

A field of various international flags waving against a clear blue sky. The flags include the Union Jack, the flag of Chile, the flag of Romania, the flag of Malaysia, the flag of the United States, and the flag of Mexico, among others. The flags are arranged in rows, creating a sense of depth and global diversity.

GUÍA DE BOLSILLO DE
WINSTON & STRAWN PARA

Arbitraje Internacional

WINSTON
& STRAWN
LLP

Prefacio

Al redactar los términos de una cláusula de resolución de disputas, recomendamos a las partes que son parte de contratos que involucran más de una jurisdicción, es decir, transfronterizos, que seleccionen arbitraje internacional.

El arbitraje internacional ofrece varias ventajas sobre juzgados locales extranjeros, en particular la del derecho a un único foro que será neutral, y la de recibir un laudo o decisión arbitral que será fácilmente ejecutable en la mayoría de las jurisdicciones.

Esta guía está diseñada para describir los conceptos básicos del arbitraje comercial internacional para aquellos que no se especializan en esta área. En particular, esta guía describe: (i) las razones por las cuales se debe elegir arbitraje internacional por sobre las cortes extranjeras; (ii) una lista de consejos para redactar una cláusula de arbitraje eficaz; (iii) cómo se desenvuelve un procedimiento típico de arbitraje; (iv) pedidos de anulación y de ejecución de laudos; y (v) las costas del arbitraje.

Para aquellas partes que enfrenten o pudieran enfrentar disputas contra gobiernos extranjeros, esta guía también describe los derechos que dichas partes tienen bajo tratados bilaterales de inversión (TBI) incluyendo el derecho a someter a gobiernos extranjeros a arbitraje internacional en vez de a juzgados locales.

Esta guía no pretende sustituir el asesoramiento legal a nuestros presentes o futuros clientes, y los lectores deben consultar con su abogado en el área de arbitraje internacional de Winston & Strawn para obtener asesoramiento específico, sea en su transacción comercial o en su disputa internacional.



Tabla de contenidos

ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	4
IMPUGNACIÓN, RECONOCIMIENTO, Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.....	33
ARBITRAJE DE INVERSIÓN CONTRA ESTADOS EXTRANJEROS.....	36
COSTOS DE ARBITRAJE	44
GRUPO DE ARBITRAJE	47
INTERNACIONAL	
NUESTRA EXPERIENCIA.....	50



Arbitraje Internacional



El Arbitraje Internacional

Al redactar los términos de una transacción corporativa internacional, las partes tendrán que decidir sobre cómo resolverán sus potenciales disputas contenidas futuras. Ahora bien, al redactar su cláusula de resolución de disputas habrá que elegir entre arbitraje internacional o alguna otra forma de resolución de disputas como por ejemplo que los juzgados locales extranjeros tendrán competencia para resolver dichas disputas. A continuación, presentamos las principales características del arbitraje internacional que deben tenerse en cuenta a la hora de elegir el foro.

Aunque cada una de las características mencionadas seguidamente es importante, consideramos que las dos razones más cruciales para elegir arbitraje internacional son: (1) el arbitraje internacional garantiza que habrá un foro único y un tribunal neutral para resolver una disputa internacional, en vez de haber dos o más juzgados queriendo asumir competencia sobre dicha disputa; (2) la ejecutabilidad del laudo o decisión arbitral internacional en casi todo el mundo a diferencia de la ejecución de sentencias judiciales que puede resultar en un proceso mucho más lento y costoso.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: ¿POR QUÉ ELEGIRLO?

UN FORO ÚNICO Y NEUTRO

El arbitraje internacional ofrece un foro singular y neutral. A diferencia de una disputa puramente doméstica, una disputa internacional transfronteriza está potencialmente sujeta a la jurisdicción de juzgados en más de una jurisdicción. Por ejemplo, los hechos que dieron lugar a una

disputa pueden haber ocurrido en un país, mientras que la transacción subyacente involucra a ciudadanos o corporaciones establecidos en otro país. Esto naturalmente conlleva el riesgo de que haya alegaciones de que hay jurisdicción en más de un país, dadas las reglas de derecho internacional privado.

Mientras que, en algunas jurisdicciones y bloques comerciales, este problema se puede resolver mediante cláusulas que optan por una jurisdicción en particular, lo cierto es que no existe tratado multilateral alguno que sea universalmente aceptado y que dé efecto a tales cláusulas.

Por el contrario, una cláusula que somete una controversia al arbitraje internacional es ejecutable de conformidad con un tratado multilateral conocido globalmente como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (también conocida como la “Convención de Nueva York”). La Convención de Nueva York ha sido ratificada en más de 160 países, lo que asegura que casi todos los países a nivel mundial harán cumplir una cláusula de arbitraje internacional y un laudo o decisión arbitral. Esta Convención de Nueva York garantiza que la disputa se conocerá en un solo foro.

Además, el arbitraje internacional tiene la ventaja adicional de proporcionar una plataforma neutral para la resolución de una controversia transfronteriza. Esta neutralidad es particularmente importante para aquellas partes que desean evitar jurisdicciones locales extranjeras en donde el sistema judicial local puede proporcionar al adversario la “ventaja de local.”

Libertad para seleccionar parámetros de cómo se resolverá la disputa.

Las partes del acuerdo de arbitraje pueden personalizar el procedimiento de resolución de su disputa bajo el acuerdo como, por ejemplo, seleccionar.

- la ley sustantiva aplicable:
- las reglas arbitrales
- la sede legal del arbitraje
- el idioma del procedimiento
- el alcance de la producción de documentos en poder de la otra parte
- el tipo de daños disponibles
- el número de árbitros y sus calificaciones
- la forma en que se elige el tribunal y a sus miembros
- el lugar en donde se llevarán a cabo las audiencias

“Además, el arbitraje internacional tiene la ventaja adicional de proporcionar un foro neutral para la resolución de una disputa transfronteriza.”

EVITAR INCERTIDUMBRES ASOCIADAS CON JUZGADOS LOCALES EXTRANJEROS

La perspectiva de litigar una disputa internacional en un sistema judicial extranjero puede desalentar a las partes. Los sistemas de justicia a nivel global varían significativamente, y una jurisdicción local determinada puede tener una cultura e idiosincrasia muy diferente a aquella de la cual provienen las partes y sus abogados.

Entre otras diferencias se pueden mencionar: (a) la fuente de la ley (por ejemplo, un sistema de derecho común en donde los precedentes son vinculantes, o un sistema de derecho civil con un código civil consolidado que se complementa por la doctrina jurídica); (b) la existencia de procedimientos extensivos para el descubrimiento, la divulgación y producción de documentos previos al juicio oral como ocurre en los Estados Unidos de América o, la ausencia de tales etapas en la mayoría de las jurisdicciones del derecho civil; (c) el tipo y la cuantía de los daños que pueden ser ordenados, que puede variar desde muy expansiva en jurisdicciones como los Estados Unidos a otras jurisdicciones en donde los daños son mucho menos expansivos; y (d) en las reglas de procedimiento, que pueden limitar la forma en que las partes pueden presentar su caso. En efecto, muchas jurisdicciones legales especialmente del derecho civil no permiten un interrogatorio de testigos extensivo. El arbitraje internacional puede ayudar a las partes a evitar tener que enfrentarse con las matices y trampas típicas de un sistema judicial local extranjero desconocido, así como evitar las consecuencias que estas últimas pudieren tener sobre la disputa.

PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES EN LA SELECCIÓN DE ÁRBITROS

Las disputas internacionales transfronterizas típicamente involucran asuntos legales y/o técnicos especializados, incluyendo cuestiones sobre conductas antimonopólicas, temas complejos de propiedad

intelectual o de construcción de proyectos significativos. El arbitraje internacional permite a las partes nombrar árbitros con los antecedentes y calificaciones que ellas crean beneficiosos para lograr un proceso eficiente y un resultado justo.

“ El arbitraje internacional proporciona a cada parte una amplia oportunidad para presentar su caso. ”

AMPLIA OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL CASO

Algunos sistemas judiciales extranjeros tienen limitaciones significativas sobre las partes en su capacidad para presentar el caso y probar aquél de su adversario. Muchas jurisdicciones del derecho civil, por ejemplo, no ofrecen u ofrecen a las partes muy pocas oportunidades para interrogar a testigos de la otra parte.

Por el contrario, el arbitraje internacional otorga a las partes una amplia oportunidad de presentar su caso y probar el caso de sus adversarios. Típicamente, las partes intercambiarán múltiples escritos que establecerán los hechos y el derecho de sus pretensiones y defensas, sustentados en prueba documental, prueba testimonial y/o prueba pericial. Generalmente, un arbitraje internacional concluye con una audiencia formal durante la cual los abogados de las partes presentan sus argumentos orales y luego proceden a interrogar a los testigos y a los peritos expertos. Las partes también pueden presentar argumentos orales finales, o lo pueden hacer por escrito luego de la audiencia

MEDIDAS PROVISIONALES

Aún en arbitraje, las partes pueden solicitar de los juzgados locales del lugar del arbitraje, medidas cautelares preliminares con el objeto de proveer soporte al arbitraje. Tales medidas pueden ser de suma importancia para, por ejemplo, preservar el *status quo* entre las partes, mientras resuelven la disputa en arbitraje internacional, o mismo para evitar la destrucción de evidencia esencial para el caso. Además, muchas reglas institucionales de arbitraje internacional otorgan a los árbitros la capacidad de ordenar medidas cautelares propias, y también le dan a las partes la posibilidad de nominar árbitros ‘de emergencia’ que estarán a disposición de inmediato para resolver temas urgentes que no permiten la demora típica en la constitución de un tribunal arbitral ordinario.

CONFIDENCIALIDAD

Generalmente, la iniciación de un arbitraje internacional y las decisiones o laudos arbitrales emitidos por un tribunal arbitral internacional no son de público conocimiento, sino que se comunican únicamente a las partes involucradas. Además, la mayoría de las instituciones de arbitraje internacional contienen reglas que prevén alguna forma de confidencialidad que debe ser respetada por las partes, los árbitros y otros participantes involucrados en el arbitraje internacional. Las reglas institucionales varían en este respecto, y las partes suelen optar por solicitar al tribunal arbitral medidas de confidencialidad adicionales.

REGLAS LIMITADAS SOBRE DIVULGACION DE DOCUMENTOS

El arbitraje internacional evita incurrir en costos típicos de jurisdicciones en donde prevalecen los procedimientos amplios y extensivos de divulgación de documentos o “*Discovery*” previo al juicio oral. Si bien en arbitraje internacional las partes pueden libremente acordar el

alcance de la divulgación y producción de documentos, dicho poder está limitado por el requerimiento de que los documentos solicitados sean identificados precisamente y sean relevantes para la resolución de la disputa. A diferencia de jurisdicciones en donde la etapa de prueba es significativamente amplia como en los Estados Unidos, en arbitraje no existe prácticamente la posibilidad de exigir testimonios de descubrimiento o “*depositions*” o interrogatorios a las partes previo al juicio oral. También en arbitraje internacional suele ser generalmente difícil obtener documentos u otra información en poder de terceros.

“El arbitraje internacional permite evitar procesos costosos y expansivos de obtención de prueba, que prevalecen en ciertas jurisdicciones.”

“ El arbitraje internacional permite evitar los procesos costosos y expansivos de obtención de prueba, prevalecientes en ciertas jurisdicciones. ”

RESOLUCIÓN EFICIENTE

El arbitraje internacional ofrece un medio más rápido de resolución de disputas, especialmente cuando uno lo compara con litigios ante cortes judiciales en varias jurisdicciones. Esto es aún más evidente cuando se tienen en cuenta las apelaciones disponibles en la instancia judicial. Aun en los países en donde el poder judicial tiene gran reputación, los litigios pueden tardar años.

FINALIDAD

Una vez que un tribunal arbitral ha emitido un laudo final, la disputa entre las partes en general concluye definitivamente. Intentar anular o impugnar el laudo o decisión arbitral sólo puede hacerse ante los tribunales de la sede del arbitraje, y por motivos muy limitados. Estos motivos involucran deficiencias fundamentales en el proceso arbitral, tales como: (a) irregularidades en la constitución del tribunal, (b) falta de jurisdicción del tribunal, (c) incumplimiento de las reglas del debido proceso hacia las partes, y (d) incompatibilidad de la decisión arbitral con el orden público de la jurisdicción local o transnacional.

Sin embargo, es importante recordar que no es posible impugnar una decisión arbitral sobre la base de que el tribunal arbitral cometió un error en la determinación de hechos o del derecho.

DECISIONES ARBITRALES EXIGIBLES

A menudo, una parte se entera demasiado tarde de que la decisión judicial en la cual tal parte incurrió gran parte de su tiempo y dinero no es ejecutable, es decir, las cortes judiciales en donde la parte perdedora tiene sus bienes no darán lugar a la ejecución de estos para satisfacer la decisión del tribunal arbitral. De manera similar, no existe un acuerdo global que facilite la ejecución de sentencias provenientes de distintas jurisdicciones, con excepción de algunos bloques comerciales como la Unión Europea (UE).

Por el contrario, en el caso del arbitraje internacional, si una parte perdedora no cumple con una decisión arbitral internacional, la parte vencedora dispone de un medio efectivo de ejecución de dicho laudo. En efecto, los laudos arbitrales emitidos por un tribunal de arbitraje internacional son ejecutados de manera rápida y efectiva en la mayoría de las jurisdicciones donde la parte perdedora tiene activos. Ello se debe a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de

los Laudos Arbitrales Extranjeros, de 1958. Gracias a dicho instrumento, los laudos arbitrales internacionales pueden reconocerse y ejecutarse rápida y efectivamente en más de 160 países que han ratificado dicha Convención, tal como si fueran una sentencia local del país de quien se espera el reconocimiento y ejecución.

RECURSOS Y RECUPERACIÓN DE COSTOS

Las partes de un arbitraje internacional generalmente pueden pedir los mismos daños que si estuvieran en un litigio judicial. La forma más común de reparación es la indemnización por daños y perjuicios más intereses compensatorios. Asimismo, la parte vencedora de un arbitraje internacional generalmente tiene el derecho a recibir el reembolso de los costos incurridos como los honorarios de sus abogados y otros costos de del arbitraje. Si bien es cierto que el monto del reembolso generalmente queda en las manos tribunal arbitral, una pauta general es que “el que pierde, paga”, es decir, la parte vencedora en general recupera los costos y honorarios en un porcentaje similar a su recuperación o evitación de los daños alegados.

DISPUTAS CON MUTIPLICIDAD DE PARTES O DE CONTRATOS

El arbitraje internacional es el producto del consentimiento mutuo de las partes que a él se someten y, por lo tanto, no puede ser impuesto a aquellas entidades que no han consentido a ser parte de un arbitraje internacional, mediante la firma del acuerdo o una cláusula arbitral. Una rara excepción a dicha regla en donde ello puede ser impuesto, es el caso de la teoría de la agencia, del grupo de sociedades, del corrimiento del velo societario y de otros principios de justicia y equidad. Por lo tanto, esto hace que no sea nada fácil la citación e incorporación de terceros a un arbitraje internacional si no han firmado un acuerdo arbitral y también dificulta la obtención de prueba de dichos terceros.

Resumen de las ventajas del arbitraje

VENTAJAS PRINCIPALES

- Foro único y neutral
- Facilidad de ejecución de sus laudos, particularmente cuando se compara con sentencias judiciales.
- Procedimientos flexibles.
- Participación de las partes en la selección de quienes deciden la disputa.
- Posibilidad del nombramiento de árbitros con conocimiento y experiencia en la materia objeto de disputa.
- Privacidad y confidencialidad.
- Medidas provisionales disponibles como en el foro judicial.
- Resultado vinculante y final, no sujeto a apelación.
- Generalmente más rápido que un litigio en un juzgado nacional.
- Muchas veces menos costoso que los litigios en juzgados nacionales.
- El alcance de las reglas relacionadas a la divulgación y producción de documentos del caso puede adaptarse y ajustarse al conflicto en particular, ahorrando tiempo y dinero.
- Permite recuperar costos y honorarios.

PRINCIPALES DESVENTAJAS

- Los laudos no son apelables salvo en casos de defectos procesales graves (aunque esto será una ventaja para la parte ganadora).
- Las partes deben pagar los honorarios de los árbitros.
- El rechazo del caso de manera sumaria generalmente no es posible
- La citación de terceros y la solicitud de documentos por parte de terceros que no fueron partes del convenio arbitral es generalmente difícil.

En consecuencia, cuando transacciones complejas involucran múltiples partes y contratos, que a la vez están relacionados, se debe ser precavido al redactar la o las cláusulas arbitrales. En general siempre recomendamos que mediante una redacción efectiva nuestros clientes se aseguren de que todas las partes necesarias en un futuro arbitraje, hayan dado su consentimiento para resolver su potencial disputa futura en un solo arbitraje (ahorrando así tiempo y dinero) a menos, claro, que sea estratégicamente ventajoso mantener procedimientos, partes y disputas separadas.

De manera similar, la consolidación en un solo arbitraje de disputas arbitrales que tienen su origen en distintos acuerdos o cláusulas arbitrales, pero en donde las partes, el objeto y/o la causa están relacionadas (por ejemplo, disputas que surgen bajo un conjunto de contratos conexos relacionados a un proyecto) no es siempre posible, salvo que las partes se hayan asegurado en los contratos en cuestión que todas las partes hayan dado su consentimiento a participar de un solo arbitraje consolidado.

REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL IDEAL

El contenido de una cláusula de arbitraje va a variar en función de varios factores. No obstante, se recomienda que la cláusula arbitral ideal tenga los siguientes elementos esenciales:

ELEMENTOS ESENCIALES

La cláusula de arbitraje internacional debe constar por escrito

Para que la cláusula de arbitraje internacional sea reconocida y ejecutable, la mayoría de las jurisdicciones requieren que la misma conste por escrito (véase, por ejemplo, el artículo II (1) de la Convención de Nueva York).

La vía al arbitraje internacional debe ser vinculante

La cláusula de arbitraje debe ser clara en que, si surgiese una disputa en un futuro, dicha disputa debe ser juzgada por arbitraje internacional. No se recomienda utilizar lenguaje permisivo ya que podría ser interpretado como que el arbitraje es una sugerencia y, por lo tanto, opcional. Por ejemplo, si la cláusula establece que “cualquier disputa puede ser remitida a arbitraje” ello puede incentivar a una parte recalcitrante a argumentar, en ciertas jurisdicciones, que la cláusula no la obliga a recurrir a arbitraje.

Algunas partes (en particular, prestamistas) pueden preferir cláusulas que ofrecen a una de las partes la opción de elegir de manera unilateral recurrir a arbitraje o a las cortes judiciales en caso de disputa. Estas cláusulas no son exigibles en todas las jurisdicciones y por lo tanto su incorporación debe ser analizada de manera exhaustiva.

La sede del arbitraje

La elección de la sede arbitral determina cuáles serán los juzgados nacionales que tendrán jurisdicción para supervisar y dar soporte al arbitraje. Por ejemplo, los juzgados de la sede del arbitraje tendrán la autoridad y jurisdicción para tratar ciertos asuntos que conciernen al arbitraje, tales como la decisión sobre: (i) pedido de medidas cautelares preliminares en soporte del arbitraje; así como (ii) impugnaciones del laudo arbitral sea por cuestiones de sustancia o jurisdiccionales. Por lo tanto, es recomendable seleccionar una sede que se encuentre en un país con leyes modernas y favorables al arbitraje, con jueces que estén familiarizados con los principios del arbitraje internacional.

La selección de la sede no debe confundirse con el lugar en donde se celebran las audiencias del arbitraje (que puede ser en diversas partes del mundo, así como presencial, remoto o híbrido). La sede arbitral es distinta y no necesita corresponder con la primera. La sede tiene un impacto jurídico, no solo físico.

Alcance de la cláusula arbitral: ¿Qué disputas se pueden arbitrar?

En la mayoría de los casos, si las partes han optado por arbitraje internacional para resolver su disputa comercial, entonces querrán asegurarse de que el alcance de la cláusula de arbitraje sea bien amplio. Para ello, la cláusula debe ser redactada en términos generales, para garantizar que todas y cualesquiera sean las disputas que surjan del contrato, así como disputas que estén relacionadas a dicho contrato, sean sometidas a arbitraje internacional, independientemente de la causa específica de cada asunto en cuestión (por ejemplo, incumplimiento contractual, un reclamo basado en responsabilidad extracontractual u otro hecho ilícito).

En algunos casos, las partes pueden preferir redactar una cláusula de arbitraje que deliberadamente excluya ciertas reclamaciones del arbitraje como, por ejemplo, reclamaciones relacionadas con violaciones de propiedad intelectual, cuando una o ambas partes prefiriesen dejar dichas disputas bajo jurisdicción de las cortes que sean competentes en el caso.

Del mismo modo, dependiendo de la sede de arbitraje o de la jurisdicción en donde el laudo arbitral resultante sea finalmente ejecutado, algunos asuntos—aunque muy discretos—no son susceptibles de arbitraje, y ello aun cuando las partes así lo convengan. Tal es el caso de materias que conciernen el derecho penal o el derecho de familia. La ley imperativa de muchas jurisdicciones requiere que tales asuntos sean resueltos por la vía judicial.

La ley aplicable

Si no se aclara en otra parte del contrato, la cláusula de resolución de disputas entre las partes debe especificar la ley que se aplicará a los derechos y obligaciones derivados del contrato de arbitraje. La ley elegida por las partes puede ser cualquier ley y no necesita tener una relación con la sede del arbitraje.

Las reglas arbitrales

En la mayoría de los casos, las partes prefieren que su disputa sea administrada por una institución arbitral de reputación internacional, como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En tales casos, la cláusula arbitral deberá hacer referencia expresa a la institución arbitral deseada y a sus reglas, para que dicha opción sea vinculante.

Para una discusión sobre las ventajas del arbitraje administrado por una institución, por sobre aquellos comúnmente denominados *ad hoc*, es decir, donde no hay una institución mediante, por favor tenga a bien consultar la sección “*El papel de las instituciones arbitrales*” que se encuentra más abajo.

El lenguaje de los procedimientos

Las partes deben especificar el idioma en el que quisieran que proceda el arbitraje, de manera escrita y oral.

CLÁUSULAS DE ARBITRAJE – CONTENIDO OPCIONAL

Las cláusulas de arbitraje se pueden adaptar aún más si las partes están de acuerdo. Debajo hay algunos ejemplos de cuestiones que pueden abordarse adicionalmente dentro de una cláusula de arbitraje.

Número de árbitros

Las partes pueden especificar en su cláusula arbitral el número de árbitros que van a formar parte del tribunal que decidirá cualquier disputa futura. Por lo general, en cualquier disputa relevante, sea por su complejidad o tamaño financiero, las partes suelen especificar un tribunal compuesto por tres árbitros, dejando disputas relativamente sencillas a la decisión

de un árbitro único. De cualquier manera, siempre es recomendable especificar el número de árbitros en el acuerdo o cláusula de arbitraje.

El método de constitución del Tribunal

Las partes también pueden acordar un método por el cual los miembros del tribunal arbitral serán elegidos. La mayoría de las normas institucionales ya prevén un método de selección de árbitros. Entonces, una opción es referirse a dichas reglas en el acuerdo arbitral, y por consiguiente ellas serán incorporadas automáticamente por la mera referencia a ellas. Otra opción es que el método sea ajustado a las necesidades y gustos de las partes. En el caso de contratos entre más de dos partes, se recomienda seleccionar reglas institucionales (como las reglas de la CCI) que están diseñadas específicamente para abordar cómo debe constituirse el tribunal arbitral cuando hay más de dos partes en el arbitraje.

Confidencialidad

Si bien algunas reglas institucionales ya prevén la confidencialidad por defecto, las partes pueden preferir especificar los parámetros de confidencialidad en su acuerdo de arbitraje.

Distribución de los costos

Las partes pueden dejar a la discreción del tribunal la asignación de los costos del arbitraje. Sin embargo, las partes también pueden especificar en la cláusula arbitral cómo se asignarán los costos al final del arbitraje, por ejemplo, determinando que la parte perdedora correrá con todos los costos del arbitraje. Se recomienda a las partes siempre asesorarse sobre si tales asignaciones de costos están permitidas por las leyes vigentes en la sede.

Problemas adicionales

Hay otras disposiciones que las partes pueden desear considerar incluir en la cláusula arbitral, incluyendo aquellas que abordan las siguientes cuestiones:

- Negociaciones obligatorias previas al arbitraje y/o la mediación;
- Para disputas en donde existe una multiplicidad de partes o de contratos, considerar y, en su caso, incorporar, referencias a la posibilidad de consolidar arbitrajes o citar e incorporar al arbitraje a partes vinculadas;
- Cualquier información específica sobre los mecanismos de divulgación y producción de evidencia que se utilizarán en el arbitraje;
- Cualquier calificación especial que se requiera del árbitro o árbitros que formarán parte del tribunal arbitral;
- Facultades del tribunal arbitral para ordenar cumplimiento o ejecución específica;
- Renuncia al derecho de anular o impugnar el laudo una vez emitido por el tribunal, en la medida que ello sea permitido por la ley de la sede; y
- Sometimiento expreso a juzgados determinados al efecto, para la ordenación de medidas provisionales.

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

Los arbitrajes internacionales pueden ser *ad hoc*, es decir sin institución mediante, o institucionales, es decir, administrados por una institución independiente y conducidos de conformidad con las reglas de arbitraje emitidas y actualizadas por dicha institución.

Las instituciones arbitrales internacionales ofrecen un marco procesal general dentro del cual se llevará a cabo el arbitraje, así como los servicios administrativos que garantizarán que los procedimientos de arbitraje se

desarrollen sin problemas. Cada arbitraje institucional tiene sus reglas propias que complementarán los términos que las partes incluyeron en la cláusula arbitral. Por ejemplo, las reglas institucionales típicamente regulan la manera en que los árbitros deben ser seleccionados, las razones para la recusación o descualificación de árbitros, el régimen de confidencialidad que se aplicará al arbitraje, así como disposiciones para la solicitud y ordenación de medidas provisionales o de emergencia.

“ Uno de los componentes más importantes de una disputa puede ser la posibilidad de obtener medidas cautelares preliminares principalmente para mantener el *status quo* hasta que haya una determinación final de la controversia por parte del tribunal arbitral o juzgado nacional competente. ”

Cuando se especifican las reglas de una institución, esa institución también actuará como la autoridad nominadora de los árbitros, salvo disposición en contrario. Es por eso que la institución arbitral puede poseer poderes importantes para seleccionar árbitros en caso de que una de las partes no designe un árbitro (o no lo haga a tiempo), o cuando un árbitro debe ser reemplazado, o cuando las partes no pueden elegir una arbitro de común acuerdo.

Los arbitrajes internacionales también pueden proceder de manera *ad hoc*, cuando las partes y el tribunal (y no una institución) determinan los procedimientos a aplicar al arbitraje y se encargan de los temas administrativos, una vez iniciado el mismo. Esto puede significar que, al no haber una institución arbitral, si surgieran desacuerdos que pudiesen bloquear el procedimiento arbitral, las partes deberán acudir a los juzgados de la sede del arbitraje para cualquier ayuda o soporte necesario por parte de estos. Esto puede incluir, la resolución de un bloqueo en el nombramiento de árbitros, o ayuda para reemplazar a un árbitro, o para determinar cualquier recusación o exclusión de un árbitro. Las partes también pueden seleccionar reglas de arbitraje más comunes para arbitrajes de este tipo, es decir *ad hoc*, como por ejemplo, las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Las instituciones líderes por número de casos y monto en disputa son la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA-ICDR), Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC) y la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).

Estas instituciones tienen su sede en París, Londres, Nueva York, Hong Kong, Singapur y Estocolmo, respectivamente, pero administran casos con sede, es decir basados, en cualquier parte del mundo.

MEDIDAS PROVISIONALES: PODERES DE LOS ÁRBITROS Y EL PAPEL DE APOYO DE LOS JUZGADOS LOCALES

Uno de los componentes más importantes de una disputa puede ser la posibilidad de obtener medidas cautelares por parte del tribunal para mantener el status quo mientras se resuelve la controversia por el tribunal arbitral o corte competente.

En arbitraje internacional, generalmente existe un espacio de tiempo entre el momento en el cual surge una controversia de partes y aquel en el cual los árbitros son elegidos y el tribunal se constituye. Durante ese espacio de tiempo, las partes del arbitraje tienen la posibilidad de solicitar y obtener medidas cautelares de manera rápida ante las cortes locales.

La primera opción entonces es solicitar a un juzgado local con competencia para intervenir en aspectos del arbitraje, que ordene medidas precautorias o preliminares en soporte del arbitraje. Por ejemplo, tanto las cortes inglesas como las cortes norteamericanas tienen el poder de ordenar medidas precautorias de conformidad con la Ley de Arbitraje Federal (U.S. F.F.A) y la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996 (U.K. E.A.A) respectivamente, para aquellos arbitrajes con sedes dentro de dichas jurisdicciones.

Como alternativa, las instituciones arbitrales ofrecen la posibilidad de elegir un “árbitro de emergencia.” Así, se puede nombrar a este tipo de árbitro mediante un proceso rápido y efectivo para que determine cualquier solicitud de medidas cautelares o precautorias, antes de que el tribunal ordinario que decidirá la disputa sustantiva de manera definitiva sea efectivamente constituido.

El árbitro de emergencia generalmente será alguien que no estará luego en el tribunal arbitral central que determinará la materia sustantiva de manera definitiva. Asimismo, el árbitro de emergencia será designado rápidamente y dictará una decisión en materia de días.

Este es un fenómeno relativamente nuevo que ha sido introducido por solo algunas instituciones arbitrales en respuesta a las solicitudes de los usuarios de arbitraje para este tipo de medida provisional emergente. Naturalmente, una vez constituidos, los árbitros del tribunal central también podrán dictar medidas cautelares hasta que se dicte el laudo definitivo.

DESCRIPCIÓN GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

Los procedimientos de arbitraje comercial internacional generalmente incluyen las siguientes etapas.

1. LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

Los procedimientos de arbitraje internacional se inician con un escrito llamado *Solicitud de Arbitraje o Notificación de Arbitraje*.

Este escrito suele ser un documento relativamente corto (de 15 a 25 páginas, incluso en disputas complejas de alto valor) que establece información procesal (por ejemplo, el nombre de las partes, sus direcciones y detalles de contacto, y sus abogados y representantes legales), un breve resumen de los antecedentes del caso, y del petitorio. Suponiendo que tres árbitros presidirán el arbitraje, este documento también contendrá a menudo la nominación del árbitro designado por la parte reclamante, es decir, quien inicia el arbitraje.

2. LA RESPUESTA A LA SOLICITUD

Dependiendo de las reglas institucionales o procesales aplicables, la demandada presenta una Respuesta a la Solicitud de Arbitraje, previamente enviada por la parte reclamante, que es, también, un documento breve y en gran parte de contenido procesal. Esta es también la primera oportunidad para que la demandada exponga cualquier demanda cruzada y designe a su árbitro de preferencia de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables.

3. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

Luego de los escritos iniciales mencionados precedentemente, se debe completar la constitución del tribunal arbitral. En el caso de un tribunal de

tres miembros, las partes analizarán los dos árbitros seleccionados por ellas para asegurarse de su independencia e imparcialidad. Luego de ello, la institución arbitral confirmará a dichos árbitros. El tercer miembro del tribunal que actuará como presidente de este será seleccionado de conformidad con el procedimiento elegido por las partes o establecido en las reglas institucionales. Luego de dicha etapa, o de cualquier impugnación que se haga a cualesquiera de los árbitros elegidos, o de cualquier otro asunto que deba resolverse durante el proceso de nominación de árbitros, el tribunal arbitral será formalmente constituido y el procedimiento arbitral podrá así continuar.

4. LA AUDIENCIA PROCESAL

La audiencia procesal ocurrirá poco tiempo después de la constitución del tribunal arbitral, y será la primera oportunidad para que las partes interactúen directamente con el tribunal arbitral. En el caso de arbitrajes internacionales con partes, abogados y miembros del tribunal, provenientes en diferentes lugares del mundo, la primera audiencia procesal a menudo se lleva a cabo por teléfono o videoconferencia.

Luego de escuchar las posiciones de las partes con relación al proceso, el tribunal arbitral establecerá el calendario para el resto del procedimiento, incluyendo las fechas claves del proceso, sea los escritos de demanda y contestación, divulgación y producción de prueba, en esta primera audiencia procesal o poco tiempo después.

5. EL INTERCAMBIO DE ESCRITOS DETALLADOS ADICIONALES

El siguiente paso suele ser el intercambio de documentos escritos adicionales más detallados, junto con cualquier prueba documental de apoyo, declaraciones testimoniales, informes de expertos, posiciones y autoridades legales. Estos escritos de demanda y contestación serán

mucho más detallados que la Solicitud de Arbitraje o Respuesta a la Solicitud, ya que están destinados a exponer el caso de cada lado de manera más integral. Es probable que el tribunal arbitral permita una segunda ronda de escritos de respuesta a estos si las partes lo solicitan.

6. LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Tanto las solicitudes como la producción de documentos con frecuencia vienen luego del primer intercambio de los escritos detallados de demanda y de contestación. Los tribunales arbitrales generalmente ordenarán la producción de documentos solo si la parte requirente realiza una solicitud enfocada y concreta de documentos, y si dicha parte puede demostrar que dichos documentos son relevantes y materiales para el resultado de la disputa. El tribunal determinará si efectivamente los documentos solicitados son relevantes y materiales para la resolución de la disputa. La publicación de la Asociación de la Barra Internacional o International Bar Association (IBA) ha publicado las “Reglas sobre la Obtención de Pruebas en Arbitraje (2010)” que son un conjunto de pautas de divulgación y producción de documentos que las partes y tribunales en arbitrajes internacionales suelen adoptar con frecuencia.

7. DECLARACIONES DE TESTIGOS E INFORMES PERICIALES

Dependiendo de la disputa de que se trate y de la decisión del tribunal arbitral, luego de haber escuchado y consultado con las partes, las declaraciones testimoniales y periciales generalmente se acompañan a los escritos detallados de demanda y contestación.

Alternativamente, dichas pruebas pueden ser producidas luego del intercambio de los escritos iniciales detallados y el proceso de divulgación de documentos. Este método alternativo permite enfocarse más activamente en las cuestiones centrales de la disputa, ya que, para ese

momento, es muy probable que los escritos iniciales detallados habrán destilado el área de diferencia entre las partes.

8. AUDIENCIA DE PRUBA

Después de que se presenta la segunda ronda de escritos detallados, y la prueba, el caso procederá a una audiencia formal. En arbitraje internacional las audiencias tienden a ser de corta duración. Aun en el caso de casos complejos y de alto valor, es relativamente extraño que una audiencia de arbitraje tome más de 10 días. La mayoría de las audiencias de arbitraje internacional están programadas para durar no más de cinco días.

La audiencia normalmente comienza con los alegatos orales de apertura por cada lado. Las declaraciones testimoniales previamente presentadas son normalmente tratadas como examinación directa, por lo tanto, los alegatos orales de apertura son seguidos de la examinación cruzada de testigos y/o de expertos. A veces se permiten argumentos orales de cierre al final de la audiencia, aunque las partes o los tribunales frecuentemente requieren escritos posteriores a la audiencia en lugar de argumentos orales de cierre.

9. EL ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

Con frecuencia, después de la conclusión de la audiencia de prueba, el tribunal permitirá a las partes presentar escritos posteriores a la audiencia en lugar de argumentos finales orales. Los escritos posteriores a la audiencia brindan a las partes la oportunidad de reiterar sus alegaciones y defensas, sustentadas en todas las pruebas presentadas en el curso del proceso, con énfasis en el testimonio aportado en la audiencia de prueba.

10. EL LAUDIO ARBITRAL

Después de la clausura del procedimiento y de las deliberaciones de los árbitros, el tribunal arbitral dictará un laudo escrito y motivado. Este laudo será firmado, fechado y distribuido a las partes. En la mayoría de los arbitrajes internacionales, existen motivos muy limitados para cualquier acción adicional con el fin de atacar el laudo o tribunal arbitral después de que el laudo final haya sido emitido. Por ejemplo, los errores administrativos en el laudo pueden corregirse dentro de un tiempo limitado después de la emisión del mismo.

EJEMPLOS DE CLÁUSULAS DE ARBITRAJE MODELO

Muchas instituciones arbitrales internacionales brindan cláusulas de arbitraje estándar o modelo que las partes pueden utilizar con o sin modificación. A menudo estas cláusulas son genéricas y las partes deben adaptarlas para garantizar que las cláusulas estén adecuadas a su disputa particular. Por favor, tenga a bien consultar la sección anterior titulada, “*Redacción de la Cláusula Ideal de Arbitraje Internacional*”. Asimismo, debajo encontrará algunos ejemplos de cláusulas estándar de arbitraje preparadas por algunas de las principales instituciones arbitrales.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI)

“Todas las disputas que surjan de o en conexión con el presente contrato serán resueltas definitivamente bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros designados de conformidad con dichas Reglas.”

CENTRO INTERNACIONAL DE RESOLUCIÓN DISPUTAS (ICDR) DE LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE (AAA)

“Cualquier controversia o reclamo que surja de o esté relacionado con este contrato, o su incumplimiento, se determinará mediante arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con sus Reglas de Arbitraje Internacional.”

CORTE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LONDRES (LCIA)

“Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluyendo cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción, se remitirá y será finalmente resuelta por arbitraje bajo las Reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), las cuales se consideran incorporados por referencia en esta cláusula.”

El número de árbitros será [uno/tres].

La sede, o lugar legal, del arbitraje será [Ciudad y/o País].

El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [...].

La ley que regirá el contrato será la ley sustantiva de [...].”

CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (SCC)

“Cualquier disputa, controversia o reclamo que surja de o en conexión con este contrato, o el incumplimiento, terminación o nulidad del mismo, será resuelta definitivamente por arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros/un árbitro único.

La sede del arbitraje será [...].

El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [...].

El presente contrato se regirá por la ley sustantiva de [...].”

CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE HONG KONG (HKIAC)

“Cualquier disputa, controversia, diferencia o reclamo que surja de o se relacione con este contrato, incluyendo la existencia, validez, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación del mismo[,] o cualquier controversia en materia extracontractual que surja de o se relacione con, el mismo, será referida y resuelta a través de arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), bajo las reglas administradas por HKIAC vigentes al momento en que se presenta la Notificación de Arbitraje.

La ley de esta cláusula de arbitraje será ... [ley de Hong Kong].

La sede del arbitraje será ... [Hong Kong].

El número de árbitros será ... [uno o tres].

Los procedimientos arbitrales se llevarán a cabo en... [insertar idioma]”.

CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (SIAC)

“Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluyendo cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción,

se remitirá y será finalmente resuelta por arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del SIAC que esté actualmente en vigencia, cuyas normas se entienden incorporadas por referencia en esta cláusula.

La sede del arbitraje será [Singapur].

El Tribunal estará compuesto por _____ árbitro(s).

El idioma del arbitraje será _____.”

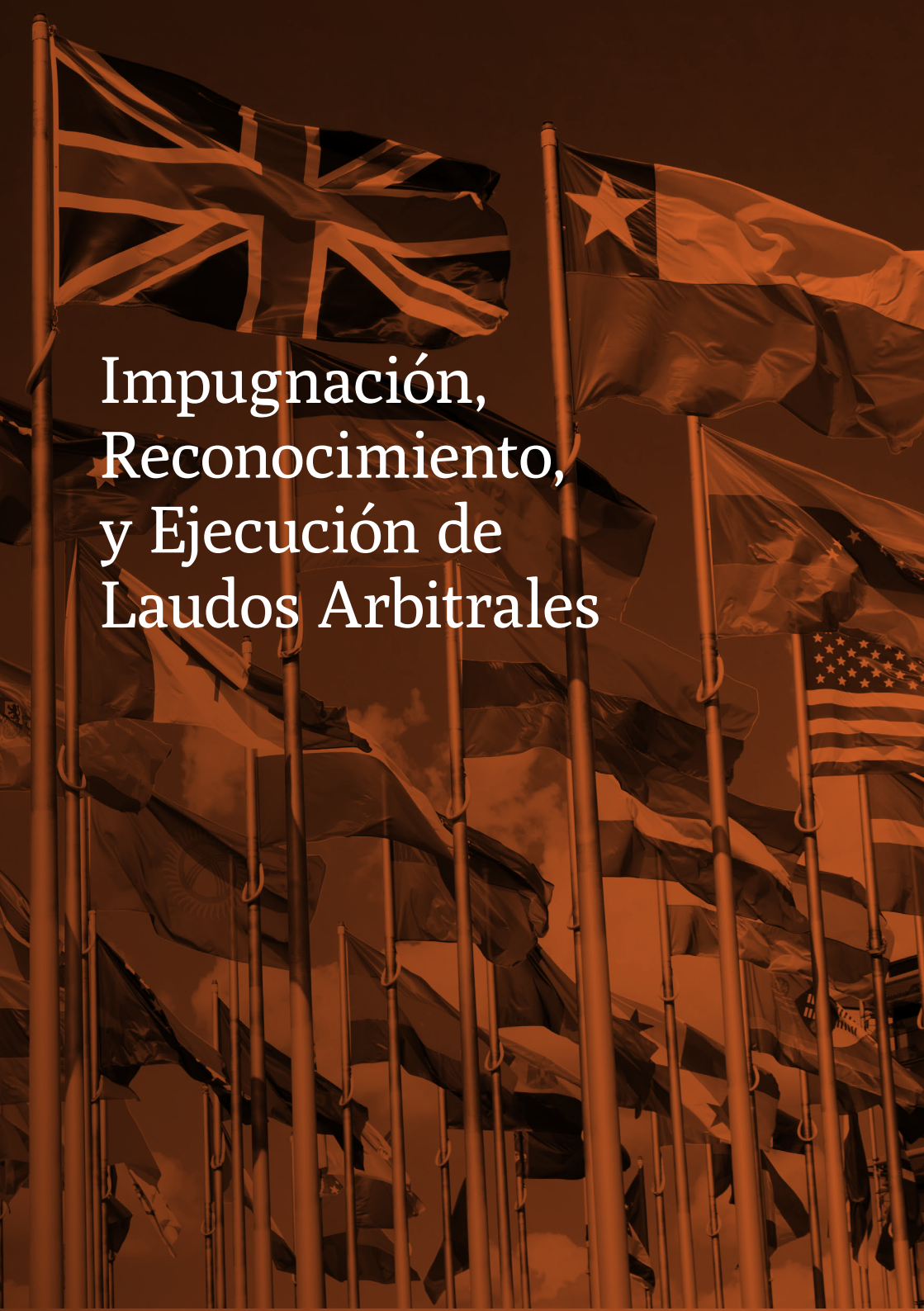
CENTRO DE ARBITRAJE DE LA COMISION ECONOMICA Y DE COMERCIO INTERNACIONAL CHINA (CIETAC)

“Cualquier disputa que surja de o en conexión con este Contrato será presentada a la Centro de Arbitraje de la Comisión Económica y de Comercio Internacional China (CIETAC) para ser determinada por arbitraje que se llevará a cabo de conformidad con las reglas de arbitraje de la CIETAC vigentes al momento de solicitar el arbitraje. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para ambas partes.”

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA PREVENCION Y RESOLUCION DE CONFLICTOS (PRC)

“Cualquier disputa que surja de o esté relacionada con este contrato, incluido el incumplimiento, terminación o validez del mismo, será resuelta definitivamente mediante arbitraje de acuerdo con las Reglas para el Arbitraje Administrado (las “Reglas”) del PRC, por (un árbitro único) (tres árbitros, de los cuales cada parte designara uno, y el tercero, es decir, el Presidente, a ser seleccionado por el PRC) (tres árbitros, de los cuales cada parte designará uno, con el tercer árbitro a ser designado por los dos árbitros designados por las partes) (tres árbitros, de los cuales cada parte

designará uno de conformidad con el procedimiento de nombramiento filtrado previsto en la Regla 5.4) (tres árbitros, ninguno de los cuales podrá ser designado por cualesquiera de las partes). [El(los) árbitro(s), y no la corte judicial, tendrán la responsabilidad principal de escuchar y determinar las objeciones a la jurisdicción del árbitro o los árbitros. [O]. La corte judicial y no los árbitros tendrán la responsabilidad principal de escuchar y determinar objeciones a la jurisdicción del o los árbitro(s).] El arbitraje deberá regirse por la Ley Federal de Arbitraje, 9 U.S.C., secciones 1era y siguientes, y sentencia judicial sobre el laudo arbitral dictado por el (los) árbitro(s) se puede ingresar por cualquier juzgado local que tenga jurisdicción sobre el mismo. El lugar del arbitraje será (ciudad, estado).”



Impugnación,
Reconocimiento,
y Ejecución de
Laudos Arbitrales



Impugnación, Reconocimiento, y Ejecución de Laudos arbitrales

MOTIVOS LIMITADOS PARA LA APELACIÓN O IMPUGNACION DE LAUDOS ARBITRALES

Los laudos arbitrales internacionales pueden anularse en los tribunales de la sede del arbitraje. La impugnación de laudos arbitrales se rige por el derecho interno de la sede del arbitraje, cuya ley estará generalmente en línea con las disposiciones de la Convención de Nueva York si el país es signatario de la misma.

La mayoría de los países han adoptado un estándar restrictivo para la revisión de un laudo arbitral final por sus cortes judiciales y no permitirá una revisión *de novo* (es decir de nuevo) de la evidencia y los hechos alegados. Por ejemplo, muchos países han adoptado la Ley Modelo CNUDMI, o con algunas modificaciones, que establece una base limitada para impugnar un laudo. Otros países, incluidos los Estados Unidos, han adoptado disposiciones de anulación de laudos arbitrales que reflejan los motivos para rechazar la ejecución de un laudo arbitral establecidos en la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos internacionales.

Los motivos restringidos que suelen utilizar muchas jurisdicciones para anular un laudo están generalmente asociados con defectos o vicios procesales serios, tales como irregularidades en la constitución del tribunal, falta de jurisdicción, falta de debido proceso e incompatibilidad del laudo con el interés o bien público.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

Aunque la mayoría de las partes que pierden un arbitraje internacional suelen cumplir con los laudos arbitrales, si ellas no lo hacen, la parte vencedora puede entablar una acción para conseguir el reconocimiento y ejecución de dicho laudo de manera judicial, en cualquier país en el que la parte perdedora tenga los bienes necesarios para satisfacer el laudo. La ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales (y algunos arbitrajes internacionales de inversión, que son discutidos más abajo) es regida muy frecuentemente por la Convención de Nueva York, para los países que son signatarios.

La Convención de Nueva York es un tratado clave que rige el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales. En la actualidad, más de 160 países son signatarios de la Convención de Nueva York.



Arbitraje de Inversión
Contra Estados
Extranjeros



Arbitraje de Inversión Contra Estados Extranjeros

¿QUÉ ES EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

El arbitraje internacional de inversión surge de los tratados internacionales de inversión que contienen cláusulas de resolución de disputas por la vía de arbitraje internacional. Los inversionistas provenientes de los estados signatarios de dichos tratados y que califican bajo los mismos pueden iniciar un arbitraje internacional directamente contra otro estado soberano extranjero con el objeto de exigirle daños compensatorios por las medidas tomadas por dicho estado que hayan resultado en un perjuicio a la inversión del inversionista en dicha jurisdicción extranjera.

A diferencia del arbitraje comercial internacional, el compromiso al arbitraje no está típicamente en un contrato entre el inversionista y el Estado. Más bien, los estados parte del tratado efectúan una oferta de arbitraje contenida en el texto del tratado. Por su parte, el inversionista afectado por medidas gubernamentales y que pretende iniciar un reclamo contra el estado soberano puede “aceptar” dicha oferta de arbitraje e invocar el acuerdo de arbitraje en el tratado, siempre y cuando el inversor cumpla con los requisitos jurisdiccionales del tratado para que califique como tal, tal como se discute a continuación.

EL PROPÓSITO DE LOS ACUERDOS DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Supongamos que un inversionista ha realizado una inversión en un país extranjero, y luego de un tiempo una disputa surge con el gobierno de ese país extranjero, porque supóngase, el gobierno ha causado daño a

la inversión del inversionista mediante una medida soberana. Antes del advenimiento de los tratados de inversión internacionales, el inversor sólo podía hacer valer sus derechos contra el gobierno soberano extranjero en cuyo territorio el inversor efectuó su inversión, en los tribunales de ese país bajo el derecho interno de ese país o mediante las vías diplomáticas, recurriendo a su país de origen para que el mismo resuelva la disputa contra el otro estado. Tales acciones eran frecuentemente una opción poco atractiva tanto para el inversor como para el estado de origen del inversor.

Los tratados de inversión han traído un equilibrio deseado al permitir que inversionistas puedan calificar para presentar sus reclamos contra el Estado extranjero de la inversión, ante un panel neutral de árbitros internacionales que determinará las reclamaciones de acuerdo con el tratado, el derecho internacional y el derecho local en cuanto pertinente. Asimismo, los laudos arbitrales serán fácil y rápidamente reconocidos y ejecutables, gracias al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, firmada en 1965 y ratificada por más de 140 países en todo el mundo.

Hoy en día, existen más de 2.500 tratados bilaterales de inversión (“TBI”) entre Estados. Estos TBI ofrecen importantes derechos sustantivos a los inversores y a sus inversiones. Los inversores pueden hacer valer estos derechos a través del arbitraje internacional contra un Estado extranjero, invocando el respectivo TBI. También existen tratados de inversión multilaterales (algunos de los cuales contienen componentes comerciales y de libre comercio) como el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá) (conocido como USMCA y antes como NAFTA) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT) que ofrecen a inversores extranjeros una protección legal similar también bajo el derecho internacional.

¿CUÁNDO PUEDE UNA PARTE INICIAR UN RECLAMO DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

Inversión

Un elemento jurisdiccional que un inversionista generalmente debe cumplir para poder presentar un reclamo bajo un TBI es haber hecho una “inversión” en el territorio del Estado extranjero. Muchos tratados definen el término “inversión” en términos más bien amplios y generales, por lo que la mayoría de los bienes o derechos existentes en el Estado extranjero que son propiedad del inversionista o que estén bajo su control calificarán como una “inversión”. Por ejemplo, muchos TBI definen “inversión” de manera tal de incluir participaciones en empresas locales, derechos de propiedad intelectual, contratos de concesión, reclamaciones de dinero asociado con la inversión, derechos conferidos por la ley local, entre otros.

Inversor

La parte reclamante también debe ser considerada “inversionista” como se define ese término en el TBI pertinente. Muchos tratados definen “inversor” de manera amplia para abarcar tanto ciudadanos individuales como empresas u otras entidades que están constituidas en el Estado de origen.

El inversionista debe tener un nexo relevante con la inversión para calificar en virtud del tratado aplicable, y así poder presentar una demanda arbitral. Por ejemplo, el inversor generalmente debe poseer o controlar la inversión realizada en el Estado anfitrión, y con frecuencia esta propiedad o control puede ser directa o indirecta.

Medida adversa de un Estado extranjero que ha causado un daño a la Inversión del Inversor.

Los inversionistas extranjeros con inversiones calificadas bajo el TBI que se ven afectadas negativamente por la medida de un Estado anfitrión pueden presentar una reclamación contra el Estado ante los tribunales aplicables de arbitraje internacional previstos en el TBI. La medida adversa debe ser atribuible al Estado receptor de la inversión y debe haber causado daños a la inversión del inversionista, para que pueda dar lugar a daños compensatorios. Las medidas adversas pueden variar considerablemente, pero incluyen cualquier medida tomada por el poder ejecutivo, legislativo o judicial del Estado anfitrión a nivel federal, provincial o municipal.

DERECHOS DISPONIBLES PARA LAS PARTES CALIFICADAS BAJO EL TRATADO

Derecho a recurrir al arbitraje

La mayoría de los tratados de inversión otorgan al inversionista afectado por medidas gubernamentales el derecho a presentar una solicitud de arbitraje en caso de que el Estado anfitrión incumpla con el tratado. La cláusula de solución de controversias puede imponer condiciones que el demandante debe cumplir como por ejemplo especificar una institución arbitral particular ante la cual el reclamante debe interponer el arbitraje. El tratado también puede prever un procedimiento específico que debe seguirse antes de iniciarse el arbitraje como la obligación de intentar negociaciones con el Estado por un lapso de entre tres a seis meses previos.

Protecciones sustantivas

La mayoría de los tratados de inversión contienen protecciones sustantivas regidas por ley internacional.

Por ejemplo, muchos TBI prohíben que el Estado receptor afecte adversamente a las inversiones extranjeras a través de conductas que se consideren arbitrarias, desproporcionadas, injustas e inequitativas, o que constituyan una expropiación directa o indirecta de la inversión sin una compensación pronta y adecuada y seguida de un debido proceso.

Los tipos de conducta que se consideran violatorios de los TBI incluyen: (i) revocaciones de licencias de manera injusta y arbitraria, (ii) injerencia indebida en los contratos de los inversores, (iii) la imposición de nuevas regulaciones, leyes o impuestos que transforman sustancialmente el régimen de inversión que existía en el momento en que se realizó la inversión y sobre la base del cual el inversor decidió efectuar la inversión, (iv) nuevas leyes que tienen una intención o efecto discriminatorio en favor de inversores locales o nacionales y en contra del inversor extranjero, e (v) incluso sentencias judiciales que tienen el efecto de una denegación de justicia.

Estas disposiciones sustantivas del tratado también pueden proteger a la inversión del daño causado por la inacción por parte del Estado (por ejemplo, por no proteger la inversión del inversor durante manifestaciones o de cualquier violencia efectuada en contra de la inversión).

El cumplimiento del Estado con su propia ley local no es, bajo el derecho internacional, una defensa válida a tales incumplimientos ya que los derechos sustantivos proporcionados a los inversores mediante los tratados internacionales de inversión están protegidos bajo el derecho internacional.

Reparación y compensación

Según el derecho internacional, los recursos disponibles son muy variados pero coinciden en que debe haber una reparación plena. En la práctica, los demandantes reciben frecuentemente daños compensatorios, más intereses y costos. El inversor también tiene a su disposición medidas provisionales para mantener el *status quo* en espera de la emisión de un laudo final por parte del tribunal arbitral.

PLANIFICACIÓN DE TRATADOS

Antes de invertir en una jurisdicción extranjera, un inversor debe considerar si hay un tratado de inversión disponible que ofrece al inversor protección ante conductas ilícitas por parte del Estado extranjero. De hecho, los inversores pueden estructurar el mantenimiento de sus inversiones extranjeras para asegurarse de que se beneficien de la protección de tratados de inversión¹. Es mejor hacerlo en el momento en que el inversionista está por hacer la inversión o como mínimo tiempo antes de una disputa con el Estado extranjero. Una reestructuración efectuada después de que ya ha surgido una disputa con el Estado extranjero ha llevado a ciertos tribunales a denegar al inversor la protección del tratado sobre la base de abuso del derecho o proceso.

1 Por ejemplo, si el Estado de origen del inversionista no tiene un tratado con el país donde se realiza la inversión, se recomienda que la inversión sea estructurada a través de una sociedad madre o subsidiaria incorporada y registrada en un país que tenga un tratado de inversión con el país en el que se realizará la inversión.

INSTITUCIONES DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La mayoría de los tratados de inversión prevén que el arbitraje se llevará a cabo bajo las reglas de una o más de las siguientes instituciones:

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI);
- Cámara de Comercio Internacional (CCI); y
- Cámara de Comercio de Estocolmo (CCS).

Además, los arbitrajes *ad hoc* bajo las reglas de la CNUDMI son frecuentemente utilizados para arbitrajes de inversiones.

Cada código de reglas tiene sus propias ventajas y desventajas, dependiendo de la disputa en particular y de la nacionalidad de las partes involucradas.

Dado que el CIADI está diseñado específicamente para resolver controversias entre inversores y Estados, el mismo tiene varias características únicas. Esto es en particular con respecto a (i) el registro de la solicitud de arbitraje, (ii) el establecimiento de la jurisdicción bajo el CIADI, y (iii) los procedimientos y plataformas especiales y ventajosas para impugnar y ejecutar los laudos.

Las estadísticas disponibles públicamente indican que los estados soberanos normalmente cumplen con los laudos arbitrales dictados en su contra sin necesidad de procesos de ejecución. La presión política internacional y el deseo de inversiones extranjeras directas en sus territorios son una fuente de motivación de los Estados extranjeros para satisfacer sus obligaciones internacionales, como los laudos arbitrales.



Costos de Arbitraje



Costos de Arbitraje

Los costos de los procedimientos de arbitraje incluyen los honorarios y gastos de asesores legales externos, peritos y testigos, así como los honorarios y gastos del tribunal y de la institución arbitral (en caso de que haya una). Los honorarios de los abogados externos generalmente constituyen la mayor parte de los costos de arbitraje incurridos por una parte en la prosecución o defensa de sus reclamaciones.

ANTICIPO DE COSTOS BAJO EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Dependiendo de las reglas institucionales, normalmente se pedirá a las partes que paguen por adelantado, al menos una parte significativa de los honorarios y gastos del tribunal y de la institución involucrada.

Por ejemplo, en el caso de procedimientos bajo la CCI, el anticipo de los costos generalmente se solicitará en una etapa temprana del procedimiento y en general será fijada de acuerdo con el monto en disputa. Ahora bien, si una de las partes se niega a pagar su parte, la otra parte puede pagar por la primera y luego recuperar dicha parte, dado que de lo contrario el arbitraje no procederá sin el pago total de este anticipo.

LAUDO DE COSTOS

Al final del procedimiento, los árbitros están facultados para determinar los costos totales y repartir los costos entre las partes según lo consideren justo en un laudo de costos.

En el caso de arbitraje comercial, muchos tribunales arbitrales favorecen la regla de que “costos del arbitraje siguen el resultado del arbitraje” bajo la cual la parte vencedora tiene derecho a recuperar los costos

razonablemente incurridos. Los tribunales pueden entonces ajustar la adjudicación de costas con referencia a factores tales como la razonabilidad de los costos incurridos por las partes, el éxito y el fracaso relativo de las partes, y la conducta e las partes en el proceso.

En el arbitraje de inversiones ha habido más bien una actitud variada respecto a la distribución de los costos. Algunos tribunales de inversión han seguido la regla de que los “costos siguen el resultado del arbitraje” en donde la parte ganadora recupera muchos de sus costos, mientras que otros tribunales han seguido el camino en el cual cada parte paga sus propios costos.

FINANCIAMIENTO DE TERCEROS

La financiación de terceros es un acuerdo de financiación que se ha tornado muy popular en el arbitraje internacional en los últimos años. Bajo este acuerdo, un tercero acuerda financiar una parte o la totalidad de los costos y gastos del arbitraje a cambio de una parte de los daños en caso de que el reclamante sea exitoso en su reclamo. Las partes pueden acercarse a un financiador externo por muchas razones, ya sea porque carecen de los fondos necesarios para continuar con sus reclamos o porque quieren gestionar el riesgo y repartir el coste de un arbitraje costoso. Winston & Strawn trabaja regularmente con terceros financiadores de todo el mundo y puede colaborar para obtener dicha financiación.



Grupo de Arbitraje
Internacional de
Winston & Strawn



El Grupo de Arbitraje Internacional de Winston & Strawn

El grupo de arbitraje internacional de Winston & Strawn ofrece servicios de asesoramiento y representación legal de principio a fin, cubriendo toda la gama de disputas comerciales y gubernamentales en todo el mundo. En Winston, asistimos a nuestros clientes en cada etapa del proceso de arbitraje internacional, desde la redacción de cláusulas de arbitraje efectivas, hasta ayudar a nuestros clientes a evitar o resolver una disputa a través de negociación y conciliación, o arbitrar y litigar vigorosamente los reclamos de nuestros clientes tanto en arbitraje comercial o de inversión. Nuestro sólido plantel nos permite manejar los casos más complejos y llevarlos a juicio de manera exitosa. Manejamos rutinariamente algunas de las disputas más críticas que enfrentan empresas, individuos particulares y estados soberanos.

Nuestros profesionales también litigan asuntos en los tribunales nacionales en soporte del arbitraje, incluyendo mediante la solicitud de medidas cautelares preliminares, la búsqueda de divulgación de evidencia y la solicitud de impugnación de laudos, o ejecución de los mismos en todo el mundo.

Firma de arbitraje top

LA "TARJETA DE PUNTUACIÓN DE ARBITRAJE" DEL AMERICAN LAWYER

Clasificaciones y Reconocimiento

GLOBAL ARBITRATION REVIEW (GAR100)

- GAR 100™ ha ranqueado al equipo de arbitraje internacional de Winston & Strawn en el top 100 por más de 15 años.

CHAMBERS & PARTNERS

2023 Global

- Ranqueada como una firma “*Altamente Respetada*”
- Michael Stepek y Ricardo Ugarte fueron ranqueados en la misma

2022 Global

- Michael Stepek y Ricardo Ugarte han sido clasificados

2022 Estados Unidos:

- Ricardo Ugarte fue ranqueado
- Ricardo Ugarte fue clasificado en banda 2

THE LEGAL 500

Winston & Strawn fue ranqueada como firma líder en Arbitraje Internacional en las ediciones del Reino Unido, los Estados Unidos, Europa, Medio Oriente y África, así como en América Latina.

Winston & Strawn fue clasificada como firma líder en:

- Estados Unidos 2022 – Arbitraje Internacional y Litigios Internacionales;

Ricardo Ugarte fue reconocido en

- Reino Unido 2022 – Arbitraje y Litigios Comerciales

Arbitraje; cuatro socios de arbitraje reconocidos

- América Latina 2022 – Arbitraje Internacional;

2021

- Ocho socios ranqueados, incluidos cinco “Especialistas en arbitraje”

LOS 500 LEGALES ARBITRAJE INTERNACIONAL POWERLIST REINO UNIDO 2019

- Mathew Bate y Michael Stepek fueron nombrados en la misma

WHO'S WHO LEGAL: ARBITRAJE INTERNACIONAL 2022

- Cinco abogados fueron ranqueados incluyendo dos como “*Líderes Futuros*”

BEST LAWYERS® 2023

- Ricardo Ugarte and Maria Kostytska fueron ranqueados como tal

LAWDRAGON GLOBAL LITIGATION 500 2021

- 8 abogados fueron ranqueados, incluyendo 5 abogados caracterizados como “especialistas de arbitraje”.

DECISIONES 2021

- Equipo de Arbitraje Internacional incluido como firma Forte Notoriété.

MEJORES ABOGADOS®

- 2022 Estados Unidos – Ricardo Ugarte, reconocido “Abogado del Año” en Arbitraje Internacional – Comercial
- 2021 Francia – María Kostytska fue ranqueada y Ricardo Ugarte fue nombrado “Abogado del año” en Arbitraje Internacional Comercial

QUIÉN ES QUIÉN LEGAL: ARBITRAJE INTERNACIONAL 2022

- Cinco abogados fueron ranqueados incluyendo Ricardo Ugarte como ‘Líder Global’

A field of many flags on tall poles, including the Union Jack and the American flag, under a warm, orange-toned sky. The flags are waving in the wind, and the overall scene is bathed in a golden light. The text "Nuestra Experiencia" is overlaid in the center in a white, serif font.

Nuestra Experiencia



Nuestra experiencia

A lo largo de su larga historia, la práctica de arbitraje internacional de nuestro estudio, Winston & Strawn, ha manejado virtualmente todo tipo de arbitrajes comerciales internacionales, en una variedad de sectores industriales, incluyendo: proyectos de desarrollo de servicios públicos, infraestructura y construcción; asuntos bancarios y financieros; manufactura; energía y recursos naturales como petróleo y gas, energías renovables y electricidad; minería, metales y materias primas; tecnología y telecomunicaciones; ventas y comercio internacional; industria farmacéutica, industria de la ciencia y salud, aviación, automóviles y transporte. Estos arbitrajes han representado algunos de las disputas más altas en el mundo.

También tenemos una práctica de arbitraje de inversión bien establecida, en donde representamos una mezcla interesante y diversa de clientes, incluyendo tanto inversores extranjeros como estados soberanos.

En el equipo de arbitraje internacional de Winston & Strawn tenemos como meta primordial ayudar a nuestros clientes en cada paso de una inversión, no solo en sus disputas sino también en el asesoramiento sobre cómo estructurar sus inversiones en el extranjero para garantizar la máxima protección de los tratados internacionales. También tenemos una gran experiencia en ayudar a nuestros clientes a financiar sus casos mediante terceros financiadores de arbitraje.

Nuestro equipo ha manejado arbitrajes internacionales de alto calibre en todos los continentes del mundo, y gobernados por todas las principales reglas de arbitraje internacional, incluida la CCI, LCIA, CIADI, SCC, ICDR/AAA, HKIAC, SIAC, CIETAC, CAS-TAS, Suiza Salas y reglas de la CNUDMI.

Además, nuestros profesionales están calificados en múltiples jurisdicciones, y pueden trabajar bajo casi cualquier tipo de sistema legal, incluido el derecho civil, el derecho común y el derecho internacional. Nuestro equipo incluye hablantes nativos o con fluidez en numerosos idiomas, incluyendo árabe, cantonés, inglés, farsi, francés, alemán, hindi, húngaro, kurdo, mandarín, portugués, ruso, español y ucraniano.

“El equipo de arbitraje internacional tiene una experiencia sectorial integral y ha actuado recientemente en casos relacionados con energía y recursos naturales, minería y el sector de tecnología.”

LEGAL 500 – ESTADOS UNIDOS 2022

Reconocido como práctica líder en arbitraje en la conocida encuesta

GLOBAL ARBITRATION REVIEW (GAR) 100, 2023

ACERCA DE WINSTON Y STRAWN

Winston & Strawn LLP es una firma de abogados global con más de 900 abogados en 16 oficinas, incluyendo Bruselas, Charlotte, Chicago, Dallas, Hong Kong, Houston, Londres, Los Ángeles, Miami, Nueva York, París, San Francisco, São Paulo, Shanghai, Silicon Valley y Washington, D.C. Además, la firma tiene importantes recursos dedicados a los clientes y asuntos en África, Medio Oriente y América Latina. La excepcional profundidad y el alcance geográfico de nuestros recursos permite a nuestra firma gestionar prácticamente todo tipo de problema legal relacionado con el negocio y asuntos de nuestros clientes. Atendemos las necesidades de empresas de todo tipo y tamaños, tanto en el sector privado como en el público. Entendemos que los clientes buscan valor más allá del talento legal. Nos tomamos el tiempo para aprender acerca de nuestros clientes, su organización y sus objetivos de negocio. Y aprovechamos la tecnología y colaboramos sin inconvenientes para responder rápida y eficazmente a las necesidades de nuestros clientes. Si desea obtener más información sobre nuestros servicios legales, nuestra experiencia, o las industrias a las que servimos por favor no dude en visitar winston.com.

Materiales publicitarios de abogados. Winston & Strawn es una firma de abogados global que opera a través de varias entidades legales separadas y distintivas.

ACERCA DE YUANDA-WINSTON

La alianza estratégica de Yuanda China Law con Winston & Strawn LLP proporciona servicios integrales a empresas en China y entidades globales con intereses en China. La firma aprovecha las capacidades globales integrales de la industria y la práctica con un profundo conocimiento del entorno legal cada vez más complejo de China para asesorar a clientes de todas las industrias en una variedad de asuntos transaccionales y litigiosos, incluyendo cuestiones regulatorias, de riesgo y de cumplimiento. Visite YuandaWinston.com si desea obtener más información sobre nuestros servicios legales, nuestra experiencia o las industrias a las que servimos.