEF”).

⁶⁸ Philip Morris, párr. 426 (énfasis en original).

⁶⁹ Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América, UNCITRAL, Laudo, párrs. 801-802 (“Glamis Gold”); RREEF, párr. 244; AES Summit, párrs. 9.3.31-9.3.35.

⁷⁰ Glamis Gold, párr. 802.

⁷¹ Andrew Newcombe y Lluís Paradell, “Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment” (1era edición, 2009), pág. 281; EDF Services, párr. 217.

⁷² OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/15/36, Laudo, párr. 481 (“OperaFund”).

⁷³ Ver RWE, párr. 461; Charanne, párr. 499-503; Plama, párr. 219; CMS, párr. 277; Total, párr. 117; InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/14/12, Laudo, párr. 366 (“InfraRed”).

Según esta posición, esto se debe a que “un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea modificada”⁷⁴. En consecuencia, los tribunales internacionales que apoyan esta línea han reconocido que los Estados sí pueden comprometerse a proteger las expectativas legítimas de los inversores “en una cláusula de estabilización, o con cualquier tipo de declaración que el Estado haya dirigido a los inversores, según las cuales el marco regulatorio existente no cambiaría”⁷⁵. También es posible que los Estados se comprometan a mantener una cierta estabilidad en su marco regulatorio por medio de representaciones específicas hechas a los inversores, formalizadas por medio de contratos, licencias o autorizaciones que contengan promesas de estabilidad⁷⁶. Incluso puede ser también que, de ser lo suficientemente específicos, los dichos políticos de autoridades estatales

puedan generar expectativas legítimas en los inversores⁷⁷. Así, cuando un Estado se comprometiera con los inversores por medio de compromisos o garantías específicos y no los mantuviera durante el transcurso de la inversión, ello podría constituir una violación a sus obligaciones internacionales⁷⁸.

En síntesis, los compromisos específicos generalmente reconocidos como válidos para generar expectativas legítimas respecto a la estabilidad del marco regulatorio existente al momento de la inversión pueden tomar distintas formas, tales como: (i) promesas dirigidas directamente al inversor y hechas por representantes estatales (ya sea por medio de cartas, consultas o declaraciones dirigidas a los inversores)⁷⁹; (ii) garantías específicas contenidas en actos administrativos⁸⁰; (iii) licencias, contratos o instrumentos similares⁸¹; o (iv) cláusulas o promesas de estabilización⁸², entre otros.

⁷⁴ Charanne, párr. 499.

⁷⁵ Charanne, párr. 490. Ver también Katja Gehne y Romulo Brillo, “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment”, NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2013/46 (enero 2014), pág. 1 (explicando que las cláusulas de estabilización son provisiones de un alto nivel de protección contenidas en instrumentos legales, que regulan el riesgo de cambios regulatorios para los inversores); Micula I, párr. 666.

⁷⁶ Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/05, Laudo sobre el Fondo, párrs. 185-186 (“Metalpar”); Total, párr. 117.

⁷⁷ SunReserve, párr. 817.

⁷⁸ Enron, párrs. 264-268.

⁷⁹ PSEG, párr. 241; NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/14/11, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum, párrs. 593-594; Total, párrs. 118-119; EDF Services, párr. 217.

⁸⁰ Cengiz, párr. 547; Continental Casualty, párr. 260.

⁸¹ Metalpar, párrs. 117 y 185; Continental Casualty, párr. 261; Total, párr. 117.

⁸² OperaFund, párrs. 481-485; EDF Services, párrs. 217-218; Masdar, párr. 503; Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/36, Laudo, párr. 362 (“Eiser”); Total, párr. 117.

Cabe aclarar que en aquellos casos en los que las expectativas legítimas de los inversores surgieran de contratos o instrumentos similares, el incumplimiento de estos por parte del Estado actuando como una parte privada no daría lugar a violaciones del estándar de trato, sino que para ello debe tratarse de actos gubernamentales realizados en el ejercicio de los poderes soberanos del Estado⁸³.

El tribunal el *Continental Casualty c. Argentina* intentó otorgar distinto valor a diferentes fuentes de compromisos estatales, en su intento de delimitar el concepto de expectativas legítimas. El tribunal consideró, por ejemplo, que: (i) los dichos políticos tienen un valor legal menor, remarcando la importancia de la especificidad del compromiso estatal en consideración; (ii) las leyes generales dan lugar a expectativas reducidas, especialmente en contextos con un alto riesgo político, ya que las mismas están necesariamente sujetas a modificaciones dentro de ciertos parámetros; y (iii) los compromisos contractuales asumidos por el Estado generan derechos y expectativas de cumplimiento en los inversores⁸⁴. Fue en función de esta última categoría que el tribunal encontró una violación al tratado respecto a uno de los re-

clamos del demandante relacionado a la reestructuración unilateral de ciertos instrumentos crediticios luego de finalizada la crisis económica de Argentina en 2001⁸⁵. Asimismo, este tribunal resaltó algunos principios relevantes para analizar una potencial violación al estándar de trato, tales como: (i) la importancia de los compromisos en relación a la inversión realizada y el impacto de los cambios en ésta; (ii) los principios de buena fe y de no discriminación; y (iii) la relevancia del interés público perseguido por el Estado⁸⁶.

Siguiendo las pautas esgrimidas en el caso *Continental*, el tribunal en *Mobil c. Argentina* consideró que incluso el cambio de una regulación general puede ser considerada como una violación del trato justo y equitativo si viola compromisos específicos hechos al inversor, los cuales a su vez pueden clasificarse en dos: aquellos específicos en relación a su destinatario y aquellos específicos en función de su objeto y propósito⁸⁷.

Similarmente, en *National Grid c. Argentina* el tribunal también analizó la relación entre las expectativas legítimas de los inversores y los compromisos especí-

⁸³ *Impregilo S.p.A. c. República Argentina (I)*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, párrs. 294 y 310. Ver también *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, párr. 87.

⁸⁴ *Continental Casualty*, párr. 261. Similarmente, el tribunal de *Mobil c. Argentina* consideró que las declaraciones políticas hechas por representantes del Estado tienen un valor limitado a la hora de justificar las expectativas legítimas (*Mobil Exploration*, párr. 970).

⁸⁵ *Continental Casualty*, párrs. 264-265.

⁸⁶ *Continental Casualty*, párr. 261.

⁸⁷ *Mobil Exploration*, párrs 955-957.

ficos que pueda hacer el Estado⁸⁸. El tribunal concluyó que el demandante había confiado en determinados aspectos claves del marco regulatorio al hacer su inversión, los cuales estaban a su vez reflejados en el contrato de concesión en cuestión, y fueron luego modificados por Argentina⁸⁹. Sin embargo, el tribunal tuvo especial consideración por el contexto de crisis en el cual las medidas disputadas fueron tomadas para determinar el alcance de la violación al estándar de trato⁹⁰.

En esta línea, tribunales como los de Metalpar, Total y El Paso encontraron que las expectativas legítimas de los inversores respecto a la estabilidad del marco regulatorio deben surgir de compromisos específicos hechos por el Estado, los cuales de ser frustrados pueden dar lugar a violaciones al estándar de trato justo y equitativo⁹¹.

En particular, el tribunal en Total c. Argentina remarcó que se requiere que las

promesas o compromisos hechos por el Estado estén dirigidos directamente al inversor⁹². El tribunal notó que:

En ausencia de algún tipo de “promesa” por parte del Estado anfitrión o bien de una disposición específica en el tratado bilateral mismo, el régimen legal vigente en el país anfitrión al momento de realizar la inversión no está cubierto automáticamente por una “garantía” de estabilidad sólo porque el país anfitrión ha celebrado un tratado bilateral con el país del inversor extranjero.

La expectativa del inversor es, sin duda, “legítima”, y por ello amparada por la protección del tratado en virtud de la cláusula de tratamiento justo y equitativo, si el Estado anfitrión ha asumido expresamente una obligación legal específica para el futuro, como, por ejemplo, mediante contratos, concesiones, cláusulas de estabilización u otros mecanismos que el inversor

⁸⁸ En este caso existían compromisos específicos hechos por Estado en relación a una concesión en el rubro de transportación eléctrica, por lo que el tribunal se enfocó en la protección de las expectativas legítimas de los inversores generadas por esos compromisos (National Grid PLC c. República Argentina, Laudo, párrs. 173-174 (“National Grid”)).

⁸⁹ National Grid, párrs. 176-179.

⁹⁰ National Grid, párr. 180.

⁹¹ Metalpar, párrs. 183-186 (encontrando que “no existió una licitación, una licencia, un permiso o un contrato de alguna clase entre Argentina y las Demandantes y el Tribunal considera que no hubo expectativas legítimas de las Demandantes que fueran violadas por Argentina”); Total, párrs. 117-120; El Paso, párrs. 374-375. El tribunal en Suez c. Argentina consideró que las expectativas legítimas de los inversores respecto al marco regulatorio en ese caso se vieron reflejadas en un contrato de concesión, el cual tuvo un rol esencial en la formación de dichas expectativas, pero que también las mismas se vieron fundadas en el marco regulatorio existente al momento de la inversión (Suez, párrs. 209-212).

⁹² Total, párrs. 145 y 148. Igualmente, este tribunal también consideró que incluso frente a la ausencia de dichos compromisos específicos, una medida estatal que modifique el marco regulatorio puede ser considerada violatoria del estándar de trato en ciertas circunstancias cuando sea contraria a los principios de “certeza regulatoria” o de “equidad regulatoria” (*rer* pág. 26 abajo; Total, párr. 122 y 309(g)).

pueda invocar como cuestión de derecho⁹³.

Otros tribunales, como los de Horthel c. Polonia o PSEG c. Turquía, consideraron del mismo modo que las expectativas legítimas deben basarse en promesas específicas e individualizadas hechas al inversor para ser razonables⁹⁴.

En la misma línea, el tribunal de Charanne c. España notó especialmente que un inversor no puede tener expectativas legítimas de que el marco regulatorio no va a cambiar a menos que exista un compromiso específico del Estado a tal efecto⁹⁵. Similarmente, el tribunal en RWE c. España encontró que no sería “ni injusto ni inequitativo” que el Estado realice cambios a su marco regulatorio, a menos que el Estado haya realizado compromisos específicos a los inversores⁹⁶. Ello porque no sería razonable que el inversor contemple un tratado bilateral de inversión como una garantía indiscriminada contra cualquier cambio regulatorio⁹⁷.

En resumen, tal como notó el tribunal en Infracapital c. España, para que un compromiso o representación del Estado pueda dar lugar a expectativas legítimas, el mismo debe: (i) estar fundado en la ley; (ii) ser hecho por una autoridad competente; y (iii) ser claro y específico⁹⁸. Adicionalmente, el tribunal remarcó que el análisis de la razonabilidad de las expectativas legítimas de los inversores debe considerar asimismo los intereses políticos del Estado y las circunstancias que rodearon a la inversión, incluyendo la diligencia debida del inversor y el historial regulatorio del Estado⁹⁹. Este último punto fue reconocido por varios tribunales, que consideraron que las expectativas legítimas de los inversores en cuanto a la estabilidad del marco regulatorio deben analizarse teniendo en cuenta las circunstancias existentes al momento de la inversión¹⁰⁰. En relación con ello, el tribunal en SunReserve c. Italia remarcó que los dichos del Estado al público hechos con el fin de promover un régimen regulatorio en particular solo pueden

⁹³ Total c. Argentina, párr. 117.

⁹⁴ Horthel Systems BV, Poland Gaming Holding BV y Tesa Beheer BV c. República de Polonia, Caso CPA No. 2014-31, Laudo Final, párr. 238 (“Horthel”); PSEG, párr. 241.

⁹⁵ Charanne, párr. 499.

⁹⁶ RWE, párr. 448. Como se detalla más abajo, el tribunal en este caso también reconoció que, incluso ante la ausencia de compromisos específicos de estabilidad, se puede dar un incumplimiento al estándar de trato justo y equitativo cuando la modificación al régimen regulatorio sea irrazonable y total (ver pág. 25 abajo; RWE, párr. 451).

⁹⁷ EDF Services, párr. 217.

⁹⁸ Infracapital, párrs. 570-572.

⁹⁹ Infracapital, párrs. 573-574. Ver también Isolux, párr. 781.

¹⁰⁰ Como fue explicado, la situación al momento de la inversión incluye hechos en proceso en países de la región, así como también cambios previos al marco regulatorio (ver Belenergia, párrs. 596-597 y 610; Isolux, párr. 787; RREEF, párr. 392. Ver también Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. Reino de España, Caso SCC No. 2015/063, Laudo, párr. 686-688 (“Novenergia”); InfraRed, párrs. 361-363.

crear expectativas, si las hubiera, en relación con el régimen en existencia a ese momento¹⁰¹.

Así, como ya fue anticipado, las expectativas legítimas respecto a la estabilidad del marco regulatorio no corresponden a las creencias subjetivas del inversor, sino que deben analizarse objetivamente al momento de la inversión teniendo en cuenta las circunstancias de ese momento y el poder regulatorio del Estado¹⁰². Ello se relaciona con las ya mencionadas potestades estatales de modificar el régimen regulatorio en función del interés público.

De este modo, los tribunales internacionales deben realizar el ejercicio de balancear los derechos de los inversores y otros factores, tales como las potestades regulatorias del Estado¹⁰³. Es un principio reconocido que los Estados pueden hacer uso de sus poderes soberanos para modificar su régimen legal y regulatorio, en tanto no interfieran con las expectativas legítimas de los inversores irrazonablemente¹⁰⁴.

Sin embargo, queda claro que los compromisos específicos hechos por el Estado limitan las potestades regulatorias

del Estado. El tribunal en *CMS c. Argentina* tribunal notó particularmente que:

El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos¹⁰⁵.

En ese caso, el tribunal concluyó que Argentina se había comprometido a mantener determinados aspectos del marco regulatorio existente en la industria del gas a través de distintos instrumentos legales, incluyendo la licencia otorgada a una empresa subsidiaria del demandante en el arbitraje, y que la violación a los derechos reconocidos en esos instrumentos constituyó una violación al estándar de trato justo y equitativo¹⁰⁶.

Asimismo, el tribunal en *Total c. Argentina* consideró que “los tribunales arbitrales que invocan el concepto de ‘expectativas legítimas’ han señalado frecuentemente que los ‘compromisos específicos’ limitan el derecho del Estado anfitrión de adaptar el marco legal a las circunstancias cambiantes”¹⁰⁷. Sin em-

¹⁰¹ SunReserve, párr. 817.

¹⁰² Saluka, párrs. 304-305.

¹⁰³ LSG, párr. 1023; Lemire, párr. 285; *InfraRed*, párr. 366; *Electrabel*, párr. 165; *SolEs*, párr. 318.

¹⁰⁴ *Charanne*, párr. 517; *Eiser*, párr. 370.

¹⁰⁵ *CMS*, párr. 277.

¹⁰⁶ *CMS*, párrs. 138, 144, 151, 161, 275 y 281.

¹⁰⁷ *Total*, párr. 119.

bargo, es relevante aclarar que esta limitación a los poderes regulatorios del Estado por medio de compromisos específicos no es absoluta, ya que éstos no eliminan la potestad del Estado de modificar sus leyes, sino que simplemente contribuyen al análisis de la razonabilidad de las expectativas de los inversores en función de las circunstancias¹⁰⁸.

En resumen y como ha sido expuesto, gran parte de la jurisprudencia arbitral ha considerado que el derecho del Estado a regular no es absoluto y se ve restringido por los compromisos que el Estado hubiera asumido frente a los inversores. Dichos compromisos, como ya fue explicado, en ciertos casos pueden dar lugar a expectativas respecto a la estabilidad del marco regulatorio prometido por el Estado que son razonables y legítimas.

C. Las expectativas generadas directamente por el marco regulatorio general de un Estado

Tal como surge de la jurisprudencia analizada en la sección anterior, numerosos tribunales han encontrado que las expectativas legítimas de estabilidad del marco

regulatorio pueden surgir razonablemente de compromisos específicos hechos por el Estado a los inversores, en sus diversas manifestaciones. Sin embargo, como explicó el tribunal en LSG c. Romania, existe una división jurisprudencial respecto a si el marco regulatorio en general puede dar lugar a expectativas legítimas en cabeza de los inversores: algunos tribunales han concluido que las expectativas legítimas pueden resultar del marco regulatorio contenido en leyes y regulaciones generales¹⁰⁹, mientras que otros han rechazado esa posición y concluido que se requieren compromisos específicamente dirigidos a los inversores para generar expectativas legítimas¹¹⁰.

Este último grupo ha encontrado que generalmente las leyes dictadas por el Estado no constituyen una promesa al inversor que pueda dar lugar a expectativas legítimas¹¹¹. Por un lado, en línea con los casos discutidos en la sección anterior, algunos tribunales han encontrado que no bastaría con que las representaciones del Estado hechas en leyes generales hayan tenido como intención promover las inversiones extranjeras, ya que no serían

¹⁰⁸ SunReserve, párr. 703.

¹⁰⁹ LSG, párrs. 1035-1037; Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/15/20, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial de Quantum, párr. 388 (“Cube”). Ver también Masdar, párrs. 491-494 y 499, donde el tribunal consideró que las expectativas legítimas pueden surgir del marco regulatorio general, pero resaltó que las expectativas de los inversores en ese caso se vieron basadas en cláusulas de estabilización contenidas en las leyes (Masdar, párr. 498). Similarmente, el tribunal en SolEs Badajoz c. España notó que las expectativas legítimas de los inversores pueden surgir de leyes y regulaciones, pero también de declaraciones hechas por el Estado para inducir las inversiones (SolEs, párr. 313).

¹¹⁰ Charanne, párr. 510; RWE, párr. 461; Blusun S.A. y otros c. República de Italia, Caso CIADI No. ARB/14/3, Laudo, párrs. 371-371 (“Blusun”). Ver págs. 14-15 arriba.

¹¹¹ Blusun, párr. 367. Ver también Charanne párr. 510; RWE, párr. 461.

lo suficientemente específicas para generar expectativas legítimas¹¹². En esta línea, el tribunal en *Belenergia c. Italia* encontró que un marco regulatorio general, dirigido a inversores nacionales y extranjeros, no podría considerarse un compromiso específico hecho al inversor particular¹¹³. El tribunal en *Charanne c. España* notó asimismo que a pesar de que los decretos disputados “estuvieran dirigidos a un grupo limitado de inversores, eso no los convierte en compromisos especificadamente dirigidos a cada uno de ellos”¹¹⁴. Ello toda vez que:

Las normas en discusión no pierden, por su alcance específico, la naturaleza general que caracteriza cualquier medida legislativa o reglamentaria. Convertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma, en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos, constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general¹¹⁵.

El tribunal en *Mobil c. Argentina* fue incluso más categórico y encontró que los compromisos incluidos en legislaciones generales no pueden ser por sí mismos considerados como compromisos espe-

cíficos que puedan dar lugar a expectativas legítimas de inmutabilidad del marco regulatorio¹¹⁶. Otro ejemplo similar es el del tribunal en *Crystallex c. Venezuela*, que opinó que resulta poco probable que un inversor pueda basar sus expectativas únicamente en las leyes vigentes en el Estado, ya que las mismas son generales e impersonales por naturaleza, y por lo tanto raramente incondicionales en sus provisiones¹¹⁷. Ello porque una expectativa legítima debe surgir de una promesa o representación dirigida al inversor individual y ser suficientemente específica – es decir, precisa en cuanto a su contenido y clara en cuanto a su forma¹¹⁸.

Similarmente, el tribunal en *Phillip Morris c. Uruguay* consideró que provisiones legales generales aplicables a una pluralidad de personas no crean expectativas de que la ley no va a cambiar¹¹⁹. Como consideró el tribunal de *Blusun c. Italia*, los tribunales han rechazado la equiparación de las leyes generales a promesas hechas por el Estado, diferenciando entre las leyes de aplicación general aplicables mientras dure su vigencia, y compromisos o promesas específicas

¹¹² *WA Investments-Europa Nova Limited c. Gobierno de la República Checa*, Caso PCA No. 2014-19, Laudo, párr. 573 (“WA Investments”); PSEG para. 243.

¹¹³ *Belenergia*, párr. 618.

¹¹⁴ *Charanne*, párr. 493.

¹¹⁵ *Charanne*, párr. 493. Ver también *RWE*, párr. 461.

¹¹⁶ *Mobil Exploration*, párrs. 969-972.

¹¹⁷ *Crystallex*, párr. 552.

¹¹⁸ *Crystallex*, párrs. 547 y 555.

¹¹⁹ *Philip Morris*, párr. 426.

hechas por el Estado¹²⁰. De este modo, se requeriría que el Estado se haya comprometido específicamente a no modificar las leyes relevantes¹²¹.

En *Continental Casualty c. Argentina*, el tribunal notó del mismo modo que las expectativas generadas por leyes generales aplicables al público general, o a una amplia categoría de inversores, contrastan con los casos que involucran compromisos específicos legislativos, administrativos o contractuales que puedan generar expectativas legítimas¹²². De este modo, las leyes generales engendrarían expectativas reducidas que naturalmente están sujetas a posibles modificaciones, especialmente en contextos políticos con riesgo alto¹²³.

El tribunal en el caso *EDF c. Romania* igualmente notó que, a menos que existieran compromisos específicos o promesas hechas al inversor, este último no puede considerar que el tratado de inversión aplicable constituye una garantía contra el riesgo de posibles cambios al régimen legal y económico del Estado en cuestión, ya que la obligación de otorgar trato justo y equitativo no es equiparable a una cláusula de estabilización¹²⁴. Del mismo modo, en *Horthel c. Polonia*, el tribunal consideró que las normas generales no pueden dar lugar a expectativas

legítimas a menos que contengan compromisos específicos de estabilidad, ya que el Estado mantiene el poder de modificar sus leyes¹²⁵.

Por el contrario, varios tribunales han determinado que las expectativas legítimas respecto a la estabilidad del marco regulatorio pueden surgir de dicho marco regulatorio en general, incluso cuando no existieran compromisos específicos hechos al inversor. Dentro de esta postura, algunos tribunales han considerado que el Estado puede realizar compromisos específicos a los inversores por medio de sus leyes y regulaciones¹²⁶. En esta línea, el tribunal en *9REN c. España* consideró que:

Es indiscutible que una “expectativa legítima” exigible requiere un compromiso claro y específico pero, en opinión de este Tribunal, en principio, no hay motivos por los que un compromiso de la claridad y especificidad requeridas no se pueda realizar en la propia norma en la cual, (como ocurre en el presente caso) se asume dicho compromiso con el propósito de inducir la inversión, que logró atraer la inversión del Demandante, y una

¹²⁰ Blusun, párrs. 367 y 371.

¹²¹ Blusun, párr. 374.

¹²² *Continental Casualty*, párr. 259-260.

¹²³ *Continental Casualty*, párr. 261.

¹²⁴ *EDF Services*, párr. 217.

¹²⁵ *Horthel*, párrs. 240-241.

¹²⁶ *Cengiz*, párr. 547; *Continental Casualty*, párr. 260; *CMS*, párr. 275.

vez realizada resultó en pérdidas para el Demandante¹²⁷.

Sin embargo, el nivel de especificidad que se requiere para que las provisiones contenidas en leyes o regulaciones generales puedan dar lugar a expectativas legítimas no es completamente claro. Por ejemplo, el tribunal en *Cube Infrastructure v. Spain* encontró que no es necesario que un compromiso específico sea hecho individualmente a los inversores cuando: (i) se trate de una industria altamente regulada; (ii) las representaciones hechas por el Estado sean lo suficientemente claras e inequívocas; y (iii) el régimen regulatorio tenga la intención de atraer inversiones haciendo creer a los inversores que van a estar sujetos a determinado marco regulatorio aplicable por un tiempo determinado¹²⁸. El tribunal encontró en ese caso que tales regímenes tienen el claro objetivo de crear expectativas en los inversores, y mientras las mismas sean razonables, darán lugar a expectativas legítimas en el sentido entendido en el derecho internacional¹²⁹.

Dentro de este sector doctrinario se encuentra también el tribunal del caso *Murphy c. Ecuador*, que consideró que:

Las expectativas legítimas de un inversor se basan en un entendimiento objetivo del marco jurídico dentro del cual el inversor ha efectuado su inversión. El marco jurídico en el que tiene derecho a confiar se compone de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional, su legislación y reglamentos nacionales, así como de los acuerdos contractuales perfeccionados entre el inversor y el Estado. Las declaraciones o compromisos específicos realizados por el Estado a un inversor también desempeñan una función importante a la hora de que se creen las expectativas legítimas por parte del inversor, pero no son necesarios para la existencia de las mismas. Un inversor puede tener expectativas legítimas con base en una evaluación objetiva del marco jurídico ante la ausencia de declaraciones o promesas específicas hechas por el Estado al inversor¹³⁰.

El tribunal en *SunReserve c. Italia* opinó que el Estado anfitrión puede generar expectativas legítimas a través de representaciones implícitas derivadas de las condiciones ofrecidas por el Estado al inversor en su marco regulatorio¹³¹. De este modo, las expectativas legítimas del inversor podrían surgir para esta línea doctrinaria de la legislación general del Estado, ello toda vez que el Estado puede

¹²⁷ 9REN, párr. 295. Ver también UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment: A Sequel”, Series on Issues in International Investment Agreements II, (UN, 2012), pág. 69.

¹²⁸ *Cube*, párr. 388.

¹²⁹ *Cube*, párr. 388.

¹³⁰ *Murphy Exploration & Production Company – International c. República de Ecuador (II)*, Caso CPA No. 2012-16, Laudo Final Parcial, párr. 248 (“Murphy”).

¹³¹ *SunReserve*, párrs. 699-700. Ver también *Enron*, párrs. 262-268; *LC&E*, párrs. 130-133; Alejandro Díaz Gaspar *c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/19/13, Laudo, párr. 368 (“Díaz Gaspar”).

promover un régimen regulatorio en términos que garanticen su estabilidad¹³².

En *Micula c. Rumania*, el tribunal encontró que no necesariamente deben existir representaciones específicas hechas al inversor para dar lugar a expectativas legítimas, ya que estas pueden surgir de actos de legislación general o acciones específicas tomadas por el Estado en relación a la aplicación de su legislación¹³³. Similarmente, el tribunal en *Suez c. Argentina* consideró que las expectativas de estabilidad de los inversores pueden surgir del marco regulatorio y las leyes del Estado, especialmente cuando las mismas buscan activamente crear esas expectativas con el fin de obtener inversiones de capital¹³⁴.

El tribunal en *Parkerings c. Lituania* coincidió en que las expectativas legítimas pueden surgir implícitamente de las condiciones ofrecidas por el Estado al momento del inversor¹³⁵. El tribunal asimismo resaltó que, si el Estado no hizo representaciones al inversor, la legitimidad de las expectativas debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon a la inversión, incluyendo el nivel de diligencia del inversor¹³⁶. Esta diligencia debida implica que el inversor debe saber que el marco regulatorio

puede cambiar y debe estructurar su inversión en consecuencia, con lo cual los cambios hechos por el Estado al marco regulatorio serán violatorios del estándar de trato solo cuando sean injustos, irrazonables o inequitativos¹³⁷. En ese caso, el tribunal encontró que Lituania no había hecho promesas implícitas ni explícitas de estabilidad, y que el historial regulatorio del Estado debería haber dado indicios al inversor de las posibilidades de cambios legislativos, con lo cual el inversor tomó un riesgo a la hora de decidir invertir en Lituania¹³⁸.

Sin embargo, la diligencia esperada del inversor para justificar sus expectativas legítimas tiene ciertos límites. Por ejemplo, el tribunal en *Isolux c. España* estableció lo siguiente:

El Tribunal Arbitral acepta que no se puede exigir de un inversor que haga una investigación jurídica extensiva. Lo importante para determinar si las expectativas alegadas por el inversor son razonables es lo que todo inversor prudente tiene que saber del marco regulatorio antes de invertir y la información efectiva del inversor que invoca expectativas específicas. En particular, un inversor no puede tener expectativas legítimas generadas por el marco regulatorio cuando su información personal le permitía prever y anti-

¹³² *Antaris Solar GmbH y Dr Michael Göde c. República Checa*, Caso PCA No. 2014-01, Laudo, párr. 366 (“Antaris”).

¹³³ *Ioan Micula y otros c. Rumania (II)*, Caso CIADI No. ARB/14/29, Laudo, párr. 362.

¹³⁴ *Suez*, párrs. 207-208.

¹³⁵ *Parkerings*, párr. 331.

¹³⁶ *Parkerings*, párrs. 331-333.

¹³⁷ *Parkerings*, párrs. 332-333.

¹³⁸ *Parkerings*, párrs. 334-336.

cipar la evolución desfavorable de este marco regulatorio antes de invertir. Para vulnerar las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas¹³⁹.

En consecuencia, sin perjuicio de que algunos tribunales han considerado que las expectativas legítimas de los inversores pueden estar fundadas en el marco regulatorio general de un Estado, en general se ha reconocido algún elemento adicional en la conducta estatal o del inversor, más allá del marco regulatorio por sí solo, para dar lugar a expectativas legítimas de la estabilidad del régimen legal aplicable. Por ejemplo, como ya fue anticipado, muchos tribunales han requerido que, para ser legítimas, las expectativas de inmutabilidad del marco regulatorio deben estar respaldadas por la totalidad de las circunstancias que rodean a la inversión¹⁴⁰. Otros tribunales han hecho énfasis en el análisis balanceado que corresponde efectuar a la hora de analizar las expectativas legítimas de los inversores contra la potestad estatal

de regular en el interés público¹⁴¹, como ya fue explicado.

Como encontró el tribunal en *Stadtwerke c. España*:

En ausencia de un compromiso específico asumido contractualmente por un Estado de congelar su legislación a favor de un inversor, cuando un inversor argumenta, tal como en el presente caso, que tal expectativa se encuentra arraigada, *inter alia*, en la legislación del Estado receptor, el Tribunal debe realizar un análisis objetivo de la legislación y el contexto fáctico de la realización de tal inversión en pos de evaluar si un inversor prudente y experimentado podría haber asumido razonablemente una expectativa legítima y justificable relativa a la inmutabilidad de dicha legislación¹⁴².

El tribunal en *Sevilla Beheer c. España* coincidió con dicha interpretación y agregó que, para violar las expectativas del inversor respecto a la estabilidad del marco regulatorio general, las medidas debían ser drásticas e inesperadas – es decir, el tribunal consideró hasta qué punto el marco regulatorio al momento de la inversión presentaba signos de cambios desfavorables futuros o riesgo regulatorio¹⁴³.

¹³⁹ *Isolux*, párr. 781.

¹⁴⁰ Ver págs. 9-10 y 18 arriba. Ver también *Murphy*, párr. 249; *Electrabel*, párr. 163; *Cavalum*, párrs. 427 and 435; *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, y InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG c. Italia*, Caso CIADI No. ARB/16/5, Laudo, párr. 513.

¹⁴¹ Ver pág. 19 arriba. Ver también *Saluka*, párrs. 304-307; *Novenergia*, párrs. 657-658; *Parkerings*, párrs. 331-333.

¹⁴² *Stadtwerke*, párr. 264; *Lemire*, párr. 285.

¹⁴³ *Sevilla Beheer B.V. y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/16/27, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum, párrs. 798-799.

En consecuencia, más allá de la consideración de si el marco regulatorio general puede dar lugar a expectativas legítimas en los inversores, varios tribunales han intentado acercar las distintas posturas respecto a esta cuestión y han encontrado que los cambios regulatorios hechos por el Estado pueden resultar violatorios del estándar de trato cuando presenten un cierto nivel de gravedad. Como encontró el tribunal de *RWE c. España*, “incluso en ausencia de la demostración de compromisos específicos de que el régimen regulatorio permanecería inalterado”, puede existir un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo “si se ha presentado cierta forma de modificación total e irrazonable, o subversión, del régimen jurídico”¹⁴⁴.

Por ejemplo, el tribunal en *Eiser c. España*, que remarcó la importancia de la existencia de compromisos específicos de estabilidad hechos por el Estado, consideró asimismo que:

Tal como se explica *infra*, el Tribunal resuelve que la obligación del Demandado en virtud del TCE de otorgar a los inversores un trato justo y equitativo sí protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio de una forma que no tome en cuenta las circunstancias de las inversiones existentes reali-

zadas sobre la base del régimen anterior. El TCE no le prohibía a España realizar cambios apropiados en el régimen regulatorio del RD 661/2007. Por ende, el Tribunal no acepta la alegación de las Demandantes de que el RD 661/2007 les otorgó derechos económicos inmutables que no podían alterarse mediante cambios del régimen regulatorio. Sin embargo, el TCE sí protegía a las Demandantes frente al cambio total e irrazonable que experimentaron aquí¹⁴⁵.

En la misma línea, el tribunal en *Suez c. Argentina*, que consideró que los inversores tenían en ese caso expectativas legítimas respecto a la estabilidad del marco regulatorio¹⁴⁶, resaltó también que los cambios realizados al marco regulatorio que sean repentinos constituyen una violación del estándar de trato¹⁴⁷. De este modo, “[u]n inversor, en efecto, tiene la expectativa legítima de que, al modificar la regulación existente con base en la cual se realizó la inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”¹⁴⁸.

Así, “no es suficiente el hecho de que un cambio en el marco normativo sea perjudicial para los intereses de los inversores para comportar la responsabilidad jurídica del Estado bajo el TCE. El cambio

¹⁴⁴ *RWE*, párr. 451.

¹⁴⁵ *Eiser*, párrs. 362-363 y 387.

¹⁴⁶ En este caso, el tribunal consideró que las expectativas legítimas de los inversores surgían del contrato de concesión firmado con las autoridades estatales, pero asimismo del marco regulatorio general del Estado (ver *Suez*, párrs. 208 y 212).

¹⁴⁷ *Suez*, párr. 207-208.

¹⁴⁸ *Charanne*, párr. 514.

también debe ser ‘irrazonable’¹⁴⁹. Ello toda vez que el inversor puede esperar que “el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente” y que “actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes”¹⁵⁰.

De este modo, el dictado de leyes o regulaciones de aplicación general pueden constituir una violación al estándar de trato cuando alteren radical o arbitrariamente el marco regulatorio en detrimento de la inversión¹⁵¹. El tribunal en *Mobil c. Canadá* también coincidió que los inversores se encuentran protegidos de cambios al marco regulatorio que sean arbitrarios, altamente injustos o discriminatorios, o inconsistentes con el derecho internacional¹⁵². Como se mencionó antes, esto a su vez se relaciona con otros elementos del estándar de trato justo y equitativo, ya que, más allá de las expectativas legítimas del inversor, se descuenta que dicho estándar protege contra medidas arbitrarias, discriminatorias o faltas de transparencia¹⁵³.

En esta línea, el tribunal en *Infracapital c. España* notó que todos los inversores, existan compromisos específicos o no, pueden tener expectativas de que el Estado se conducirá de manera consistente con la ley a la hora de implementar sus regulaciones¹⁵⁴. De todos modos, el tribunal consideró que una frustración de dichas expectativas no constituye automáticamente una violación al estándar de trato, a menos que dicha conducta sea arbitraria o irrazonable¹⁵⁵. Ello se relaciona con el hecho de que los conceptos de estabilidad y predictibilidad van de la mano con la necesidad de que el Estado actúe de manera consistente y transparente¹⁵⁶.

Por ejemplo, como ya fue mencionado previamente, el tribunal en *Total c. Argentina* consideró que las expectativas legítimas de los inversores deben surgir de compromisos específicos hechos a los mismos, pero que sin perjuicio de ello, pueden existir violaciones al estándar de trato en función de cambios realizados al marco regulatorio aplicable a inversiones a largo plazo cuando los mismos vayan en contra de los reconocidos principios financieros y económicos de “certeza regulatoria” o de “equidad regulatoria” relativos a la seguridad jurídica de

¹⁴⁹ *PV Investors*, párr. 580.

¹⁵⁰ *Tecmed*, párr. 154.

¹⁵¹ *LSG*, párr. 1021.

¹⁵² *Mobil*, párr. 153.

¹⁵³ Ver pág. 7 arriba.

¹⁵⁴ *Infracapital*, párr. 568.

¹⁵⁵ *Infracapital*, párr. 568.

¹⁵⁶ *Binder*, párr. 446.

inversiones de ese tipo¹⁵⁷. En relación a ello, el tribunal consideró que el análisis del estándar de trato justo y equitativo debe tener en cuenta el propósito, naturaleza y objetivo de las medidas en cuestión, resultando en un análisis respecto a si las mismas son proporcionales, razonables y no discriminatorias¹⁵⁸. Como muchos otros tribunales, el tribunal en *Total* dio especial importancia a las circunstancias que rodeaban a los cambios regulatorios en disputa.

Siguiendo este orden de ideas, el tribunal en *Occidental c. Ecuador* notó que el preámbulo del tratado aplicable reconocía especialmente la importancia del estándar de trato justo y equitativo a fines de mantener un marco estable de la inversión, y concluyó que “la estabilidad del marco legal y de negocios es en consecuencia un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo”¹⁵⁹. Al encontrar una violación al estándar de trato, el tribunal notó que Ecuador realizó cambios “de manera importante” al marco aplicable, que “acabó por ser manifiestamente errónea”, “sin proveer claridad alguna” y de manera inconsistente¹⁶⁰.

De manera similar, el tribunal en *Cavalum c. España* reconoció que las expectativas de estabilidad de los inversores

refieren a que el marco regulatorio no será modificado arbitrariamente; por lo tanto, los inversores no se encuentran protegidos ante todo cambio al régimen regulatorio, sino que existe un estándar alto que los protege contra subversiones al régimen o cambios radicales y fundamentales¹⁶¹.

Es posible concluir de este modo que numerosos tribunales se han negado a imponer sobre el estándar de trato un requerimiento de congelar el marco regulatorio existente al momento de la inversión sin más. Por el contrario, reconocieron en general las potestades regulatorias del Estado y el análisis de las circunstancias adyacentes a los cambios regulatorios para analizar si dichos cambios son violatorios del estándar de trato justo y equitativo. Así, pareciera existir un “margen aceptable de cambios” que debe ser considerado por cualquier inversor y más allá del cual las modificaciones hechas por el Estado podrían ser violatorias del estándar de trato¹⁶².

En cualquier caso, algunos tribunales han considerado que incluso si existieran expectativas legítimas de estabilidad, los inversores deben probar una violación al estándar de trato justo y equitativo más allá de la frustración de sus ex-

¹⁵⁷ *Total*, párrs. 119, 122 y 309.

¹⁵⁸ *Total*, párr. 162.

¹⁵⁹ *Occidental*, párr. 183.

¹⁶⁰ *Occidental*, párr. 184.

¹⁶¹ *Cavalum*, párr. 406.

¹⁶² *El Paso*, párr. 402; *Philip Morris*, párr. 433. Ver también *PV Investors*, párr. 583 (considerando que los Estados poseen “un margen de apreciación en el campo de la regulación económica”, pero que el mismo no es ilimitado).

pectativas legítimas, ya que esto último no siempre constituye en sí mismo una violación a las obligaciones internacionales del Estado¹⁶³. Así, los inversores deben probar que la conducta del Estado fue injusta, irrazonable o inequitativa¹⁶⁴, o que el Estado actuó de manera arbitraria, desproporcionada o discriminatoria¹⁶⁵.

Aplicando este principio a las expectativas de estabilidad del marco regulatorio, en general se ha requerido que una alteración al régimen jurídico debe ser lo suficientemente radical, sustancial o fundamental como para disparar una violación del estándar de trato justo y equitativo, implicando una subversión total del régimen existente¹⁶⁶. De este modo, el impacto del cambio regulatorio disputado es especialmente relevante a la hora de analizar si el mismo ha sido en violación del derecho internacional¹⁶⁷.

En tal contexto, cuando el cambio del marco regulatorio resulta ser manifiestamente arbitrario o discriminatorio, las expectativas del inversor pasarían a un segundo plano si es que la conducta del Estado resulta en sí misma contraria al derecho internacional:

[E]l tema relevante es saber si, al cambiar su postura, o al actuar de determinada manera, el Estado se comportó de manera aberrante, injusta, irrazonable o idiosincrática, sin que las expectativas del inversionista sean en principio relevantes para apreciar una violación del derecho internacional, pues cualquier inversionista siempre espera que el Estado actúe de manera razonable y cumpla con el marco regulatorio existente¹⁶⁸.

En consecuencia, no habría una violación al estándar de trato justo y equitativo cuando los cambios regulatorios se encuentren dentro de estos parámetros esgrimidos en el derecho internacional.

¹⁶³ 9REN, párr. 308; Infracapital, párr. 568.

¹⁶⁴ Parkerings, párr. 332.

¹⁶⁵ Antaris, párr. 360(11). Eurus, párr. 387; WA Investments, párr. 690. Ver pág. 7 arriba.

¹⁶⁶ WA Investments, párr. 683 (encontrando de todos modos que lo relevante no es el carácter sustancial de las modificaciones al régimen regulatorio, sino el carácter racional de las políticas perseguidas y su implementación de manera razonable); LG&E, párr. 139 (sosteniendo que Argentina “se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido”); El Paso, párr. 517 (considerando que “el efecto acumulativo de las medidas constituyó una absoluta alteración de entramado jurídico para las inversiones extranjeras”); RWE, párr. 451 (estableciendo que se puede determinar una violación al estándar de trato justo y equitativo cuando hubiera “cierta forma de modificación total e irrazonable, o subversión del régimen jurídico”); Cavalum, párr. 406 (considerando que el espectro para encontrar una violación del estándar de trato por modificaciones del marco legal aplicable es alto y protege al inversor únicamente de cambios radicales o fundamentales); Eiser, párr. 363 (encontrando que el estándar de trato protege a los inversores contra cambios totales e irrazonables).

¹⁶⁷ Horthel, párr. 255.

¹⁶⁸ Díaz Gaspar, párr. 368.

De este modo, se requiere una cierta noción de proporcionalidad en las acciones del Estado con respecto a los fines perseguidos para que éstas puedan ser consideradas razonables¹⁶⁹, y a su vez, para que encuadren dentro del balance entre las expectativas legítimas que pueden tener los inversores y el derecho de los Estados a regular. Ello toda vez que “[e]l requisito de razonabilidad de los cambios y la prueba de equilibrio que involucra los intereses del inversor y el derecho a regular del Estado se encuentran, a su vez, vinculados con el requisito de proporcionalidad de las medidas”¹⁷⁰.

IV. Conclusiones

En conclusión, la protección de las expectativas legítimas bajo el derecho internacional no equivale a una promesa de estabilidad del marco regulatorio existente al momento de la inversión. Es prácticamente indiscutido que el Estado tiene la potestad de modificar su marco regulatorio en función del interés público y las necesidades cambiantes de la sociedad. Sin embargo, como fue explicado, estas potestades no son absolutas y deben analizarse efectuando un balance contra la protección de los derechos de los inversores.

Parece ser entonces que la referencia al concepto de las expectativas legítimas sobre la estabilidad del marco regulato-

rio con relación a violaciones del estándar de trato justo y equitativo no puede desprenderse del contexto político, social y económico subyacente a la inversión – básicamente, cualquier tipo de razonabilidad de las expectativas de los inversores depende necesariamente de las circunstancias que rodearon a la inversión y las potestades regulatorias del Estado.

En consecuencia, los inversores deben saber – y razonablemente prever – que es posible que el Estado modifique su marco regulatorio en función del interés público y circunstancias cambiantes. De todos modos, los inversores sí pueden esperar que tales modificaciones se hagan en miras a los principios fundamentales de trato justo y equitativo y buena fe. En consecuencia, el estándar de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas de estabilidad de los inversores debe analizarse teniendo en cuenta tanto los intereses de los inversores como los del Estado anfitrión.

Asimismo, la potestad regulatoria de los Estados se verá más claramente limitada en circunstancias en las que el Estado haya efectuado compromisos específicos a los inversores con relación a la estabilidad de su marco regulatorio, o en algunos casos cuando el régimen regulatorio posea determinadas características como

¹⁶⁹ SolEs, párrs. 317-318. Para el tribunal en Charanne, el criterio de proporcionalidad “queda satisfecho siempre que los cambios no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente” (ver Charanne, párr. 517).

¹⁷⁰ PV Investors, párr. 582.

para comprometer al Estado a mantener su estabilidad.

De este modo, la jurisprudencia internacional pareciera sugerir que existen dos situaciones en las que los tribunales han reconocido que es posible incurrir en una violación del estándar de trato justo y equitativo como consecuencia de una modificación al marco regulatorio del Estado que haya sido realizada en detrimento de las expectativas legítimas que pudieran tener los inversores respecto a la estabilidad y predictibilidad del sistema legal existente.

En primer lugar, cuando exista un compromiso específico del Estado otorgado a los inversores que convierta en legítimas las expectativas de estabilidad del marco regulatorio, ciertas modificaciones a al régimen legislativo podrían ir en contra de las obligaciones internacionales del Estado. De este modo, no sería razonable para un inversor internacional esperar sin más que un determinado marco regulatorio no será modificado por el Estado. Sin embargo, cuando el Estado se hubiera comprometido a ello, en cualquiera de las formas analizadas en este artículo, puede considerarse que el Estado ha limitado sus potestades regulatorias de manera que ciertas modificaciones al marco regulatorio existente al momento de la inversión podrían dar lugar a una violación del estándar de trato.

En segundo lugar, cuando el Estado no hubiera hecho compromisos específicos

a los inversores, pero del total de las circunstancias del caso fuera posible concluir que los inversores podían razonablemente esperar que se mantuvieran determinados aspectos del marco regulatorio general, la modificación del régimen jurídico puede llegar a constituir asimismo una vulneración a dichas expectativas que derive en una violación al estándar de trato justo y equitativo. Sin embargo, en este caso, dicha alteración al régimen jurídico existente debe tener un cierto grado de magnitud, de modo que no todo cambio al sistema legal concluirá en una violación a las expectativas legítimas de los inversores, sino solo aquellos que sean sustanciales o constituyan una alteración fundamental al régimen.

En conclusión, cuando no existiere un compromiso específico realizado por el Estado, en alguna de las múltiples formas que dicho compromiso puede tomar, o cuando no existiere una cláusula de estabilización que proteja a los inversores contra cambios generales en la legislación del Estado, es generalmente reconocido que el Estado tiene la potestad soberana de modificar su marco regulatorio en función del interés público. Este principio tiene una limitación: el Estado debe evitar alterar de forma fundamental, drástica e irrazonable el régimen regulatorio existente al momento de la inversión.

How national courts in several jurisdictions are approaching the emerging field of Digital Assets Litigation

Sophie Nappert* and Mihaela Apostol**

Principia No. 8–2023 pp. 67-93

Resumen: El artículo analiza cómo los activos digitales (como las criptomonedas, NFTs, y tierra virtual) así como los contratos inteligentes impactan el actual contexto social, económico y legal. La parte general del artículo se enfoca en proveer una visión general de las decisiones de los tribunales de varias jurisdicciones sobre los retos que surgen de las nuevas tecnologías, tanto (i) desde el punto de vista sustancial: el estado legal de los activos digitales, ejecución de dichos activos, impuestos y propiedad intelectual, etc.; (ii) así como desde una perspectiva procedimental, discutiendo nuevas formas de consignar documentos hechos a la medida de la rapidez y el anonimato del mercado de las nuevas tecnologías.

Abstract: The article analyses how digital assets (such as cryptocurrencies, NFTs, and virtual land) as well as smart contracts impacted the current social, economic and legal context. The main part of the article focuses on giving an overview of the recent court decisions rendered from various jurisdictions on the legal challenges raised by new technologies both from (i) a substantial standpoint: the legal status of digital assets, seizure of digital assets, tax and intellectual property implications, etc. (ii) as well as from a procedural perspective by discussing the new ways of serving court documents tailored to the fast pace and anonymity of the new technologies market.

Palabras Claves: Activos digitales | Criptomonedas | NFTs | Tierra virtual | Contratos inteligentes | Retos legales | Novedades procedimentales

Keywords: Digital assets | Cryptocurrencies | NFTs | Virtual land | Smart contracts | Legal challenges | Procedural novelty

* Sophie Nappert is an arbitrator in independent practice, based in London. She is dual-qualified as an Avocat of the Bar of Quebec, Canada and as a Solicitor of the Supreme Court of England and Wales. Sophie is also a co-founder of ArbTech, a discussion forum focusing on the impact of new technologies and the future of justice.

** Mihaela Apostol is a dual-qualified as an Avocat of the Bar of Bucharest (Romania) and as a Solicitor of the Supreme Court of England and Wales. Mihaela is also a co-founder of ArbTech, a discussion forum focusing on the impact of new technologies and the future of justice.

Sumario: I. “Everyone has the right to have no rights.” - Digital assets as a form of expression of a generation; II. “Everyone has the right to not to be afraid.” - Overview of digital disputes; III. “No one has the right to make another person guilty.” - Key legal aspects decided by courts; A. Crypto; 1. Property; 2. Security; 3. Trust; 4. Seizure of crypto in debt recovery cases (third-party debt order); 5. Security for costs; 6. Other issues; B. NFTs; 1. Property; 2. Infringement of intellectual property rights; 3. Insider trading; 4. Injunction halting sale of NFT; C. Virtual land; D. Smart contracts; IV. “Everyone has the right to be unique.” - Procedural novelty; V. “Everyone is responsible for their freedom.” - Conclusion

I. “Everyone has the right to have no rights.” - Digital assets as a form of expression of a generation

*“Everyone has the right to have no rights.”*¹ - this is one of the Articles of the Constitution of the Republic of Užupis, a micro-nation located in Vilnius’s old town, a UNESCO World Heritage Site. The Republic of Užupis, coincidentally or not, was founded on April Fools’ Day 1998. With a population of circa 7 000, the micro-nation is an independent, self-declared republic, unrecognised by other countries. Užupis’s community is formed of artists, poets and technologically forward alike who envisage borderless states based on creative autonomy and self-governance². Užupis’s Constitution is a very unique one, with articles

that might seem contradictory³ or light-hearted⁴.

As utopic as Užupis might seem, it is perhaps a reflection of the mindset of the current generations who are drawn more and more to the idea of self-governance and decentralised systems.

Ten years later after Užupis was established, in 2008, a new term was coined by Satoshi Nakamoto⁵: “Bitcoin”. Satoshi Nakamoto published a white paper titled *“A Peer-to-Peer Electronic Cash System”* proposing a system for electronic transactions without relying on intermediaries to perform cross-border

¹ Article 37 of The Užupis Constitution.

² Cooperative City Magazine, “Užupis Republic: A Self-Governing Micronation in the Lithuanian Capital,” Cooperative City (blog), November 29, 2020, <https://cooperativitycity.org/2020/11/29/uzupis-republic-a-self-governing-micronation-in-the-lithuanian-capital/>; “Užupis,” in Wikipedia, February 13, 2023, <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=U%C5%BEupis&oldid=1139083367>.

³ Article 23 *“Everyone has the right to understand.”* and Article 24 *“Everyone has the right to understand nothing.”* of The Užupis Constitution.

⁴ Article 12 *“A dog has the right to be a dog.”* of The Užupis Constitution.

⁵ A pseudonym used by the presumed person or persons who developed Bitcoin.

der transactions bypassing the use of a central authority⁶.

Since 2008, the tech market evolved exponentially. The number and type of cryptocurrencies evolved and diversified significantly over the years, hitting over 10 000 different types of cryptocurrencies in February 2022⁷. Along with the cryptocurrencies evolution, other new tech terms appeared in the spotlight: tokens, virtual land, NFTs, etc. While all of them have specific characteristics, for ease of reference, in this article they will be broadly referred to as *digital assets*.

The evolution in the tech world did not go unnoticed by Užupis, which kept up with the technological changes and updated its Constitution. In 2018, the Minister of Foreign Affairs Thomas Chepaitis, Ambassador H. E. Max Haarich, AI-Expert Alex Waldmann and humanoid Roboy formulated an additional article for the Munich Embassy of Užupis: “*Any artificial intelligence has the right to believe in a good will of humanity.*” becoming the first ever Consti-

tution to recognise artificial intelligence⁸.

As Užupis, digital assets lay somewhere between a revolutionary project and a fairy tale. The statistics of the market value of digital assets look very similar to a carousel ride. The total value of NFTs sales varied from over US\$ 78 000 in April 2021, to US\$ 880 000 in November 2021, followed by a drop to around US\$ 5 000 in November 2022⁹. Similarly, for the cryptocurrencies market, which was around US\$ 200 billion in January 2020, then in November 2021 it reached its highest of nearly US\$ 3 trillion, followed by a drop to US\$ 795 billion in December 2022¹⁰.

Although a fairly new industry, with less than 14 years (if it were to take as a benchmark the publication of Satoshi’s paper), the impact of digital assets on the overall global economy is difficult to ignore. Compared to other industries, for example, the gold mining industry which had a total of over US\$ 204 billion in 2022 (nearly 4 times less than the crypto

⁶ Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System,” n.d. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>; “*A purely peer-to-peer version of electronic cash would allow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution.*”; “*We have proposed a system for electronic transactions without relying on trust.*”

⁷ “Number of Cryptocurrencies 2013-2023,” Statista, accessed January 3, 2023, <https://www.statista.com/statistics/863917/number-crypto-coins-tokens/>

⁸ Press Release: A Constitution for the Age of Artificial Intelligence”, December 11, 2018, <https://uzhupisembassy.eu/wp-content/uploads/2019/07/Press-Release-A-Constitution-for-the-Age-of-AI.pdf>; “Constitution of the Republic of Užupis,” accessed January 3, 2023, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/1e/Constitution_of_the_Republic_of_U%C5%BEupis_-_Munich_version.jpg.

⁹ “NFT Sales Value in the Art Segment March 2023,” Statista, accessed January 3, 2023, <https://www.statista.com/statistics/1235263/nft-art-monthly-sales-value/>

¹⁰ “Global Cryptocurrency Market Charts,” CoinMarketCap, accessed January 3, 2023, <https://coinmarketcap.com/charts/>

market)¹¹, it can be noticed that despite lacking a physical form, digital assets play a big role in the economy.

Notwithstanding the significant growth during recent years, however, lately, the digital assets industry faced significant

turmoil. The news articles from 2022 described it as a “crypto winter”¹², “bloodbath”¹³, “crypto-crash”¹⁴, or “the year of crypto catastrophe”¹⁵. The fallout of big players (FTX¹⁶, Terraform Labs¹⁷, Celsius¹⁸, Voyager Digital¹⁹, and

¹¹ Research and Markets Ltd, “Global Gold Mining Market (2022 Edition) - Analysis By Mining Method, End-Use, By Region, By Country: Market Insights and Forecast with Impact of COVID-19 (2022-2027),” accessed January 3, 2023, <https://www.researchandmarkets.com/reports/5574847/global-gold-mining-market-2022-edition>.

¹² “State Of Crypto And Web3: Has The Space Gone In Winter Sleep Mode?,” accessed January 3, 2023, <https://www.forbes.com/sites/philippsandner/2022/12/29/state-of-crypto-and-web3-has-the-space-gone-in-winter-sleep-mode/?sh=3bce4d965820>.

¹³ “Cryptoverse: Forget Crypto Winter, This Is a Bitcoin ‘Bloodbath,’” Reuters, accessed January 3, 2023, <https://www.reuters.com/technology/cryptoverse-forget-crypto-winter-this-is-bitcoin-bloodbath-2022-12-06/>.

¹⁴ “The Final Crypto Crash? It’s Not Looking Good,” Reader’s Digest, accessed January 3, 2023, <https://www.readersdigest.co.uk/money/investment/the-final-crypto-crash-its-not-looking-good>.

¹⁵ Joshua Oliver, “Year in a Word: Crypto Winter,” *Financial Times*, December 28, 2022, <https://www.ft.com/content/9ccc707e-e5a5-409e-978e-e72934fabaca>

¹⁶ In November 2022, FTX, the world’s second-largest cryptocurrency exchange, filed for bankruptcy in the US. News that Alameda Research, FTX’s partner firm, held a significant portion of its assets in FTX’s native token raised concerns regarding the financial health and related transfers of FTX, leading to huge customer withdrawals (worth ~ \$5bn). In December 2022, Sam Bankman Fried was arrested in The Bahamas for financial offences. “FTX,” in *Wikipedia*, April 1, 2023, <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=FTX&oldid=1147751099>.

¹⁷ Terraform Labs set up the TerraUSD, a stablecoin whose price was designed to be pegged to US\$. Before collapsing in May 2022, TerraUSD was the third-largest stablecoin by market capitalisation. In May 2022, after TerraUSD began to break its peg to the US dollar, the price dropped from US\$ 119.51 to 10 cents. This led to a loss of almost \$45 billion in market capitalisation within a week. The co-founder of Terraform Labs, the creator of the algorithmic stablecoin TerraUSD, faces two class-action lawsuits and an arrest warrant in South Korea. “Terra (Blockchain),” in *Wikipedia*, February 23, 2023, [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Terra_\(blockchain\)&oldid=1141037324](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Terra_(blockchain)&oldid=1141037324).

¹⁸ In June 2022, Celsius Network LLC, a major crypto lender decided to pause all withdrawals and transfers due to: “extreme market conditions” as the values of different coins fluctuated. Celsius’s fall led to a loss of US\$ 4.7 billion for their users. A former investment manager at Celsius Network sued the crypto lender alleging that it used customer deposits to rig the price of its own crypto token and failed to properly hedge risk, causing it to freeze customer assets and accused Celsius of running a Ponzi scheme. “Celsius Network,” in *Wikipedia*, January 2, 2023, https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Celsius_Network&oldid=1147780233; “Lawsuit Accuses Troubled Crypto Lender Celsius Network of Fraud,” Reuters, accessed January 3, 2023, <https://www.reuters.com/technology/lawsuit-accuses-troubled-crypto-lender-celsius-network-fraud-2022-07-08/>

¹⁹ In July 2022, Voyager Digital, a cryptocurrency brokerage company suspended “trading, deposits, withdrawals and loyalty rewards”. The fall of major crypto tokens TerraUSD and Luna led to the collapse of hedge fund Three Arrows Capital, to which Voyager was exposed. Voyager entered bankruptcy and faced a class action suit for selling unregistered securities and misleading customers. Reuters, “Binance to Re-launch Bid to Buy Bankrupt Voyager Digital - CoinDesk,” Reuters, November 17, 2022, sec. Technology, <https://www.reuters.com/technology/binance-relaunch-bid-buy-bankrupt-voyager-digital-coindesk-2022-11-17/>. “Voyager Digital,” in *Wikipedia*, January 3, 2023, https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Voyager_Digital&oldid=1155570108; miners to make their operations greener Photographer: Gabby Jones/Bloomberg and Bloomberg, “miners to make their operations greener

BlockFi²⁰) had a domino effect on numerous market players, falling one after the other or causing them to face significant financial distress²¹. The economic impact was also exacerbated by the high volatility of the digital assets market, where a single tweet can cause a significant shift²².

The digital assets market was unsurprisingly described as no man's land²³. Deciding to invest in high-risk, highly volatile products in an unregulated market, and sometimes lacking the technical knowledge about the tech products, reminds about the Užupis Constitution declaring that "*Everyone has the right to have no rights.*"

A study conducted between 2015 and 2022 by the Bank of International Set-

tlements estimates that 73% to 81% of those who invested in cryptocurrencies likely lost money. Given the turmoil in the digital assets market and the number of customers who lost significant amounts, it raises the question of whether decentralisation and community-driven decisions are the best solutions.

Nevertheless, the trust in the states' centralised judicial system seems to have survived, and more and more people involved in tech disputes are turning to courts of law for solutions, help and protection.

Photographer: Gabby Jones/Bloomberg and Bloomberg, "Crypto Broker Voyager Faces Proposed Class-Action Suit Over Trading Fees - BNN Bloomberg," BNN, December 29, 2022, <https://www.bnnbloomberg.ca/crypto-broker-voyager-faces-proposed-class-action-suit-over-trading-fees-1.1701268>.

²⁰ BlockFi, a digital assets lender which was valued at \$3 billion, ended up filing for bankruptcy in November 2022. BlockFi suspended withdrawals and limited activity on its platform after being affected by the downfall of FTX. In February 2022, BlockFi settled with the SEC and 32 states over similar claims, for an amount of \$100 for failing to register the offers and sales of its retail crypto lending. "SEC.Gov | BlockFi Agrees to Pay \$100 Million in Penalties and Pursue Registration of Its Crypto Lending Product," accessed January 3, 2023, <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-26>; "SEC.Gov | BlockFi Agrees to Pay \$100 Million in Penalties and Pursue Registration of Its Crypto Lending Product," accessed January 3, 2023, <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-26>.

²¹ "Crypto Winter Is Coming: What You Need To Know - Forbes Advisor UK," accessed January 11, 2023, <https://www.forbes.com/uk/advisor/investing/cryptocurrency/what-is-crypto-winter/>. Solana dropped 94.2% in 2022. One of the investors in Solana was FTX and Alameda. "Solana Crypto Token Loses Most of Its Value in 2022, FTX Collapse Weighs | Reuters," accessed June 11, 2023, <https://www.reuters.com/technology/solana-crypto-token-loses-most-its-value-2022-ftx-collapse-weighs-2022-12-28/>.; Other examples include, Serum (SRM) which lost over 80% of its value; "FTX Collapse Could Trigger 'Domino Effect' for Crypto Exchanges, LatAm Industry Experts Say," accessed January 11, 2023, <https://www.bloomberglinea.com/english/ftx-collapse-could-trigger-domino-effect-for-crypto-exchanges-latam-observers-say/>

²² Accessed June 11, 2023, <https://www.coindesk.com/layer2/culture-week/2021/12/14/the-elon-effect-how-musks-tweets-move-crypto-markets/>

²³ Oliver, "Year in a Word.": "Crypto Loves the Wild West Until It Needs a Sheriff," Bloomberg.Com, April 19, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2022-04-19/crypto-is-a-legal-no-man-s-land-bloomberg-crypto>.

II. “Everyone has the right to not to be afraid.”²⁴- Overview of digital disputes

Digital assets disputes emerged around late 2018 in the context of fraudulent transactions, where the courts had to assess first whether digital assets can be considered property from a legal standpoint, and therefore granted protection. In general, those who are defendants are companies that created cryptocurrencies, exchange platforms that facilitated their sale, and individuals who promoted them.

Analysing the geographic spread, the major developments come, as it is expected, from jurisdictions where there is a significant market for cryptocurrencies, NFTs, tokens, etc. The majority of litigation cases are in the US, the UK, Singapore, Brazil, France and Germany.

While other countries did not publish any comprehensive statistics, based on the publically available data, the US courts seem to be the busiest when it comes to digital assets disputes. More specifically, the data show that New York and California are the most preferred jurisdictions. It is noteworthy that earlier cases were more dispersed across US jurisdictions. For instance, in 2017, New York and California courts dealt with 50% of the crypto-related cases, while in 2022, the same jurisdictions covered 70% of the cases²⁵. In terms of the number of cases in the US, it is estimated that as of October 2022, more than 200 individual and class action lawsuits have been filed, which represents a growth of nearly 50% since 2020.

The majority of digital assets disputes are fraud-related cases²⁶: Ponzi and pyramid schemes²⁷, hacking²⁸, or rug pull²⁹.

²⁴ Article 38 of The Užupis Constitution.

²⁵ “Crypto Litigation: An Empirical View,” Yale Journal on Regulation, accessed January 11, 2023, <https://www.yalejreg.com/bulletin/crypto-litigation-an-empirical-view/>

²⁶ In 2021 scammers stole US\$ 6.2bn from victims worldwide. [ft.com/content/5987649e-9345-4eac-a4b8-9bfb0142a2ab](https://www.ft.com/content/5987649e-9345-4eac-a4b8-9bfb0142a2ab) The UK authorities report that from October 2021 to September 2022 users lost £226 million through fraudulent transactions (32 % more than the previous year). Kate Beioley and Sid-dharth Venkataramakrishnan, “Crypto Fraud Jumps by a Third in UK,” *Financial Times*, November 28, 2022.

²⁷ A Ponzi scheme is an investment scam that involves the payment of purported returns to existing investors from funds contributed by new investors. Examples include GainBitcoin (US\$ 300 million) “Amit Bhardwaj,” in *Wikipedia*, March 20, 2023, https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Amit_Bhardwaj&oldid=1145663910. ; BitConnect (US\$ 2.4 billion) “BitConnect Promoter Gets 38 Months in \$2.4 Billion Ponzi Scam,” *Bloomberg.Com*, September 17, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-17/bitconnect-promoter-gets-38-months-in-2-4-billion-ponzi-scam>.

²⁸ Gaining authorised access to a person’s computer usually followed by a ransom request.

²⁹ Rug pull involves advertising a project, raising money to develop it and then disappearing with the funding and shutting down the project. Examples include: Onecoin (US\$ 4 billion); Africacrypt (US\$ 3.6 billion); Thodex (2 billion) Comparitech (blog), accessed January 11, 2023, <https://www.comparitech.com/crypto/cryptocurrency-scams/https://www.cryptovantage.com/news/what-are-the-biggest-crypto-rug-pulls-in-history/>. (“South African Brothers Vanish, and So Does \$3.6 Billion in Bitcoin,” *Bloomberg.Com*, June 23, 2021, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-23/s-african>

Other disputes concern breach of contract (failure to perform contracts involving digital assets); ownership: claiming property rights, seeking recovery of assets held on decentralized platforms; intellectual property disputes (particularly, concerning NFTs); trademark and copyright infringement; regulatory compliance: classification of NFTs or crypto as securities; tort (negligence and unfair business practices); bankruptcy; tax, and; criminal cases (money laundering, insider trading, etc.).

III. “No one has the right to make another person guilty.” - Key legal aspects decided by courts

Although there have been a considerable number of court decisions involving digital assets, most of these decisions were interlocutory judgements, where the court did not enter into the merits of the dispute but rather conducted a *prima facie* analysis (checking for an example if there was a good arguable case).

One of the main challenges faced by the courts when dealing with a digital assets dispute is to identify to what extent legal established concepts (such as property, trust, fiduciary duties, etc.) apply to the

novel legal relationships generated by digital assets.

Answering this question is particularly important in order to identify what remedies the owners of digital assets can claim from the courts. For example, to benefit from a proprietary injunction, the first threshold is to prove that the digital asset subject to the proceedings qualifies as property.

A. Crypto

Most of digital assets disputes are about cryptocurrencies. Given the significant number of cases, we selected below a couple of important legal aspects analysed by courts around the world.

1. Property

One of the first key issues decided by the courts was whether were not cryptocurrencies meet the required conditions to be considered property from a legal standpoint. The majority of the courts gave a positive answer. In one of the earliest cases on this topic, the High Court of Justice of England and Wales in *Vorotyntseva v MONEY-4 Ltd*³⁰ was seized with an application for a freezing order. The owner of Ethereum and Bitcoin (evaluated at £1.5 million) offered its cryptocurrencies to a trading platform,

brothers-vanish-and-so-does-3-6-billion-in-bitcoin. Valerio Puggioni, “Crypto Rug Pulls: What Is a Rug Pull in Crypto and 6 Ways to Spot It,” Cointelegraph, February 6, 2022, <https://cointelegraph.com/explained/crypto-rug-pulls-what-is-a-rug-pull-in-crypto-and-6-ways-to-spot-it>; NFT projects: Pixelmon (US\$ 70 million); Frosties (US\$ 1.3 million); Evil Ape (US\$ 2.7 million); Eric James Beyer, “The Biggest Rug Pulls in NFT History,” *Nfi Now* (blog), July 7, 2022, <https://nftnow.com/features/the-biggest-rug-pulls-in-nft-history/>

³⁰MR. JUSTICE BIRSS, *Vorotyntseva v MONEY-4 Ltd* (t/a nebeus.com) & Ors [2018] EWHC 2596 (Ch) (EWHC (Ch) September 28, 2018). <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2018/2596.html>

Nebeus for testing the Nebeus trading platform³¹. The funds were to be dealt with on the client's behalf and the relationship between the parties was described as a client-bank relationship. Concerned that the cryptoassets were at risk of being dissipated by Nebeus, the client initiated court proceedings asking for a freezing order. The High Court granted the order and held that "*Another point taken on the freezing order relates to the terms of the proprietary order. The point is that the Bitcoin and the Ethereum currency is ultimately said to belong to the claimant and not to the respondents. I should say no suggestion has been made by the respondents that the cryptocurrency that was given to them does not belong to the claimant. Nor is there any*

suggestion that cryptocurrency cannot be a form of property or that a party amenable to the court's jurisdiction cannot be enjoined from dealing in or disposing of it. I am satisfied that the court can make such an order, if it is otherwise appropriate."³²

A similar approach was adopted in *AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin*³³, where the England and Wales High Court confirmed that cryptoassets such as Bitcoin qualify as legal property given that they are definable, identifiable by third parties, capable in their nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence. As well as in *Robertson v Persons Unknown* by the England and Wales High Court³⁴, in *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd*³⁵ by the Sin-

³¹ MR. JUSTICE BIRSS, *Vorotyntseva v MONEY-4 Ltd (t/a nebeus.com) & Ors* [2018] EWHC 2596 (Ch) (EWHC (Ch) September 28, 2018). <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2018/2596.html>

³² MR. JUSTICE BIRSS, *Vorotyntseva v MONEY-4 Ltd (t/a nebeus.com) & Ors* [2018] EWHC 2596 (Ch) (EWHC (Ch) September 28, 2018). <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2018/2596.html>

³³ THE HONOURABLE MR. JUSTICE BRYAN, *AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin* [2019] EWHC 3556 (Comm) (EWHC (Comm) December 13, 2019): "*The conclusion that was expressed was that a crypto asset might not be a thing in action on a narrow definition of that term, but that does not mean that it cannot be treated as property. Essentially, and for the reasons identified in that legal statement, I consider that a crypto asset such as Bitcoin are property.*" <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html>.

³⁴ *Robertson v Persons Unknown*, [2019] EWHC unreported, "Time to Clarify the Legal Status of Cryptocurrencies?" Stewarts, accessed January 11, 2023, <https://www.stewartslaw.com/news/legal-status-of-cryptocurrencies/>

³⁵ *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd* [2019] SGHC(I) 03, para. 142 "*It is convenient to consider the second certainty, certainty of subject matter, first. Quoine was prepared to assume that cryptocurrencies may be treated as property that may be held on trust. I consider that it was right to do so. Cryptocurrencies are not legal tender in the sense of being a regulated currency issued by a government but do have the fundamental characteristic of intangible property as being an identifiable thing of value. Quoine drew my attention to the classic definition of a property right in the House of Lords decision of National Provincial Bank v Ainsworth [1965] 1 AC 1175 at 1248: "it must be definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability". Cryptocurrencies meet all these requirements. Whilst there may be some academic debate as to the precise nature of the property right, in the light of the fact that Quoine does not seek to dispute that they may be treated as property in a generic sense, I need not consider the question further*", <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/b2c2-ltd-v-quoine-pte-ltd.pdf>. Interestingly, the appeal judge did not offer its view on

gapore High Court, in *Ruscoe v Cryptopia Limited*³⁶ by the New Zealand High Court where it conducted a very detailed analysis including addressing arguments why crypto should not be considered property³⁷; by the Ninth Arbitrazh Court of Appeal in Moscow in a personal bankruptcy case³⁸; by the Court of Amsterdam in a bankruptcy case involving Koinz Trading BV³⁹; and by the Shanghai High People's Court in *Cheng Mou v Shi Moum*⁴⁰.

2. Security

The question of whether or not cryptocurrencies qualify as securities is of particular importance for the cases taking

place in the US, as the Securities and Exchange Commission (SEC) started numerous investigations into crypto exchange platforms⁴¹.

In the *Sec. & Exch. Comm'n v. LBRY* case⁴², the United States District Court of New Hampshire granted SEC's motion for summary judgment against LBRY, Inc. (LBRY), a blockchain-based video-sharing platform. The Court held that the "LBRY Credit" (LBC), the coin that LBRY offered and sold constituted unregistered securities. LBRY did not make an Initial Coin Offering (ICO) when launching LBC and made the coin directly available for purchase through the LBRY application. Some of the LBCs

this point and simply pointed out that: "*There are, however, difficult questions as to the type of property that is involved*" *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, para. 144; <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/quoine-pte-ltd-v-b2c2-ltd.pdf>. For a detailed analysis of the case see also: Daniel Kiat Boon Seng, "Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd: A Commentary," SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, June 1, 2020), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3960007>.

³⁶ *Ruscoe v Cryptopia Limited (in liquidation)*, CIV-2019-409-000544 [2020] NZHC 728; <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZHC/2020/728.html>

³⁷ *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in liq)*, No. 728 (NZHC April 8, 2020); paras. 122 et seq. <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZHC/2020/728.html>.

³⁸ Judgment of the Ninth Arbitrazh Court of Appeal, 15 May 2018, in case No. A40-124668/2017, available at: Ninth Arbitrazh Court of Appeal, case number A40-124668/2017; https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/58af451a-bfa3-4723-ab0d-d149aafecd88/A40-124668-2017_20180515_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True; "Russia: Court Rules Bitcoin Is Property In Landmark Bankruptcy Case | Bitcoinist.Com," May 8, 2018, <https://bitcoinist.com/russian-court-rules-bitcoin-property/>; "The Court for the First Time Recognized Cryptocurrency as Property – RBC," accessed January 11, 2023, <https://www.rbc.ru/finances/07/05/2018/5af0280d9a7947165a6e8c22>.

³⁹ Judgment of the Amsterdam court from 20 March 2018, case ECLI:NL:RBAMS:2018:869, available at: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2018:869>

⁴⁰ "Shanghai Court Says Bitcoin Is Protected by Law as 'Virtual Property' - Regulation Asia," accessed January 11, 2023, <https://www.regulationasia.com/shanghai-court-says-bitcoin-is-protected-by-law-as-virtual-property/>. Wahid Pessarlay, "China: Court Classifies Bitcoin as Virtual Property and Protected by Law," CoinGeek, May 18, 2022, <https://coingeek.com/china-court-classifies-bitcoin-as-virtual-property-and-protected-by-law/>

⁴¹ "SEC.Gov | Crypto Assets and Cyber Enforcement Actions," accessed January 11, 2023, <https://www.sec.gov/spotlight/cybersecurity-enforcement-actions>.

⁴² *Sec. & Exch. Comm'n v. LBRY, Inc.*, 21-cv-260-PB (D.N.H. Nov. 7, 2022), <https://casetext.com/case/sec-exch-commn-v-lbry-inc-1?q=LBRY,%20Inc.&sort=relevance&p=1&type=case>

were used to compensate employees and pay users. Importantly, at launching LBRY kept a significant number of LBC tokens for itself.

SEC alleged that LBRY undertook offering and sale of securities without filing a registration statement or qualifying for an exemption from registration. LBRY argued in support of its motion for summary judgment that LBC coins are not securities because they were consumptive in nature and LBRY stated explicitly in promotional materials that LBC was not intended for investment.

In order to determine whether LBRY was a security, the court applied the Howey Test established in *SEC v. W.J. Howey Co.*⁴³. The Howey Test indicates the requirements based on which a transaction qualifies as an “investment contract”, and is consequently considered security, triggering disclosure and registration requirements under the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934. Based on the Howey Test, an investment contract is: (i) an investment of money; (ii) in a common enterprise; (iii) with the expectation of profit; (iv) to be derived from the efforts of others.

The court held that there was an expectation of profit from the LBCs investors derived from LBRY’s entrepreneurial or managerial efforts. LBRY posted on a blog *“the long-term value proposition of LBRY is tremendous, but also dependent on our team staying focused on the task at hand: building this thing.”* The Court found that, even without those statements, given that LBRY’s kept a significant part of the LBC coins reinforced investors’ belief that LBC would be profitable as a result of LBRY’s efforts.

The new wave of SEC’s court cases on cryptocurrencies being considered securities is a reflection of the shift in SEC’s approach, compared to 2018 when the former Chair of the SEC, Jay Clayton, stated: *“Cryptocurrencies: These are replacements for sovereign currencies, replace the dollar, the euro, the yen with bitcoin. That type of currency is not a security.”*⁴⁴ The implications of a cryptoasset categorised as a security means that the SEC can determine whether or not a token can be sold to U.S. investors and compel those who launch cryptocurrencies to register with the SEC.

A similar stance was taken by the US courts in *Securities and Exchange Commission v. Telegram Group Inc. et al.*⁴⁵,

⁴³ *SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946).

⁴⁴ Kate Rooney, “SEC Chief Says Agency Won’t Change Securities Laws to Cater to Cryptocurrencies,” CNBC, June 6, 2018, <https://www.cnbc.com/2018/06/06/sec-chairman-clayton-says-agency-wont-change-definition-of-a-security.html>.

⁴⁵ This was a preliminary Opinion and Order. *Securities and Exchange Commission v. Telegram Group Inc. et al.* No. 1:2019cv09439 - Document 227 (S.D.N.Y. 2020); <https://www.courtdis->

as well as in *Balestra v. ATBCOIN LLC*⁴⁶. However, in July 2023, in *Securities and Exchange Commission v. Ripple Labs Inc*⁴⁷, the court held that those who bought the XRP cryptocurrency, launched by Ripple, did not have a reasonable expectation of profit tied to Ripple’s efforts (based on the prong of *Howey* Test discussed above) and therefore, the XRP cryptocurrency is not a security under U.S. law.

3. Trust

The answer to the question of whether cryptoassets can be held on trust impacts the remedies that can be sought in court, such as asset tracing claims as a consequence of a breach of trust. In determining the existence of a trust, in general, under common law, the court will verify the existence of three certainties: certainty of intention to create a trust, certainty of subject matter (crypto); certainty of objects (people involved).

In *B2C2 Ltd v Quoine*⁴⁸ (discussed in further detail in the section about smart contracts) the High Court of Singapore

held that the relationship between a crypto account holder and the crypto trading platform qualifies as a trust given that “*the assets were held separately as Member’s assets rather than as part of the platform trading assets. This is a clear indication, that the platform is holding them to the order of the Member who can demand withdrawal at any time.*” However, on appeal, the Singapore Court of Appeal held that even assuming that the BTC could be the subject of a trust, no trust could have arisen over the Bitcoin in the claimant’s account⁴⁹. Accordingly, how Bitcoin was stored by Quoine, cannot be a decisive factor. However, the Court of Appeal held that the cold storage wallet (offline records) suggested that there was no segregation of accounts, moreover, the amount stored on the cold wallet was different from the amount in the user’s account balance⁵⁰. Importantly, the terms and conditions of the platform expressly mentioned that Quoine does not take client fund safety measures such as depositing customers’ assets in an account

tener.com/docket/16325310/227/securities-and-exchange-commission-v-telegram-group-inc/Document #227. However, the parties eventually settled: “SEC.Gov | Telegram to Return \$1.2 Billion to Investors and Pay \$18.5 Million Penalty to Settle SEC Charges,” accessed January 11, 2023, <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-146>.

⁴⁶ *Balestra v. ATBCOIN LLC*, 380 F. Supp. 3d 340, 354 (S.D.N.Y. 2019); <https://static.reuters.com/resources/media/editorial/20201001/Balestra%20v%20ATBCOIN%20LLC.pdf>

⁴⁷ *Securities and Exchange Commission v. Ripple Labs Inc.*, 1:20 cv-10832 (S.D.N.Y. Jul 13, 2023). ECF No. 874. <https://www.courtlistener.com/docket/19857399/874/securities-and-exchange-commission-v-ripple-labs-inc/>

⁴⁸ *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/quoine-pte-ltd-v-b2c2-ltd.pdf>

⁴⁹ *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/quoine-pte-ltd-v-b2c2-ltd.pdf>

⁵⁰ *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, paras. 145 et seq.

with a trust bank, etc. regarding these assets, so if Quoine goes bankrupt, Quoine would not be able to return customer assets, and customers may suffer losses⁵¹.

A similar approach was taken in *Tulip Trading Ltd v Bitcoin Association for BSV, and others*⁵². The user of a crypto trading platform has lost access to its account after allegedly being the victim of a hacking attack. In an attempt to recover the lost Bitcoin, the user of the platform sued the developers before the High Court of England and Wales arguing that they owe a fiduciary or tortious duty to assist in regaining control over the cryptocurrencies and therefore re-write or edit the underlying software code to enable the user to access the Bitcoin. The claimant also argued that the platform should have taken measures to safeguard against third-parties attacks. The court decided that requiring the software developers to alter the code, although there is no bug or technical issue, would be an incremental extension of the law. The

court added that given that the loss caused by a third party is purely economic, then it appears less likely that an exception would apply to the general rule that no liability will arise for damage caused by a third party. Additionally, the court underlined that owners of digital assets could take some steps to protect themselves against the loss of private keys, for example by keeping copies in different locations, and possibly by insurance⁵³. However, the issue is not settled, the Court of Appeal allowed a review of the High Court decision and is yet to be decided whether developers owed fiduciary duties to users⁵⁴.

Another case on this matter is *Ruscoe v Cryptopia Limited (in liquidation)*⁵⁵. Cryptopia Limited, a crypto exchange platform was the victim of a hacking attack and lost around 14% of its assets. Shortly after, Cryptopia entered liquidation and the question rose before the court who owns the remaining cryptocurrencies. The New Zealand High Court decided that Cryptopia held the

⁵¹ *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, para. 148.

⁵² *Tulip Trading Limited v Bitcoin Association for BSV and others* [2022] EWHC 667 (Ch), [https://www.twobirds.com/-/media/new-website-content/pdfs/2022/articles/tulip-trading-ltd-v-bitcoin-association-for-bsv-,-a-,-ors-2022-ewhc-667-\(ch\)-\(25-march-2022\).pdf](https://www.twobirds.com/-/media/new-website-content/pdfs/2022/articles/tulip-trading-ltd-v-bitcoin-association-for-bsv-,-a-,-ors-2022-ewhc-667-(ch)-(25-march-2022).pdf); For detailed analysis of the case, see Elizabeth Zoe Everson and Sophie Nappert, “Tulip Trading Limited v Bitcoin Association & Others: What Duties for Blockchain Platforms and Core Developers? - Kluwer Arbitration Blog,” June 1, 2022, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/01/tulip-trading-limited-v-bitcoin-association-others-what-duties-for-blockchain-platforms-and-core-developers/>

⁵³ *Tulip Trading Limited v Bitcoin Association for BSV and others* [2022] EWHC 667 (Ch), [https://www.twobirds.com/-/media/new-website-content/pdfs/2022/articles/tulip-trading-ltd-v-bitcoin-association-for-bsv-,-a-,-ors-2022-ewhc-667-\(ch\)-\(25-march-2022\).pdf](https://www.twobirds.com/-/media/new-website-content/pdfs/2022/articles/tulip-trading-ltd-v-bitcoin-association-for-bsv-,-a-,-ors-2022-ewhc-667-(ch)-(25-march-2022).pdf).

⁵⁴ *Tulip Trading Limited v Bitcoin Association For BSV & Ors* [2023] EWCA Civ 83 [2023] EWCA Civ 83, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2023/83>.

⁵⁵ *David Ian Ruscoe and Malcom Russell Moore v Cryptopia Limited* [2020] NZHC 728 <https://www.granthornton.co.nz/globalassets/1.-member-firms/new-zealand/pdfs/cryptopia/civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation.pdf>

crypto on trust for the account holders. In analysing the three criteria: certainty of subject matter (asset held on trust), certainty of objects (trust beneficiaries), and certainty of intention, the court concluded that (i) Cryptopia's database showed a clear record of the cryptocurrencies of the account holders, moreover, Cryptopia did not share with the account holders the private keys of their assets (kept control over the Bitcoin); (ii) the beneficiaries of the trust were those who had a positive crypto balance in their account, and; (iii) Cryptopia manifested an intention to hold the crypto on trust by keeping the private keys and not sharing it with the account holders, also Cryptopia did not trade the crypto in their own name. Interestingly, the New Zealand High Court also distinguished *B2C2 Ltd v Quoine* case, by stating that in the Cryptopia case, the exchange platform had a clear intention to establish a trust based on the terms of the condition of the platform and the financial documents of Cryptopia showing no ownership over the crypto.

As we can notice the approach varies very much based on the circumstances of the

case, whether or not a crypto exchange platform holds on trust the cryptocurrencies of their account holders depends on the structure of the agreement of the parties and not necessarily on the tech nature of the underlying assets. Other cases that discuss this issue are: *D'Aloia v Person Unknown & Ors* (no trust)⁵⁶; *Nico Constantijn Antonius Samara v Stive Jean Paul Dan* (trust)⁵⁷; *Zi Wang v. Graham Darby* (no trust)⁵⁸; *Jones v Persons Unknown* (trust)⁵⁹.

4. Seizure of crypto in debt recovery cases (third-party debt order)

As discussed above, courts from various jurisdictions recognised crypto as a property, which was largely perceived as a favourable development for crypto owners as it gave them the possibility to enforce property injunctions against third parties. However, the other side of the coin is that once recognised as having a property value, cryptocurrencies can be seized in debt recovery cases. The 14th Chamber of Private Law of the Court of Justice of São Paulo State (TJ-SP)⁶⁰ granted in October 2022 a request of the Brazilian bank Banco Safra to

⁵⁶ *D'Aloia v Person Unknown & Ors* [2022] EWHC 1723 (Ch) (24 June 2022); <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/1723.html>

⁵⁷ *Nico Constantijn Antonius Samara v Stive Jean Paul Dan* [2022] HKCFI 1254. https://legal-ref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=143820&currpage=T

⁵⁸ *Zi Wang v. Graham Darby* [2021] EWHC 3054 (Comm) <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/ewhc/comm/2021/3054>

⁵⁹ *Jones v Persons Unknown* [2022] EWHC 2543 (Comm).

⁶⁰ *Banco Safra S/A, v Lemes Lima Com. E Logística LTDA EPP, Marcos Lemes, e Sueli Matuda Lemes (Revel)* <https://www.conjur.com.br/dl/penhora-criptomoedas.pdf>; "Brazilian Court Grants Bank Right to Inspect Debtor's Crypto Wallets," October 6, 2022, <https://cryptonews.com/news/brazilian-court-grants-bank-right-inspect-debtors-crypto-wallets.htm>.

search the crypto wallets of one of the bank's debtors to identify if they were any tokens that could be valorised. Importantly, there was no particular evidence that the defendant even owned cryptoassets, but the court did not perceive this as an impediment for the bank to perform the search. The court held "*Cryptoassets are movable assets with a specific function as a means of payment – that is, they have a monetary function.*", therefore, according to the court, given their monetary properties, cryptocurrencies should be subject to the same rules that govern other assets in debt recovery cases. Nevertheless, the court ordered the bank to carry out the search on its own and cover the related expenses.

5. Security for costs

The England and Wales High Court held in a crypto recovery dispute, *Tulip Trading Ltd v Bitcoin Association for BSV, and others*⁶¹, that cryptocurrencies are not suitable for security for costs. Tulip Trading claimed to own US\$ 4.5 billion worth of Bitcoin and accused third parties to have unauthorisedly gained access to its private keys. The defendants challenged the court's jurisdiction and sought security for costs of the jurisdic-

tion application, which the court granted.

The claimant offered to pay security for costs in Bitcoin, by transferring to its solicitors Bitcoin to the value of the security ordered plus a 10% "buffer" covering for the volatility of Bitcoin. It also suggested instructing its solicitors to provide the defendant's solicitors with the public addresses of the Bitcoin along with an undertaking that the Bitcoin is held by the claimant's solicitor on behalf of the claimant with the scope to be used in satisfying any adverse costs order against it in the jurisdiction applications. Additionally, the claimant offered to top up the value of the Bitcoin to the value of the security ordered plus the 10% buffer.

Nonetheless, despite the claimant's effort to alleviate the courts' concerns regarding the volatility of Bitcoin, the court held that security in the form of Bitcoin would expose the defendants to greater risks compared to other securities, also even with the top-up mechanism provided for by the claimant, it would be a substantial risk that enforcement of the obligation could not be achieved before judgment in the jurisdiction applications⁶².

⁶¹ *Tulip Trading Limited v Bitcoin Association for BSV and others* [2022] EWHC 2 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/141.html>

⁶² *Tulip Trading Limited v Bitcoin Association for BSV and others* [2022] EWHC 2 (Ch), para. 44 "*The security offered by the claimant would not result in protection for the defendants equal to a payment into court, or first class guarantee. It would expose them to a risk to which they would not be exposed with the usual forms of security: namely of a fall in value of Bitcoin, which could result in their security being effectively valueless. The top-up provisions proposed by the claimant do not fully meet this risk, because if the*

However, the UK court's decision is opposite to the conclusion reached by the New South Wales court in *Hague v Cordiner (No. 2)*⁶³, which approved the plaintiff's request to use cryptocurrency to satisfy an AU\$20,000 order for security for costs. While the defendant raised the risk of volatility of cryptocurrencies, the court decided that this can be addressed by requiring the plaintiff to provide copies of his monthly bank statements to the solicitor for the defendant and by requiring him to notify drops below the secured amount.

6. Other issues

It would be difficult to analyse all the legal aspects raised by cryptocurrencies.

Briefly, we note below a couple of other issues analysed by the courts.

A great part of cases deal with the legal nature of cryptocurrencies which was widely debated before various courts around the world, namely, whether cryptocurrencies can be considered money (Spain⁶⁴, France⁶⁵), or alternative means of payment (Estonia⁶⁶, or financial instruments (Germany⁶⁷, Italy⁶⁸) or financial products (Australia)⁶⁹, or virtual commodities (China)⁷⁰.

Other crypto cases covered: using crypto to acquire e-residency (Central African Republic)⁷¹; relying on cryptocurrency to generate income to fulfil maintenance

claimant did not comply with the order, there would be a substantial risk that enforcement of the obligation could not be achieved before judgment in the jurisdiction applications. Furthermore, the draft order envisages any liability for costs to be satisfied by the transfer of the Bitcoin, which would be an additional occasion when the defendants would be subjected to the risk of a fall in value.", <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/141.html>

⁶³ *Hague v Cordiner (No. 2)* [2020] NSWDC 23, <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/5e533995e4b0c8604babc1ba>

⁶⁴ Spanish Supreme Court, *STS 326/2019, 20 June 2019*, <https://vlex.es/vid/797938401>;

⁶⁵ *Commercial Court of Nanterre, "French Court Decision on the Legal Nature of Bitcoin in the Spotlight | DLA Piper," accessed January 11, 2023*, <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2020/10/finance-and-markets-global-insight-issue-19-2020/french-court-decision-on-the-legal-nature-of-bitcoin-in-the-spotlight>.

⁶⁶ "The Supreme Court of Estonia's Decision on Bitcoin | NJORD Law Firm," accessed January 11, 2023, <https://www.njordlaw.com/supreme-court-estonias-decision-bitcoin>.

⁶⁷ "Germany: Court Holds That Bitcoin Trading Does Not Require a Banking License," web page, Library of Congress, Washington, D.C. 20540 USA, October 19, 2018, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-10-19/germany-court-holds-that-bitcoin-trading-does-not-require-a-banking-license/>

⁶⁸ The Italian Supreme Court, Decision No. 44378 of 22 November 2022, <https://www.lexia.it/es/2022/11/28/cryptocurrencies-financial-products-supreme-court/>

⁶⁹ Bryon Kaye, "Australian Regulator Sues Comparison Site over Crypto Product," December 15, 2022, <https://finance.yahoo.com/news/australian-regulator-sues-comparison-over-062840189.html>.

⁷⁰ Li and Bu v. Yan, Li, Cen and Sun, (2019) Hu 01 Min Zhong No. 13689/(2019) Hu 01 12 Min Chu No. 12592 ((2019)沪01民终13689号/(2019)沪0112民初12592号) "Chinese Court Confirms Bitcoin as Virtual Commodity - China Justice Observer," May 8, 2021, <https://www.chinajusticeobserver.com/a/chinese-court-confirms-bitcoin-as-virtual-commodity>.

⁷¹ "Central African Republic Top Court Blocks Purchases with New Cryptocurrency," Reuters, August 29, 2022, <https://www.reuters.com/technology/central-african-republic-top-court-blocks-purchases-with-new-cryptocurrency-2022-08-29/>.

obligations (Canada⁷²); libel (United Kingdom)⁷³; banning crypto-related information sources (Russia⁷⁴, India⁷⁵); legality of cryptocurrencies (India⁷⁶; China⁷⁷), damages for hindering the launch of an ICO (Bosnia and Herzegovina)⁷⁸; crypto owners as consumers (Sweden)⁷⁹; antitrust (United States)⁸⁰; or tax implications (European Union⁸¹, US⁸²).

B. NFTs

A non-fungible token is a unique digital identifier recorded on blockchain which

certifies authenticity and ownership⁸³. To limit the amount of data stored on the blockchain, given the energy costs involved, usually, on the blockchain is registered only a link that is associated with the image / video / audio representation of the NFT. The NFTs market registered an impressive boom around 2021 reach-

⁷² *Hauber v Sussman*, 2020 ONSC 6695 (CanLII). Angela Huang and Boulby Weinberg Llp, “A Guide to Cryptocurrencies in Family Law,” *Toronto Law Journal*, 2022. <https://tloonline.ca/uploaded/web/TLA%20Journal/2022/Guide%20to%20Cryptocurrencies%20in%20Family%20Law.pdf>

⁷³ *Wright v Granath* [2021] EWCA Civ 28, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/28.html>

⁷⁴ “Russian Court Annuls Previous Decision to Block Bitcoin-Related Site,” *Cointelegraph*, June 5, 2018, <https://cointelegraph.com/news/russian-court-annuls-previous-decision-to-block-bitcoin-related-site>.

“Russian Court Order Removes Binance Website from Regulator’s Blacklist,” *Cointelegraph*, January 21, 2021, <https://cointelegraph.com/news/russian-court-order-removes-binance-website-from-regulator-s-blacklist>.

⁷⁵ Benjamin Parkin, “India’s Top Court Overturns Ban on Banks Dealing in Cryptocurrencies,” *Financial Times*, March 4, 2020. <https://www.ft.com/content/c2f37f02-5df1-11ea-b0ab-339c2307bed4>

⁷⁶ Aditya Mehta Singh Tanya, “Delhi Court Attempts to Decode the Cryptic Case of Cryptocurrencies in India,” *India Corporate Law*, August 19, 2021, <https://corporate.cyrilamarchandblogs.com/2021/08/delhi-court-attempts-to-decode-the-cryptic-case-of-cryptocurrencies-in-india/>

⁷⁷ Rita Liao, “Beijing Court Rules Bitcoin Mining Contract ‘Void,’” *TechCrunch* (blog), December 16, 2021, <https://techcrunch.com/2021/12/15/beijing-court-rules-bitcoin-mining-contract-void/>

⁷⁸ Andrija Djonovic, “Sajic Successful for Bitminer Factory Against UniCredit Bank,” *CEE Legal Matters*, January 21, 2022, <https://celegalmatters.com/bosnia-herzegovina/18990-sajic-successful-for-bitminer-factory-against-unicredit-bank>.

⁷⁹ Higgins, “Swedish Court Rules Against KnCMiner Mining Hardware Customers,” May 23, 2016, <https://www.coindesk.com/markets/2016/05/23/swedish-court-rules-against-kncminer-mining-hardware-customers/>

⁸⁰ *In re Tether and Bitfinex Crypto Asset Litig.*, Case No. 19 Civ. 9236 (KPF), 2021 U.S. Dist. LEXIS 186204 (S.D.N.Y. Sept. 28, 2021), <https://www.skadden.com/-/media/Files/Publications/2021/11/Inside-the-Courts/In-re-Tether-and-Bitfinex-Crypto-Asset-Litig.pdf>

⁸¹ *Skatterverket v. David Hedqvist*, Case No. C:2015:718 (EUECJ 2015), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=EN>

⁸² Kevin Helms, “US Court Authorizes IRS to Issue Summons for Crypto Investors’ Records – Taxes Bitcoin News,” *Bitcoin News*, September 26, 2022, <https://news.bitcoin.com/us-court-authorizes-irs-to-issue-summons-for-crypto-investors-records/>

⁸³ “Non-Fungible Token,” in *Wikipedia*, June 16, 2023, https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Non-fungible_token&oldid=1160476060.

ing US\$ 40 million⁸⁴, (with examples of NFT being sold for an astonishing amount of US\$ 91.8 million)⁸⁵, followed by a sharp drop of 97% in the number of sales in 2022⁸⁶. The main marketplace hosting NFTs is OpenSea⁸⁷. As most of the NFTs are commonly used in the realm of digital art, the majority of court disputes concern intellectual property rights.

1. Property

In May 2022, the High Court of Singapore decided that NFTs have the required characteristics to be recognised as legal property, and therefore form the object of a freezing injunction (*Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person (Chefpierre)*⁸⁸). An NFT investor which owned various tokens from the popular NFT collection Bored Ape Yacht Club has used one of their unique NFTs (BAYC No. 2162) as a collateral to borrow Ethereum from a crypto lender, via NFTfi, a community platform functioning as an NFT-collateralised cryptocurrency lending marketplace. According to the parties' agreement, "*at no point would the lender obtain ownership, nor any right to sell or dispose of the Bored*

Ape NFT". The lender could only, at best, hold on to the Bored Ape NFT, pending repayment of the loan. However, the borrower became unable to repay its loan, and the lender decided to transfer the NFT to a personal Ethereum wallet and listed it for sale on OpenSea.

Given the risk of dissipation of the NFT, the borrower started court proceedings seeking a proprietary injunction prohibiting the defendant (the lender) from dealing in any way with the Bored Ape NFT. The court analysed whether the Bored Ape NFT, or NFTs in general were capable of giving rise to proprietary rights which could be protected by an injunction and concluded that (i) NFTs are *definable* – capable of being isolated from other assets given the metadata which distinguishes one NFT from another; (ii) the NFT *owners are capable of being recognised as such by third parties* – the presumptive owner of the NFT would be whoever controls the wallet which is linked to the NFT and third parties cannot have access to the NFT without the private key of the owners; (iii) *the right is capable of assumption by third parties*, namely: that third parties respect the rights of the owner in that asset, and

⁸⁴ Allyson Versprille, "NFT Market Surpassed \$40 Billion in 2021, New Estimate Shows," *Bloomberg.Com*, January 6, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-01-06/nft-market-surpassed-40-billion-in-2021-new-estimate-shows>.

⁸⁵ *Merge* by artista PaK; "Non-Fungible Token."

⁸⁶ Sidhartha Shukla, "NFT Trading Volumes Collapse 97% From January Peak," *Bloomberg.Com*, September 28, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-28/nft-volumes-tumble-97-from-2022-highs-as-frenzy-fades-chart>.

⁸⁷ "Non-Fungible Token." https://en.wikipedia.org/wiki/Non-fungible_token

⁸⁸ *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person (Chefpierre)* [2022] SGHC 264, https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGHC_264

that the asset is potentially desirable – the nature of the blockchain technology gives the owner the exclusive ability to transfer the NFT to another party, and the NFTs are the subject of active trading in the markets, and; (iv) the right and in turn, the asset, has “*some degree of permanence or stability*” – NFTs have as much permanence and stability as money in bank accounts exist mainly in the form of ledger entries, not cash⁸⁹.

Following a very similar analysis of the High Court of Singapore in the *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person (Chefpierre)* case, the England & Wales High Court recognised NFTs as property, in a freezing injunction application in brought by Osbourne against (1) Persons Unknown and (2) Ozone Networks Inc trading as Opensea⁹⁰. A similar confirmation came in November 2022, from the Hangzhou Internet Court in an NFT sale dispute, which held that: “*NFTs are a unique digital asset on the blockchain, based on trust and consensus mechanisms among blockchain nodes. Therefore, NFTs fall into the category of virtual property*”⁹¹.

2. Infringement of intellectual property rights

The main value of the NFTs is based on the popularity and uniqueness of the depicted assets, from famous paintings to designer bags and movie scripts, all have been an inspiration for NFTs creators. As the NFTs only serve as a proof of ownership over the blockchain record and it does not necessarily rely on the intellectual property rights of the underlying asset, therefore, unsurprisingly the vast majority of disputes deal with copyright or trademark infringement⁹².

In July 2022, the Rome Court of First Instance granted Juventus Football Club a preliminary injunction banning the technology company Blockeras S.r.l. from minting, advertising and selling NFTs that feature Juventus’s trademarks⁹³. In their defence, Blockeras S.r.l argued that Juventus’ trade mark rights were confined to a different class of goods than the digital goods created by Blockeras, however, this argument was rejected by the court.

In a dispute between Shenzhen Qicediechu Culture and Creative Co., Ltd. and the NFT platform trading Bigverse (Hangzhou Yuanzhou Technology Co., Ltd.), the Hangzhou Inter-

⁸⁹ *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person*

⁹⁰ *Osbourne v (1) Persons Unknown and (2) Ozone Networks Inc trading as Opensea* [2022] EWHC 1021 (Comm), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/1021.html>

⁹¹ <https://www.thestreet.com/crypto/news/chinese-court-rules-that-nfts-are-virtual-property-with-value>

⁹² https://en.wikipedia.org/wiki/Non-fungible_token

⁹³ Decision of 20 July 2022, case No 32072/2022, https://drive.google.com/file/d/1KEs2RnCQax5HE-1j32Naz_cs6JB-2uWH/view

net Court held, in April 2022, that the platform had a duty of care to verify the copyright ownership of the NFTs traded on the platform. The plaintiff, a copyright owner of the cartoon series “I am not a fat tiger” (“Fat Tiger”) found its work uploaded for sale on the Bigverse NFT platform and sued the platform. The defendant argued that it is simply an intermediary and therefore cannot be liable for copyright infringement, and its only obligation is to take down NFT from the platform when notified by the plaintiff. The court held that before listing the NFTs, the platform should do preliminary checks regarding the ownership of the NFT and directed the defendant “to burn” the NFT, by sending it to an inaccessible blockchain address (as technically, it is not possible to delete an NFT once embedded on the blockchain)⁹⁴.

Another case that caught the public’s attention is the dispute between the luxury brand Hermès and Mason Rothschild, who created NFTs with the Birkin handbags (“MetaBirkins”). Hermès sued Rothschild before the Southern District of New York Court alleging trademark infringement, trademark dilution, and cybersquatting. Rothschild submitted an application to dismiss the case. In analys-

ing Rothschild’s motion, the court rejected it and allowed the proceedings to move forward relying on the following reasoning: “*it is plausible that the use of trademarks by Rothschild did generate consumer confusion with respect to the defendant’s intangible goods for sale – the MetaBirkins (...) Hermès can reasonably contend that consumers would be confused about the source of Rothschild’s goods – not just their creative content – and more likely to buy those goods if they believed Hermès was associated with the project.*”⁹⁵ The case proceed on the merits, and in June 2023, the U.S. District Court for the Southern District of New York ordered the ban of the MetaBirkins NFTs as they might confuse consumers and cause irreparable damages to Hermès⁹⁶.

3. Insider trading

Being one of the most important marketplaces for trading NFTs, OpenSea became the target of one of its employees who, according to the New York federal prosecutors, used the internal confidential information about the NFTs that were about to be featured on OpenSea to make a personal gain (*United States of America v Nathaniel Chastain*)⁹⁷.

⁹⁴ <https://nftexplained.info/what-is-burning-an-nft-a-complete-guide-and-explanation/>

⁹⁵ *Hermes International et al v Rothschild*, No. 1:2022cv00384 - Document 61 (S.D.N.Y. 2022), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv00384/573363/61/>

⁹⁶ *Hermès International v. Rothschild*, U.S. District Court for the Southern District of New York, No. 1:22 cv-00384, https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.1910_6.pdf.

⁹⁷ *United States of America, v Nathaniel Chastain*, United States District Court, S.D. New York; 22-CR-305 (JMF) (S.D.N.Y. Oct. 21, 2022). <https://casetext.com/case/united-states-v-chastain-16>

The defendant allegedly “misappropriated OpenSea’s confidential business information” about NFTs that the marketplace was preparing to launch, buying the selected NFTs in advance, and selling them at a much higher price after the launch. The employee seemed to have used anonymous OpenSea accounts to purchase the NFTs and the sold the NFTs through multiple anonymous Ethereum accounts. The case is currently pending before the United States District Court, S.D. New York, which in October 2022 rejected the defendant’s motion to dismiss the case⁹⁸. While the employee’s alleged behaviour is not significantly different from someone working for a stock exchange, the case shows the authorities’ increased focus and sophistication in identifying criminal behaviour concerning digital assets.

4. Injunction halting sale of NFT

Another notable development is the High Court of Singapore’s openness in taking measures suited for the fast-paced market of digital assets. In the dispute discussed above *Janesh s/o Rajkumar v. Unknown Person (“chefpierre”)*, after holding that NFTs can be considered

property, the court decided to grant the claimant’s proprietary injunctions prohibiting the defendant from dealing with the Bored Ape NFT until after the trial is concluded. The court held that there was a real risk of dissipation given that “*what is truly unique, and irreplaceable here is the string of code that represents the Bored Ape NFT on the blockchain. If that is transferred to third parties, the claimant might never be able to recover it, and so any proprietary remedy ordered by the court in relation to the Bored Ape NFT would be writ in water.*”⁹⁹

More interesting updates on the legal implications of NFTs are awaited from various courts around the world dealing with fraud cases (*U.S. v. Nguyen and Llacuna*)¹⁰⁰, and trademark infringement (*Miramax v. Tarantino et al.*¹⁰¹; *Nike, Inc. v. Stockx LLC*¹⁰², *Yuga Labs Inc. v. Ripps et al.*¹⁰³).

C. Virtual land

Virtual land is land created in a digital form hosted on a platform (the most common ones are Metaverse, Axie Infinity, Decentraland, The Sandbox, Somnium Space, Cryptovoxels, etc.). The concept of virtual land is not as new as

⁹⁸ *United States of America, v Nathaniel Chastain*, United States District Court, S.D. New York; 22-CR-305 (JMF) (S.D.N.Y. Oct. 21, 2022). <https://casetext.com/case/united-states-v-chastain-16>

⁹⁹ *Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person (Chefpierre)* [2022] SGHC 264 https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGHC_264, para. 80.

¹⁰⁰ (*U.S. v Nguyen and Llacuna*, 22-mag-2478 (S.D.N.Y.); <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/two-defendants-charged-non-fungible-token-nft-fraud-and-money-laundering-scheme-0>

¹⁰¹ *Miramax v Tarantino et al.*, 2:21-cv-08979 (C.D. Cal.)

¹⁰² *Nike, Inc. v Stockx LLC*, 1:22-cv-00983 (S.D.N.Y.)

¹⁰³ *Yuga Labs Inc. v. Ripps et al.*, 2:22-cv-04355 (C.D. Cal.)

the one of cryptocurrencies and NFTs, it became popular through video game platforms such as Second Life which started to monetize the digital space by allowing users to acquire different parts of land in a specific game.

Virtual transactions raised the question of whether they could trigger any tax liability. The German courts were seized in July 2018 with a dispute between a virtual land landlord and the German tax authorities¹⁰⁴. The landlord (the plaintiff) bought land in the virtual world of Second Life, which he then rented to other Second Life users and received a monthly rent in Linden dollars, the currency of Second Life. After exchanging the Linden dollars for US\$, the landlord received a notice from the German tax authorities. According to the tax authorities, renting virtual land constitutes a taxable digital service. The first instance court, the Cologne Finance Court (*Finanzgericht Köln*), held that the plaintiff primarily used the online platform to generate income by “renting” virtual land, and not necessarily for gaming purposes, therefore it found the plaintiff liable to pay tax. In November 2021, the German Federal Fiscal Court (*Bundesfinanzhof*) overturned the decision¹⁰⁵, and held that in-game transactions that

are limited to mere participation in the game do not usually represent an economic activity. The court added that a taxable exchange of services can only be assumed when leaving the virtual world and entering real commercial transactions, namely when the Linden dollars were exchanged for US dollars, however since the gaming operator’s headquarters was located in the USA, the plaintiff’s activity is not taxable in the Federal Republic of Germany.

D. Smart contracts

Smart contracts, while not technically a digital asset, are worth covering briefly as they raise interesting legal questions with respect to enforceability and liability.

The Singapore International Commercial Court decided that an alleged mistake made by an automated contracting system does not represent a sufficient reason for one of the parties not to perform their contractual obligations¹⁰⁶. B2C2 Ltd used Quoine Pte Ltd’s platform to exchange Ethereum to Bitcoin. The transactions were automated by a smart contract, which would automatically execute the exchange orders. Due to a technical glitch, B2C2’s account was credited with an amount 250 times

¹⁰⁴ Cologne Finance Court, 8 K 1565/18; https://www.justiz.nrw.de/nrwe/fgs/koeln/j2019/8_K_1565_18_Urteil_20190813.html

¹⁰⁵ German Federal Fiscal Court (*Bundesfinanzhof*), V R 38/19, ECLI:DE:BFH:2021:U.181121.VR38.19.0, <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE202210041/>

¹⁰⁶ *B2C2 Ltd v. Quoine Pte Ltd* [2019] SGHC(I) 03 <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/b2c2-ltd-v-quoine-pte-ltd.pdf>

higher than the actual rate. Upon checking the transaction manually, one of Quoine's employees spotted the mistake and decided to reverse the transaction and withdraw the money from B2C2's account. However, according to the terms and conditions of Quoine's platform, the transactions were irreversible.

B2C2 started court proceedings before the Singapore International Commercial Court alleging breach of contract, accusing Quoine of failing to observe their terms and conditions. In their defence, Quoine argued that the transactions are void under the doctrine of mistake and those algorithms or computers used to enter contracts should be treated as the legal agents of their human principals. The court distinguished between deterministic programmes which produce a result based on the input provided by humans and artificial intelligence programmes which have "*a mind of their own*". As the case before the court concerned a deterministic algorithm, the court concluded that where is relevant to determine what the intention or knowledge of a particular software it is logical to have regard to the knowledge or intention of the programmer. Therefore, according to the court, the programmer did not exclude the possibility of trades at those unusual prices being

executed and concluded that Quoine cannot rely on the doctrine of mistake¹⁰⁷. Despite being subject to an appeal, the Singapore International Commercial Court's decision was withheld with respect to the findings regarding the doctrine of mistake¹⁰⁸.

As a good part of the digital assets transactions is executed with the help of smart contracts, it is likely that the way how courts tackle the legal aspects involving smart contracts will have ramifications on disputes involving cryptocurrencies or NFTs.

IV. "Everyone has the right to be unique."¹⁰⁹ - Procedural novelty

Along with challenging core legal concepts, digital assets disputes also triggered procedural novelty. The efficiencies of the procedural measures ordered by courts rely on their suitability based on the specificities of each case. Courts around the world took measures to overcome two of the biggest hurdles when dealing with crypto disputes: the fast pace of the market and the anonymity of the users, by granting service via WhatsApp, NFT airdrop, post on chat-box or an online forum, as well as by agreeing to hold NFTs in a court's digital wallet.

¹⁰⁷ *B2C2 Ltd v. Quoine Pte Ltd* [2019] SGHC(I) 03 <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/b2c2-ltd-v-quoine-pte-ltd.pdf>

¹⁰⁸ *Quoine Pte Ltd v. B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02 <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/quoine-pte-ltd-v-b2c2-ltd.pdf>

¹⁰⁹ Article 5 of The Užupis Constitution.

In June 2022, the England and Wales High Court granted permission for “*service by an alternative method or at an alternative place*” by way of email and non-fungible token in the *D’Aloia v Person Unknown & Ors* case¹¹⁰. The claimant claimed to be the victim of fraudulent misappropriation of 2.1 million USD¹¹¹ (the equivalent of £1.7 million) after trading crypto on an exchange platform which impersonated a legitimate business company (by misusing the company’s logo and name to create a website domain) and then ceased access to user’s accounts. With the help of an intelligence investigator, the claimant produced a report to the court with the details of the digital wallets where the claimant’s funds have been transferred. As the name and the identification details of the people behind the website were unknown to the claimant, the court agreed to grant service by airdrop into

the digital wallet of one of the defendants, noting that this novel way of service will increase the likelihood that those behind the website will be put on notice about the proceedings and will “*embed the service in the blockchain*”¹¹². This novel approach seems to be in line with the UK court’s openness towards adapting to the modern way of communication, albeit not involving digital-assets related cases, the UK courts granted service before via Twitter (in 2009)¹¹³, Fa-

¹¹⁰ *D’Aloia v Person Unknown & Ors* [2022] EWHC 1723 (Ch) (24 June 2022). Full text accessible here: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/1723.html>

¹¹¹ USTD is the code of Tether, an asset-backed cryptocurrency stablecoin which was launched by Tether Limited Inc.

¹¹² *D’Aloia v Person Unknown & Ors* [2022] EWHC 1723 (Ch) (24 June 2022), paras. 39–40: “*Ms Muldoon says that this is a novel form of service, and has explained to me that its advantage is that, in serving by Non-Fungible Token (NFT) the claimant will, what she described as “embrace the Blockchain technology”, because the effect of the service by NFT will be that the drop of the documents by this means into the system, will embed the service in the blockchain. I may not have expressed that very happily but that is the essence of what Ms Muldoon said. There can be no objection to it; rather it is likely to lead to a greater prospect of those who are behind the tda-finan website being put on notice of the making of this order, and the commencement of these proceedings. I am satisfied that, in this particular case, it is appropriate for service to be effected by NFT in addition to service by email. I think that the difficulties that would otherwise arise and the complexities in relation to service on the first defendant mean that good reason has been shown I do not think it is appropriate, nor, indeed did Ms Muldoon ask me, to make an order for service by alternative means in circumstances in which it would be sufficient, without serving by email as well. However, I am content to make an order for service by alternative means by those two additional routes. I am also satisfied that there is good reason for service on the exchange defendants to be by the alternative means on the face of the order.*”

¹¹³ *Blaney v Persons Unknown* (October 2009) (unreported); <https://hsfnotes.com/litigation/2009/11/30/service-permissible-twitter/>

cebook (2012)¹¹⁴, and Instagram (2019)¹¹⁵.

A similar step was taken in June 2022, by the Supreme Court of the State of New York in the case *LCX AG vs. John Doe Nos. 1-25*, which granted an application to serve via a “service token” or “service NFT” a temporary restraining order to a pseudonymous defendant via non-fungible token (NFT)¹¹⁶. LCX alleged to be the victim of a hack attack to their digital wallet losing US \$7.94 million worth of various cryptoassets. With the support of blockchain-tracing investigators, who conducted an algorithmic forensic analysis and traced the stolen assets through the crypto mixer Tornado Cash¹¹⁷, the plaintiff managed to obtain an Ethereum based address where the missing crypto was held by the attackers¹¹⁸. LCX started court proceedings in New York in attempt to recover its loss and applied for a temporary restraining order. The order was served by airdropping the service to-

ken to the Ethereum-based token address of the defendants. The service token contained a hyperlink (service hyperlink) to a website created by the plaintiff’s solicitors where it was published the court order and all papers upon which it is based¹¹⁹. The service hyperlink included a mechanism to track when a person clicks on it. In the judges’ view, such service “*constitute[s] good and sufficient service for the purposes of jurisdiction under NY law on the person or persons controlling the Address*”. The service NFT is publically available on the Ethereum blockchain¹²⁰.

The US courts proved flexible as well when it comes to serving court documents via chatbox and by posting them on an online forum. In October 2022, the United States District Court for the Northern District of California granted the Commodity Futures Trading Commission (CFTC)’s motion, to serve court documents to a decentralised auto-

¹¹⁴ *AKO Capital LLP & another v TFS Derivatives & others* [2012] (unreported); Katherine Rushton, “Legal Claims Can Be Served via Facebook, High Court Judge Rules,” *The Telegraph*, February 21, 2022, <https://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/mediatechnologyandtelecoms/9095489/Legal-claims-can-be-served-via-Facebook-High-Court-judge-rules.html>.

¹¹⁵ Simon Bennett and Scott Steinberg, “Fox Williams Fashion Lawyer Serves Court Order on Defendant Using Instagram,” Fox Williams, February 19, 2019, <https://www.foxwilliams.com/2019/02/19/fox-williams-fashion-lawyer-serves-court-order-on-defendant-using-instagram/>

¹¹⁶ *LCX AG v. John DOE NOS. 1-25*, [2022] Supreme Court of the State of New York, Order to show cause and temporary restraining https://www.hklaw.com/-/media/files/generalpages/lcx-ag-v-doe/order-to-show-cause_15.pdf?la=en

¹¹⁷ Tornado cash offers a service that mixes potentially identifiable or “tainted” cryptocurrency funds with others to obscure the trail back to the fund’s source. https://en.wikipedia.org/wiki/Tornado_Cash

¹¹⁸ “LCX Hack Update,” *LCX*, June 7, 2022, <https://www.lcx.com/lcx-hack-update/>.

¹¹⁹ “LCX AG vs. John Doe Nos. 1-25,” Holland & Knight, accessed January 11, 2023, <https://www.hklaw.com/en/general-pages/lcx-ag-v-doe>.

¹²⁰ etherscan.io, “<https://2no.Co/LCXAGService#1> | <https://2no.Co/LCXAGService> | Etherscan,” Ethereum (ETH) Blockchain Explorer, accessed June 18, 2023, <https://etherscan.io/nft/0xdc9ec0c966c3d3a552a228b3fe353848ce2f25f4/1>.

mous organisation (DAO) Ooki DAO, by providing a copy of the summons and complaint through the Ooki DAO's Help Chat Box, with contemporaneous notice by posting in the Ooki DAO's Online Forum¹²¹. CFTC started court proceedings against Ooki DAO alleging that it unlawfully engaged in regulated restricted activities involving commodity transactions and failed to conduct know-your-customer diligence to identify their customers as required under the relevant regulations. According to the CFTC's motion, since Ooki DAO is an unincorporated alleged entity without a physical address in the State of California, or an agent for service of process, posting the court complaint in a chat box on a website and on an online forum is an appropriate method for service of the organization "[Ooki] *it is a completely decentralized unincorporated association of anonymous individuals which merely offers a website to access the Ooki Protocol and an online forum for Ooki Token*

holders to discuss and vote on Ooki DAO governance issues"¹²². To support their argument that serving court documents via Help Chat Box and the online forum is a suitable option, the CFTC stated in their motion that the Ooki DAO community members already knew of the court proceedings based on the discussions had in their Telegram channel as well as by posting over 1 000 tweets on this topic¹²³.

Civil law jurisdictions seem to be equally open to implementing new procedural steps, tailored to the needs of those involved in digital disputes. In October 2022¹²⁴, the Commercial Law Court of Barcelona (Juzgado de lo Mercantil) granted an application by the Spanish collective society for artists VEGAP (*Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos*) against Punto Fa SL, a Spanish clothing retailer trading under the name of Mango, to hold NFTs into court's custody. At the beginning of 2022, Mango announced their plans to launch a collec-

¹²¹ Commodity Futures Trading Commission v. Ooki DAO (3:22-cv-05416) District Court, N.D. California; <https://www.courtlistener.com/docket/65369411/17/commodity-futures-trading-commission-v-ooki-dao/>

¹²² Commodity Futures Trading Commission v. Ooki DAO (3:22-cv-05416) District Court, N.D. California; <https://www.courtlistener.com/docket/65369411/11/commodity-futures-trading-commission-v-ooki-dao/>

¹²³ "It appears that the Ooki DAO, and many of its members and platform users, are in fact aware of the action. The Commission has observed at least 38 messages discussing the Commission's complaint against the Ooki DAO in the Ooki DAO's Telegram Channel, including by a participant listed as an Ooki DAO "Community admin" who predicted "there will be an official statement from the OokiDAO team soon." Snyder Declaration ¶ 13. Similarly, according to data listed publicly in the Online Forum, there have been at least 112 views of the CFTC's post in the Online Forum regarding the action. Snyder Declaration ¶ 15. More generally, this action has been well-publicized and has been extensively discussed on social media, including in over 1,000 tweets on Twitter", <https://www.courtlistener.com/docket/65369411/11/commodity-futures-trading-commission-v-ooki-dao/>

¹²⁴ VEGAP (*Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos*) v. Punto Fa SL, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb7c927281cc693aa0a8778d75e36f0d/20221121>

tion in Decentraland, showing a re-interpretation of several works of art in a virtual museum located on the Web3 site. Some of the works of art associated with the Mango's collection were still under copyright. VEGAP, as a collective manager on behalf of Spanish artists, started court proceedings against Mango for copyright infringement alleging that displaying the work of art and turning them into NFTs infringes the exclusive moral rights of the authors. However, the NFTs that became the subject of the dispute were not minted (converted into a digital file on blockchain)¹²⁵ by the defendant, so they could only be viewed on OpenSea, and could not be downloaded, purchased, or copied, as they were delisted. The court held that, since the NFTs are still publicly available to be viewed by third parties, there is a certain degree of risk that someone might misappropriate the NFTs, and therefore infringe the claimant's rights. The judge ordered that OpenSea make the NFTs available to the court to be guarded by it in a wallet address set up by the plaintiff for these purposes¹²⁶.

V. "Everyone is responsible for their freedom."¹²⁷ - Conclusion

The court decisions analysed above show that anonymity is not always a shield for law enforcement and the state authorities have become more and more sophisticated in investigating and tackling the legal issues raised by digital assets disputes. From a substantial point of view, we notice that even if digital assets are the newcomers in the legal field, this does not necessarily mean that the aggrieved parties are left with no remedies, the courts will conduct a comparative analysis by finding common characteristics between digital assets and other established key legal concepts to identify the most appropriate legal frame to deal with the dispute. From a procedural point, courts' familiarity with the tech market will create an open environment to integrate technology as part of court proceedings, and initiatives such as Metaverse hearings¹²⁸, or AI-powered "robot lawyer"¹²⁹ will become more and more common.

While courts can prove of great support in assisting parties involved in digital assets disputes, the main burden is on each individual to take all precautionary measures before entering into a transac-

¹²⁵ Minting an NFT means to publish a unique digital asset on a blockchain so that it can be bought, sold, and traded.

¹²⁶

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb7c927281ec693aa0a8778d75e36f0d/20221121>; <https://labes-abogados.com/blog/primera-sentencia-judicial-espanola-sobre-nft-reproduccion-y-transformacion/>

¹²⁷ Article 32 of The Užupis Constitution.

¹²⁸ <https://en.pingwest.com/w/10840>

¹²⁹ <https://www.cbsnews.com/news/ai-powered-robot-lawyer-takes-its-first-court-case/>

tion or deciding to invest in digital assets by seeking legal advance, reading the relevant points from the terms and conditions, storing passwords and tokens offline, consider cyber insurance, or conduct research on their counter-parties before entering into a transaction.

La relevancia de la independencia e imparcialidad de los peritos en el arbitraje internacional

Sebastiano Nessi y Maria Eugenia Piacquadio**

Principia No. 8–2023 pp. 95-113

Resumen: Este artículo se propone explorar el rol y los deberes de los peritos en el arbitraje internacional, centrándose especialmente en los peritos designados por las partes. Entendiendo que la asistencia de los peritos puede ser extremadamente útil y/o esencial en ciertos arbitrajes internacionales, el artículo busca determinar importancia de que los peritos designados sean independientes e imparciales a lo largo del procedimiento. Para ello, se analizan las normas que se han desarrollado en el arbitraje internacional con respecto al deber de independencia e imparcialidad de los peritos, así como algunos de los métodos que se utilizan habitualmente en la práctica para comprobar la independencia e imparcialidad de los peritos designados por las partes. Asimismo, se abordan algunas de las sanciones o consecuencias que en la práctica pueden imponerse a los peritos designados por las partes, que no actúan con independencia o imparcialidad.

Abstract: This article sets out to explore the role and duties of experts in international arbitration, with a particular focus on party-appointed experts. Understanding that the assistance of experts can be extremely useful and/or essential in certain international arbitrations, the article seeks to determine the importance of appointed experts being independent and impartial throughout the proceedings. To this end, it discusses the standards that have been developed in international arbitration with respect to the duty of independence and impartiality of experts, as well as some of the methods that are commonly used in practice to test the independence and impartiality of party-appointed

* Sebastiano Nessi es Socio en el equipo de arbitraje internacional y litigios de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Ginebra. Cuenta con una amplia experiencia en la representación de clientes en litigios comerciales, arbitrajes internacionales comerciales, de inversión y deportivo complejos. Tiene experiencia en litigios comerciales y arbitrajes ad hoc como bajo las principales reglas institucionales, así como en procedimientos de ejecución y anulación. Además de su trabajo como abogado, es Fellow del Chartered Institute of Arbitrators, actuando frecuentemente como árbitro en disputes de arbitraje comercial. Participa con frecuencia en conferencias y seminarios sobre cuestiones y tendencias del arbitraje internacional, y es autor de más de 50 Artículos y libros. Asimismo, desde 2014, ha impartido clases en varias universidades sobre temas vinculados al arbitraje internacional y la resolución de conflictos internacionales, y es constantemente clasificado como un profesional destacado por los principales directorios.

** Maria Eugenia Piacquadio es asociada en el equipo arbitraje internacional y litigios de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Ginebra, donde concentra su práctica en una amplia gama de procedimientos complejos de arbitraje y litigios comerciales y de inversión. Tiene experiencia en procedimientos de arbitraje ante distintos centros, incluyendo disputas bajo numerosos tratados bilaterales y multilaterales de inversión en América Latina, Europa y Asia.

ted experts. It also address some of the sanctions or consequences that may be imposed in practice on party-appointed experts who fail to act independently or impartially.

Palabras Claves: Prueba Pericial | Arbitraje Internacional | Independencia e imparcialidad de los Peritos designados

Keywords: Expert Witnesses | International Arbitration | Independence and impartiality of Experts Witnesses

Sumario: I. Introducción, II Peritos en Arbitraje Internacional, A. Reglamentos de Arbitraje, 1. Peritos Designados por el Tribunal, 2. Peritos Designados por las Partes, B. Buenas Prácticas y Códigos de Conducta, III. Comprobación de la independencia e imparcialidad de los peritos, A. Contrainterrogatorio y preguntas del Tribunal Arbitral, B. Revelación de conflictos, C. El Protocolo Sachs (“Equipo de Peritos”), D. Informe Conjunto de los expertos designados por las Partes, E. Reunión de Peritos, F. Divulgación de las comunicaciones entre el abogado y los peritos designados por las partes, IV. Sanciones por el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del perito, A. Descalificación del Experto, B. Asignación de Costos, C. Ponderación de la prueba, D. Daño Reputacional, V. Conclusiones

I. Introducción

John Langbein escribió en 1985: “A los que actuamos como peritos se nos conoce como ‘saxofonistas’. Se trata de un término revelador, como suele ser la jerga. La idea es que el abogado toque la melodía, manipulando al perito como si fuera un instrumento musical en el que el abogado hace sonar las notas deseadas [...]. El abogado de la parte contraria realiza un ejercicio similar, contratando e instruyendo a otro experto para que repita la posición contraria. El resultado es la conocida batalla de expertos opuestos. Cuanto más moderado e imparcial sea un perito, menos posibilidades tendrá de ser utilizado por cualquiera de las partes”¹.

Independientemente de si la participación es simplemente valiosa o realmente necesaria, los peritos desempeñan un papel crucial en todo sistema de resolución de conflictos, incluido el proceso arbitral. Tal es así, que la encuesta en arbitraje internacional 2021 elaborada por la Queen Mary University of London reflejó que solo un pequeño porcentaje de los encuestados (13%) elegiría renunciar a los peritos designados por las partes con el fin de reducir costos y/o agilizar el arbitraje².

Normalmente, se nombran peritos en los litigios en los que se plantean cuestiones complejas relacionadas con la cuantía de los daños o las prácticas de cierta industria. Aunque los peritos designados por las partes³ predominan claramente en el arbitraje internacional, los tribunales ar-

¹ John H. Langbein, “The German Advantage in Civil Procedure”, *The University of Chicago Law Review* 52, no. 4, (1985), pp. 823-866 (traducción libre del inglés).

² Queen Mary University of London & School of International Arbitration, *Encuesta sobre Arbitraje Internacional 2021: Adaptar el arbitraje a un mundo cambiante*, pp. 13-14, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

³ A lo largo de este artículo, los términos “perito designado por la parte” y “perito” se utilizarán indistintamente. Cuando se proporcionen explicaciones con respecto a los peritos designados por el tribunal arbitral, se especificará.

bitrales también pueden nombrar a sus propios peritos. De hecho, esta es la norma en el sistema judicial de las jurisdicciones de derecho civil.

A pesar de que las normas y procedimientos que rigen la prueba pericial en el arbitraje internacional tienden a variar en cada caso, es justo decir que estas normas no proporcionan mucha información cuando se trata de definir el papel y los deberes de los peritos designados por las partes con respecto a las propias partes y al tribunal arbitral. Concretamente, mientras que varias normas de arbitraje internacional exigen que los peritos designados por el tribunal sean independientes e imparciales, el rol de los peritos designados por las partes está claramente menos delimitado.

Este artículo se propone explorar el rol y los deberes de los peritos en el arbitraje internacional, centrándose en los peritos designados por las partes. Para ello, este artículo comienza recordando brevemente las normas que se han desarrollado en el arbitraje internacional con respecto al deber de independencia e imparcialidad de los peritos. Luego, se exa-

minan algunos de los métodos que se utilizan habitualmente en la práctica para comprobar la independencia e imparcialidad de los peritos designados por las partes previo a abordar algunas de las sanciones que pueden imponerse a estos peritos designados por las partes por no actuar con independencia. Por último, algunas observaciones finales se expondrán en el capítulo de conclusión.

II. Peritos en Arbitraje Internacional

A. Reglamentos de Arbitraje

La mayoría de los reglamentos de arbitraje⁴ permiten expresamente a las partes presentar pruebas periciales⁵. Este derecho suele ser adicional a la facultad inherente del tribunal arbitral de nombrar un perito.

En general, mientras que los reglamentos de arbitraje establecen requisitos muy específicos (y estrictos) para los peritos designados por el tribunal, en particular requisitos de independencia e imparcialidad, los mismos reglamentos no dicen nada o dicen muy poco sobre las normas aplicables para los peritos designados por las partes⁶.

⁴ A efectos de este artículo, se han considerado los siguientes reglamentos de arbitraje: Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2021 (“Reglamento de la CCI”), Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres de 2020 (“Reglamento LCIA”), Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur de 2016 (“Reglamento del SIAC”), Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2021 (“Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”), Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas de 2021 (“Reglamento de la ICDR”), Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de 2021 (“Reglamento Suizo”), Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 2017 (“Reglamento de la SCC”).

⁵ *Por ejemplo*, Reglamento de la CCI, Artículo 25 (2); Reglamento del SIAC, Regla 25. *Ver también* Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd Edition, Kluwer Law International, 2021), p. 2448.

⁶ Mark Kantor, “A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration - Can One be Found?”, *Arbitration International* 26, no. 3, (2010), pp. 327-328.

1. Peritos Designados por el Tribunal

Los peritos designados por el tribunal suelen estar sujetos a un proceso estricto de selección.

En general, los reglamentos de arbitraje que abordan la designación de peritos por parte del tribunal cubren específicamente los siguientes puntos: (i) el nombramiento del perito; (ii) el deber de independencia e imparcialidad del perito; (iii) el deber de las partes de dar al perito información o de presentar cualquier documentación o material que el perito pueda requerir; (iv) el derecho de las partes a comentar el informe pericial; y (v) la presencia del perito en la audiencia⁷.

En cuanto al requisito de independencia e imparcialidad, el Reglamento de la LCIA, por ejemplo, establece que el perito debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes y debe firmar una declaración escrita a tal efecto, que será entregada al tribunal arbitral y con copia a todas las partes⁸. Del mismo modo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece que “[p]revia consulta con las partes, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos independientes” y que el perito designado debe presentar “una descripción de sus

cualificaciones y una declaración de imparcialidad e independencia”⁹.

2. Peritos Designados por las Partes

La mayoría de los reglamentos de arbitraje permiten que los peritos sean designados por las partes. En particular, la mayoría de estos reglamentos codifican el principio bien establecido de que una parte puede presentar sus propios peritos para testificar sobre los asuntos en disputa.

Sin embargo, a diferencia de las normas aplicables a los peritos designados por el tribunal, los reglamentos de arbitraje más destacados, incluidos los de la CCI, LCIA, SCC, CNUDMI o SIAC, no abordan específicamente las responsabilidades de los peritos designados por las partes, ni establecen los deberes éticos de dichos peritos. Sin embargo, en algunos sistemas judiciales nacionales, los peritos designados por las partes tienen un deber afirmativo de asistir al tribunal, que prevalece sobre el deber del perito para con la parte que lo designa, por lo que cada tribunal arbitral podrá definir el alcance de los deberes de los peritos designados por las partes directamente o por referencia a algún cuerpo legal¹⁰.

⁷ Ver, por ejemplo, Reglamento de la CCI, Artículo 25 (3); Reglamento LCIA, Artículo 21; Reglamento del SIAC, Regla 26; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 29; Reglamento de la ICDR, Artículo 28; Reglamento Suizo, Artículo 28; Reglamento de la SCC, Artículo 33.

⁸ Reglamento LCIA, Artículo 21 (2).

⁹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 29 (1)-(2).

¹⁰ Comisión de la CCI, Informe de la Comisión de la CCI, “Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts”, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2021, Issue 2*

B. Buenas Prácticas y Códigos de Conducta

Más allá de los reglamentos de Arbitraje, existen reglas, protocolos y notas que permiten identificar ciertos lineamientos sobre el comportamiento esperado de los peritos en el arbitraje internacional.

Un claro ejemplo de ello, son las Reglas de la International Bar Association (“IBA”) sobre práctica de la prueba en arbitraje internacional actualizado en 2020 (“Reglas de la IBA”)¹¹ - un compendio de prácticas de derecho civil y de derecho consuetudinario - permiten a las partes seguir la práctica habitual en el derecho consuetudinario de nombrar a sus propios peritos¹², mientras que también permite que el tribunal arbitral designe a su propio experto, siguiendo la tradición de derecho civil¹³.

En lo que respecta a los peritos designados por las partes, el artículo 5.2 (a) de las Reglas de la IBA exige que se revelen todas y cada una de las relaciones que el perito pueda tener con las partes, sus abogados, asesores jurídicos y el tribunal arbitral¹⁴. A su vez, el artículo 5.2 (c) exige una declaración de la “independencia” del perito¹⁵. Como tal, el perito

debe evaluar dichas relaciones y dar fe de su “independencia”.

En cuanto a los peritos designados por el tribunal, el artículo 6.1 de las Reglas de la IBA deja claro que el tribunal arbitral debe consultar a las partes antes de nombrar a uno o más peritos “independientes”. Las partes también tienen la oportunidad, de acuerdo con el artículo 6.2, de identificar cualquier posible conflicto de intereses y exponer las objeciones que puedan tener (por ejemplo, basadas en la falta de independencia, cualificación insuficiente o falta de disponibilidad)¹⁶. Por último, el perito también debe presentar una declaración de su independencia frente a las partes, sus abogados y el tribunal arbitral¹⁷.

Asimismo, en 2007, el Chartered Institute of Arbitrators publicó su Protocolo para el uso de peritos designados por las partes en el arbitraje internacional (“Protocolo CIArb”). Como su nombre indica, el protocolo CIArb se aplica únicamente a los peritos designados por las partes, pero proporciona un régimen exhaustivo con un claro objetivo de aumentar la independencia de esta clase de peritos.

El Protocolo CIArb deja en claro que no sólo los peritos designados por las partes

¹¹ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, Aprobadas el 17 de Diciembre de 2020 por Resolución del Consejo de la IBA.

¹² Reglas de la IBA, Artículo 5.

¹³ *Id.*, Artículo 6.

¹⁴ *Id.*, Artículo 5.2 (a).

¹⁵ *Id.*, Artículo 5.2 (c).

¹⁶ *Id.*, Artículo 6.1 y 6.2.

¹⁷ *Id.*, Artículo 6.2.

han de ser independientes, sino también que su deber primordial es para con el tribunal y no para con las partes¹⁸. En cuanto a las consecuencias que conlleva el incumplimiento de estos deberes, el artículo 7.4 del Protocolo CIArb establece que el tribunal arbitral no tendrá en cuenta la opinión y el testimonio escrito del perito, ya sea en su totalidad o en parte, según considere oportuno en función de las circunstancias de cada caso.

Otro ejemplo son las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (las “Notas de la CNUDMI”), que detallan el deber de independencia de los peritos designados por el tribunal en los procedimientos de arbitraje¹⁹. El artículo 15(c) establece a este respecto que, antes de nombrar un perito, el tribunal arbitral se asegurará de que el perito tenga la cualificación requerida y obtendrá una declaración de su imparcialidad e independencia. Sin em-

bargo, las Notas de la CNUDMI no se pronuncian sobre el deber de independencia de los peritos designados por las partes, pero proporcionan las herramientas disponibles para que el tribunal arbitral compruebe su independencia, aunque de forma indirecta²⁰.

Tanto los peritos designados por las partes como los designados por el tribunal pueden estar obligados a presentar sus pruebas de acuerdo con un código de conducta o ética específico impuesto por sus propios organismos profesionales. Estos códigos de conducta o ética suelen exigir que los profesionales que prestan declaración como expertos sean y permanezcan independientes²¹.

En 2015, la CCI publicó una nueva edición de sus Reglamentos sobre Peritos²². Los reglamentos han reforzado el deber de imparcialidad e independencia de los peritos o terceros. De acuerdo con los tres nuevos conjuntos de reglas, el perito

¹⁸ El deber primordial hacia el tribunal se expresa también en el artículo 7 (1) del Protocolo CIArb, que dice, en su parte pertinente, lo siguiente “El testimonio del perito se prestará con el fin de ayudar al Tribunal Arbitral a delimitar las cuestiones entre los peritos y a comprender y utilizar eficazmente la prueba pericial” (traducción libre del inglés).

¹⁹ CNUDMI, “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral” (2016), ¶¶ 92-106.

²⁰ *Id.*, ¶¶ 101-107.

²¹ Otros códigos de conducta profesionales establecen estándares específicos en cuanto a la independencia de sus miembros, como el Institute of Chartered Accountants de Inglaterra y Gales, la American Society of Appraisers, el Institute of Certified Bankers, la Institution of Civil Engineers, la National Society of Professional Engineers, la Society of Petroleum Evaluation Engineers, la American Society of Civil Engineers, la Institution of Engineers Australia y la Law Society de Inglaterra y Gales. *Ver también*, Mark Kantor, “A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration - Can One be Found?”, in *Arbitration International* 26, no. 3, (2010).

²² Los Reglamentos sobre Peritos de 2015 ofrecen tres conjuntos de reglas en relación con los peritos y terceros: (1) Reglamento de la CCI Sobre la Propuesta de Peritos y Terceros (en el que la CCI propone los nombres de uno o varios peritos o de terceros a petición de una o varias partes o de un tribunal arbitral); (2) Reglamento de la CCI Sobre el Nombramiento de Peritos y Terceros (en el que la CCI efectúa un nombramiento que es vinculante para las partes solicitantes); (3) Reglamento de la CCI Sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje (en el que la CCI es elegida para administrar y supervisar el procedimiento pericial).

debe ahora no sólo ser “independiente”, de acuerdo con las reglas anteriores, sino también “imparcial”²³.

III. Comprobación de la independencia e imparcialidad de los peritos

A. *Contrainterrogatorio y preguntas del Tribunal Arbitral*

La herramienta más obvia para probar la independencia (o la falta de ella) de un perito es el contrainterrogatorio del abogado. Dependiendo de los antecedentes legales y culturales de las partes, de los abogados y de los árbitros, el examen del tribunal arbitral servirá para cumplir el mismo propósito. En este artículo no se tratará esta técnica con detalle, principalmente por dos razones. En primer lugar, están ampliamente descritas y comentadas en la literatura de abogacía general. En segundo lugar, es poco probable que un perito verdaderamente parcial confiese su falta de independencia en el estrado. Más allá de eso, el contrainterrogatorio o el examen por parte del tribunal arbitral generalmente revela la falta de independencia sólo en circunstancias bastante notorias.

Hay otras formas más sutiles de detectar y, en el mejor de los casos, de superar la falta de independencia de un perito. A

continuación, se examinarán estas formas.

B. *Revelación de conflictos*

La proximidad de un perito a una parte o los vínculos preexistentes con un caso pueden afectar a la credibilidad de un perito, aunque no siempre es una prueba clara de falta de independencia. Para estar en condiciones de realizar esta evaluación, lo ideal es que el tribunal arbitral conozca cualquier circunstancia relevante que pueda influir en la independencia del perito.

Aunque varias normas de arbitraje exigen que los peritos designados por el tribunal presenten una declaración de independencia e imparcialidad, esas normas no prevén la misma obligación para los testigos y peritos designados por las partes²⁴.

Sin embargo, según el artículo 5.2 de las Reglas de la IBA, los informes de los peritos designados por las partes deben incluir una declaración de las relaciones actuales y pasadas con las partes y los abogados de las partes. Según el Comentario a las Reglas de la IBA, la declaración de relaciones pasadas y presentes) es un requisito de divulgación, mientras que la declaración de independencia es un requisito para que el perito evalúe cualquier relación de este tipo y de fe de que

²³ Reglamento de la CCI Sobre la Propuesta de Peritos y Terceros, Artículo 2; Reglamento de la CCI Sobre el Nombramiento de Peritos y Terceros, Artículo 3 (3); Reglamento de la CCI Sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje, Artículo 4.

²⁴ Reglamento LCIA, Artículo 21; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 29; Notas de la CNUDMI, ¶¶ 92-107. *Ver también*, Nils Schmidt-Ahrendts, “Expert Teaming-Bridging the Divide between Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts.” *Victoria U. Wellington L. Rev.* 43 (2012).

es independiente. El énfasis parece estar más en garantizar que el perito sea capaz de emitir una opinión imparcial, que en prohibir la existencia de una relación con las partes.

C. *El Protocolo Sachs (“Equipo de Peritos”)*

En el Congreso del ICCA de 2010 desarrollado en Río de Janeiro, el Dr. Klaus Sachs propuso un método de designación de peritos que fue recibido con bastante entusiasmo²⁵. Este método, también conocido como “Equipo de Peritos” o “*Expert Teaming*”, pretendía combinar las ventajas de los peritos designados por las partes y por el tribunal.

En resumen, en lugar de confiar exclusivamente en los peritos designados por las partes o de nombrar a su propio perito de elección, el tribunal suele consultar a las partes en una fase temprana del procedimiento e invitarlas a que cada una de ellas proporcione al tribunal y a la parte contraria una lista de candidatos que consideren que pueden servir de peritos para prestar declaración.

Luego, el tribunal invitaría a las partes a comentar brevemente los peritos propuestos por la otra parte, y en particular, si existe algún conflicto de intereses. A

continuación, el tribunal elegiría dos peritos, uno de cada lista, y los nombraría conjuntamente como “equipo de peritos”. Estos peritos serían remunerados con el fondo común de anticipo para el arbitraje abonado por las partes. Tras este nombramiento, el tribunal se reunirá con el equipo de peritos y las partes para establecer un protocolo sobre la misión del equipo de peritos.

Además, este método prevé que se celebre al menos una sesión para que los abogados de ambas partes interroguen al equipo de peritos en presencia del tribunal.

El Protocolo Sachs o “*Sachs Protocol*” también establece los deberes de los miembros del equipo de peritos, incluidos los deberes de imparcialidad e independencia que se esperan habitualmente de los peritos designados por el tribunal. Además, establece que los dos miembros del equipo de peritos no tendrán comunicaciones ex-parte tras su nombramiento.

Una de las características más interesantes de este método es que, aunque hayan sido propuestos por las partes, los peritos son nombrados en última instancia por el tribunal²⁶. De este modo, se salva

²⁵ Ver Nils Schmidt-Ahrendts, “Expert Teaming—Bridging the Divide between Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts.” *Victoria U. Wellington L. Rev.* 43 (2012).

²⁶ Klaus Sachs and Nils Schmidt-Ahrendts, “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”, *International Council For Commercial Arbitration: Advocacy In Changing Times* (Kluwer Law International 2011), p. 146; Nils Schmidt-Ahrendts, “Expert Teaming—Bridging the Divide between Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts”, *Victoria U. Wellington L. Rev.* 43 (2012), p. 658. Ver también, Mark Kantor, “A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration—Can One be Found?”, *Arbitration International* 26, no. 3 (2010), p. 338.

la división entre los peritos designados por las partes y los designados por el tribunal y, lo que es más importante, se pone fin a cualquier debate sobre posibles normas divergentes de imparcialidad e independencia entre estas dos categorías de peritos. Además, dado que los peritos son nombrados en última instancia por el tribunal, las partes suelen hacer todo lo posible para proponer a alguien cuya competencia, independencia e imparcialidad estén fuera de toda duda. Como tal, el Protocolo Sachs puede permitir ciertos beneficios tanto de los enfoques del derecho civil como del derecho consuetudinario y puede asegurar que un experto no opere ni sea visto como la extensión de las partes. Naturalmente, desde la perspectiva de los profesionales del arbitraje familiarizados con el procedimiento arbitral tradicional, el método propuesto por Klaus Sachs podría resultar un poco desorientador, por no hablar de que las partes pueden sentir que pierden el control sobre “sus” expertos.

D. Informe Conjunto de los expertos designados por las Partes

Otra forma de comprobar el nivel de independencia e imparcialidad de los peritos es solicitar a los peritos designados por las partes que presenten un informe conjunto o “*joint statement*” en el que se

detallen, por ejemplo, las cuestiones en las que se está de acuerdo y en las que no (con los motivos del desacuerdo)²⁷. Es probable que los tribunales arbitrales soliciten la presentación de informes conjuntos cuando los informes periciales presentados en primer lugar son mucho más divergentes de lo que se podría esperar²⁸.

En efecto, se espera que al preparar el informe conjunto, los peritos concedan y se esfuercen realmente por llegar a un acuerdo sobre los asuntos en cuestión dentro de su campo de especialización para reducir cualquier punto de diferencia entre ellos.

Si bien los expertos son libres de discrepar, dicho desacuerdo debe provenir del libre ejercicio de su propio juicio independiente y profesional. Por lo tanto, la preparación del informe conjunto tiene por objeto permitir a los expertos reconsiderar y revisar sus opiniones cuando sea necesario, en un entorno profesional y no confrontativo si se dispone de nuevas pruebas y material relevante.

Este método, promovido expresamente por las Reglas de la IBA en su artículo 5(4)²⁹, ha demostrado ser de mucha utilidad. La mayoría de las veces, los expertos están en condiciones de reducir el

²⁷ Jeffrey Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration* (Kluwer Law International, 2012), pp. 961-962; G. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd Edition, Kluwer Law International, 2021), p. 2451.

²⁸ Comúnmente, se critica a los informes periciales de Peritos designados por las Partes por ser innecesariamente largos y complejos, y por abarcar cuestiones diferentes o abordar las mismas cuestiones de forma fundamentalmente incompatible.

²⁹ Este método también se promueve en las Notas de la CNUDMI, ¶¶ 1-3, 95-98.

número y el alcance de las cuestiones controvertidas. Incluso cuando no lo hacen, la discusión puede incitar a los expertos a focalizar sobre los verdaderos puntos de discusión, lo que da lugar a informes finales más centrados.

Aunque los informes conjuntos tienen como objetivo principal reducir el número y el alcance de las cuestiones controvertidas, también pueden arrojar luz sobre la independencia (o la falta de ella) de los peritos. Cuando los peritos llegan a un amplio acuerdo en un informe conjunto, esto suele ser casi una prueba de que han comprendido su deber de independencia hacia las partes, así como su deber de asistir al tribunal.

Por el contrario, cuando en el informe conjunto hay poco o ningún acuerdo, o no hay acuerdo sobre cuestiones importantes, esto es a menudo una indicación de que uno de los expertos (o todos ellos) carece de independencia. En ese caso, puede ser aún más importante que los abogados y el tribunal arbitral pongan a prueba la independencia del perito (o de los peritos) utilizando otras herramientas a su disposición (como las sesiones de “*hot-tubbing*” de los peritos, que se analizan más adelante).

E. Reunión de Peritos

La Reunión de Peritos “*Expert Conferencing*” o prueba concurrente “*hot-tubbing*”³⁰, está ganando indudablemente popularidad en el arbitraje internacional y muchos árbitros son partidarios y defensores de este método.

Tradicionalmente, los testigos y peritos son examinados en la audiencia uno tras otro. La Reunión de Peritos consiste en que los peritos de las partes opuestas se reúnen para ser examinados por el tribunal arbitral y, en algunos casos, por las partes³¹.

Esta técnica ha conseguido reducir, aclarar y, en algunos casos, resolver las cuestiones controvertidas entre los peritos³². Lo que es más importante es que, se dice que la Reunión de Peritos obliga a los peritos a presentar sus opiniones de forma más independiente y objetiva. Sin embargo, no se puede evitar la tendencia de algunos peritos a centrarse únicamente en evitar perjudicar el caso de “su” parte, en lugar de buscar realmente un acuerdo u orientar a los árbitros.

A pesar de la popularidad de las Reunión de Peritos, las instituciones arbitrales han dado poca orientación formal al res-

³⁰ Doug Jones, “Party appointed expert witnesses in international arbitration: A protocol at last”, *Arbitration International* 24, no. 1 (2008), pp. 147-149.

³¹ Jeffrey Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration* (Kluwer Law International, 2012), p. 967; Martin, Hunter, “Expert conferencing and new methods”, en *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series 13, Van den Berg (Ed) (2007), pp. 821-822.

³² Martin, Hunter, “Expert conferencing and new methods.” en *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series 13, Van den Berg (Ed) (2007), p. 822.

pecto³³. En 2019, el Chartered Institute of Arbitrators publicó una guía específica sobre la reunión de peritos en el arbitraje internacional, que brinda orientación a los tribunales, las partes y los peritos, acerca de cuándo debe recurrirse a la técnica del “*hot-tubbing*” y como regular su procedimiento³⁴.

En cuanto a su mecánica, la reunión de peritos puede implicar la preparación de una lista definida de cuestiones (sobre las que los peritos pueden o no estar de acuerdo) sobre la base de la cual se desarrollará la reunión de peritos³⁵. Tanto el tribunal arbitral como las partes tendrán entonces la posibilidad de examinar conjuntamente a los peritos³⁶. De este modo, la reunión de peritos puede utilizarse no sólo para maximizar la eficacia del procedimiento, sino también para comprobar la independencia e imparcialidad de los peritos designados por las partes³⁷.

Cuando los peritos se someten a una prueba concurrente o “*hot-tubbing*”,

esto debería dar lugar a un intercambio de opiniones profesionales emitidas por peritos de la misma disciplina (por ejemplo, ingeniería, química, biociencia, etc.). Aunque los árbitros no sean expertos en ingeniería, química o biociencia, la dinámica de ese intercambio puede ser a menudo reveladora y ayudar al tribunal a evaluar la credibilidad (y la independencia de criterio) de los peritos.

F. Divulgación de las comunicaciones entre el abogado y los peritos designados por las partes

La cuestión de si las comunicaciones escritas entre los peritos y los abogados de la parte que lo designó pueden o no ser objeto de divulgación, es un tema muy controvertido. En el arbitraje internacional, y a pesar de que esta cuestión no se aborda en ninguno de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, existe una presunción de no divulgación

³³ El artículo 8.4(f) de las Reglas de la IBA refiere expresamente a la conferencia de peritos. Asimismo, el Informe de la Comisión de Arbitraje de la CCI sobre las Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje contempla la conferencia de peritos como una opción procesal para las partes.

³⁴ Chartered Institute of Arbitrators, “Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration” (2019), <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>

³⁵ Bernd Ehle, “Practical aspects of using expert evidence in international arbitration.” *Yearbook on International Arbitration*, vol. 2 (2012), p. 84.

³⁶ Martin, Hunter, “Expert conferencing and new methods.”, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series 13, Van den Berg (Ed) (2007), pp. 821-822. Para más información acerca de cómo organizar la Reunión de Peritos ver, Jeffrey Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration* (Kluwer Law International, 2012), pp. 970-972.

³⁷ Jeffrey Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration* (Kluwer Law International, 2012), p. 969; Doug Jones, “Party appointed expert witnesses in international arbitration: A protocol at last.” *Arbitration International* 24, no. 1 (2008), pp. 147-148. Ver también Martin, Hunter, “Expert conferencing and new methods”, en *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series 13, Van den Berg (ed.) (2007), p. 822.

de las comunicaciones entre el abogado y el perito³⁸.

Friedland y Brown de Vejar, explican a este respecto “la presentación de documentos que reflejen dichas comunicaciones rara vez es solicitada – casi todos los árbitros interrogados sobre el tema han respondió que nunca se habían enfrentado a esa cuestión - y la opinión contundente entre los árbitros internacionales experimentados es que, en una situación ordinaria, la presentación no estaría justificada”³⁹.

Existen algunas posibles excepciones a este principio: por ejemplo, los documentos en los que se basa el perito para formar su opinión (que normalmente adjuntará al informe pericial), así como los documentos a los que se refiere expresamente el perito en el informe, que si suelen ser susceptibles de divulgación⁴⁰.

Una segunda posible excepción comprende las comunicaciones que refieren a la tarea encargada al perito, y más concretamente a las instrucciones del abogado, aunque las solicitudes de presentación de tales documentos son raras en la práctica⁴¹.

El Protocolo CIArb respalda esta opinión, e incluso va más allá, ya que en su Artículo 4 (4)(c) establece que el in-

forme pericial debe contener una declaración en la que se expongan todas las instrucciones que el perito haya recibido de la parte que lo nombró, y en su Artículo 5 (1) establece que todas las instrucciones realizadas a un perito no estarán protegidas contra su posible divulgación en el arbitraje. Dicho esto, el mismo artículo impide interrogar a un perito sobre sus instrucciones, a menos que el tribunal esté convencido de que existe una causa justificada para ello. En el mismo sentido, las Notas de la CNUDMI, a las que ya se ha hecho referencia, ofrecen al tribunal arbitral la posibilidad de aclarar la naturaleza y el alcance de las comunicaciones entre un perito y la parte que lo ha designado, solicitando la presentación de dichas comunicaciones⁴².

Aunque las comunicaciones entre el abogado y el perito pueden ser relevantes para ayudar a evaluar la credibilidad y la independencia de un perito, es necesario hacer una advertencia. Al igual que cualquier persona que participe en un proyecto o en una disputa (por ejemplo, ingenieros, abogados o árbitros), un perito designado por una parte estará, al menos en los primeros meses, en una curva de aprendizaje. Como tal, puede emitir opiniones provisionales que es muy probable que cambien a medida que

³⁸ Paul Friedland and Kate Brown de Vejar. “Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration.” en *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15*, Van den Berg (ed.) (Kluwer Law International, 2011), p. 2

³⁹ *Id.*, p. 3 (traducción libre del inglés).

⁴⁰ *Id.*, pp. 5-8.

⁴¹ *Id.*

⁴² Notas de la CNUDMI, ¶ 100.

la comprensión de los hechos por parte del perito se complementa con la información, los documentos y las explicaciones proporcionadas por la parte o su abogado. En consecuencia, es perfectamente normal que un perito cambie su opinión a medida que avanza en la curva de aprendizaje. En otras palabras, no es un cambio de opinión lo que puede ser sospechoso, es la forma y las circunstancias en que se produce lo que puede dar lugar a dudas sobre la independencia del perito.

Independientemente, consideramos que sería muy improbable que un tribunal arbitral concediera la presentación de las comunicaciones entre los abogados y los peritos designados por las partes por la mera posibilidad de que algunas de las comunicaciones pudieran eventualmente arrojar luz sobre la independencia del perito.

IV. Sanciones por el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad del perito

A. Descalificación del Experto

La descalificación de un perito designado por las partes por falta de independencia e imparcialidad es un hecho bastante raro en los litigios judiciales.

Como los peritos designados por las partes no suelen ser calificados como “ex-

pertos” o “peritos” en los países de tradición jurídica civil, no es probable que se produzca este tipo de sanciones. Por su parte, en los países de tradición jurídica anglosajona, la descalificación de un perito por falta de independencia e imparcialidad no recibe mucha más atención por parte de los tribunales y las autoridades legales. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Canadá se planteó si la independencia e imparcialidad de un perito influye en la admisibilidad de la prueba de dicho perito, o sólo en el peso que debe darse a la prueba, una vez admitida⁴³. El Tribunal Supremo concluyó que los jueces deben tener la facultad de descalificar los informes sesgados y de suprimir el testimonio de los peritos partidistas.

En el contexto de los procedimientos arbitrales, ¿puede un tribunal arbitral, a petición de parte o de oficio, decidir la descalificación y el cese de un perito designado por las partes por falta de independencia e imparcialidad?

No conocemos muchas decisiones que traten este tipo de sanción. Gary Born observa que, incluso en situaciones en las que el perito es un empleado de la parte que lo ha designado, los tribunales

⁴³ De manera similar, en *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.* (2015 SCC 23), vinculado a la evaluación de la imparcialidad e independencia de los peritos, el Tribunal Supremo de Canadá concluyó el 30 de abril de 2015 que el enfoque dominante en el derecho consuetudinario canadiense es tratar la independencia y la imparcialidad como algo que influye no sólo en el peso, sino también en la admisibilidad de la prueba.

arbitrales no llegan a descalificar a ese perito⁴⁴.

En el caso *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. la República Bolivariana de Venezuela*, un tribunal CIADI examinó la solicitud de los demandantes de descalificar a un perito designado por el demandado y de excluir su informe pericial⁴⁵. En ese caso, las demandantes habían considerado la posibilidad de nombrar un perito y le habían enviado documentos e información. Los demandantes decidieron finalmente no contratarlo y el perito fue nombrado posteriormente por el demandado en el mismo arbitraje⁴⁶. De forma similar, en 2018 otro tribunal CIADI, desestimó el pedido de la demandante de descalificar al perito designado por la demandada, al rechazar la aplicación de las Reglas de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional a los peritos designados por las partes, en el caso *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*⁴⁷.

El tribunal arbitral rechazó la solicitud de recusación del perito. El tribunal ob-

servó que los demandantes no habían marcado la información enviada al perito como confidencial, ni habían hecho ninguna otra reserva en cuanto a su confidencialidad. Y lo que es más importante, el tribunal aceptó que el perito no había accedido a la información que se le había enviado y, por tanto, no tenía conocimiento de su contenido.

Sin embargo, en un caso reciente, una tribunal judicial Inglés concedió una medida cautelar para impedir que un perito actuara para una de las partes en un procedimiento de arbitraje en circunstancias en las que un colega de la misma consultora del perito ya estaba actuando para la otra parte en otro arbitraje. Para llegar a esa decisión, el tribunal consideró la relación entre el deber de confidencialidad de un perito para con su cliente y el deber primordial de asistir al tribunal, que exige que un perito sea independiente⁴⁸. La apelación de la decisión fue desestimada considerando que en los hechos, existía un conflicto de intereses cuando una misma consultora actuaba a favor y en contra del mismo cliente en dos arbitrajes distintos pero concurrentes relativos al mismo pro-

⁴⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd Edition, Kluwer Law International, 2021), pp. 2452-2453.

⁴⁵ *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/10/19, Decisión sobre la propuesta de las demandantes de descalificación de uno de los peritos de la Demandada, y solicitud de Inadmisibilidad de la prueba del 29 de agosto de 2012.

⁴⁶ Luis González García, "Flughafen Zürich AG v Venezuela: A Catch-22 on the Protection of Procedural Fairness." *ICSID review* 28, no. 1 (2013), p. 25.

⁴⁷ *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, Caso CIADI N° ARB/16/34, Decisión sobre la solicitud de las demandantes de destituir al perito en derecho panameño de la demandada del 13 de Diciembre de 2018.

⁴⁸ *A Company v X, Y and Z* [2020] EWHC 809 (TCC), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2020/809.html>

yecto y a la misma materia o a materias similares⁴⁹.

Por último, hemos tenido conocimiento de un caso de arbitraje en el que se presentó al tribunal arbitral información que daba lugar a dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de un perito⁵⁰. Curiosamente, el tribunal arbitral no descalificó al perito, sino que instó encarecidamente a la parte que lo había designado a que considerara la posibilidad de sustituirlo por otro que ofreciera todas las garantías de independencia e imparcialidad.

B. Asignación de Costos

Los reglamentos de arbitraje incluyen cada vez más una referencia específica a la obligación de “buena fe” de las partes en la conducción de los procedimientos de arbitraje⁵¹, o vinculan expresamente el comportamiento de las partes a la asignación de costos⁵².

Por ejemplo, el artículo 38 (5) del Reglamento de la CCI establece que al decidir sobre las costas “el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya condu-

cido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos”.

Del mismo modo, el artículo 16 (1) del Reglamento Suizo establece que “Todos los participantes en el procedimiento arbitral deberán actuar de buena fe y hacer todo lo posible para contribuir al desarrollo eficaz del procedimiento y evitar costes y retrasos innecesarios”⁵³.

A la luz de estas disposiciones, no hay razón para que un tribunal arbitral no pueda sancionar a una parte, al asignarle los costos por utilizar la prueba de un perito partidista.

Curiosamente, un informe de la Comisión de la CCI sobre las decisiones relativas a los costos en el arbitraje internacional reveló que varios tribunales arbitrales habían decidido no dar ninguna importancia (o muy poca) a la prueba pericial y, por este motivo, desestimaron por completo las solicitudes de reembolso de los costos relacionados con ella⁵⁴.

C. Ponderación de la prueba

La gran mayoría de los reglamentos de arbitraje otorgan a los tribunales arbitrales una amplia discrecionalidad para va-

⁴⁹ Secretariat Consulting PTE Ltd, Secretariat International UK Ltd and Secretariat Advisors LLC v A Company [2021] EWCA Civ 6, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/6.html>

⁵⁰ Por razones de confidencialidad, los autores no pueden proporcionar más información sobre este caso.

⁵¹ Reglamento Suizo, Artículo 16; *Ver también*, Julie Bédard, Timothy Nelson, and Amanda Kalantirsky, “Arbitrating in good faith and protecting the integrity of the arbitral process.” *The Paris Journal of International Arbitration* 3, (2010), p. 755.

⁵² Reglamento de la CCI, Artículo 38 (5); Reglamento de la ICDR, Artículos 37 (b).

⁵³ Reglamento Suizo, Artículo 16 (1) (traducción libre del inglés).

⁵⁴ Comisión de la CCI, Informe de la Comisión de la CCI, “Decisions on Costs in International Arbitration”, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2*, p. 26.

lorar y ponderar las pruebas aportadas por las partes⁵⁵.

Existe, por tanto, un amplio reconocimiento de la discrecionalidad de los tribunales arbitrales para admitir cualquier prueba relevante que se considere con valor probatorio, así como de su facultad para rechazar las pruebas irrelevantes o inadecuadas para probar los hechos supestandamente sustentados por dichas pruebas.

En este contexto, los tribunales arbitrales tienen, sin duda, plena discreción para dar o no peso probatorio a los informes periciales elaborados por los peritos partidista⁵⁶.

El informe de la Comisión de la CCI de 2021 sobre las cuestiones a considerar por los árbitros vinculadas a los peritos claramente establece que el tribunal tiene “discrecionalidad para decidir si oír las pruebas periciales de los peritos designados por las partes”⁵⁷ y en su caso para decidir cuánto peso o importancia da al testimonio del perito⁵⁸.

Tuvimos conocimiento de un caso regido por el Reglamento suizo en el que

un tribunal arbitral decidió no dar ningún peso probatorio particular a las pruebas presentadas por el perito de una parte debido a la larga relación comercial entre el perito y la parte que lo había contratado⁵⁹. En ese caso, la entidad que contrató al perito había prestado servicios de asesoramiento profesional a la parte que lo nombró en el mismo proyecto que era objeto del arbitraje. El tribunal arbitral observó además que la relación no fue revelada durante el procedimiento, omisión que fue tenida en cuenta por el tribunal en el laudo final⁶⁰.

También tuvimos conocimiento de un caso, un arbitraje bajo el Reglamento de la CCI, en el que una de las partes estaba representada en el procedimiento arbitral por una empresa consultora de reclamaciones, que nombró como peritos a sus propios empleados⁶¹. El tribunal arbitral informó a las partes que, aunque eran totalmente libres de contratar a los peritos de su elección, el hecho de proceder a dicha elección probablemente repercutiría en el grado de peso probatorio que el tribunal acabaría otorgando a dichos informes. Curiosamente, el tribunal consideró finalmente que las conclu-

⁵⁵ Reglamento LCIA, Artículo 22 (1) (vi); Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 27(4); Reglamento del SIAC, Artículo 19.2; Reglamento Suizo, Artículo 26 (1).

⁵⁶ Born considera que la admisibilidad de un informe pericial no debe utilizarse como sanción, sino que la falta de independencia e imparcialidad de un perito, debe afectar a la ponderación de la credibilidad de dicho perito. Ver Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd Edition, Kluwer Law International, 2021), pp. 2449-2450.

⁵⁷ Comisión de la CCI, Informe de la Comisión de la CCI, “Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts”, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2021, Issue 2*, p. 64.

⁵⁸ *Id.*, p. 69.

⁵⁹ Por razones de confidencialidad, los autores no pueden proporcionar más información sobre este caso.

⁶⁰ Por razones de confidencialidad, los autores no pueden proporcionar más información sobre este caso.

⁶¹ Por razones de confidencialidad, los autores no pueden proporcionar más información sobre este caso.

siones y opiniones de los peritos eran claras y útiles para instruir al tribunal arbitral, aunque la independencia de dichos peritos podría haber sido legítimamente cuestionada en primer lugar.

D. Daño Reputacional

Como ya fue mencionado, la prueba pericial debe ser vista como una opinión independiente del perito y no como una opinión parcial, prejuiciosa o sesgada.

Los peritos deben tener cuidado con lo que escriben en sus informes. La reputación de integridad profesional del perito debe estar por encima de toda sospecha, y su informe tiene que ser el producto de su creencia honesta e imparcial.

Uno de los mayores temores de la mayoría de los profesionales que se ganan la vida como peritos es ver manchada su reputación como expertos, tras ser calificados en los laudos arbitrales como “partidistas”.

Aunque no se puede negar que los peritos tienen un incentivo para complacer a sus clientes, para que se les vuelva a contratar, el partidismo puede tener un efecto totalmente contrario. De hecho, la perspectiva de que el partidismo (pasado) de un perito se exponga a un tribunal arbitral, casi con toda seguridad, hará que disminuya la demanda de ese perito.

V. Conclusiones

Existe un amplio consenso entre los profesionales del arbitraje en cuanto a que la asistencia de peritos es a menudo útil, y

a veces esencial, en los litigios que implican conocimientos profesionales que el abogado o los tribunales arbitrales no están en condiciones de comprender plenamente. Dicho esto, también existe un consenso en la comunidad arbitral de que, para ser útiles, los peritos deben ser realmente independientes. En este caso, sólo estamos diciendo lo que es obvio.

La verdadera cuestión es cómo alcanzar ese objetivo.

En primer lugar, no debería haber ninguna ambigüedad en cuanto a que los peritos tienen que ser independientes e imparciales de la misma manera que los expertos designados por el tribunal. Parece que existe un claro consenso sobre este principio, pero el panorama es más confuso. En la mayoría de las jurisdicciones, no se encuentra ninguna base legal clara para este deber. El deber de independencia (e imparcialidad) de los peritos existe principalmente en algunos textos de carácter privado. Una de las vías sugeridas para avanzar sería aclarar la existencia y el contenido de ese deber, por ejemplo, en los reglamentos de arbitraje.

En segundo lugar, debemos determinar cómo probar mejor esos deberes de independencia e imparcialidad. La práctica del arbitraje es dispersa al respecto. Es poco probable que la comunidad arbitral pueda establecer reglas, principios o métodos infalibles para garantizar la independencia de los peritos. En estas circunstancias, es a través del desarrollo (y el uso creciente) de técnicas como la

reunión de expertos *-expert conferencing-* o la formación de equipos de peritos *-expert teaming-* que la independencia e imparcialidad de los peritos se seguirá poniendo a prueba y, se espera, que se garantice en la mayor medida posible.

En tercer lugar, y lo más importante, ¿qué pueden hacer los tribunales arbitrales ante la mala conducta del perito? Dado que los poderes de los tribunales de arbitraje derivan de los acuerdos de las partes, de las normas institucionales a las que se refieren las partes (en su caso), y del marco legal que rige el procedimiento, cualquier sanción que puedan imponer se determinará normalmente por referencia a esas fuentes. Los principales reglamentos de arbitraje y las Reglas de la IBA contienen disposiciones que otorgan a los árbitros la facultad de decidir la admisibilidad, la pertinencia o la importancia de las pruebas, incluidas las pruebas periciales. Sin embargo, esto no constituye una sanción *“per se”*. Un tribunal también puede decidir sancionar a una parte que haya designado a un “perito parcial y dependiente” en su decisión sobre las costas. ¿Constituiría esto una sanción lo suficientemente severa como para dar una señal clara a la comunidad arbitral? Basta con enunciar la proposición para desvirtuarla. A la luz de esto, creemos que puede haber llegado el momento en el que la comunidad arbitral abra un verdadero debate sobre esta cuestión y considere si los tribunales arbitrales no deberían contar con más he-

rramientas para sancionar el nombramiento de peritos partidistas.

Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: un análisis de la jurisprudencia arbitral a la luz de la doctrina del profesor Emmanuel Gaillard^{NA}

Yael Ribco Borman* y Pilar Álvarez**

Principia No. 8–2023 pp. 115-147

Resumen: El presente artículo pretende ser un humilde tributo al Profesor Emmanuel Gaillard y un reconocimiento a sus contribuciones al mundo del arbitraje y su influencia sobre la comunidad arbitral en Latinoamérica. En particular, analizamos una selección de laudos dictados en arbitrajes comerciales domésticos e internacionales relativos a alegaciones de corrupción en controversias concernientes a partes latinoamericanas o hechos acaecidos en Latinoamérica a la luz de las ideas y reflexiones del Profesor Gaillard con respecto a algunas respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje. Como resultado de dicho análisis, hemos constatado que la jurisprudencia arbitral reciente está en línea con la tendencia consolidada a nivel internacional que afirma la competencia de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre alegaciones de corrupción, recurriendo para ello a prueba indiciaria. Asimismo, en diferentes grados, los tribunales arbitrales han asumido un rol activo en la lucha contra la corrupción y recurrido a ciertas respuestas transnacionales identificadas por el Profesor Gaillard.

Abstract: This article is meant as a tribute to Professor Emmanuel Gaillard and a recognition of his contributions to the world of arbitration and his lasting influence on the Latin American arbitral community. In particular, we analyse a series of arbitral awards rendered in commercial arbitrations in domestic and international disputes concerning Latin American parties or facts that took place in Latin America and which involve corruption allegations, in light of Professor Gaillard's ideas and thoughts on some transnational responses to corruption in arbitration. As a result of this analysis, we conclude that recent arbitral case law is in line with the consolidated international

^{NA} Este artículo recoge las opiniones personales de las autoras, y no refleja la posición de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes.

* Asociada Senior de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes. Yael asesora y representa a clientes corporativos y estatales en arbitrajes internacionales bajo las principales reglas de arbitraje, incluyendo CIADI, CNUDMI y CCI. Su experiencia incluye arbitrajes de inversión y comerciales. Yael también ha trabajado junto a abogados locales en procedimientos de anulación de laudos arbitrales ante cortes domésticas. Antes de vincularse a GBS Disputes, Yael ejerció como asociada en la práctica de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP y en un reconocido bufete uruguayo. Además, Yael frecuentemente escribe, enseña y diserta sobre temas relacionados con el arbitraje internacional comercial y de inversiones.

** Asociada de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes. Pilar regularmente asesora y representa a clientes corporativos estatales en arbitrajes internacionales comerciales y de inversión bajo las principales reglas de arbitraje, incluyendo CIADI, CNUDMI, CIRDI y CCI. Antes de vincularse a GBS Disputes, Pilar ejerció como asociada en la práctica de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP y en un reconocido bufete uruguayo. Pilar también se desempeñó como Asesora Legal en la Prosecretaría de la Presidencia de la República del Uruguay, a cargo de la coordinación de la defensa del Uruguay en arbitrajes internacionales de inversión y procedimientos conexos de anulación y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

practice which affirms that arbitral tribunals are competent to rule on corruption allegations, resorting to a “red flags” methodology. In addition, to varying degrees, arbitral tribunals have assumed an active role in the fight against corruption and considered certain transnational responses identified by Professor Gaillard.

Palabras Claves: Arbitraje | Latinoamérica | Corrupción | Orden público | Emmanuel Gaillard

Keywords: Arbitration | Latin America | Corruption | Public order | Emmanuel Gaillard

Sumario: I. Introducción: el pensamiento de Emmanuel Gaillard y el impacto de la corrupción en el arbitraje internacional, II. Las respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje internacional comercial, III. Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: las posturas adoptadas por los tribunales arbitrales, A. Laudo arbitral CCI No. 14.920 de 2009, B. Caso Sr. José Salazar Salcedo c. Gobierno de Cusco, C. Caso Vantage c. Petrobras, D. Caso Ruta del Sol, E. Caso Rutas de Lima c. Municipalidad Metropolitana de Lima, IV. Conclusiones

I. Introducción: el pensamiento de Emmanuel Gaillard y el impacto de la corrupción en el arbitraje internacional

El Profesor Emmanuel Gaillard fue, sin duda, un pilar del arbitraje internacional y una gran fuente de inspiración para practicantes y académicos del arbitraje. Su visión y contribuciones intelectuales han enmarcado el desarrollo del arbitraje internacional y continuarán influyendo e inspirando a los que ejercemos esta rama del derecho en todo el mundo, incluyendo en Latinoamérica¹.

Y no es para menos. Además de sus valiosos aportes sobre cuestiones prácticas del arbitraje², el Profesor Gaillard dedicó

parte de su carrera a reflexionar y repensar los fundamentos filosóficos sobre los que descansa el arbitraje internacional³. En palabras del Profesor Gaillard y del Profesor Diego Fernández Arroyo, el Profesor Gaillard “repens[ó] la esencia del arbitraje a través del análisis de las ‘representaciones’ posibles de este mecanismo para la solución de controversias”⁴. Ello, en tanto las representaciones sirven para “justificar los fundamentos del poder de los árbitros, así como las diferentes consecuencias prácticas que se pueden producir en relación con diversos aspectos del arbitraje según se

¹ Para un análisis detallado de la influencia del Profesor Emmanuel Gaillard en la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas, véase Ximena Herrera-Bernal y otros, “Le rayonnement de la pensée d’Emmanuel Gaillard en droit de l’arbitrage commercial international,” *Journal du Droit International - Hommage à Emmanuel Gaillard: Une pensée en action* (LexisNexis, 2022): 1208-1215.

² Véase, por ejemplo, Emmanuel Gaillard, “América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia,” en *Arbitraje internacional: Pasado, presente y futuro*, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II, ed. Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Devoredo Marsano de Mur (Coordinadores) (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013); Emmanuel Gaillard, “El Espíritu de la Convención de Nueva York,” *Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 34 (2019).

³ El profesor Gaillard también incursionó en otros aspectos innovadores del arbitraje, como ser, la sociología del arbitraje internacional. Véase, por ejemplo, Emmanuel Gaillard, “Sociology of International Arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 31 (2015).

⁴ Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo, “Introducción,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 4.

adopte una u otra de dichas representaciones”⁵.

En particular, el Profesor Gaillard se refirió a tres representaciones⁶:

- i) La concepción “monolocalizadora”: concibe al arbitraje como un componente del ordenamiento jurídico del Estado sede del arbitraje y a dicho ordenamiento jurídico como la única fuente del poder de los árbitros. Bajo esta representación, los árbitros se equiparan a los jueces estatales del Estado sede y el laudo tiene la nacionalidad de dicho Estado.
- ii) La concepción “multilocalizadora” o “westfaliana”: aborda el fenómeno arbitral desde el laudo, por lo que se relativiza la importancia de la sede y se concentra en los lugares de posible ejecución del

laudo. Bajo esta representación, el procedimiento arbitral es legitimado *a posteriori* cuando el laudo es reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de ejecución.

- iii) El ordenamiento jurídico arbitral transnacional: se basa en el entendimiento de que los árbitros imparten justicia “en nombre de la comunidad internacional”, por lo que la validez y legitimidad del procedimiento arbitral y el laudo resultante reside en el colectivo de los Estados dispuestos a reconocer un laudo bajo ciertas circunstancias⁷.

La idea de la existencia de un ordenamiento jurídico transnacional – por oposición a un ordenamiento jurídico nacional – fue realmente revolucionaria y, como constató el propio Profesor Gaillard, “encuentra cada vez mayor

⁵ Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo, “Introducción,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 5. Según explica el Profesor Gaillard, el concepto de “representación del arbitraje internacional” implica una visión o concepción del arbitraje internacional “que permita dar respuesta a la totalidad de las cuestiones que surgen en el cambio del arbitraje internacional – incluidas las más complejas, relativas a la legitimidad del procedimiento arbitral y la fuente que otorga validez al convenio arbitral y al eventual laudo”. Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 13.

⁶ Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 17-25; Emmanuel Gaillard, “Las Representaciones del Arbitraje Internacional,” en *Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional*, ed. Héctor Flores Senties (México: Tirant Lo Blanch, 2018): 29-31.

⁷ Para un análisis profundo del orden jurídico arbitral y sus consecuencias prácticas, véase Emmanuel Gaillard, *El orden jurídico arbitral* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2015); Emmanuel Gaillard, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional* (México: Limusa, 2013); Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 25-28. Véase también Emmanuel Gaillard, “Las Representaciones del Arbitraje Internacional,” en *Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional*, ed. Héctor Flores Senties (México: Tirant Lo Blanch, 2018): 31-35.

aceptación tanto en el contexto de la jurisprudencia arbitral y de la manera en que los árbitros asumen su rol de órgano del ordenamiento jurídico arbitral, como por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales que expresan su creciente aceptación de esta concepción en su jurisprudencia y legislación”⁸. Además, la concepción de un ordenamiento jurídico transnacional permeó las ideas del Profesor Gaillard sobre otros aspectos que afectan o impactan el arbitraje, incluyendo el fenómeno de la corrupción, un tema que le preocupaba y al que le dedicó varios artículos, y en el que nos concentraremos en el presente trabajo.

Como sabemos, el flagelo de la corrupción se extiende a los diferentes aspectos del comercio y las relaciones internacionales⁹. Además del altísimo costo a nivel social, la corrupción tiene un costo económico inmenso. Por ejemplo, según un estudio reciente, “el costo anual de la corrupción internacional asciende a billones de dólares 2.6 en forma de sobornos

y dinero, y constituye uno de los mayores impedimentos para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible [de las Naciones Unidas] para 2030, que incluyen la eliminación de la pobreza y el hambre, así como la mejora de la educación, el bienestar y la infraestructura”¹⁰. Igualmente, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (“PNUD”) pone en contexto los costos económicos de la corrupción:

Los costos de la corrupción son de proporciones épicas. En septiembre de 2018, en la primera reunión del Consejo de Seguridad de la ONU sobre corrupción, el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, citó el costo global de la corrupción en al menos US\$ 2,6 billones, o el 5% del PIB mundial. Según cifras de la Comisión Económica para América Latina, esto es más del doble de lo que se requiere para brindar un ingreso básico de emergencia a todas las personas en América Latina y el Caribe que viven en pobreza hoy en día (equivalente a 215 millones de personas o el 34,7% de la población de la región). Y deja suficientes re-

⁸ Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroto (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 21.

⁹ No existe una definición universal del término “corrupción”. Sin embargo, como señala la Dra. Yas Banifatemi, el término se refiere al “abuso deliberado de autoridad o de confianza para beneficiar un interés privado. Comúnmente incluye métodos tales como el ‘soborno’ (es decir, dar y ofrecer algo a alguien como recompensa por hacer algo), ‘malversación de fondos’ (es decir, tomar indebidamente el control de activos a los que uno tiene acceso) y ‘fraude’ (es decir, representaciones falsas mediante declaraciones o conducta para obtener una ventaja sustancial). La corrupción puede ocurrir en situaciones que involucren contratos ficticios, servicios que no se prestan por razones de negocios, representación de intereses ocultos o comisiones pagadas a empresas como medio para corromper a funcionarios”. Véase Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues,” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), para. 2.

¹⁰ Fernand Desfrancois y otros, “Corrupción y crecimiento económico en América Latina y el Caribe,” *Revista de Economía del Caribe*, Núm. 19, 2022.

servas anuales para acelerar el progreso hacia la Agenda 2030. El Banco Mundial calcula que se paga 1 billón de dólares en sobornos cada año, mientras que el PNUD estima que los fondos perdidos por corrupción son aproximadamente 10 veces la cantidad de asistencia oficial para el desarrollo¹¹.

El arbitraje comercial internacional, en tanto jurisdicción idónea para las disputas relativas al comercio internacional, no es ajeno a esta problemática¹². En efecto, prácticas corruptivas y corruptas afectan al arbitraje comercial, internacional y doméstico, a diferentes niveles y con diferentes efectos¹³.

Por un lado, existen casos en los que la corrupción se constató a nivel del tribunal arbitral, es decir, afectando directamente al procedimiento arbitral. Por ejemplo, en el marco del sonado caso *Lava Jato*, por sobornos pagados por empresas contratistas brasileñas a autoridades y políticos en Brasil y otros Estados latinoamericanos, incluyendo Perú, se sospecha que, en un número considerable de arbitrajes entre entidades del

grupo Odebrecht y entidades del Estado peruano, los tribunales arbitrales beneficiaban con laudos multimillonarios a las empresas asociadas a Odebrecht. Aproximadamente 40 árbitros, además de secretarios arbitrales y peritos (entre otros) han sido – o aún están siendo – investigados con relación a este esquema.

También en el arbitraje entre ONCOSERV Arequipa S.A.C., una entidad asociada al grupo criminal “Clan Orellana”, y el Gobierno Regional de Arequipa, la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió anular el laudo porque los árbitros “actuaron bajo el manto de una red de corrupción y en interés propio, esto es, [con el fin de] beneficiarse con grandes sumas de dinero”¹⁴. En particular, dos de los árbitros, así como el Gerente de ONCOSERV, se encontraban en prisión preventiva por la comisión de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir en agravio del Gobierno Regional de Arequipa. El Presidente del Tribunal incluso habría confesado haber sido amenazado por el Clan Orellana para fallar a favor de ONCOSERV. En

¹¹ José Cruz-Osorio, “Corrupción: la otra pandemia mundial que debemos erradicar,” *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.undp.org/es/latin-america/blog/corrupci%C3%B3n-la-otra-pandemia-mundial-que-debemos-erradicar> (último acceso el 4 de enero de 2023).

¹² Emmanuel Gaillard, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International,” *Revue de L'Arbitrage*, N° 3, (2017): 806.

¹³ Cabe aclarar que existen diferencias entre el arbitraje comercial y de inversión en cuanto al análisis y las consecuencias de alegaciones de corrupción. Al respecto, véase Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), paras. 22-50. Dado el alcance limitado del presente trabajo, el mismo se concentra en el impacto de las alegaciones de corrupción en el arbitraje comercial internacional.

¹⁴ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Subespecialidad Comercial, Expediente N° 00042-2015, Resolución Número Dieciocho, 20 de octubre de 2015, Considerando 20.

este contexto, la Corte Superior de Justicia de Lima sostuvo que “los dos árbitros del Tribunal Arbitral actuaron con la idea preconcebida de despojar al Gobierno Regional de Arequipa, de una considerable cantidad de dinero”¹⁵, vulnerando los derechos fundamentales del Gobierno Regional de Arequipa al debido proceso y a que su caso sea resuelto por un árbitro imparcial¹⁶.

Por otro lado, los tribunales arbitrales deben cada vez con más frecuencia fallar sobre las consecuencias patrimoniales de contratos afectados por corrupción, ya sea en el caso de contratos obtenidos por vías ilícitas (por ejemplo, concesiones otorgadas a partir del pago de sobornos) o de contratos de intermediación o agencia para la ejecución de actos corruptivos¹⁷. Por ejemplo, en uno de los primeros casos de arbitraje comercial conocidos en los que se analizó el efecto de la corrupción, el Caso de la Cámara de

Comercio Internacional (“CCI”) N° 1110, el juez sueco Gunnar Lagergren fue designado como árbitro único en una disputa iniciada por un ingeniero argentino con relación a un contrato en el que se había comprometido a facilitar, en beneficio de una empresa inglesa, la adjudicación de varios contratos para el suministro de equipos a una empresa pública argentina. Como contraprestación, recibiría una comisión del 10% del valor de los contratos concluidos que, según declaró un testigo, se utilizaría para sobornar a los funcionarios públicos encargados de adjudicar los contratos a la empresa inglesa¹⁸. Eventualmente, la empresa se negó a pagar las comisiones y el ingeniero inició el arbitraje CCI para reclamar dicho pago. El árbitro único se declaró incompetente porque entendió que el contrato violaba el orden público internacional y era contrario a las buenas costumbres:

¹⁵ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Subespecialidad Comercial, Expediente N° 00042-2015, Resolución Número Dieciocho, 20 de octubre de 2015, Considerando 19.1.

¹⁶ No toda “conducta fraudulenta” por parte de un tribunal arbitral constituye corrupción. Por ejemplo, en el caso Sistema Metropolitano de la Solidaridad c. Reprogenetics S.A.C., la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió anular un laudo porque el Presidente del Tribunal se encontraba fuera del Perú en la fecha de emisión del laudo. Además, la Corte sostuvo que no solamente el Presidente del Tribunal actuó de manera fraudulenta sino uno de los co-árbitros “pues ha permitido expedir un laudo también fraudulento”. En opinión de la Corte, “[d]ichos árbitros al actuar así fraudulentamente incurrir en una lamentable inmoralidad que los descalifica para seguir con la actuación arbitral. Se han apartado de los principios jurídicos, valores éticos, morales y sociales que exige la ley y la jurisprudencia constitucional”. Véase Corte Superior de Lima, Segunda Sala Civil, Subespecialidad Comercial, Expediente N° 68-2017, Resolución Número Doce, 22 de febrero de 2018, Considerando Tercero, Punto 3.1.

¹⁷ Emmanuel Gaillard, “Les Situations de Corruption Saisies par L’Arbitre International,” *Le Magazine des Affaires* (2016): 66.

¹⁸ En este sentido, el árbitro sostuvo que “Como es de esperar, los documentos redactados parecen ser legales y llevan la apariencia de documentos comerciales ordinarios. Sin embargo, a mi juicio, queda claramente establecido de la prueba diligenciada ante mí que el acuerdo entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con el fin de obtener el negocio deseado”. Véase Caso CCI N° 1110, Laudo de 1963, para. 17.

Habiendo sopesado toda la evidencia, estoy convencido de que un caso como este, que implica violaciones tan graves de las buenas costumbres y el orden público internacional, no puede ser respaldado por ningún tribunal, ya sea en Argentina o en Francia o en ningún otro país civilizado ni por ningún tribunal arbitral. Por lo tanto, no puede existir competencia en este caso. Ello implica que, al concluir que no tengo competencia, he buscado inspiración en los principios generales que impiden a los árbitros ejercer jurisdicción sobre controversias de esta naturaleza y no en normas nacionales sobre arbitrabilidad. Las partes que se alien en una empresa de esta naturaleza deben entender que, al hacerlo, han perdido el derecho a recurrir a la maquinaria de justicia (tribunales nacionales o tribunales arbitrales) para resolver sus controversias¹⁹.

En una columna publicada en el *New York Law Journal* en 1995, el Profesor Gaillard observó que la decisión del árbitro Lagergren había sido “ampliamente criticada y no es representativa de la posición actual sobre si las alegaciones de corrupción son arbitrables”²⁰. En parti-

cular, el Profesor Gaillard señaló que, en aplicación del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, los tribunales arbitrales más recientemente han considerado que la cláusula arbitral es válida y efectiva a pesar de la invalidez del contrato afectado por corrupción²¹. Además, el Profesor Gaillard consideraba que la solución a la problemática de la corrupción en el arbitraje podría encontrarse en las normas de orden público internacional²².

Desde ese entonces, el Profesor Gaillard siguió reflexionando sobre la relación entre el arbitraje internacional y la corrupción. En la Sección II del presente artículo, expondremos las ideas y reflexiones del Profesor Gaillard con respecto a algunas respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje.

En la Sección III, analizaremos algunos laudos en arbitrajes comerciales relativos a alegaciones de corrupción en controversias concernientes a partes lati-

¹⁹ Caso CCI Nº 1110, Laudo de 1963, para. 23. El árbitro también se refirió al “principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas de que los contratos que violan severamente las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos no son ejecutables”. *Idem*, para. 16. Otros tribunales operando bajo las reglas CCI rechazaron los reclamos bajo contratos afectados por corrupción ya sea porque entendieron que el contrato afectado por corrupción era inválido bajo el derecho aplicable y/o que los contratos afectados por corrupción son contrarios al orden público internacional y, como tales, no ejecutables. Véase Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), para. 33.

²⁰ Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995): 3.

²¹ Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995).

²² Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995): 3,7.

noamericanas o hechos acaecidos en Latinoamérica.

En la Sección IV, expondremos nuestras reflexiones finales acerca de la medida en que los tribunales arbitrales en los laudos seleccionados han aplicado las ideas y reflexiones del Profesor Gaillard sobre el rol de los tribunales arbitrales en la lucha contra la corrupción y las herramientas transnacionales a las que pueden recurrir los tribunales en dicha tarea.

II. Las respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje internacional comercial

En su columna de 1995, el Profesor Gaillard llamaba la atención sobre el hecho de que “los árbitros en controversias relacionadas a contratos internacionales con gobiernos o entidades estatales se enfrentan, cada vez más frecuentemente, a alegaciones de que los contratos fueron obtenidos por medios de corrupción, tales como soborno o tráfico de influen-

cias”²³. Casi 15 años después (y luego de varios artículos analizando varias aristas del fenómeno de la corrupción en el arbitraje internacional)²⁴, el Profesor Gaillard volvió a notar que “los árbitros, tanto en arbitrajes comerciales y de inversión, se enfrentan cada vez con mayor frecuencia a asuntos de corrupción” y destacó el importantísimo rol de los árbitros internacionales en el desarrollo de respuestas a los casos de corrupción²⁵.

Por un lado, el Profesor Gaillard afirmó que, actualmente, no cabe duda de que los árbitros pueden – y deben – investigar y resolver las controversias que involucren asuntos de corrupción²⁶. En este mismo sentido, la Dra. Yas Banifatemi ha afirmado que actualmente, “no se discute la arbitrabilidad de las controversias relativas a corrupción. Los asuntos de corrupción son arbitrables y las controversias que implican corrupción son arbitrables”²⁷. Por ello, los asuntos de corrupción son generalmente tratados en

²³ Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995).

²⁴ Véase, por ejemplo, Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Journal du Droit Internationale* (Clunet, 2017); Emmanuel Gaillard, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International,” *Revue de L’Arbitrage*, No 3, (2017); Emmanuel Gaillard, “Les Situations de Corruption Saisies par L’Arbitre International,” *Le Magazine des Affaires* (2016); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Revue de L’Arbitrage* (2018); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence, Société Alstom Transport SA et autres c. Société Alexander Brothers Ltd.,” *Revue de L’Arbitrage*, No 3 (2019); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Revue de L’Arbitrage* (2019); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Journal du Droit Internationale* (Clunet, 2018).

²⁵ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019).

²⁶ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 3.

²⁷ Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), para. 13.

la etapa de fondo – no en la etapa de jurisdicción – y se resuelven declarando el contrato nulo o anulable y rechazando los reclamos efectuados en virtud de dicho contrato.

Por otro lado, el Profesor Gaillard identificó tres principios generales – o normas transnacionales – que los tribunales arbitrales, “cuyo rol consiste en adjudicar controversias en el plano internacional”²⁸ aplican (o pueden aplicar) en casos que involucren alegaciones de corrupción:

Primero, es posible probar actos de corrupción mediante prueba indiciaria (también referida como “señales de alarma” o “red flags”). No es de sorprender que los acuerdos ilícitos relacionados con actos de corrupción se celebren a escondidas u ocultos bajo el manto de transacciones de apariencia lícita. Ello implica que, en la mayoría de los casos, sea muy difícil para las partes presentar prueba de la conducta ilícita alegada. Dada la dificultad para producir prueba sobre actos de corrupción, varios tribunales arbitrales – tanto en arbitrajes comerciales como de inversión – han reconocido que es posible recurrir a prueba indiciaria para determinar la existencia de corrupción²⁹.

En otras palabras, ante la ausencia de pruebas documentales o testimoniales que den constancia de la actividad ilícita, los tribunales han analizado los diferentes indicios de conducta ilícita, incluyendo la duración del contrato, la existencia de prueba sobre actividades e ingresos de fuentes lícitas, las formas de pago utilizadas, los montos pagados, así como cualquier otra circunstancia extraordinaria que dé lugar a sospechas sobre la legitimidad de la conducta de las partes de la transacción. Sobre este punto, el Profesor Gaillard concluye lo siguiente:

La jurisprudencia arbitral demuestra claramente la emergencia de un principio general, o norma transnacional, que los árbitros pueden aplicar al evaluar la prueba sobre corrupción u otras actividades ilícitas. Árbitros resolviendo controversias con respecto a contratos sujetos a una variedad de leyes aplicables, así como controversias bajo tratados de inversiones, han aplicado de forma consistente la metodología de ‘señales de alarma’ como respuesta de principio a las dificultades inherentes de probar corrupción y otras prácticas ilícitas. Esta práctica debe ser aplaudida por tratarse de una contribución adecuada a los poderes inherentes de investigación de los árbitros a la lucha global contra la corrupción³⁰.

²⁸ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 3.

²⁹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 3-10.

³⁰ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 9-10. En todo caso, es claro que tiene que existir prueba suficiente que permita al tribunal concluir la existencia de actos de corrupción.

Según explica el Profesor Gaillard, esta metodología ha sido aplicada por tribunales arbitrales consistentemente tanto respecto de contratos “de intermediación” celebrados para encubrir actos corruptivos, como de contratos obtenidos mediante corrupción (en este último caso, con menor frecuencia)³¹.

Segundo, en algunas circunstancias, es posible apartarse de la norma de no restitución con relación a prestaciones cumplidas en virtud de un contrato afectado por corrupción. En general, los contratos cuyo objeto es una conducta corrupta son considerados nulos o anulables. Bajo la ley de la mayor parte de los países, la parte que cumplió una prestación bajo este tipo de contratos no tiene derecho a exigir la restitución de las prestaciones cumplidas. Esta regla ha sido aplicada por tribunales arbitrales que han rechazado, por ejemplo, reclamos de compensación con relación a contratos cuyo objeto consistía en sobornar funcionarios públicos³².

Los Principios UNIDROIT se apartan de la concepción tradicional, estableciendo que “[e]n el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo [...], podrá proceder la resti-

tución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias”³³. En los comentarios a los Principios UNIDROIT, se explica claramente la diferencia entre la posición plasmada en los Principios y la concepción tradicional:

[A] diferencia de la concepción tradicional según la cual las partes – al menos cuando ambas eran conscientes o debían haber sido conscientes de la violación de la norma imperativa – deben quedar en la situación en la que se encontraban, es decir que no deberían tener el derecho a recuperar las prestaciones ejecutadas, en virtud de los Principios la restitución puede ser concebida bajo los Principios, dependiendo de lo que resulte más apropiado en el caso concreto: o bien permitir conservar la prestación recibida a quien recibió, o bien permitir reclamarla a quien la ha ejecutado³⁴.

Para determinar si es razonable la restitución, se tendrán en cuenta, entre otros, la finalidad de la norma violada, la categoría de personas que la norma busca proteger, la gravedad de la violación, si la violación era o debió ser cono-

³¹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 5-6.

³² Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 10-12.

³³ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT),” (2010), Artículo 3.3.2(1).

³⁴ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT),” (2010), Comentario al Artículo 3.3.2(1).

cida y las expectativas razonables de las partes³⁵.

Según explica el Profesor Gaillard, en general, los Principios UNIDROIT solamente son aplicables en caso de que las partes hayan acordado de forma expresa que el contrato se regirá por dichos Principios. En caso de que las partes hayan acordado que el contrato se rija por “principios generales” o no exista acuerdo sobre la ley aplicable, los árbitros podrían verse en la disyuntiva entre aplicar los principios UNIDROIT como fuente de derecho transnacional o el principio de no restitución, vigente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. En esas circunstancias, concluye el Profesor Gaillard, “los árbitros pueden elegir la fuente de derecho comparativo más apropiada”, incluyendo los Principios UNIDROIT³⁶.

Tercero, en algunas circunstancias, los árbitros internacionales aplican – o de-

berían aplicar – normas transnacionales o de orden público internacional a casos relacionados con alegaciones de corrupción.

Como regla general, y de acuerdo con el principio de autonomía de las partes, los árbitros deben aplicar la ley rectora del contrato (o “*lex contractus*”) a las controversias que involucren asuntos de corrupción, incluyendo las leyes de policía (o “*lois de police*”) de la *lex contractus* adoptadas para combatir o condenar los actos de corrupción³⁷. Sin embargo, en caso de que el acuerdo de las partes sea contrario a normas fundamentales de orden público transnacional, como ser la prohibición de prácticas corruptivas³⁸, los árbitros deben “ir más allá de la ley elegida por las partes” y aplicar normas transnacionales o verdaderamente de orden público internacional³⁹. Estas normas de orden público transnacional “proporcionan a los árbitros soluciones concretas al problema complejo y deli-

³⁵ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT),” (2010), Artículos 3.3.2(2) y 3.3.1(3).

³⁶ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 12.

³⁷ Por ejemplo, leyes que prohíban el uso de intermediarios o agentes con relación a determinado tipo de contratos. Véase Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 18.

³⁸ Como explica el Profesor Gaillard, la corrupción es ampliamente condenada (incluso varias de las conductas que recaen bajo el rótulo “corrupción”, como ser el cohecho, son delitos tipificados en la mayoría de los países del mundo) y en los últimos años se han firmado una serie de convenciones para luchar contra la corrupción. Véase Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 14.

³⁹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 13-18. Véase también Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995) (“precisamente dado el amplio alcance de disputas arbitrables, es generalmente aceptado que los árbitros deben ir más allá de la ley elegida por las partes en la medida en que sea contraria al orden público internacional. Sin embargo, dado que la autoridad de los árbitros se funda en la voluntad de las partes, un árbitro no puede dejar de aplicar la ley elegida por las partes si no se constata dicha discrepancia”).

cado de la corrupción en el arbitraje internacional”⁴⁰. Una de estas normas transnacionales, frecuentemente reconocida y aplicada por tribunales arbitrales, es que “no se le debería asignar efectos a un contrato o una inversión constituida mediante corrupción”⁴¹.

A continuación, analizamos una serie de laudos en arbitrajes comerciales relacionados a Latinoamérica a la luz de las respuestas transnacionales a la corrupción expuestas por el Profesor Gaillard, en particular: (i) la asunción por parte de los tribunales arbitrales de un rol activo en el combate contra la corrupción; (ii) la aplicación por parte de los tribunales de la metodología de “red flags” para determinar la existencia de corrupción; (iii) la viabilidad del apartamiento de la regla que dispone la no restitución de las prestaciones efectuadas bajo un contrato con objeto o causa ilícitos y (iv) la posibilidad de aplicar normas de orden público internacional cuando la *lex contractus* adoptada por las partes sea incompatible con el orden público internacional.

III. Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: las posturas adoptadas por los tribunales arbitrales

En la presente sección, analizamos una selección de laudos en arbitrajes comerciales relativos a alegaciones de corrupción en controversias concernientes a partes latinoamericanas o hechos acaecidos en Latinoamérica, a la luz de la doctrina elaborada por el Profesor Gaillard. En particular, analizamos el laudo arbitral CCI No. 14.920 de 2009 (1), el laudo dictado en el caso Sr. José Salazar Salcedo c. Gobierno de Cusco (2), el laudo dictado en el caso Vantage c. Petrobras (3), el laudo dictado en el caso Ruta del Sol c. la Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia (4) y el laudo dictado en el caso Rutas de Lima c. Municipalidad Metropolitana de Lima (5).

A. Laudo arbitral CCI No. 14.920 de 2009

El laudo de referencia fue dictado por un tribunal arbitral bajo las reglas de la CCI en una controversia entre una demandante y dos demandadas (una compañía de construcción y su empresa matriz), en relación con un subcontrato entre la de-

⁴⁰ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 18. Sobre el proceso de formación de normas transnacionales en arbitraje internacional, véase Emmanuel Gaillard, “Thirty Years of Lext Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules,” *ICSID Review*, No. 10(2) (1995).

⁴¹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 14. Esta regla debe ser aplicada no solamente por árbitros internacionales sino también por jueces nacionales, que “deben asegurarse de no permitir que una parte se beneficie, mediante la ejecución de un laudo, del producto de actividades criminales”. Véase también Emmanuel Gaillard, “Commentaries to Belokon Decision,” *Journal du Droit International*, No. 4 (2017): 1366.

mandante y la compañía de construcción para la ejecución de tareas en el marco de un contrato de concesión entre una de las demandadas y un Estado latinoamericano⁴².

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

A raíz de cierta legislación aprobada en el contexto de una crisis económica que tuvo lugar en el Estado en cuestión, el contrato de concesión fue resuelto, y el subcontrato fue cedido al Estado. La demandante (subcontratista) inició un arbitraje contra la subcontratante y su matriz para solicitar daños y perjuicios con base en el régimen de indemnización del subcontrato, persiguiendo el resarcimiento total por daños y perjuicios por la rescisión del subcontrato, basada a su vez en la rescisión del contrato principal de concesión por culpa del Estado, y la aplicación de una penalidad por incumplimiento⁴³. Según se recoge en la porción del laudo disponible al público, como respaldo de dichas alegaciones, la demandante se refirió a la posibilidad de que el contrato fuera nulo por haber sido producto de un acto ilícito, como es el pago de sobornos, pero no solicitó ex-

presamente que se declarara la nulidad del contrato de concesión⁴⁴.

En el transcurso del procedimiento arbitral, las propias demandadas reconocieron que el contrato de concesión había sido obtenido mediante actos corruptos, incluyendo el pago de sobornos, lo cual fue tomado por el tribunal arbitral como prueba suficiente de la existencia de prácticas corruptivas⁴⁵.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

El tribunal arbitral reconoció la existencia de un acuerdo unánime en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que el combate contra la corrupción es una cuestión de orden público internacional o transnacional⁴⁶. Asimismo, el tribunal reconoció la obligación de todo árbitro de “oponerse enérgicamente a la corrupción”, lo cual conlleva que el árbitro no pueda desconocer acusaciones de que la operación jurídica subyacente está afectada por prácticas corruptas, sino que “debe investigar, recabar alegaciones y pruebas, para poder corroborar o desechar las acusaciones y evaluar las implicaciones de las partes”⁴⁷.

⁴² Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), en *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*, ed. Christian Albanesi, Emmanuel Jolivet y François Vincke (CCI, 2013). Vale notar que el laudo es confidencial y que las referencias a las partes y al Estado latinoamericano donde los hechos centrales a la disputa tuvieron lugar se encuentran anonimizados en el extracto publicado por la CCI.

⁴³ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 258.

⁴⁴ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), paras. 228, 257.

⁴⁵ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 261.

⁴⁶ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 224.

⁴⁷ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 225.

Por tanto, el tribunal asumió su deber de analizar las alegaciones de corrupción a fondo y emitir un pronunciamiento al respecto. En este sentido, en materia de jurisdicción, el tribunal se apartó de la lógica esgrimida por el laudo CCI No. 1110 del Juez Lagergren quien, recordamos, había entendido que no era competente para entender respecto de acusaciones en materia de corrupción.

Para realizar su análisis, el tribunal arbitral se remitió en primer lugar al derecho del Estado latinoamericano aplicable como *lex contractus*, a efectos de considerar las posibles consecuencias del reconocimiento de que el contrato de concesión había sido obtenido por corrupción sobre la indemnización que el demandante podía obtener bajo el subcontrato. En el caso, el derecho doméstico preveía dos posibles sanciones: la nulidad del contrato de concesión, en cuanto acto administrativo contrario a la ley, o su rescisión⁴⁸. En aplicación de estas normas, el tribunal entendió que, a falta de un pronunciamiento de nulidad emitido por el órgano competente mediante el procedimiento administrativo correspondiente, carecía de competencia para decretar la nulidad del contrato de concesión, el que se encontraba fuera del ámbito de la cláusula arbitral e involucraba al Estado latinoamericano, que no era parte del procedimiento arbitral⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal arbitral analizó asimismo si estaba facultado para “asumir” la nulidad del contrato de concesión y otorgar compensación a la demandante bajo el subcontrato, aun careciendo de competencia para dejar el contrato de concesión sin efecto. Nuevamente, el tribunal razonó que carecía de facultades para ello, descartando los argumentos de la demandante formulados con base en el Código Civil aplicable⁵⁰. Por lo tanto, el tribunal concluyó que no tenía competencia para declarar la nulidad ni para asumir la nulidad del contrato de concesión y que, bajo este supuesto, debía partir de la base de que el contrato de concesión se mantenía vigente y rechazar la compensación por pérdida de “chance” solicitada por la demandante con base en el argumento de que fue inducida a error al firmar el subcontrato, partiéndose de una concesión obtenida de manera ilícita.

Reconociendo que este desenlace resultaba “injusto”, en el entendido de que debe “existir una vía para que un subcontratista *in bonis* se pueda resarcir frente a un contratista que le ha inducido a participar en una operación corrupta”, el tribunal arbitral consignó haber brindado a la subcontratista la oportunidad de “hacer valer sus derechos”, modificando sus pretensiones para solicitar expresamente que se declare la nulidad del con-

⁴⁸ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 223.

⁴⁹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 235.

⁵⁰ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 245.

trato de concesión en virtud de la existencia de hechos corruptivos⁵¹. Sin embargo, la demandante expresó su voluntad de no modificar su pretensión original, dejando claro (a criterio del tribunal) que no pretendía plantear una reclamación basada en la nulidad del contrato de concesión⁵². Ante esta situación, invocando el principio de justicia rogada, el tribunal arbitral concluyó que no podía “conceder nada distinto a lo pedido por las partes, so pena de incurrir el laudo en nulidad”⁵³ y que, por lo tanto, no se encontraba facultado para emitir un pronunciamiento final sobre la validez del contrato de concesión.

El tribunal reconoció asimismo que este resultado final podía “parecer insatisfactorio”, sobre todo por cuanto implicaba dejar “sin sanción el comportamiento anti-jurídico [sic] de [las Demandadas]”⁵⁴ el que, recordamos, había sido expresamente reconocido por las demandadas. En el caso bajo análisis, el tribunal entendió que la decisión era “especialmente difícil” por cuanto “la Demandante tenía una variedad de acciones y argumentaciones a su disposición, todas ellas resultantes de la corrupción del Contrato Principal, como podría ser una acción por los daños y perjuicios causados por haber sido inducido a suscribir el Subcontrato de forma dolosa, por la “chance perdida, por daños morales... y

el principio *fraus omnia corrumpit*.”⁵⁵ Es decir: en el caso, e incluso ante la confesión de la contraparte de haber incurrido en prácticas corruptivas, el tribunal arbitral consideró que no se encontraba facultado bajo el derecho doméstico aplicable para resolver alegaciones de corrupción *ex officio*, sin que medie una solicitud expresa de una de las partes en ese sentido. Al respecto, cabe preguntarse si sería posible llegar a un resultado diverso aplicando la doctrina del Profesor Gaillard en cuanto a la necesidad una aproximación verdaderamente transnacional a la lucha contra la corrupción, que permita ir “más allá” de la *lex contractus* en los casos en que la misma sea contraria al orden público transnacional. En este sentido, el abordaje de la lucha contra la corrupción desde una óptica transnacional puede potencialmente brindar una vía jurídica para que los árbitros superen las limitaciones impuestas en ciertas oportunidades por el derecho doméstico, en pos de la protección del orden público internacional.

B. Caso Sr. José Salazar Salcedo c. Gobierno de Cusco

El laudo de referencia fue dictado en el marco de un arbitraje doméstico con sede en Cusco, Perú, respecto de las reclamaciones presentadas por el Sr. Joel José Salazar Salcedo contra el Gobierno

⁵¹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 251.

⁵² Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 258.

⁵³ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 260.

⁵⁴ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 265.

⁵⁵ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 265.

Regional de Cusco. Las reclamaciones se efectuaron al amparo de un contrato de obras para la realización de tareas de mantenimiento periódico de tramos viales en Cusco, celebrado entre las partes el 18 de julio de 2008⁵⁶. El derecho peruano era aplicable; en particular, el Texto Único Ordenado de la Ley No. 26.850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento y las disposiciones del Código Civil aplicables de manera supletoria⁵⁷.

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

El procedimiento fue iniciado por el Sr. Salazar, quien formuló varias reclamaciones por supuestos incumplimientos del Gobierno de Cusco y solicitó en consecuencia la rescisión del contrato por incumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios correlativa⁵⁸.

Por su parte, el Gobierno de Cusco interpuso excepciones (representación insuficiente y caducidad)⁵⁹, contestó las alegaciones formuladas por el Sr. Salazar en su demanda⁶⁰ y formuló reconvenio-

nes basadas, *inter alia*, en que el Gobierno de Cusco había previamente notificado al Sr. Salazar la resolución del contrato de concesión, fundada en la supuesta constatación de varios incumplimientos por parte del Sr. Salazar⁶¹.

Luego de iniciado el arbitraje, compareció la compañía aseguradora Mapfre, solicitando que se le permitiera intervenir en el procedimiento en virtud de su involucramiento como garante de la concesión, habiendo otorgado tres fianzas en favor del Gobierno de Cusco y efectuado desembolsos bajo las mismas⁶². Mapfre fundó su solicitud en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 1.071 (“Ley de Arbitraje”), que permitía la extensión del convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje surja de su “participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato” o que “pretendan derivar de-

⁵⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Laudo de Derecho, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco (Cusco, Perú, 4 de agosto de 2015), paras. 1-2. Si bien el laudo refiere a una disputa doméstica, no internacional, el mismo resulta interesante en cuanto confirma la tendencia de que los tribunales arbitrales, tanto en disputas internacionales como domésticas, afirman su competencia para pronunciarse sobre alegaciones e corrupción.

⁵⁷ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 5.

⁵⁸ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, Sección III.2.

⁵⁹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, Secciones IV.1 y IV.2.

⁶⁰ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, Sección IV.3.

⁶¹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 138-139.

⁶² Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 167-172.

rechos o beneficios del contrato, según sus términos”⁶³.

En particular, Mapfre solicitó que se declarara la nulidad del Contrato y se condenara al Gobierno de Cusco a la devolución de las sumas previamente desembolsadas por Mapfre para la ejecución de las garantías, fundado en que varios funcionarios del Gobierno de Cusco involucrados con la celebración y ejecución del contrato de concesión habían sido procesados por delitos de colusión, corrupción y otros⁶⁴.

Entre ellos, la entonces asistente del vicepresidente del Gobierno Regional testificó que algunos funcionarios del Gobierno de Cusco y el demandante habían concertado el otorgamiento del contrato al demandante a pesar de que la obra en principio iba a ser adjudicada a otro oferente a cambio de ciertos beneficios económicos⁶⁵. El arreglo entre el demandante y los funcionarios había sido plasmado en un “Acuerdo de Gestión”, celebrado previo al otorgamiento oficial de la concesión, mediante el que se habían distribuido funciones respecto de la adjudicación y el cumplimiento del con-

trato de concesión por fuera del procedimiento competitivo correspondiente⁶⁶.

Según Mapfre, estos hechos permitían concluir que “la adjudicación del CONTRATO a favor del SEÑOR SALAZAR fue un acto ilícito, derivado de beneficios económicos personales con el dinero destinado a la ejecución del CONTRATO, por lo que la obra quedó inconclusa”⁶⁷. Por lo tanto, sostuvo que el contrato de concesión adolecía de vicios de nulidad por contravención del orden público y buenas costumbres, objeto imposible y fin ilícito⁶⁸, y solicitó al tribunal arbitral que declare su nulidad, así como la nulidad de las garantías y la devolución de los montos desembolsados⁶⁹.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

En primer lugar, el tribunal resolvió denegar la solicitud de intervención de Mapfre, por cuanto el artículo 14 de la Ley de Arbitraje sobre el que Mapfre fundó su intervención no se encontraba vigente al momento en que el demandante y el Gobierno Regional de Cusco habían celebrado el contrato de concesión⁷⁰. Este razonamiento suscitó una evidente preocupación para el tribunal:

⁶³ Presidente de la República del Perú, Decreto Legislativo 1.071 (Ley de Arbitraje), 1 de septiembre de 2008, artículo 14.

⁶⁴ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para 176.

⁶⁵ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para 176.

⁶⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 175.

⁶⁷ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 178 (énfasis en el original).

⁶⁸ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para 186.

⁶⁹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 207.

⁷⁰ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 285.

recordamos que las alegaciones de corrupción habían sido planteadas en el procedimiento por Mapfre, pero no habían sido argüidas ni por el demandante, ni por el Gobierno de Cusco. Por lo tanto, el tribunal debía considerar si igualmente se encontraba facultado para pronunciarse al respecto.

Luego de un análisis de la ley aplicable, el tribunal arbitral consideró que se encontraba facultado para pronunciarse respecto de la nulidad del contrato de concesión *ex officio*, incluso si ninguna de las partes lo había solicitado expresamente, con base en los artículos 219 y 220 del Código Civil peruano. Conforme con dichas normas, los actos jurídicos que tengan objeto física o jurídicamente imposible o fin ilícito son nulos y los jueces (en el caso, los árbitros) se encuentran facultados a declarar dicha nulidad de oficio cuando la misma resulte manifiesta⁷¹. Asimismo, el tribunal destacó que el convenio arbitral en el contrato de concesión disponía que “todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del [...] contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje de derecho”⁷².

Por lo tanto, el tribunal consideró que se encontraba facultado para declarar la nu-

lidad del contrato, incluso en defecto de una solicitud expresa de las partes en el arbitraje (el Sr. Salazar y el Gobierno de Cusco). En este sentido, y a diferencia de lo acaecido con el Laudo CCI 14.920 analizado supra, el tribunal notó que “la nulidad de oficio del acto jurídico constituye una excepción al principio procesal de congruencia entre el petitorio y el fallo, que encuentra respaldo en la voluntad de la ley de reconocer solo actos jurídicos emitidos conforme al ordenamiento jurídico”⁷³.

En consideración de lo anterior, el tribunal arbitral se avocó al análisis de las pruebas que entendía que demostraban de forma “manifiesta” la existencia de corrupción en la obtención del contrato de concesión, refiriendo para ello a los hallazgos de las cortes competentes en sede penal. Al respecto, el tribunal consideró que, si bien la sentencia penal tenía un propósito evidentemente diferente al del procedimiento arbitral, por cuanto pretendía determinar la responsabilidad individual de quienes resulten responsables y no la validez del contrato, el fallo condenatorio podía tomarse como prueba relevante (sin que existiera prejudicialidad)⁷⁴.

Entre los elementos de prueba disponibles, el tribunal destacó: (i) la presenta-

⁷¹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 313-315.

⁷² Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 319 (énfasis en el original).

⁷³ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 320.

⁷⁴ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 331.

ción por parte del demandante de un documento falso para ganar el proceso de selección de oferentes⁷⁵ y (ii) la celebración del llamado “Acuerdo de Gestión” entre funcionarios del Gobierno de Cusco y el demandante⁷⁶. Respecto de este último, el tribunal arbitral halló particularmente dicente que el mismo se hubiera celebrado de forma previa a la firma del contrato de concesión, de lo que a su criterio se infiere que “las partes que suscribieron aquel acuerdo tenían la inusual seguridad de que el CONTRATO se firmaría con el SEÑOR SALAZAR”⁷⁷.

La conclusión del tribunal arbitral, con base en estos hechos, fue que el Acuerdo de Gestión reflejaba cómo el demandante y ciertos funcionarios del Gobierno de Cusco involucrados en la operación “se atribuían beneficios económicos del futuro contrato de obra a suscribirse con el GOBIERNO DE CUSCO, situación que refleja que la intención del SEÑOR SALAZAR no era la de ejecutar la obra, sino por el contrario, la de obtener dinero proveniente de la misma, es-

pecíficamente el 4% del valor del CONTRATO”⁷⁸.

Como resultado de lo anterior, el tribunal arbitral declaró la nulidad del contrato de concesión y desestimó las pretensiones de ambas partes⁷⁹. En este sentido, si bien el tribunal no realizó un análisis expreso de los remedios disponibles ante la situación, el fallo resulta compatible con la postura según la cual la restitución de las prestaciones resulta improcedente.

C. Caso *Vantage c. Petrobras*

El laudo fue dictado por un tribunal arbitral constituido bajo las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (“CIRD”), en una controversia relativa a un Contrato de Perforación de Pozo (“Drilling Services Agreement” o “DSA”, en inglés) entre la compañía estadounidense Vantage y compañías del grupo estatal petrolero brasileño Petrobras. El contrato fue suscripto inicialmente el 14 de febrero de 2009 y novado y enmendado posteriormente en tres oportunidades (2012, 2013 y 2014)⁸⁰. La sede del arbitraje era en los Estados

⁷⁵ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 323-325.

⁷⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 326-336.

⁷⁷ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 328 (énfasis en el original).

⁷⁸ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 329 (énfasis en el original).

⁷⁹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, pp. 80-81.

⁸⁰ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling, Inc. v. Petrobras America Inc., Petrobras Venezuela Investments & Services, Bv, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras Brazil), 29 de junio de 2018, paras. 19, 37.

Unidos de América⁸¹. Si bien el derecho inglés fue inicialmente elegido por las partes como aplicable, la cláusula relevante del DSA fue posteriormente modificada para disponer la aplicación del derecho marítimo federal de los Estados Unidos⁸².

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

Vantage reclamaba una indemnización por supuestos incumplimientos de Petrobras de sus obligaciones bajo el DSA, manifestando que Petrobras había rescindido el DSA “por conveniencia y como respuesta al deterioro de las condiciones del mercado”⁸³. Como resultado de dichos incumplimientos, Vantage reclamaba daños y perjuicios que ascendían a más de USD 560 millones, más intereses pre y post laudo⁸⁴.

Por su parte, además de controvertir las alegaciones de Vantage sobre el supuesto incumplimiento del DSA, Petrobras planteó una demanda reconvenzional solicitando la rescisión del contrato

por incumplimiento, alegando que Vantage había incurrido en prácticas corruptivas, incluyendo el pago de sobornos a funcionarios estatales y de Petrobras⁸⁵. En virtud de lo anterior, Petrobras argumentó que el DSA era nulo y anulable (“*void and voidable*”) bajo el derecho del Estado de Texas, por haber sido obtenido mediante corrupción⁸⁶. Por lo tanto, Petrobras solicitó que se desestimaran las reclamaciones de Vantage, y se condenara a Vantage al pago de USD 100 millones por concepto de daños y perjuicios⁸⁷. Según recoge el tribunal en su laudo, Petrobras basó sus alegaciones principalmente en una sentencia de la Justicia Federal Brasileña, dictada en el marco de la Operación *Lava Jato*⁸⁸, sosteniendo por otra parte que la carga de la prueba de la validez del DSA correspondía a la demandante⁸⁹.

En su contestación a las reconveniones de Petrobras, Vantage arguyó que el derecho aplicable a la nulidad del DSA era el derecho inglés, en la medida que las supuestas prácticas corruptivas habrían

⁸¹ Véase, por ejemplo, Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 292.

⁸² Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 37. Véase DSA, Cláusula 24.1 y Tercera Enmienda, Cláusula 24.1.

⁸³ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 213.

⁸⁴ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, paras. 214-215.

⁸⁵ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 349.

⁸⁶ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 272.

⁸⁷ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 273.

⁸⁸ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 276. Véase también Reuters Staff, “Brazil’s Petrobras pays \$700 million to Vantage Drilling after court decision,” *Reuters*, 21 June 2019, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-petrobras-vantage-drilling-idUSKCN1TM2R5>.

⁸⁹ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 275.

tenido lugar durante la vigencia de la cláusula que preveía la aplicación del derecho inglés a la disputa. Por lo tanto, Vantage afirmó que el DSA no era nulo, sino anulable (“*voidable*”) y que podía ser ratificado por las partes. En tal sentido, la postura de Vantage era que Petrobras había ratificado el DSA original al celebrar las enmiendas posteriores, por lo que estaba impedido, por consideraciones de estoppel, de invocar la nulidad del DSA en el arbitraje⁹⁰.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

Luego de un análisis escueto, el tribunal arbitral desestimó las alegaciones de Petrobras respecto de la supuesta nulidad del DSA por corrupción, haciendo lugar a los argumentos de Vantage en el sentido de que la celebración de las enmiendas posteriores al DSA habían convalidado y saneado la supuesta nulidad del DSA. En este sentido, el tribunal entendió relevante que Petrobras había realizado una auditoría de corrupción en octubre de 2013, previo a la celebración de la Segunda Novación y la Tercera Enmienda. Según la interpretación del tribunal arbitral, ello demostraba que Petrobras estaba al tanto de las alegaciones

de corrupción y, sin embargo, había resuelto continuar con el acuerdo entre las partes⁹¹.

En consideración de lo anterior, el tribunal concluyó que Petrobras estaba impedido (“estopped”) de reclamar la nulidad o anulabilidad del DSA, tanto bajo derecho inglés como bajo el derecho marítimo federal de los Estados Unidos⁹².

Luego de haber desestimado las alegaciones de corrupción de las demandadas, el tribunal analizó las pretensiones por incumplimiento presentadas por Vantage. La mayoría del tribunal condenó a Petrobras al pago de USD 615.62 millones por concepto de daños y perjuicios por la rescisión anticipada del DSA⁹³, mientras que uno de los árbitros emitió un voto disidente (de un párrafo), en el que sostuvo que, además de disentir con las conclusiones de la mayoría sobre el fondo de la controversia, consideraba que el procedimiento arbitral había sido llevado adelante denegando a Petrobras “la justicia fundamental y las protecciones de debido proceso” correspondientes bajo el derecho aplicable de la sede arbitral⁹⁴.

En contraste con otros laudos en la materia, llama la atención que la mayoría del

⁹⁰ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 257.

⁹¹ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 288.

⁹² Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 289. Véase también, Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019), fn. 3.

⁹³ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, paras. 452-460.

⁹⁴ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Voto Disidente del árbitro James Gaitis al laudo final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

tribunal en el laudo del caso *Vantage c. Petrobras* no hace referencia alguna a la importancia del combate contra la corrupción desde el punto de vista del orden público y, en particular, del orden público internacional. Más aún, considerando que el caso *Vantage c. Petrobras* guarda relación con uno de los mayores escándalos en materia de corrupción en la región, como es el caso de la Operación *Lava Jato*.

Cabe notar que el laudo fue recientemente confirmado por las cortes estadounidenses, tanto en primera instancia como por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos. En primer lugar, Petrobras solicitó la anulación del laudo arbitral ante las cortes del Distrito Sur de Texas, alegando *inter alia*, la iniquidad del esquema corruptivo subyacente al DSA, así como la privación de sus garantías procesales y la posibilidad de presentar prueba de que el contrato había sido obtenido mediante corrupción⁹⁵. Luego de considerar los argumentos de Petrobras, mediante sentencia del 17 de marzo de 2019, la Corte de Primera Instancia del Distrito Sur de Texas desestimó la petición por considerar que carecía de facultades bajo la ley

aplicable de revisar el razonamiento y las conclusiones alcanzadas por el tribunal arbitral, en virtud de la política federal estadounidense en materia de deferencia al arbitraje y la naturaleza restrictiva de las causales de anulación bajo la *Federal Arbitration Act*⁹⁶. En palabras de la Corte:

Petrobras no ha satisfecho su carga de demostrar que la interpretación del contrato efectuada por el Tribunal viola una política pública explícita. El intento de Petrobras de relitigar el fondo de su disputa contractual y las alusiones genéricas al orden público contra el pago y la aceptación de sobornos para la formación de contratos no alcanza el alto estándar de demostrar que la ejecución de una decisión arbitral puntual en este caso violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia⁹⁷.

En la apelación, Petrobras nuevamente argumentó que el laudo arbitral era contrario al orden público puesto que implicaba una condena a Petrobras basada en un contrato obtenido ilegalmente, mediante corrupción⁹⁸. Por tanto, Petrobras solicitó a la Corte de Apelaciones que revocara la decisión de primera instancia, para que se realizara un examen *de novo*

⁹⁵ Demanda Civil No. 4:18-CV-02246, Orden, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte Distrital del Distrito Sur de Texas, División de Houston, 17 de mayo de 2019, paras. 12-13.

⁹⁶ Demanda Civil No. 4:18-CV-02246, Orden, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte Distrital del Distrito Sur de Texas, División de Houston, 17 de mayo de 2019, paras. 11, 47 et seq.

⁹⁷ Demanda Civil No. 4:18-CV-02246, Orden, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte Distrital del Distrito Sur de Texas, División de Houston, 17 de mayo de 2019, para. 57.

⁹⁸ Caso No. 19-20435, Apelación, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 28.

de las conclusiones del tribunal arbitral⁹⁹.

La Corte de Apelaciones analizó las alegaciones de corrupción en mayor detalle, recogiendo el hecho de que de la investigación criminal realizada en Brasil surgía que, en el 2007, Vantage había pagado USD 30 millones de dólares en sobornos a tres individuos para conseguir el registro como contratista de servicios de perforación en Brasil¹⁰⁰. En el 2017, Vantage incluso había comunicado a las entidades reguladoras de los Estados Unidos que había descubierto evidencia de que su entonces CEO y un miembro del Directorio habían sido “al menos voluntariamente ciegos” al pago de dichos sobornos. Asimismo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos había establecido que múltiples funcionarios de Petrobras habían recibido sobornos para asistir a Vantage en la obtención del DSA¹⁰¹.

Sin perjuicio de ello, la Corte de Apelaciones entendió que la Convención de Nueva York impedía el análisis *de novo* solicitado por Petrobras, quien preten-

día que las cortes estadounidenses se pronunciaran no sobre el laudo arbitral, sino sobre la regularidad del contrato subyacente¹⁰². En consecuencia, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso planteado por Petrobras, confirmando en su lugar la sentencia de primera instancia de las Cortes de Texas¹⁰³.

D. Caso Ruta del Sol

El laudo fue dictado el 6 de agosto de 2019 por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el marco de un procedimiento arbitral doméstico entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura colombiana (“ANI”), en relación con la rescisión de un contrato de concesión para el desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de la Sección II de la Autopista Ruta del Sol¹⁰⁴.

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

Nuevamente, los hechos se enmarcan en el escándalo por pagos corruptivos descubiertos en la *Operación Lava Jato*. La empresa Ruta del Sol, subsidiaria de la

⁹⁹ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 29.

¹⁰⁰ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 4.

¹⁰¹ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 4.

¹⁰² Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 32.

¹⁰³ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 37.

¹⁰⁴ Procesos Acumulados Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. c. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 6 de agosto de 2019, p. 174 et seq.

constructora Odebrecht, había celebrado en enero de 2010 un Contrato de Concesión con el antecesor de la ANI, el Instituto Nacional de Concesiones (“INCO”)¹⁰⁵.

En agosto de 2015, Ruta del Sol inició un arbitraje reclamando que la ANI había incumplido el Contrato de Concesión, solicitando asimismo que el tribunal arbitral declarara que dicho contrato era válido y vinculante entre las partes¹⁰⁶.

Luego de iniciado el procedimiento arbitral, en diciembre de 2016, Odebrecht reconoció, en el contexto de un *plea bargain* con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, haber pagado sobornos a numerosos funcionarios públicos en diversas jurisdicciones, incluyendo Colombia¹⁰⁷. En enero de 2017, el exviceministro de Transporte y representante del INCO colombiano confesó ante las cortes del país haber recibido USD 6,5 millones del grupo Odebrecht en relación con la adjudicación del proyecto Ruta del Sol¹⁰⁸. En consecuencia, la ANI presentó una demanda

reconvencional, en la que solicitó al tribunal arbitral que declarara la nulidad del Contrato de Concesión, y que limitara los pagos eventualmente adeudados por la ANI a aquellos correspondientes a las obras ya ejecutadas por la concesionaria¹⁰⁹.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

El tribunal arbitral analizó las alegaciones de las partes relativas a la supuesta existencia de actos corruptivos por parte de Odebrecht en relación con el proyecto Ruta del Sol, a la luz del derecho colombiano aplicable a la disputa. Así, el tribunal concluyó que la evidencia de corrupción presentada en el caso era concluyente¹¹⁰. Entre otros elementos probatorios, el tribunal consideró relevantes el pacto de culpabilidad entre Odebrecht y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y la sentencia de la justicia colombiana sobre la aceptación de pagos corruptivos por parte de un funcionario de la administración en relación con la concesión¹¹¹. Sobre los efec-

¹⁰⁵ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 213–218.

¹⁰⁶ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 18–20, 25–27.

¹⁰⁷ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 236, 392–397.

¹⁰⁸ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 407–415.

¹⁰⁹ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 34–38.

¹¹⁰ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 491–493.

¹¹¹ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, Sección 5.1.

tos de la corrupción en el contrato, el Tribunal dijo lo siguiente:

Un contrato que sea fruto de actos de corrupción y de hechos punibles, es un contrato que adolece de objeto ilícito por la violación sistemática, directa, frontal y evidente de todas las normas legales de carácter imperativo y de orden público que consagra los principios orientadores de la actividad contractual del Estado¹¹².

Luego de considerar las normas aplicables a los contratos celebrados bajo la ley colombiana, el tribunal concluyó que el Contrato de Concesión era nulo en virtud de la existencia de dichos actos ilícitos¹¹³. Sin embargo, en línea con la doctrina mayoritaria, el tribunal consideró que ello no afectaba su jurisdicción, en aplicación del principio de separabilidad y autonomía de la cláusula arbitral¹¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal consideró que correspondía que la ANI compensara parcialmente a Rutas del Sol por la rescisión del contrato, bajo la ley colombiana. Ello, por cuanto la ley colombiana prevé la protección de los terceros de buena fe exenta de culpa, incluso en relación con contratos obtenidos mediante corrupción¹¹⁵. En función

de estas disposiciones, el Tribunal otorgó cierta compensación, considerando la relevancia del repago a los financieristas del proyecto¹¹⁶. En este aspecto, el laudo ilustra con suma claridad la forma en la que la *lex contractus* determina qué remedios están disponibles a un tribunal arbitral que declare la nulidad de un contrato por haberse obtenido o ejecutado mediante corrupción.

Cabe destacar asimismo que el laudo arbitral fue confirmado por el Consejo de Estado en septiembre de 2020, rechazando el recurso de anulación interpuesto por la Concesionaria y las entidades financieras con intereses en el proyecto. En la sentencia que desestimó el recurso, el Consejo de Estado expresamente rechazó las alegaciones de las recurrentes respecto de la improcedencia de que el tribunal arbitral declarara la nulidad absoluta del contrato incluso en ausencia de un requerimiento específico de las partes¹¹⁷.

E. Caso Rutas de Lima c. Municipalidad Metropolitana de Lima

El laudo fue dictado el 11 de mayo de 2020 por un tribunal arbitral *ad hoc* con

¹¹² Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 382.

¹¹³ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 495.

¹¹⁴ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 75–76.

¹¹⁵ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, Secciones E y F.

¹¹⁶ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, Sección F.

¹¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. N° 2019-00168-00, 10 de septiembre de 2020, p. 92.

sede en Washington, D.C., constituido bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), en relación con un contrato de concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación, operación y explotación del Proyecto Vías Nuevas de Lima, suscrito entre Rutas de Lima (una sociedad peruana) y la Municipalidad Metropolitana de Lima. El derecho aplicable al fondo de la disputa era el derecho interno de la República del Perú¹¹⁸.

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

El Proyecto Vías Nuevas de Lima fue adjudicado a la demandante por la Municipalidad de Lima en septiembre de 2012, para la integración de 23 distritos de la ciudad de Lima mediante autopistas, celebrándose el contrato de concesión en enero de 2013, por un plazo de treinta años¹¹⁹. La concesionaria había participado en el proceso competitivo representando a un consorcio constituido por la Constructora Odebrecht¹²⁰.

El 13 de febrero de 2014, las partes suscribieron una Adenda de Bancabilidad, mediante la que se ampliaron las tareas a realizarse por Rutas de Lima, y se modificó el plazo para la realización de ciertas obras¹²¹. Mediante un Acta de Acuerdo celebrada el 30 de junio de 2016, las partes asimismo previeron los plazos para la implementación de una nueva unidad de peaje, a producirse el 21 de diciembre de 2016¹²².

Los reclamos formulados por la demandante en el arbitraje guardan relación principalmente con la decisión adoptada por la Municipalidad de Lima el 7 de febrero de 2017 en el sentido de anular dicha nueva unidad de peaje. Además, reclamaba compensación que a junio de 2019 ascendía a más de S/200 millones (más de USD 50 millones, a la fecha del presente artículo), más intereses, correspondientes a la recaudación de la tarifa de peaje correspondiente a cada mes, más intereses¹²³.

Posteriormente, en mayo de 2017, se hicieron públicas ciertas investigaciones de corrupción vinculadas a la Operación

¹¹⁸ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 13.

¹¹⁹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 98.

¹²⁰ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 92.

¹²¹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 104.

¹²² Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 112-114.

¹²³ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 166.

Lava Jato, señalando la posible existencia de pagos ilícitos que Odebrecht habría realizado con relación al Proyecto¹²⁴. Como resultado de lo anterior, el 24 de mayo de 2017, la Procuraduría Pública Ad Hoc interpuso una denuncia penal contra, entre otros, Rutas de Lima, solicitando el inicio de investigaciones preliminares por la presunta comisión del delito de colusión y cohecho, por presuntos pagos de sobornos por un total aproximado de USD 711 millones, en relación con el Proyecto Vías Nuevas de Lima¹²⁵.

En agosto de 2018, se publicó el Informe Final de la Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar los presuntos sobornos pagados por la empresa Odebrecht a funcionarios públicos peruanos en relación con el otorgamiento de concesiones, obras y proyectos el que reveló, entre otros hallazgos, la existencia de un registro en la “planilla paralela” de Odebrecht que evidenciaba el pago de un soborno por USD 420,000 a los pocos días de la firma de la Adenda de Bancabilidad, entre otras irregularidades¹²⁶. A la fecha del laudo

arbitral, las investigaciones de la justicia penal peruana correlativas se encontraban pendientes de resolución¹²⁷.

La Municipalidad de Lima presentó una reconvencción, planteando el deber del tribunal arbitral de declarar de oficio la nulidad del Contrato de Concesión y del Acta de Acuerdo de 30 de junio de 2016¹²⁸, alegando la existencia de prácticas corruptas tanto en la obtención del contrato de concesión, como en la obtención de una serie de ventajas indebidas durante la ejecución de dicho contrato¹²⁹.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

En relación con las alegaciones de corrupción, el tribunal arbitral expresamente estableció que las mismas atañen tanto al orden público nacional del Estado peruano, así como al orden público internacional en el que “se ha condenado a la corrupción por atentar contra el có-

¹²⁴ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 153.

¹²⁵ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 154.

¹²⁶ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 157-158.

¹²⁷ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 164.

¹²⁸ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 171-172. *Véase también*, Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 391-392.

¹²⁹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 388.

digo de conducta en las transacciones internacionales”¹³⁰.

Asimismo, a efectos de determinar la ley aplicable a la caracterización de eventuales actos ilícitos, el tribunal arbitral reconoció la relevancia tanto del derecho estadounidense (en tanto derecho de la sede arbitral) como de la ley peruana:

Estando la sede de este arbitraje en los Estados Unidos, el Tribunal estima que la ley estadounidense es relevante. Los hechos discutidos por las Partes, sin embargo, se relacionan estrechamente con el orden jurídico peruano, así que también la ley peruana sería relevante. El Tribunal, sin embargo, estima, como se ha dicho, que la corrupción es violatoria del orden público internacional, y que por lo tanto, la realización de pagos ilícitos a funcionarios públicos para obtener ventajas indebidas sería contraria al orden público de ambos ordenamientos jurídicos¹³¹.

Por otra parte, el tribunal consideró que tenía el deber de valorar *motu proprio* la existencia de hechos de corrupción que pudieran afectar el objeto del arbitraje, incluso aunque no hubiera mediado solicitud de parte al respecto, infiriendo las

consecuencias que correspondan¹³². En palabras del tribunal arbitral:

Este deber de valoración surge tanto de la naturaleza de orden público internacional de la prohibición de la corrupción como del principio general de *iura novit curia* regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil Peruano y de la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del mismo Código. [...] Siendo la corrupción contraria al orden público internacional, y en menoscabo del interés público del Estado y de los ciudadanos del Perú, el Tribunal tiene muy claro que tiene el deber de declarar la nulidad del Contrato de Concesión si existen pruebas suficientes de que fue obtenido por medios corruptos¹³³.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal expresó su parecer de que, para proceder a anular un contrato, se requiere prueba no solo de la existencia de pagos ilícitos a funcionarios públicos, sino de que dichos pagos se relacionan con el contrato entre las partes¹³⁴.

En cuanto al estándar probatorio aplicable, el tribunal sostuvo que, en materia de corrupción internacional, no es posible la aplicación de un estándar de prueba elevado, dado que los actos de

¹³⁰ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 394.

¹³¹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 395.

¹³² Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 396.

¹³³ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 397, 400.

¹³⁴ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 401.

corrupción están por naturaleza sujetos a simulación. En este sentido, el tribunal entendió que el estándar aplicable es uno de “preponderancia de la prueba”, siguiendo “el método internacionalmente reconocido de los *red flags*”. Sin embargo, el tribunal especificó que la aplicación del método de *red flags* no implicaba que no fuera necesario “que existan indicios suficientemente particularizados como para establecer razonablemente la existencia de pagos corruptos y su vinculación con el Contrato y el Acta Junio 2016”¹³⁵. Como se explicó, ello está plenamente en línea con la doctrina del Profesor Gaillard.

Seguidamente, el tribunal resumió los hechos que consideraba indiciarios de la existencia de prácticas corruptivas relacionadas con la concesión objeto del arbitraje, comenzando con el solo hecho de que Odebrecht hubiera sido el dueño del consorcio y siguiera beneficiándose de una participación del 25% en el proyecto, a la luz del contexto general de las investigaciones en el marco del *Lava Jato*¹³⁶. Sin embargo, luego de un análisis pormenorizado de los hechos, el tribunal no encontró indicios suficientes de la existencia de corrupción en el proceso

de adjudicación del contrato de concesión ni en su ejecución¹³⁷. En este sentido, si bien el tribunal consideró que la consignación de un pago relacionado con Rutas de Lima en las planillas paralelas de Odebrecht podía ser indiciario del pago de sobornos, no se había acreditado que dicho pago hubiera estado relacionado con el contrato de concesión, con la Adenda de Bancabilidad, ni con el Acta Junio 2016¹³⁸. En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó:

En conclusión, el Tribunal Arbitral estima que si bien existen algunas indicaciones que podrían llevar a sospechar la posible existencia de hechos de corrupción con respecto a la Concesión y su ejecución, no existen indicios suficientes para concluir la existencia de estos pagos corruptos y su vinculación con el Contrato, ni el hecho que los mismos permitieron a Rutas de Lima obtener ventajas indebidas en el contexto de este y en menoscabo de los derechos de la administración. El Tribunal Arbitral estima pues que, a la luz de la evidencia aportada y de la información pública disponible a la fecha de dictar el presente laudo, no existen elementos suficientes para declarar la nulidad total o parcial del Contrato o del Acta Junio 2016 sobre la base de que éstos podían estar afectados por corrupción¹³⁹.

¹³⁵ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 403.

¹³⁶ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 405.

¹³⁷ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 432.

¹³⁸ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 458-459.

¹³⁹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 501.

Por lo tanto, el tribunal arbitral resolvió no declarar la nulidad del Contrato o del Acta de junio de 2016 y, procediendo a evaluar los argumentos de fondo de la demandante, finalmente acogió parcialmente sus solicitudes, condenando a la Municipalidad de Lima al pago de compensación¹⁴⁰.

IV. Conclusión

Como hemos visto, bajo el paradigma del orden jurídico arbitral transnacional, se entiende que los árbitros están llamados a impartir justicia en nombre de la comunidad internacional. Por ello, es fundamental que los árbitros asuman su rol en la lucha global contra la corrupción y resuelvan este tipo de controversias de conformidad con las normas y respuestas transnacionales (emergentes) para combatir la corrupción.

En el caso particular de Latinoamérica, y sobre la base de los casos analizados, podemos concluir que los tribunales arbitrales han asumido jurisdicción sobre controversias que involucran asuntos de corrupción. En este sentido, los tribunales se han apartado de la lógica esgrimida por el laudo CCI No. 1110 del Juez Lagergren quien, recordamos, había entendido que no era competente para entender respecto de acusaciones en mate-

ria de corrupción. Por otro lado, esto es completamente en línea con las observaciones del Profesor Gaillard sobre la aplicabilidad del principio de separabilidad de la cláusula arbitral y del rol activo que deben jugar los árbitros en la lucha contra la corrupción.

Además, los tribunales arbitrales se han referido a las normas de orden público internacional y principios transnacionales comentados por el Profesor Gaillard para combatir la corrupción, de forma más o menos consistente:

Primero, los tribunales arbitrales han sido contestes en entender que no se requiere prueba directa y concluyente de la existencia de corrupción para poder determinar su existencia a efectos de una disputa contractual (sin perjuicio de que, en efecto, en algunos casos la prueba haya sido concluyente en virtud de la admisión de una de las partes)¹⁴¹. Sin perjuicio de ello, los laudos muestran grados variables de (i) análisis de la prueba: mientras que algunos tribunales han realizado análisis extensos y pormenorizados de los elementos probatorios aportados por las partes¹⁴², otros tribunales no ingresan en mayor detalle (o al menos, dicho estudio no está consagrado en los

¹⁴⁰ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 758.

¹⁴¹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos); Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

¹⁴² Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020; Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

laudos correspondientes)¹⁴³; y (ii) deferencia a las sentencias judiciales en sede criminal: si bien algunos laudos otorgan a dichas sentencias un fuerte peso probatorio¹⁴⁴, para otros tribunales la relevancia de estas sentencias ha sido menor¹⁴⁵.

Segundo, en general, los laudos han seguido la práctica más extendida en relación con los remedios disponibles a los tribunales arbitrales para determinar las consecuencias de la nulidad de un contrato por corrupción, denegando las solicitudes de indemnización y restitución de ambas partes involucradas en la transacción corrupta¹⁴⁶. Asimismo, los laudos reseñados también confirman lo sostenido por el Profesor Gaillard en cuanto a que los remedios disponibles a los tribunales arbitral estarán determinados en última instancia por la ley aplicable: en este sentido, al menos un tribunal condenó a una de las partes al pago parcial de la compensación solicitada por la contraparte, basándose en la protección de los derechos de buena fe bajo la ley aplicable¹⁴⁷.

Tercero, algunos laudos arbitrales recaídos en arbitrajes comerciales internacionales han abordado la temática de la lucha contra la corrupción desde una óp-

tica transnacional, apelando al concepto de orden público internacional¹⁴⁸. Sin embargo, como se comentó supra, en al menos una oportunidad quedó de manifiesto que los tribunales arbitrales pueden estar restringidos por las leyes domésticas a la hora de ejercer su función en el combate contra la corrupción; en particular, en cuanto a su facultad para analizar y pronunciarse sobre posibles prácticas corruptas *ex officio*, es decir incluso en la ausencia de una solicitud formal de al menos una de las partes.

Como adelantado, cabe preguntarse si la doctrina transnacional del Profesor Gaillard, particularmente en cuanto a la aplicación por parte de tribunales arbitrales internacionales de principios transnacionales incluso en caso de conflicto con la ley aplicable, podría brindar herramientas para que los tribunales arbitrales puedan aplicar (o desaplicar) las normas domésticas de una forma consistente con el orden público internacional¹⁴⁹. En al menos un laudo dictado por un tribunal internacional, el concepto de la corrupción como parte del orden público internacional no fue analizado¹⁵⁰.

Naturalmente, los tribunales domésticos se ven más limitados a la hora de recurrir

¹⁴³ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

¹⁴⁴ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco.

¹⁴⁵ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

¹⁴⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco.

¹⁴⁷ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

¹⁴⁸ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos); Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020.

¹⁴⁹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos).

¹⁵⁰ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

a normas transnacionales, puesto que están más constreñidos por el derecho local y en particular las *lois de police* aplicables. Sin embargo, se destaca que el análisis realizado por los tribunales domésticos bajo las leyes locales aplicables en cada caso ha sido conteste en condenar fuertemente las prácticas corruptivas y sancionar los actos resultantes con nulidad¹⁵¹.

En conclusión, del análisis efectuado constatamos que, con grados variables, la jurisprudencia arbitral con puntos de conexión con Latinoamérica se encuentra en línea con las prácticas más extendidas en materia del tratamiento de alegaciones de corrupción por parte de tribunales arbitrales. Sin perjuicio de ello, existe aún camino por recorrer en materia de la mayor difusión y aplicación de la doctrina del Profesor Gaillard en materia de combate transnacional contra la corrupción, la cual puede ser una herramienta útil a manos de tribunales arbitrales internacionales para el ejercicio del rol activo que les corresponde en la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. Esperamos que el presente artículo sea una humilde contribución en este sentido.

¹⁵¹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco; Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con le Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.