



**Young
Arbitration
Magazine**

AN ACADEMY MAGAZINE

DICIEMBRE 2017 | IV EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Mercedes Arredondo Benítez

- Asociada Costa Rican Young Arbitrators
- Defensora en la Asociación de Aseguradoras Privadas de Costa Rica
- Estudiante de la Universidad de Costa Rica

Sophia Villalta Chong

- Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Asociada en Batalla
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Presentación

Sophia Villalta Chong 2

Evolución en las negociaciones de los tratados de inversión

Manuela de la Helguera
Anna Toubiana 4

Implicaciones del Class Arbitration en materia de inversión

Alfredo Muñoz-Ledo 16
Descamps

Las nulidades de los laudos más grandes de la historia

Cristina Viteri 29

Arbitraje en Propiedad Intelectual: Patente del Canopy Tour

Emilio Valverde Cascante 44



La Revista "Young Arbitration Magazine (YAM)" es una publicación académica semestral a cargo de la Federación de Jóvenes Árbitros, cuya visión es generar un espacio de encuentro e intercambio de opiniones, sobre temas relacionados con el arbitraje.

Esta es una iniciativa que incluye el trabajo arduo de las asociaciones que conforman dicha Federación, ubicadas en Costa Rica, El Salvador y Honduras. Este es un esfuerzo de países de la región en aras de promover el arbitraje.

Presentación

El arbitraje se ha posicionado como un mecanismo rápido que ofrece la resolución de conflictos tanto domésticos como nacionales, que exige no sólo la preparación de los abogados, sino además, de los operadores jurídicos. A partir de ello se vuelve de suma relevancia estudiar los temas que actualmente se encuentran en debate, a fin de tomar una postura y conocer además los diferentes escenarios que pueden presentar en un proceso como éste.

Costa Rican Young Arbitrators y sus asociaciones hermanas, conscientes de la importancia de generar discusión entre quienes ejercen y entre quienes no, el arbitraje, presenta la quinta edición de su revista, Young Arbitrators Magazine. Esta es un espacio que permite no sólo a los profesionales presentar sus opiniones en diferentes temas, sino que además, permite a los estudiantes tener la oportunidad también de involucrarse con el ámbito académico y presentar sus propuestas relacionadas con la materia.

De esta forma es que las autores Manuela de la Helguera y Anna Toubiana, a través de su

artículo “Evolución en las Negociaciones de los Tratados de Inversión” plantean y analizan el intenso debate sobre las implicaciones de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y la necesidad de reforma del sistema de Solución de Disputas Inversionista-Estado (SDIE). Para ello plantean inicialmente cuáles son los orígenes del arbitraje de inversión, continuando con el estudio de la proliferación de acuerdos internacionales de inversión, y finalizando con la profundización en la necesidad de reforma del sistema de SDIE.

Continuando con el arbitraje de inversión, Alfredo Muñoz-Ledo Descamps nos ofrece su artículo sobre las “Implicaciones del *class action* en materia de Inversión”. En este artículo hace un estudio de la situación de estos tipos de arbitraje en Argentina, realizando un análisis de casos en los cuales se debió decidir sobre *class action* o *mass claim*. Asimismo, plantea una posible respuesta a la interrogante de si el CIADI puede o no administrar una *class action*, y en caso afirmativo, ¿debe? y ¿cómo?

Por otra parte, Cristina Viteri planea un análisis y estudio sobre las declaratorias de nulidades de laudos, por medio de su artículo titulado “Las Nulidades de los Laudos más grandes de la Historia”. En esta entrega la autora realiza un resumen de laudos emitidos en los años 2012 a 2014, los cuales fueron laudos de suma relevancia. No obstante, estos laudos fueron anulados, y los argumentos legales por medio de los cuales se habían logrado ganar los arbitrajes, fueron desvirtuados. Este artículo tiene como objetivo proveer una breve historia de los sucesos detrás de los casos, de los procesos de nulidad y de cuáles son las lecciones después de que los laudos han sido sometidos a análisis y escrutinio de las instancias de revisión y del público en general.

Por último, el estudiante de Derecho, Emilio Valverde presenta un artículo relacionado con arbitraje en propiedad intelectual. Su artículo titulado “Arbitraje en propiedad intelectual: Patente del Canopy Tour” plantea la situación relacionada con la patente de una de las actividades más lucrativas y llamativas de turistas en el país: el Canopy. El autor plantea la situación de reconocimiento del Registro de la Propiedad Industrial de Costa Rica, el cual reconoció el

derecho de un particular sobre dicha actividad, a partir de una patente que fue otorgada en 1998. Con ello, el autor plantea como alternativa de resolución de controversias el arbitraje, el cual perfectamente puede ser empleado para solucionar los conflictos que surjan a partir de los reclamos relacionados con este punto.

Esta edición de la revista presenta cuatro artículos que aportan sin duda, al arbitraje, por medio de la creación de una cultura arbitral, siempre también tomando en consideración las respectivas críticas constructivas que pueden ofrecerse. Una edición que ha sido confeccionada con mucha dedicación y esfuerzo, y se ofrece a aquellos que comparten su pasión por el arbitraje.

San José, Costa Rica.

Sophia Fiorella Villalta Chong

Evolución en las negociaciones de los tratados de inversión

Manuela de la Helguera¹ y Anna Toubiana²

I. Introducción

Actualmente nos encontramos ante un intenso debate sobre las implicaciones de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y la necesidad de reforma del sistema de Solución de Disputas Inversionista-Estado (SDIE).

Mientras algunos defensores del sistema actual opinan que es la única vía para proteger las inversiones y abordar las diferencias entre inversores y Estados, y cambiarlo significaría un retroceso y despojo de cualquier protección a los inversores, han surgido varias corrientes que proponen un cambio estructural. Por ejemplo, en la Unión Europea (UE) se han alzado voces contrarias al arbitraje de inversión. Los opositores alegan, entre otras cosas, una orientación pro-inversor de parte de los tribunales, falta de previsibilidad del sistema debido a contradicciones entre laudos³, una limitante de la capacidad regulatoria de los Estados, y un nivel de discreción

¹ Manuela de la Helguera es asociada internacional en el Departamento de Litigios y Arbitrajes Internacionales de la firma Foley Hoag LLP en Washington, D.C. Abogada autorizada para ejercer en El Salvador y Notario Público en El Salvador. Obtuvo un LL.M. en Arbitraje Comercial Internacional de la Universidad de Estocolmo y una Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN).

² Anna Toubiana es asociada internacional en el Departamento de Litigios y Arbitrajes Internacionales de Washington D.C. de Foley Hoag LLP. Anna tiene una Licenciatura en Derecho y Maestría en Derecho Internacional de Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, tiene una Maestría en Relaciones Internacionales de Sciences Po Paris y un LL.M. en Derecho Internacional Económico de Georgetown University Law Center. Anna es abogada admitida en el Estado de Nueva York (NY).

³ Algunos ejemplos de contradicciones entre laudos: CMS c. República Argentina y LG&E c. República Argentina; Lauder c. República Checa y CME c. República Checa; Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España y Plama Consortium Limited c. Bulgaria. Ver CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de Mayo de 2005, Procedimiento de anulación, 25 de septiembre de 2007; LG&E c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, decisión de responsabilidad, 3 de octubre de 2006, laudo de daños, 25 de julio de 2007; Ronald S. Lauder c. República Checa (CNUDMI), Laudo Final, 3 de septiembre de 2001; CME Czech Republic B.V. c. República Checa (CNUDMI), Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001; *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, ICSID, caso N° ARB/97/7, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000. Ver también Frank Spoorenberg & Jorge E. Viñuales (2009). *Conflicting Decisions in International Arbitration*. The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Volume 8, Issue 1, pp. 91 – 113.

del tribunal con la posibilidad de una amplia interpretación de las cláusulas de protección de inversiones⁴.

Se puede decir que hay un consenso en que el sistema actual o los tratados que se firmaron con base a modelos que tienen cláusulas obsoletas deben reformarse y mejorarse. Sin embargo, la cuestión ahora no es si procede o no reformar, sino qué, cómo y cuánto reformar⁵.

A continuación se presenta un análisis de cómo han evolucionado las políticas de inversión en los últimos años. Primero, se describe el origen del arbitraje de inversiones. Segundo, se relata la etapa en que surgieron los primeros tratados, su desarrollo y la explosión de casos de arbitraje de inversión. Luego se presenta un resumen de las principales respuestas de parte de los Estados con respecto a sus políticas de inversión extranjera. Finalmente, se plantean los retos que enfrenta el sistema de SDIE ante las numerosas críticas.

II. Orígenes del arbitraje de inversiones

Existen cientos de tratados de inversión a la fecha y actualmente se están negociando nuevos tratados, así como adendas a tratados existentes. La cuestión es cómo hemos llegado al punto en que nos encontramos. Para entenderlo, debemos tener en cuenta de dónde venimos.

El arbitraje es una criatura del consentimiento contractual. Es un contrato del que nacen dos obligaciones, una de hacer, una de no hacer y, potencialmente una de dar. La obligación de hacer es la de someter la disputa a arbitraje. La obligación de no hacer está relacionada con el no sometimiento de la disputa a la jurisdicción estatal. La obligación de dar está relacionada con el pago de las costas y costos⁶.

⁴ Ver David D. Caron (2015). *Investment Disputes and the Public Interest* in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18. Kluwer Law International; Kluwer Law International, pp. 776 – 781.

⁵ World Investment Report 2015, *Reforming International Investment Governance*, p. xi.

⁶ El Contrato de Arbitraje, segunda parte, capítulos I a III (2005). Bogotá: Universidad del Rosario y Legis.

Estas cláusulas entran en contexto con los tratados de inversión como consecuencia de que los tratados bilaterales de inversión (TBI) contienen medidas para proteger las inversiones realizadas por los inversores extranjeros en el territorio del Estado anfitrión mediante la inclusión de cláusulas arbitrales que obligan a las partes a someter la resolución de las disputas a arbitraje.

En los siglos XVIII y XIX, cuando un sujeto tenía una disputa frente a un Estado soberano por violaciones al derecho internacional, se veía en la obligación de acudir a su Estado (gobierno). Para ello, el sujeto debía ser influyente y tener contactos. Así nació la diplomacia de los cañones (*gunboat diplomacy*) consistente en que el Estado que apadrinaba el reclamo solicitaba el cumplimiento de las obligaciones del Estado incumplidor por medio de la fuerza⁷.

Este tipo de diplomacia era fuertemente criticada por algunos sectores. Como consecuencia de estas críticas nació la doctrina Calvo de Carlos Calvo. La doctrina Calvo defendía que los extranjeros que invierten en un Estado han de tener los mismos derechos a recibir protección que los nacionales de ese Estado y no deberían poder solicitar protección por parte del Estado del que proceden u otro Estado. Por lo tanto, en caso de surgir una disputa, esta debería ser resuelta frente a las cortes del Estado en que se invierte⁸.

Por motivos obvios, este mecanismo de resolución de disputas también tuvo sus críticas. De la Segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907) y la necesidad de otorgar protección a inversionistas que satisficiera a ambas partes nacieron los TBI. Uno de los aspectos de mayor importancia económica de los TBI es el sistema SDIE, que permite a los inversores presentar reclamaciones por el incumplimiento de las cláusulas del tratado ante un tribunal arbitral fuera del Estado anfitrión. Como se amplía posteriormente, el primer TBI fue suscrito entre Alemania

⁷ El ejemplo más conocido es la disputa del Sr. Mackintosh contra la Gran Colombia del siglo XIX. En este caso, el Estado británico envió navíos de guerra a las costas de la Gran Colombia para que cumplieran con el pago de una deuda y amenazaron con bombardear Cartagena en caso de no proceder como solicitado.

⁸ Para más información sobre la Doctrina Calvo, ver Patrick Juillard (enero de 2007). Calvo Doctrine/Calvo Clause. Oxford Public International Law, disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689>; Catherine Titi (2014). *Investment Arbitration in Latin America the Uncertain Veracity of Preconceived Ideas*. Arb Int'l 30 (2), LCIA, pp. 359-363.

y Pakistán. Tras éste primer tratado, le siguieron múltiples hasta la proliferación de tratados de inversión a nivel mundial en los años noventa⁹.

En este contexto, el 18 de marzo de 1965, a iniciativa del Banco Mundial surgió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) en Washington, creando el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El primer Estado en firmar el Convenio CIADI fue Tunes, seguido por el Reino Unido. Actualmente 151 Estados han ratificado el Convenio y el CIADI se ha convertido en el foro principal para la resolución de controversias entre inversores y Estados, habiendo administrado más de 545 casos¹⁰.

Como se desarrolla a continuación, en los últimos diez años ha habido un incremento exponencial en el número de controversias entre inversionistas y Estados, lo cual ha puesto en duda la legitimidad del sistema de SDIE¹¹ y han surgido varias propuestas con relación a las negociaciones de los nuevos tratados, en particular, para asegurar una mayor coherencia y predictibilidad en la solución de controversias.

III. La proliferación de acuerdos internacionales de inversión y las protecciones ofrecidas a los inversores extranjeros en los TBI

A finales del siglo XX, con la apertura al comercio internacional, los países ampliaron sus políticas a favor de la inversión extranjera directa (IED) y la firma de tratados de inversión incrementó considerablemente¹². Estados con inversionistas querían proteger a sus ciudadanos y

⁹ UNCTAD nombra el periodo entre 1990 y 2007 como la “Era de la Proliferación” del régimen de tratados.

¹⁰ Preface en Meg N. Kinnear , Geraldine R. Fischer , et al. (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (2015). Kluwer Law International, p. li.

¹¹ World Investment Report 2015. *Reforming International Investment Governance*, UNCTAD. United Nations, p. 121.

¹² Para mayor información ver Jeswald W. Salacuse (Summer 2010). *The Emerging Global Regime for Investment*. Harvard International Law Journal, Vol. 51, No. 2; Bilateral Investment Treaties 1959-1999, United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2000; Catherine Titi (2014). *Investment Arbitration in Latin America the Uncertain Veracity of Preconceived Ideas*. Arb Int'l 30 (2), LCIA p. 361.

empresas de los posibles efectos perniciosos de invertir en un tercer país sin medidas que garantizaran sus inversiones. De la mano de la mayor inversión internacional vino la expansión del número de estos tratados. Como se adelantó, la década de los noventa constituyó un período de multiplicación de tratados para atraer inversión extranjera¹³. Los primeros acuerdos internacionales enfocados en el tratamiento de inversiones extranjeras fueron los TBI.

Los tratados de inversión contienen medidas para proteger las inversiones realizadas por los inversores extranjeros en el territorio del Estado anfitrión. Estos instrumentos tienen como fin promover los flujos de inversión¹⁴, proporcionar remedios a los inversores en caso de daños, mejorar la gobernabilidad y el Estado de derecho, y despolitizar las controversias. Entre las disposiciones contempladas habitualmente se encuentran las cláusulas relacionadas con tratamiento justo y equitativo; no discriminación; tratamiento nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF); plena protección y seguridad y prohibición de medidas injustificadas y discriminatorias; y mecanismos para resolver las posibles controversias que pudieran surgir.

Desde el primer TBI firmado en 1959, el número de tratados ha crecido constantemente. En la década de los sesenta, Alemania y Suiza fueron los protagonistas en la firma de TBI. Entre 1960

¹³ Cuando se firmaron los primeros tratados entre países desarrollados y países en desarrollo, se hizo con el fin de atraer mayores flujos de IED de parte de los países desarrollados a los países en desarrollo. En esos momentos, todavía no habían surgido controversias con base a los tratados, por lo que las partes no podían prever las consecuencias reales de la firma de los tratados. Muchos opinan que no hubo verdaderas negociaciones, simplemente los países desarrollados proponían un texto del tratado que la otra parte solo debía firmar. No fue hasta que surgieron las primeras disputas, que los Estados se dieron cuenta de lo que se habían obligado al firmar los tratados. Por ejemplo, cuando Paquistán recibió la primera notificación de demanda del CIADI, sus funcionarios no sabían lo que pasaba y cuando fue entrevistado, el Procurador dijo que tuvo que buscar en Google qué era el CIADI y qué era un TBI. Lauge N. Skovgaard Poulsen (2015). *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*. Cambridge University Press, pp. xiii-xvi.

¹⁴ No hay consenso sobre el impacto de los TBI en la IED. Algunos estudios han encontrado que tienen ninguno o un impacto negativo en la IED, mientras que otros estudios han encontrado un efecto positivo. Ver Mary Hallward-Driemeier (2003). *Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? Only a bit - and they could bite*. Policy, Research working paper series; no. WPS 3121. Washington, DC: World Bank; Tobin, J. and Rose-Ackerman, S., (2005) *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties*. Yale Law School Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293; Neumayer, Eric and Spess, Laura (2005). *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?* World Development, 33 (10); Dixon, J. and Haslam, P. A. (2016). *Does the Quality of Investment Protection Affect FDI Flows to Developing Countries? Evidence from Latin America*. World Econ, 39: 1080–1108. doi:10.1111/twec.12299.

y 1969, Alemania concluyó un total de 31 TBI¹⁵ y Suiza 17¹⁶. Esto respondía a que Alemania y Suiza eran países de residencia de ciudadanos o sede social de empresas con capital e interés de invertir dicho capital en terceros países bajo un paraguas de protección. Posteriormente se unieron Francia¹⁷, el Reino Unido¹⁸, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa¹⁹, y los Países Bajos²⁰. Estados Unidos se adhirió en la década de 1980²¹, suscribiendo su primer TBI el 27 de octubre de 1982 con Panamá²². Para finales de 1980 solamente se habían firmado 385 TBI. Los países de América Latina, en general, estuvieron renuentes a abrir sus economías y a

¹⁵ En la década de 1960 Alemania firmó tratados con los siguientes países: Camerón (1962); República Centroafricana (1965); Chad (1967); República Democrática del Congo (1969); Congo (1965); Costa de Marfil (1966); Ecuador (1965); Etiopía (1964); Gabón (1969); Grecia (1961); Guinea (1962); Indonesia (1968); República Islámica de Irán (1965); República de Corea (1964); Liberia (1961); Madagascar (1962); Malasia (1960); Marruecos (1961); Nigeria (1964); Ruanda (1967); Senegal (1964); Sierra Leona (1965); Sri Lanka (1963); Sudan (1963); República de Tanzania (1965); Tailandia (1961); Togo (1961); Tunes (1963); Turquía (1962); Uganda (1966); Zambia (1966). Investment Policy Hub UNCTAD, Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/78>.

¹⁶ En la década de 1960 Suiza suscribió tratados con los siguientes países: Benin (1966); Burkina Faso (1969); Camerún (1963); Chad (1967); Congo (1962); Costa Rica (1965); Costa de Marfil (1962); Ecuador (1968); Guinea (1962); Liberia (1963); Madagascar (1964); Malta (1965); Nigeria (1962); Senegal (1962); República Unida de Tanzania (1965); Togo (1964); Tunes (1961). Investment Policy Hub UNCTAD, Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/203>

¹⁷ En la década de los setentas, Francia suscribió 20 TBI con la República Democrática del Congo (1972); Egipto (1972); El Salvador (1978); Indonesia (1973); Jordania (1978); República de Corea (1977); Liberia (1979); Malasia (1975); Malta (1976); Mauricio (1973); Montenegro (1974); Marruecos (1975); Paraguay (1978); Filipinas (1976); Rumania (1976); Serbia (1974); Singapur (1975); Sudan (1978); República Árabe de Siria (1977); Tunes (1972). Investment Policy Hub UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/72#iiaInnerMenu>

¹⁸ Investment Policy Hub UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/221#iiaInnerMenu>

¹⁹ Investment Policy Hub UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/19#iiaInnerMenu>

²⁰ Investment Policy Hub UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iiaInnerMenu>

²¹ Bajo la administración del Presidente Reagan, se involucró en varias negociaciones de tratados, con lo cual pretendía principalmente proporcionar una mayor protección a las inversiones de Estados Unidos en el extranjero y reafirmar la protección de la inversión exterior. El primer paso fue redactar un texto modelo. Ver Kenneth J. Vandeveld (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States, pp. 209-210.

²² Investment Policy Hub UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/2739>. En 1980, Estados Unidos concluyó un total de diez TBI con Panamá, Marruecos, Turquía, Senegal, Haití, Bangladesh, Camerún, República Democrática del Congo, Egipto, Granada. Investment Policy Hub UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/223#iiaInnerMenu>.

mecanismos alternativos de solución de controversias hasta finales de los años noventa²³. Para 1999 los países latinoamericanos habían firmado 366 TBI²⁴. El número siguió creciendo a nivel mundial alcanzando los 2,067 TBI a finales del año 2000²⁵. Se puede decir que en la última década comenzó la nueva era de los AII, llamada la “Era de Reorientación”²⁶.

Desde 2008, la prisa por firmar acuerdos de inversión se vio desacelerada y el riesgo ser demandado en un arbitraje de inversión incrementó para los Estados. A principios de 2016 se llegó a más de 3,304 acuerdos internacionales de inversión²⁷ (AII) en todo el mundo²⁸.

Cuando se comenzaron a firmar los primeros tratados, las controversias entre inversionistas y Estados eran pocas. Sin embargo, entre 1990 y 2016, el número de arbitrajes inversionista-Estado creció exponencialmente de 6 disputas en 1995 a 226 en 2005 y 696 en 2016²⁹. Hasta la fecha, los países demandados han sido más de cien³⁰. Esto es consecuencia de dos factores: (i) el mayor número de tratados que otorgan protección, y (ii) la mayor conciencia de que estos

²³ José Carlos Fernández Rozas (2009). *América Latina y el Arbitraje de Inversiones: ¿Matrimonio de Amor o Matrimonio de Conveniencia?* Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXIV, p. 16.

²⁴ *Bilateral Investment Treaties 1959-1999* (2000), United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, pp. 15-16.

²⁵ World Investment Report 2015, *Reforming International Investment Governance*, UNCTAD, United Nations, p. 123. En el caso de Brasil, a pesar que firmó catorce TBI nunca los ratificó. Para mayor información sobre la política de tratados de inversión de Brasil ver Nicolás M. Perrone y Gustavo Rojas de Cerqueira César (26 de octubre de 2015). *Brazil's bilateral investment treaties: More than a new investment treaty model?* Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 159.

²⁶ World Investment Report 2015, *Reforming International Investment Governance*, UNCTAD, United Nations, p. 124.

²⁷ Incluyendo TBI y tratados con disposiciones sobre inversión (TDI).

²⁸ Informe Sobre las Inversiones en el Mundo, Nacionalidad de los Inversores: Retos para la Formulación de Políticas, UNCTAD, Naciones Unidas, 2016.

²⁹ Lindsay Fortado (27 de marzo de 2006). *Arbitration's Glamorous Side; Investment Treaty Arbitration Rises*. The National Law Journal; Susan D. Franck (2005). *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*. 73 FORDHAM L. REV. 1521, 1554-55, 1621; Informe Sobre las Inversiones en el Mundo, Nacionalidad de los Inversores: Retos para la Formulación de Políticas, UNCTAD, Naciones Unidas, 2016.

³⁰ Informe Sobre las Inversiones en el Mundo, Nacionalidad de los Inversores: Retos para la Formulación de Políticas, UNCTAD, Naciones Unidas, 2016.

instrumentos contienen protecciones procesales y sustantivas eficientes a la hora de proteger las inversiones.

Históricamente, los países más demandados son los países en desarrollo y la mayoría de los inversionistas demandantes proviene de países desarrollados³¹. El número de demandas contra países desarrollados se está viendo cada vez mayor³². Dicho aumento de controversias entre inversionistas y Estados ha ciertamente contribuido a la evolución de los tratados de inversión. En ese sentido, la última década ha sido testigo del desarrollo de las negociaciones de los tratados, lo cual ha dado paso hacia la reforma de la regulación internacional de la inversión.

Desde principios de los años 2000, numerosos países han revisitado su programa de TBI, aclarando el texto para otorgar mayor coherencia y uniformidad a la interpretación de los tratados, reemplazando tratados antiguos por medio de renegociaciones o terminando unilateralmente o por consentimiento mutuo los tratados.

IV. Necesidad de reforma del sistema de SDIE

El incremento de las controversias entre inversionistas y Estados y, en particular, la resolución de dichas controversias por los tribunales arbitrales han dado lugar a críticas del sistema de resolución de controversias basado en los TBI y al reconocimiento de las fallas de los mismos. Por ejemplo, la redacción de las cláusulas con garantías de protección de los inversionistas de los primeros tratados era demasiado amplia, dejando a interpretación de los tribunales cuestiones como el trato justo y equitativo. En resumen, las principales deficiencias sistémicas son preocupaciones de legitimidad, transparencia, falta de coherencia y decisiones erróneas, el sistema de nombramiento de los árbitros y las implicaciones financieras³³.

³¹ Informe Sobre las Inversiones en el Mundo, Reforma de la Gobernanza Internacional en Materia de Inversiones, UNCTAD, Naciones Unidas, 2015.

³² Informe Sobre las Inversiones en el Mundo, Nacionalidad de los Inversores: Retos para la Formulación de Políticas, UNCTAD, Naciones Unidas, 2016.

³³ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2013* de UNCTAD, Naciones Unidas, 2013, p. 20.

Por ello, algunos países empezaron a evaluar volver a redactar sus modelos de TBI para aclarar el alcance y tomar una postura más radical con respecto a las protecciones acordadas a los inversionistas. Asimismo, cada Estado busca, en general, encontrar un equilibrio entre la protección a los inversores extranjeros y la necesidad del Estado de conservar un espacio regulatorio suficiente.

Canadá y Estados Unidos revisaron sus tratados modelos con el fin de aclarar el alcance y significado de las obligaciones contempladas en los tratados³⁴. En 2012 Sudáfrica revocó todos sus TBI por considerar que violaban la constitución³⁵ y limitaban el espacio regulatorio del gobierno³⁶. Entre otras cosas, Sudáfrica llegó a la conclusión que no existía una relación de causalidad ente la firma de TBI y los flujos de inversión extranjera directa³⁷. En 2013 publicó una nueva Ley para la Promoción y Protección de Inversiones confirmando su compromiso hacia un ambiente abierto y transparente para la inversión que apoye el desarrollo sostenible y proteja los derechos humanos³⁸.

Siguiendo esta misma línea, en marzo de 2014, mientras los países vecinos negociaban el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TPP), Indonesia anunciaba su

³⁴ Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>

³⁵ El derecho al arbitraje de los extranjeros era desigual al de los nacionales.

³⁶ Fola Adeleke (2015). *Benchmarking South Africa's Foreign Direct Investment Policy*, South African Institute of International Affairs; ver también Lauge N Skovgaard Poulsen (2014). *Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties*. *International Studies Quarterly*, doi: 10.1111/isqu.12051, pp. 162-191.

³⁷ Xavier Carim (2016). *International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa* en *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*. Edited by Kavaljit Singh and Burghard Ilge. The Netherlands. Both ENDS, p. 60.

³⁸ *Idem*, pp. 61-62.

intención de rescindir sus TBI³⁹. El primer paso fue terminar 17 TBI⁴⁰ y comenzar un proceso de revisión para desarrollar un nuevo tratado modelo, el cual no ha concluido a la fecha⁴¹.

Por su parte, India, uno de los países más demandados en arbitrajes de inversión, inició un proceso de revisión del modelo de TBI en 2013, el cual llegó a un resultado final en 2015 con el fin de reemplazar su tratado modelo de 2003⁴². El nuevo tratado modelo resulta importante para la renegociación de los 83 tratados existentes y para la armonización de las disposiciones de los tratados. A mediados de 2016 India anunció que buscaba rescindir 57 TBI suscritos que habían expirado o estaban a punto de hacerlo.

En Latinoamérica, varios países han sido demandados frecuentemente en arbitrajes de inversión. Argentina, Venezuela, México y Ecuador son de los países con mayor número de casos en el mundo⁴³. Esto ha estimulado el debate sobre la legitimidad del sistema de SDIE y ha llevado a varios Estados latinoamericanos a reconsiderar la necesidad de firmar nuevos tratados y renegociar los tratados en vigor. A pesar que Latinoamérica comparte el mismo sistema jurídico de derecho civil, cada país ha abordado el tema con políticas de inversión diferentes.

El caso de Brasil es muy particular. Siendo el país con mayor IED en la región, es el único país que hasta la fecha no ha ratificado ningún TBI⁴⁴. Sin embargo, recientemente ha cambiado su política de inversión creando un nuevo marco legal para proteger a sus inversores que están

³⁹ 'Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties', Financial Times, 26 de marzo de 2014.

⁴⁰ Entre los TBI terminados por Indonesia se encuentran: Suiza, India, Turquía, Vietnam, Hungría, Camboya, Rumania, Laos, Países Bajos, Italia, Malasia, Francia, China, Eslovaquia, Bulgaria, Egipto y Noruega.

⁴¹ Abdulkadir Jailani (2016). *Indonesia's Perspective on Review of International Investment* en Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices. Edited by Kavaljit Singh and Burghard Ilge. The Netherlands. Both ENDS, pp. 113-127.

⁴² Kavaljit Singh (2016). *An Analysis of India's New Model Bilateral Investment Treaty* en Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices. Edited by Kavaljit Singh and Burghard Ilge. The Netherlands. Both ENDS, pp. 81-100.

⁴³ World Investment Report 2015, *Reforming International Investment Governance*, UNCTAD, United Nations, p. 115.

⁴⁴ Para mayor información sobre los acuerdos firmados y ratificados por Brasil ver Investment Policy Hub UNCTAD, Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#iiaInnerMenu>.

ampliando sus inversiones en el extranjero. En 2015 Brasil comenzó a firmar Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI) con Estados africanos y latinoamericanos⁴⁵. El texto del ACFI incluye ciertas características innovadoras: (i) Mecanismo de prevención de controversias que promueve que las partes lleguen a un acuerdo, estableciendo un comité conjunto para la administración del acuerdo, puntos focales u “ombudsmen” y la posibilidad de recurrir a arbitraje entre los Estados⁴⁶; (ii) excluye cláusulas de Trato Justo y Equitativo y expropiación indirecta; y (iii) contempla la responsabilidad social corporativa, protegiendo el medio ambiente y la salud, entre otros⁴⁷. De este modo, Brasil propone una alternativa enfocada en promover soluciones favorables y relaciones prolongadas entre las partes.

Bolivia⁴⁸ fue el primer país en denunciar el Convenio CIADI en 2007, seguido por Ecuador en 2009 y Venezuela en 2012. Posteriormente, Bolivia denunció los 21 TBI en 2013⁴⁹, en 2014 adoptó una Nueva Ley de Promoción de Inversiones y en 2015 adoptó una nueva Ley de Conciliación y Arbitraje. De conformidad con el nuevo régimen legal, las disputas de inversión serán sometidas bajo la jurisdicción y leyes de Bolivia.

⁴⁵ Martin Dietrich Brauch (2016). *Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements with Mozambique, Angola, and Mexico: A Comparative Overview* en *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*. Edited by Kavaljit Singh and Burghard Ilge. The Netherlands. Both ENDS, pp. 141-153.

⁴⁶ PARTE III - Gobernanza Institucional y Prevención de Controversias, Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones Entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwibjqafpqbQAhVB9YMKHRGhAwgQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Finvestmentpolicyhub.unctad.org%2FDownload%2FTreatyFile%2F4718&usg=AFQjCNGfICQLuNGWzIVUMXkqNG3ly6KLsg>.

⁴⁷ Artículo 13, Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones Entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁸ TBI con Bélgica y Luxemburgo, Ecuador, Perú, Chile, Francia, Rumania, Alemania, Argentina, China, Dinamarca y Gran Bretaña. Entre los que fueron denunciados en sus fechas de vencimiento están los TBI con Países Bajos (2009) y Estados Unidos (2011).

⁴⁹ Cabe aclarar que a pesar de que se revocan los tratados, estos contienen cláusula de supervivencia, por lo que los países siguen estando expuestos a demandas durante un periodo de 10-15 años. El informe de Memoria de Gestión de 2014 de Bolivia dice a este respecto: “No existen los tratados bilaterales de inversión hoy en día; sin embargo, seguimos atados a sus efectos, a las cláusulas, por el mismo principio de pacta sunt servanda, que el Estado lo respeta y lo cumple, pero ya no bajo el sometimiento de estas normas internacionales.” p. 154. Memoria Institucional, Gestión 2014, Procuraduría General del Estado, Estado Plurinacional de Bolivia.

Asimismo, Ecuador declaró inconstitucionales 11 TBI⁵⁰ y en 2015 la *Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones* presentó una conclusión preliminar sobre la legitimidad y legalidad de los tratados recomendando que denunciara los TBI y negociara nuevos instrumentos con base en un nuevo modelo. Consecuentemente, el Estado Ecuatoriano ha decidido denunciar algunos de sus tratados.

En Europa, existen otros tipos de reforma más radicales ante la oposición de Alemania y Francia al sistema de SDIE. El Parlamento Europeo ha propuesto un modelo distinto, con una Corte de arbitraje para sustituir el mecanismo de disputas por un sistema que incluya la apelación y garantice coherencia de las decisiones judiciales. La UE propone énfasis en el mecanismo de designación de los miembros del tribunal arbitral y en sus cualificaciones, y sugiere seguir el modelo del Órgano de Apelación de la OMC. Las modificaciones que propone, buscan garantizar una mayor transparencia, garantizar la interposición de recursos, y la posibilidad de recurrir a “*amicus curiae*”. Esta reforma al sistema de SDIE además ha sido propuesta por la Comisión Europea (CE) para incluirla en el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP, por sus siglas en inglés), la cual está siendo objeto de debate en la opinión pública y ha retrasado la firma del tratado transatlántico.

V. Retos y desafíos

El arbitraje de inversión ha sido y es un medio útil para la solución de las controversias. Sin embargo, se incrementa exponencialmente el número de críticos que acusan al sistema de ser un instrumento para plantear reclamaciones abusivas de parte de los inversores que inhiben a los Estados a adoptar medidas regulatorias legítimas. Es decir, es un sistema bueno en su génesis pero a veces utilizado para fines no tan legítimos, generando desconfianza, particularmente de parte de los Estados.

⁵⁰ En su Artículo 442, dicho texto constitucional determina que no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. 17 TBI se denunciaron bajo las reglas de la Constitución de 2008, aunque todos ellos también mantienen su vigencia, sea por aplicación de la cláusula de remanencia –caso con Finlandia–o bien porque el proceso de denuncia quedó paralizado.

El aumento de controversias relativas a inversiones no ha contribuido a que el arbitraje sea más predecible y aceptado, por el contrario, las decisiones contradictorias y las inconsistencias en algunos laudos han sido objeto de críticas y han puesto en duda la legitimidad del sistema⁵¹.

Por ello, parece que entramos en una nueva era del régimen de inversiones internacionales y en particular, del arbitraje de inversión. El sistema de SDIE está siendo objeto de debate en las negociaciones de los nuevos tratados y hay un llamado a examinar tanto las protecciones sustantivas como procesales. Las críticas deben ser respondidas para que se recupere la confianza en el sistema.

El debate actual, sin duda, tendrá un profundo efecto sobre el contenido de los futuros tratados de protección de la inversión. Algunos de los retos de los próximos años serán: cómo modificar los tratados de inversión actuales, cómo abordar las cláusulas que permanecen vigentes tras la denuncia de los tratados de inversión, cómo sacar el mejor provecho de los nuevos modelos de tratados en las futuras negociaciones.

⁵¹ Catherine Titi (2014). *Investment Arbitration in Latin America the Uncertain Veracity of Preconceived Ideas*. Arb Int'l 30 (2), LCIA.

Implicaciones del *Class Arbitration* en materia de Inversión

Alfredo Muñoz-Ledo Descamps¹

I. Introducción

El 23 de diciembre del año 2001, Rodolfo Rodríguez Saá asumió la presidencia de la República Argentina, señalando en su primer discurso que el Estado argentino cesaría en el pago de la deuda externa, lo cual se reafirmó en enero del siguiente año. Esto fue conocido internacionalmente como el *default* financiero argentino, dejando en suspenso una deuda por alrededor de \$ 140,000,000, 000. 00. Dicha deuda estaba conformada en su mayoría por títulos públicos, siendo la mayoría de los acreedores individuos nacionales e internacionales tenedores de bonos soberanos (Smink).

Lo anterior tuvo como consecuencia que Argentina se convirtiera en el Estado con mayor número de demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI–, siendo uno de los medios legales predilectos para que los acreedores reclamaran la protección de sus derechos crediticios. (Informe CIADI, 2015) Ahora, dicho medio solo estaba al alcance de pocos, ya que una gran cantidad no podían acceder por razones de falta de legitimidad procesal y para otros resultaba económicamente imposible el acceso al CIADI, siendo el valor promedio de un proceso de esta naturaleza de \$ 9,743, 000.00 (Seshuma). En el año 2005, el gobierno de la República Argentina, siendo consciente de lo anterior, emitió una propuesta a los tenedores de bonos a través de la cual buscaba reemplazar los bonos anteriores por nuevos bonos bajo nuevas condiciones, la cual muchos aceptaron.

Un año después de realizada dicha propuesta, un grupo de inversionistas minoritarios insatisfechos por la misma, presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI en contra de la República de Argentina, argumentando que dicho Estado había incumplido sus obligaciones impuestas por el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina e Italia, al no haber respetado sus

¹ Alfredo Muñoz-Ledo Descamps es estudiante de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, certificado en *Global Arbitration Law and Practice* por Hamline University y Queen Mary University of London; certificado en *English Legal Methods, Private International Law y Contract Law* por University of Cambridge, además de haber asistido a varios seminarios de arbitraje en materia comercial y de inversión; entrenador de competencias internacionales de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

derechos crediticios. (Risvas) El proceso arbitral que nació con la aceptación de dicha solicitud, conocido como *Abaclat y Otros v. La República Argentina*, planteaba una inmensurable distinción en relación a cualquier otro caso llevado ante CIADI: por primera vez la parte demandante estaba conformada por 180,000 individuos.²

La enorme cantidad de demandantes fue uno de los puntos más controvertidos dentro del proceso, como fue considerado por el tribunal arbitral correspondiente en su Decisión Sobre la Admisibilidad y Jurisdicción. (*Abaclat y otros c. Argentina*) El punto central del debate era poder determinar la naturaleza del proceso, teniendo que resolver si se estaba frente a una acción masiva –*Mass Claim*– o una acción de clase –*Class Action*–. En la citada Decisión la mayoría del tribunal concluyó que era una acción masiva y no una acción de clase; finalmente el tribunal arbitral se declaró competente para conocer y continuar con el proceso arbitral.

Posteriormente, en *Ambiente Ufficio S.P.A. y Otros v. La República de Argentina*, se retomó el debate sobre las implicaciones de un proceso de esta naturaleza en un arbitraje de inversión. (Strong, 2012) Aquí, en su Decisión Sobre Admisibilidad y Jurisdicción, el tribunal arbitral desestima la posibilidad que dicho proceso sea una *Class Action* o una *Mass Claim*, apartándose del precedente establecido en *Abaclat*, en virtud de la menor cantidad considerable de demandantes, concluyendo que dicho proceso era uno con multiplicidad de partes como muchos otros que se habían dado con anterioridad, excepto que en este caso eran muchos más los demandantes. (*Ambiente Ufficio S. p. A. y otros c. Argentina*) Aunque los tribunales hayan concluido en figuras distintas, ambos concuerdan que la elevada cantidad de sujetos procesales repercutía principalmente en la logística procesal, pero no afectaba el fondo de la controversia.

Estos hechos han abierto la puerta a variados temas de estudio y debate en las esferas profesionales y académicas relacionadas con la materia. (Raviv) El presente artículo tiene como objeto desarrollar uno de estos temas, el cual nace del hecho que los referidos tribunales evitan ahondar en el tema de las acciones de clase en un proceso arbitral ante el CIADI, limitándose a descartar la posibilidad de que sus respectivos procesos fueran catalogados como *Class Actions*,

² Posteriormente, dada una nueva propuesta por el gobierno argentino, el número de demandantes se redujo a 60,000.

dejando cuestiones sin resolver como: ¿Puede el CIADI administrar una *Class Arbitration*?, en caso de poder ¿debería?, y si sí ¿cómo? Es importante encontrar respuestas a estas incógnitas, ya que, al ser los *Class Arbitrations* un tema controvertido a nivel global, tanto los Estados como las instituciones y árbitros en materia de arbitraje de inversión, necesitan conocer las implicaciones que acarrearán este tipo de acciones en un proceso arbitral para poder distinguir cuando se encuentren ante uno y saber cómo lidiar con el mismo.

En virtud de lo anterior, el presente artículo está dividido en tres partes. Una primera en la que se expone brevemente las generalidades de las figuras *Class Action* y *Class Arbitration*, así como la manera en que distintos tribunales e instituciones las han desarrollado. La segunda parte, consta de una enumeración y breve desarrollo de todas las incidencias que pueda conllevar un proceso de esta naturaleza en un arbitraje de inversión; y por último, en la tercera se exponen las conclusiones que del análisis se derivan.

II. *Class Action* y *Class Arbitration*

Antes de continuar es necesario aclarar que, si bien es cierto que en el apartado anterior se utiliza principalmente el término *Class Action*, esto es únicamente en atención a que este fue el término utilizado por los tribunales en sus referidas decisiones, ya que una acción de clase en un arbitraje es conocido como *Class Arbitration*, figura objeto de análisis y desarrollo del presente artículo. De igual manera, para poder entender la figura de *Class Arbitration* y, consecuentemente, sus implicaciones, es necesario establecer qué es una *Class Action* y su posterior introducción en el procedimiento arbitral. En virtud de que ambas figuras nacen y disfrutan de un mayor desarrollo y análisis en el marco legal de los Estados Unidos de América, la siguiente exposición se hará principalmente con base a jurisprudencia y doctrina de dicho país.

La *Class Action*, traducida al español como acción de clase, es un medio procesal a través del cual una o varias personas interponen una demanda en representación de un gran grupo de personas, el cual se conoce como “clase”, en contra de quien haya causado un mismo daño a dicha grupo. Uno de los aspectos más distintivos de esta figura es en relación a las características únicas de su función representativa. A diferencia de un proceso de representación común, aquí

una persona o conjunto de personas representan a un grupo muchísimo mayor de personas, el cual no tiene que estar delimitado con exacta precisión. Además del hecho que los miembros de este grupo pueden no participar dentro del proceso, como tampoco se requiere su anuencia para poder llevarlo a cabo e inclusive hay casos en que ni siquiera saben de la existencia del mismo. (Lamn)

La acción de clase nace en 1938, a través de la promulgación por el Congreso de los Estados Unidos de América de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, creando y regulando las acciones de clase en la Regla 23, adoptando su forma actual tras una revisión en 1966. En cuanto a la necesidad de su creación y regulación, se desprende de las opiniones de La Corte Suprema de los Estados Unidos de América en *United States Parole Comm'n c. Gerghy* y en *General Telephone Co. c. Falcon* que existen varias razones, dentro de las cuales se encuentra proteger los derechos de las personas ausentes en el proceso, pero de igual manera afectadas por el acto reclamado objeto del mismo, facilitar el acceso a tribunales diluyendo el costo económico dentro de los múltiples demandantes, como también por razones de economía procesal para el sistema judicial, entre otras.

Fue la introducción de esta figura en el proceso arbitral lo que dio vida a lo que se conoce como *Class Arbitration*. Un *Class Arbitration* se entiende como un proceso arbitral con todas las características que acarrea una acción de clase. Evidentemente, las implicaciones de una acción de clase dentro de un proceso arbitral son distintas a las que tiene en un proceso judicial, lo que ha llevado a un debate sobre la procedencia de un proceso de esta naturaleza. El foco de la discusión se centra en el aparente conflicto entre los principios de autonomía de la voluntad y relatividad contractual, principios esenciales del arbitraje, contrapuesto a la función representativa de una acción de clase. En otras palabras, si se requiere la sumisión expresa de todas las partes para poder ejercer una acción de clase en un arbitraje o si es suficiente la sumisión a un proceso arbitral para que se posibilite cualquier forma de arbitraje, incluido el *Class Arbitration*. (Haber Kuck & Litt)

Este debate comienza tras la decisión de la Corte Suprema de California en *Keating v. Superior Court* donde concluye procedente la combinación de estos procesos sin necesidad de la

autorización expresa de todas las partes involucradas, utilizando como fundamento las mismas justificaciones desarrolladas por la Corte Suprema de Estados Unidos para la creación y regulación de las acciones de clase. (*Id.*) Esta decisión permitió el crecimiento moderado de este tipo de procesos en el Estado de California, ejemplo que fue seguido posteriormente únicamente por el Estado de Pensilvania. En el sentido contrario, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en *Champ v. Siegel Trading Co.* concluyó que sí era necesaria la anuencia expresa y específica de las partes para poder llevar a cabo un *Class Arbitration*, rindiendo ineficaz a nivel federal las decisiones tomadas por las cortes de California y Pensilvania.

Ante este impase, con la finalidad de armonizar el marco estatal y el federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos entra a conocer el debate en *Green Tree Financial Corp. c. Bazzle*. Habiendo debate incluso entre los miembros de dicha corte, se produjeron cuatro opiniones al respecto. Estas, aunque otorgaban soluciones distintas, acordaban en el hecho que la cuestión debería de ser resuelta por los tribunales arbitrales con base en cada caso y no por las cortes judiciales ni por una regla general. Esta decisión tuvo como consecuencia la proliferación de *Class Arbitrations* a través de todo el país, pero dejó sin resolver el debate. Este auge tuvo como consecuencia el incremento de doctrina y jurisprudencia sobre la materia, como también una regulación procedimental especial por las instituciones arbitrales más grandes del país, como la *American Arbitration Association* y *JAMS*. En el año 2010 esta tendencia cambió radicalmente dada la decisión de la Corte Suprema en *Stolt-Nielsen S.A. c. AnimalFeeds International Corp.*, donde concluyó que es necesario que todas las partes involucradas hayan expresado y específicamente consentido el llevar a cabo un *Class Arbitration*. (Born & Salas)

Ahora bien, fuera del marco legal de los Estados Unidos de América, estas dos figuras han cobrado también relevancia, tanto las acciones de clase como el *Class Arbitration*. (Lamn) Si bien es cierto varios países de América y Europa han adoptado *mutatis mutandi* las acciones de clase, todavía son pocos donde se ha conocido, aceptado o regulado alguna forma de estas acciones en un proceso arbitral. Colombia, a través de la decisión de su Corte Suprema de Justicia en el caso *Valencia v. Bancolombia S.A.*, ha sido uno de los primeros que ha aceptado la procedencia de un *Class Arbitration*, salvo que en este caso no existe representatividad de personas que no sean parte del proceso ni mucho menos que desconozcan del mismo. Por otro

lado, se encuentran países como Canadá, donde la presencia de las acciones de clase es considerable y donde se ha conocido sobre el *Class Arbitration*, mas no se ha llegado a una conclusión sobre la procedencia del mismo. (Haber Kuck & Litt)

En cuanto a las instituciones internacionales, solo la Cámara de Comercio Internacional –CCI– se ha pronunciado al respecto. La Cámara, a través de una declaración de política en el 2005, tomó una postura en contra las acciones de clase y su equivalente en el arbitraje. Ésta considera que se sacrificarían ciertos derechos de ambas partes por querer cubrir una cantidad enorme de involucrados. Asimismo, concluye que este tipo de procesos generan incentivos negativos, ya que se pueden utilizar como un método de chantaje a través de demandas especulativas. La Cámara de Comercio Internacional asimismo estableció que estos procesos podrían tener efectos no deseables en el mercado, como el elevar los costos para las compañías y consecuentemente, los precios para los consumidores. Vale mencionar que esto no implica la prohibición de acciones de clase ante tribunales de arbitraje administrados por la CCI, pero concluye la Cámara que para este tipo de controversias se cuenta ya con procesos con multiplicidad de partes que no acarrearán las consecuencias negativas de una acción de clase. (Freyer & Litt)

III. *Class Arbitration* en materia de Inversiones

En esta segunda parte se expondrán las implicaciones del *Class Arbitration* en materia de inversión. Para efectos prácticos y didácticos, las mismas se dividen en dos clases: extrínsecas e intrínsecas. Las primeras se entienden como todas aquellas pertinentes al proceso en sí, es decir, cuestiones como la admisibilidad y jurisdicción, mientras las segundas comprenden aquellas implicaciones externas al proceso sin resultar ajenas al mismo.

Primero, en cuanto a las implicaciones extrínsecas, unas de las más importantes son aquellas relacionadas con las partes. Por un lado, para la parte demandante implica el acceso a instituciones como CIADI, ya que se diluyen los costos de un proceso oneroso entre todos los individuos. (*Id.*) Por ejemplo, en el caso *Abaclat*, la única forma en que esas 180,000 personas pudieron llevar su controversia ante el CIADI fue uniéndose como demandantes, diluyendo así los costos del proceso. Por otro lado, para el demandado es una espada de doble filo, porque a

través de un solo proceso puede resolver todas sus controversias de la misma naturaleza, evitándose los gastos de futuros procesos, pero esto conlleva que en lugar de tener que litigar contra un demandante, tiene que litigar contra una gran cantidad de sujetos dentro de un mismo proceso, lo que muchas veces afecta la estrategia legal de manera negativa. Por último, para el tribunal e institución arbitral, favorece el principio de economía procesal, es decir, la facultad de poder resolver en un solo proceso algo que podría motivar una gran cantidad de procesos.

Otras implicaciones extrínsecas relacionadas con las partes son aquellas señaladas por la CCI. Como se expuso anteriormente, la Cámara señala que, para poder atender al gran número de demandantes, se dejarían de proteger ciertos derechos de la parte. En consonancia, el tribunal arbitral en *Abaclat* reconoce que tendrá efectos en los derechos procesales de las partes (*Abaclat y otros c. Argentina*, ¶516), pues para poder tratar con la gran cantidad de demandantes es necesario generalizar el trato con estos, dejando cuestiones específicas e individuales de cada sujeto de lado. Hace mención también que esto afectaría el trato con el demandado también, pues debe darse un trato igual a las partes, aunque estén compuestas por distinta cantidad de sujetos. El otro señalamiento que hace la CCI es que este tipo de procesos generan incentivos perversos para que un grupo de personas, abusando de los bajos costos que representa un proceso de esta naturaleza para un grupo, presenten una demanda especulativa y que el demandado, aunque no fuese responsable del acto reclamado, ante la amenaza que supone el poder ser condenado por una cantidad tan alta como las que suelen involucrar las acciones de clase, se ve forzado a transar con los demandantes. (Haber Kuck & Litt)

Las consecuencias de un *Class Arbitration*, aunque ya haya culminado el proceso arbitral, se extienden a la fase de reconocimiento y ejecución de laudo. En el caso en que la parte condenada no cumpla con el laudo final de manera voluntaria, resulta necesario acudir a la vía judicial del Estado correspondiente para poder ejecutar su cumplimiento. Es necesario tomar en cuenta que un Estado, conforme a la Convención de Nueva York (Artículo 5), puede excusarse de la ejecución de un laudo cuando este sea contrario al orden público. Por ello, es preciso determinar si un *Class Arbitration* implicaría algún tipo de contradicción con el orden público de aquel país en que busca ejecutar el laudo, ya que podría declararse inejecutable el laudo por esto, rindiendo ineficaz el proceso arbitral llevado.

Concluyendo con las implicaciones extrínsecas, también tiene que tomarse en cuenta la “crisis” actual del arbitraje de inversión. Esta “crisis” consiste en un movimiento internacional de sustituir los tribunales arbitrales en materia de inversión por cortes internacionales en materia de inversión. Gran parte de este movimiento subyace en el hecho que se considera que se ha abusado de los tratados de inversión para acceder a instituciones como el CIADI, es decir, se sustenta que en muchos casos no existe consentimiento expreso de las partes para llevar a cabo un proceso arbitral per los tribunales han interpretado de manera amplia las protecciones que otorgan los tratados. (Born) La implementación del *Class Arbitration* en materia de inversión podría ahondar estas críticas, ya que a través de este proceso se estaría otorgando legitimidad procesal a personas que no han otorgado su anuencia para participar en el proceso y que muchas veces ni siquiera participan dentro del mismo.

En cuanto a las implicaciones intrínsecas, se comenzará con las relacionadas a la admisibilidad de la materia. La admisibilidad se entiende como la posibilidad de procedencia de una materia en relación a las normas procesales aplicables al respectivo arbitraje. (Waibel) En el caso del CIADI, la cuestión es poder determinar si las normas procedimentales permiten un *Class Arbitration*. En esta clase de procesos, el problema es poder cumplir con el principio de debido proceso y a su vez satisfacer los intereses de cada sujeto, cuando existe una enorme cantidad de los mismos. Por el momento no existe una regla general que solucione este problema, solo podrá ser determinado en cada caso en concreto por el tribunal arbitral, con base en el artículo 44 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados a Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), como así lo estableció el tribunal arbitral en *Abaclat* (*Abaclat y otros c. Argentina*, ¶534). Ahora, en otras instituciones o tribunales ad hoc, las implicaciones en relación de la admisibilidad variaran dependiendo de sus reglas procedimentales.

La jurisdicción se entiende como la competencia que tiene el tribunal arbitral para conocer sobre una controversia. Dicha jurisdicción se divide en *ratione personae* y *ratione materiae*. En razón de las personas involucradas (Al Sharmani), un *Class Arbitration* acarrea una implicación fundamental, el poder determinar si un tribunal de arbitraje de inversión es competente para

conocer de una controversia cuando la parte demandante está conformada, entre otras, por personas que no participan en el proceso y por personas que nunca acordaron someterse a un proceso arbitral. Puede concluirse de la consideración sobre jurisdicción que han hechos los tribunales arbitrales del CIADI³ que en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, es absolutamente necesario que todas las partes involucradas otorguen su consentimiento. De esto se puede concluir que un tribunal arbitral no tiene competencia en razón de las personas en un *Class Arbitration*. En cuanto a la jurisdicción en razón de la materia, parece no haber implicación relevante alguna (Escobar).

Por último, existe un debate sobre si un *Class Arbitration* puede incidir sobre la naturaleza del proceso en sí. Por un lado, es argumentable que sí modifica la naturaleza, ya que implica dar prevalencia a la función de representatividad sobre el principio de autonomía de voluntad de las partes y el principio de relatividad contractual, como también el gran número de sujetos afecta las características de celeridad y confidencialidad pertinentes a un proceso arbitral.⁴ En realidad, esta postura se ve mermada en el arbitraje de inversión, donde los procesos se caracterizan por ser mucho más largos que en materia comercial y donde predomina el principio de transparencia sobre la confidencialidad en miras del interés público. Por otro lado, se sostiene que no afecta la naturaleza, ya que conlleva las mismas consecuencias que otros procesos con multiplicidad de partes. Es decir, en aras de la protección de los derechos de la “masa”, se estima el principio de autonomía de la voluntad en conjunto con otros principios como el del debido proceso y justicia efectiva. (Strong, 2012)

IV. Conclusiones

Con base en todo lo anterior, puede llegarse a varias conclusiones. Primero, que la implicación del *Class Arbitration* más importante es la relacionada con la jurisdicción *ratione personae*. La única manera en la que se debería entender procedente esta clase de proceso es cuando todas las

³ En *Abacat*, *Ufficio* y *Giovanni* se desestima la posibilidad que los respectivos procesos sean llevados a través de una acción de clase dado que existe una aceptación y sumisión de cada uno de los sujetos para que se lleve a cabo el proceso arbitral.

⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos de América es la mayor exponente de esta tendencia, como se aprecia en *Stolt-Nielsen*.

partes involucradas hayan otorgado su anuencia expresa y específica en la materia. Es decir, se estaría modificando la figura en su versión estadounidense, eliminando la posibilidad de representación de un grupo que no esté perfectamente delimitado y/o cuyos integrantes no hayan consentido al proceso de manera individual. De esta forma se cumple con el principio de autonomía de la voluntad de las partes y, a su vez, se puede disfrutar de las ventajas que conlleva este tipo de proceso. De igual manera, esto resuelve las implicaciones negativas relacionadas con las partes, ya que si estas, conscientes de las consecuencias de su decisión, han acordado llevar este tipo de proceso, entonces no existe problemática alguna.

Segundo, es necesario que las instituciones se pronuncien al respecto. Las implicaciones relacionadas a la admisibilidad y a la generación de incentivos perversos solo pueden ser subsanadas por estas, sea ya, permitiéndolo o no. En caso de permitir las, es necesario crear e implementar medios procedimentales especiales, para poder establecer un balance entre el debido proceso y los intereses de los sujetos procesales. Con la misma implementación de reglas claras y acuciosas puede llegar a prevenirse la presentación de demandas especulativas que pretendan daño para alguna de las partes y que demeriten esta clase de procesos.⁵ Por último, también es necesario que los Estados hagan lo mismo, para poder determinar sobre la ejecutabilidad de un laudo emitido en un *Class Arbitration* dentro de un marco legal en específico.

⁵ Países como Alemania y España han adoptado normas procesales, bastante específicas y en armonía con su sistema legal, para regular el *Class Arbitration* (Strong, 2014).

V. Bibliografía

Artículos y publicaciones

- Born, G. & Salas, C. (2012). “The United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors”. *Journal of Dispute Resolution*. [En línea]. Disponible en https://wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/Born_Salas_final_proof_S12.pdf
- Freyer, D. H. & Litt, G. A. (2009). “Desirability of International Class Arbitration”. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers*, pp. 171-181. [En línea]. Disponible en https://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications2487_0.pdf
- Raviv, A. (2014). “ITA-ASIL 2014: Mass and Class Claims in Arbitration”. *Kluwer Arbitration Blog*. [En línea]. Disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/04/22/ita-asil-conference-mass-and-class-claims-in-arbitration>
- Risvas, M. (2012). “Argentina’s Sovereign Debt Default Cases: Some Recent Developments in a Continuing Saga”. *Blog of the European Journal of International Law*. [En línea]. Disponible en <http://www.ejiltalk.org/argentinas-sovereign-debt-default-cases-some-recent-developments-in-a-continuing-saga>
- Seshuma, D. J. (2015). “Mass Claims in Investment Arbitration – The Need of the Hour”. *Kluwer Arbitration Blog*. [En línea]. Disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/03/04/mass-claims-in-investment-arbitration-the-need-of-the-hour>
- Smink, V. (2011). “A diez años del 'default': ¿cuánto sigue debiendo Argentina?”. *BBC Mundo*. [En línea]. Disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/12/111222_argentina_default_una_decada_de_spues_vs.shtml
- Strong, S. I. (2012). “Does Class Arbitration “Change the Nature” of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T, and a Return to First Principles”. *Harvard Negotiation Law Review*. [En

línea]. Disponible en <https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw201-2721.pdf>

- Strong, S. I. (2014) “The Future of Class, Mass, and Collective Arbitration”. Kluwer Arbitration Blog. [En línea]. Disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/05/22/the-future-of-class-mass-and-collective-arbitration/>
- Waibel, M. (2014). “Investment arbitration: jurisdiction and admissibility”. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 9/2014*. [En línea]. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2391789>

Libros

- Haber Kuck, L. & Litt, G. A. (2012). “International Class Arbitration”. *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions Around the Globe*, pp. 700–720.

Jurisprudencia

- *Abaclat et al. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (August 4, 2011).
- *Ambiente Ufficio S. p. A. et al. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility (February 8, 2013).

Otros documentos

- Lamn, C. B. (2014). “*The Future of Large-Scale Claims in Investment Treaty Arbitration ITA-ASIL Conference: Mass and Class Claims in Arbitration*”. *Legal Information Institute, Cornell University Law School*. [En línea]. Disponible en https://www.law.cornell.edu/wex/class_action
- Informe Anual sobre las actividades del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2015).

Convenios internacionales

- Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington, 1965).
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

Las Nulidades De Los Laudos Más Grandes De La Historia

Cristina Viteri¹

I. Introducción

Durante los años 2012 y 2014, se emitieron los laudos arbitrales más grandes de la historia. Con ellos, se desataron una serie de artículos de opinión y eventos para galardonar a los abogados acreedores de tan eminentes decisiones. No obstante, la historia no concluyó con las premiaciones. Posteriormente a su emisión, dichos laudos fueron sometidos a revisión en los procesos de nulidad, en los cuales algunos de los argumentos legales sobre los cuales se erigieron los trofeos, fueron plenamente desvirtuados.

Este artículo tiene como objetivo proveer al lector una breve historia de los sucesos detrás de los casos, de los procesos de nulidad y de cuáles son las lecciones que nos dejan después de que los laudos han sido sometidos a análisis y escrutinio de las instancias de revisión y del público en general.

II. El Caso “Oxy”

El 5 de octubre de 2012, las compañías Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company (“Oxy”), prevalecieron sobre la República del Ecuador en el proceso arbitral instaurado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), en aplicación del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre la República del Ecuador y Estados Unidos de América (“TBI”).²

La demanda versó sobre la terminación del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, mediante la emisión de un Decreto de Caducidad por parte del

¹ Cristina Viteri es asesora del Procurador General del Estado de la República del Ecuador. LLM en Resolución de Disputas Internacionales del MIDS (The Geneva LL.M. in International Dispute Settlement) y Abogada con especialización en Relaciones Internacionales, de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Contacto: cviteri@pge.gob.ec

² Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Laudo, ¶876.

Ministro de Energía y Minas de la República del Ecuador.³ El referido decreto se emitió como sanción a la compañía, en aplicación de la ley ecuatoriana, por la transferencia del 40% de sus participaciones a AEC (quien posteriormente vendió su participación a la empresa china Andes), sin autorización de la autoridad competente.⁴

Según las Demandantes, la declaratoria de caducidad se emitió en violación de las obligaciones del Estado contenidas en el TBI, en el Contrato de Participación y en el derecho ecuatoriano, pues en su opinión, el decreto “(...) se dictó en el afán de encontrar una excusa para llegar a la decisión predeterminada de expulsar a [Oxy] de Ecuador”.⁵ Asimismo, calificaron a la medida como injusta, arbitraria, discriminatoria y desproporcionada.⁶

El Tribunal designado para resolver esta disputa estaba compuesto por Yves Fortier, David A.R. Williams y Brigitte Stern.⁷ En la etapa de jurisdicción, la República del Ecuador señaló que el Tribunal no podía asumir competencia sobre el 40% de la participación de un inversionista chino.⁸ Lastimosamente, el argumento de la República de Ecuador fue rechazado por el Tribunal.⁹

³ Id., ¶201

⁴ Id., ¶213

⁵ Id., ¶201

⁶ Id., ¶206

⁷ Cheng, T & Bento, L. (2012). ICSID's Largest Award in History: An Overview of Occidental Petroleum Corporation v the Republic of Ecuador, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>

⁸ Réplica del Ecuador al Informe de Oxy en Contestación a la Solicitud del Tribunal, 6 de octubre de 2011, párrafos 27-28, (“Finalmente, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre Andes y su interés del 40% en el Bloque 15, y podrá únicamente otorgar daños y perjuicios a los Demandantes equivalentes a 60% del FMV del Bloque 1537. Vale la pena enfatizar que el acuerdo con Andes prevé que los Demandantes deberían dar a Andes 40% del monto fijado “por cualquier Laudo Arbitral” rendido en su favor. Los Demandantes no pueden representar a Andes en este arbitraje. El acuerdo con Andes no puede ser un medio para esquivar la falta de jurisdicción de este Tribunal sobre AEC/Andes y su 405% de interés en el Bloque 15”).

⁹ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decisión de Jurisdicción, ¶97.

Después de aproximadamente 6 años de litigio, el Tribunal condenó a la República del Ecuador por la violación de los artículos II.3(a) y III.1 del TBI, al no haber proporcionado trato justo y equitativo, trato mínimo conforme al derecho internacional y al expropiar indirectamente la inversión.¹⁰ En el cálculo de daños, el Tribunal Arbitral le otorgó a las Demandantes una indemnización por US\$1.769.625.000 millones de dólares.¹¹

La Profesora Brigitte Stern emitió una opinión disidente en varios aspectos, uno de los cuales se refería expresamente a la objeción a la jurisdicción planteada por la República del Ecuador. En su opinión, la árbitro designada por la autoridad nominadora manifestó que “(...) el más grave [error del Tribunal], es el manifiesto exceso de poder del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no solo no era parte del arbitraje sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino (...)”.¹²

Con base en este y otros argumentos, la República del Ecuador procedió a plantear una solicitud para anular el laudo ante el CIADI y detener su ejecución.¹³

En una de las audiencias que se llevó a cabo mientras se sustanciaba el proceso de nulidad, el Procurador General del Estado manifestó que “Ecuador estaba esperando recibir una decisión (...) fundada en derecho y, en su lugar, recibió una decisión tomada por árbitros que, (...) en una manifiesta extralimitación de sus facultades y dando razones incomprensibles o contradictorias, (...) olvidaron el régimen de Derecho, e impusieron su noción, totalmente caprichosa de justicia.”¹⁴ A su vez, solicitó al Comité poner especial atención a lo establecido en el párrafo 348 del laudo, en el cual el Tribunal señaló que no hubo indicios de mala fe, imprudencia o

¹⁰ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Laudo, ¶876

¹¹ Id.

¹² Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Opinión Disidente de la Profesora Brigitte Stern, ¶5

¹³ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decisión Sobre Anulación Del Laudo, ¶29

¹⁴ García Carrión, D. (2014). Caso Oxy: Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano, Procuraduría General del Estado, pág 46.

negligencia por parte de las Demandante, puesto que se trataba de “hombres de negocios, petroleros experimentados, para quienes los detalles legales no eran tan importantes como las realidades comerciales del negocio.”¹⁵ En su perspectiva, una manifestación de ese tipo es inaceptable por parte de un Tribunal que debió haber decidido en derecho.¹⁶

El 2 de noviembre de 2015, el Tribunal acogió lo manifestado por la defensa del Ecuador, puesto que prevaleció parcialmente en el proceso de nulidad planteado.¹⁷ Después de aproximadamente tres años, el Comité designado por el CIADI estableció que el Tribunal Arbitral se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando asumió competencia sobre la inversión, cuyo titular beneficiario ahora es el inversionista chino Andes (y antes la compañía bermudeña AEC).¹⁸

La decisión del Comité de Anulación, compuesto por Juan Fernández-Armesto, Florentino Feliciano y Rodrigo Oreamuno, significó la disminución de la condena de la República del Ecuador de USD\$ 1.700 millones a USD\$ 1.000 millones de dólares, aproximadamente.¹⁹

La última vez que se anuló un laudo ante el Centro fue en el año 2010.²⁰ La decisión emitida por el Comité muestra, en cierto sentido, el valor otorgado a la opinión disidente del caso, puesto que se remite y coincide con la Profesora Stern en determinados razonamientos.²¹

¹⁵ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Laudo, ¶348

¹⁶ García Carrión, D. (2014). Caso Oxy: Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano, Procuraduría General del Estado, pág 46

¹⁷ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decisión Sobre Anulación Del Laudo, ¶585

¹⁸ Id., ¶590

¹⁹ Id., ¶586

²⁰ Páez-Salgado, D. (2015). Occidental v Ecuador: Partial annulment decision upholds the State’s liability, *Kluwer* Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/21/occidental-v-ecuador-partial-annulment-decision-upholds-the-states-liability/>

²¹ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decisión Sobre Anulación Del Laudo, ¶151.

En su decisión, el Comité determinó que “al indemnizar a un inversor protegido por una inversión cuyo titular beneficiario es un inversor no protegido, el Tribunal ha extendido de modo ilícito el alcance de su competencia y ha extralimitado sus facultades.”²² La causal de nulidad contenida en el Art. 52(1)(b) del Convenio, se verificó plenamente y en aplicación del Artículo 52(3) del mismo, el Tribunal procedió con la anulación parcial.²³

III. El Caso “Yukos”

El 18 de julio de 2014, las compañías Hulley Enterprises Limited, Yukos Universal Limited y Veteran Petroleum Limited, prevalecieron sobre la Federación Rusa en tres procesos arbitrales administrados bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976 (“Reglas CNUDMI”) y el Tratado Sobre la Carta de la Energía de 1994 (“TCE”).²⁴ Las Demandantes en estos procesos fueron las accionistas mayoritarias de Yukos Oil Corporation OJSC (“Yukos”), considerada en su momento como la compañía petrolera más grande de la Rusia postsoviética.²⁵

Las demandas tenían como base una serie de medidas ejecutadas por Rusia que, en última instancia, ocasionaron la quiebra de Yukos en agosto de 2006.²⁶ Según las Demandantes, las medidas implementadas por el Gobierno tenían motivaciones políticas y fueron ejecutadas con el propósito de destruir a Yukos.²⁷ Entre ellas, estaban los varios procesos judiciales iniciados en

²² Id., ¶266

²³ Id., ¶¶267-269

²⁴ Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, y Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 228.

²⁵ Weiniger, M. & Hughes, T. (2014). The largest Arbitration Awards in history: Three Majority shareholders in Yukos awarded total damages of over \$50bn from the Russian Federation, Herbert Smithh Freehills Arbitration Notes. Retrieved from <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/08/14/the-largest-arbitration-awards-in-history-three-majority-shareholders-in-yukos-awarded-total-damages-of-over-50bn-from-the-russian-federation-2/>

²⁶ Id.

²⁷ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Laudo, ¶20

contra de la compañía y de sus administradores, en los cuales se los condenó a prisión por fraude, malversación, falsificación y evasión de impuestos.²⁸

Las demandas se presentaron separadamente y no fueron consolidadas, pero las partes designaron a los mismos árbitros en cada uno de los Tribunales, los cuales se encontraban compuestos por Yves Fortier, Charles Poncet and Stephen Schwebel.²⁹

En la etapa de jurisdicción, la Federación Rusa impugnó la competencia del Tribunal Arbitral para conocer las reclamaciones presentadas con base en el TCE, puesto que firmó pero nunca ratificó dicho instrumento.³⁰ A su vez, señaló que los últimos beneficiarios de las compañías Demandantes eran nacionales rusos, por lo tanto, no podían estar amparados bajo la protección del TCE.³¹ Estos argumentos fueron rechazados mediante la decisión preliminar de jurisdicción de 30 de noviembre de 2009.³²

En las palabras de uno de los abogados representantes de Yukos, el proceso duró “10 años, 37 días de audiencias, 6,500 páginas de escritos, 11.000 pruebas y 3.300 páginas de transcripciones de audiencias”.³³ En las decisiones emitidas en el caso, se determinó que la Federación Rusa no había expropiado Yukos de manera explícita, pero que las medidas tomadas tenían un efecto equivalente a nacionalización o expropiación, en violación del Artículo 13 del ECT.³⁴

²⁸ Id., ¶¶81-87

²⁹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, y *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228.

³⁰ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, *Laudo Interino de Jurisdicción y Admisibilidad*, ¶37

³¹ Id., ¶42

³² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, *Laudo Interino de Jurisdicción y Admisibilidad*, ¶¶394-395.

³³ Simkin, Sh. (2015). *The Yukos settlement: an insider's view into the largest arbitration award in history*, *Harvard Law Today*, Retrieved from <http://today.law.harvard.edu/the-yukos-settlement-an-insiders-view-into-the-largest-arbitration-award-in-history>.

³⁴ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, *Laudo*, ¶1580.

Adicionalmente, los árbitros determinaron que la serie de medidas tomadas por el Estado anfitrión estaban vinculadas al Presidente de Rusia, Vladimir Putin.³⁵

Además de imponer la condena más alta en la historia del arbitraje, por el monto de USD\$ 50 mil millones, el Tribunal dispuso que la Demandada pague los costos de los procesos (€ 4.2 millones de euros) y los costos de representación (US\$ 60 millones de dólares).³⁶

Después de la emisión de los laudos, se iniciaron varios procesos de ejecución en distintos países, incluidos Francia, Bélgica, Alemania, Reino Unido e India, y el proceso de nulidad en la sede del proceso arbitral.³⁷

En la audiencia llevada a cabo el 9 de febrero de 2016, en el proceso de nulidad ante la Corte Distrital de La Haya, en una intervención que duró aproximadamente 90 minutos, Jan Van den Berg - representante de la Federación Rusa - le manifestó a los tres jueces holandeses que los árbitros en casos relacionados al colapso de Yukos, han probado estar “ansiosos – demasiado ansiosos” de asumir jurisdicción.³⁸ Tal afirmación la ejemplificó con los procesos paralelos a Yukos, en los que “los laudos arbitrales, de árbitros igualmente eminentes, (...) fueron anulados por sus colegas en Suecia debido a la falta de (...) jurisdicción”.³⁹

³⁵ Id., ¶1480.

³⁶ Id., ¶1887.

³⁷ En Francia y Bélgica se han congelado aproximadamente mil millones de dólares en activos de Rusia. No obstante, las cortes francesas han rechazado los pedidos de ejecución, los cuales se encuentran en etapa de apelación. Knowles, B., Moyeed, K. & Lamprou, N. (2016). The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/13/the-us50-billion-yukos-award-overturned-enforcement-becomes-a-game-of-russian-roulette/>

³⁸ Ross, A. (2016). Dutch lawyers face off over Yukos, *Global Arbitration Review*. Retrieved from <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20-%20NEWS/Dutch-lawyers-face-off-over-Yukos-GAR.pdf>

³⁹ Id.; Bendictsson, J. & Liebkind, A. (2016). Swedish Appeal Court rules that arbitral tribunal should not have heard Yukos claims, *Global Arbitration News*. Retrieved from <http://globalarbitrationnews.com/swedish-appeal-court-rules-that-arbitral-tribunal-should-not-have-heard-yukos-claims-20160215/>

Sobre el rol de los árbitros, Van den Berg señaló que la delegación de trabajo a Martin Valasek, asistente del Tribunal, también constituía una causal de nulidad, debido a que los árbitros no cumplieron con su mandato.⁴⁰ Valasek, que en principio tenía simplemente un rol administrativo y logístico, dedicó más de 3.000 horas al caso y facturó más de €1 millón de euros por los servicios prestados.⁴¹

El 20 de abril del 2016, la Federación Rusia prevaleció en el proceso de nulidad planteado en contra de los laudos emitidos en el caso Yukos.⁴² La Corte Distrital de La Haya los anuló debido a que el Tribunal arbitral no tenía la facultad de asumir competencia con base en el TCE, en virtud de que la Federación Rusa nunca habría ratificado el instrumento.⁴³

Pese a que el segundo argumento presentado por el abogado de la Federación Rusa fue rechazado, ésta es la primera vez en 20 años que la Corte de La Haya anula un laudo arbitral.⁴⁴ En su análisis, determinó que la disposición contenida en el Artículo 45 del TCE sobre aplicación provisional pendiente a la entrada en vigor del tratado, requiere que “no sea inconsistente con su Constitución, leyes o regulaciones”.⁴⁵ En el caso en cuestión, la realización de un arbitraje de tal naturaleza, bajo el Artículo 26 del TCE, era contrario a la ley rusa.⁴⁶ Por

⁴⁰ The Russian Federation vs. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, Cases C/09/477160/ HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 and C/09/481619 / HA ZA 15-112, The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, The Russian Federation Writ of Summons, ¶¶15(b), 21(c), 363(3), 509).

⁴¹ The Russian Federation vs. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, Cases C/09/477160/ HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 and C/09/481619 / HA ZA 15-112, The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, Hearing transcript, Pleading Notes Prof. AJ. Van Den Verg, 9 February 2016, ¶106. Retrieved from <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20-%20NEWS/Dutch-lawyers-face-off-over-Yukos-GAR.pdf>

⁴² The Russian Federation vs. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, Cases C/09/477160/ HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 and C/09/481619 / HA ZA 15-112, The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, Judgment, 20 April 2016, §6.

⁴³ Id., §595.

⁴⁴ Knowles, B., Moyeed, K. & Lamprou, N. (2016). The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/13/the-us50-billion-yukos-award-overturned-enforcement-becomes-a-game-of-russian-roulette/>

⁴⁵ Unknown (2016). Arbitration awards on multi-billion claims against Russia quashed, *Rechtspraak*. Retrieved from <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>

consiguiente, debido a la falta de un acuerdo arbitral válido, el Tribunal estaba impedido de ejercer jurisdicción.

IV. Lecciones que nos dejan las nulidades de los laudos más grandes de la historia

Como se establece en párrafos anteriores, los laudos emitidos en los casos Oxy y Yukos son los más grandes de la historia del arbitraje. Por tal motivo, dichas decisiones no podían pasar desapercibidas por los denominados “comerciantes del reconocimiento”,⁴⁷ quienes dieron la pauta para la realización de una serie de eventos y premiaciones.

En el año 2012, la revista *The Global Lawyer* declaró el empate en la categoría abogado del año, entre David W. Rivkin de Debevoise & Plimpton, por su victoria en Oxy, y Henry Weisburg de Shearman & Sterling, por prevalecer en el caso “The Dow Chemical Company's ICC feud with Kuwait.”⁴⁸ Para la revista, fue una difícil labor decidir entre un laudo CIADI y un laudo CCI, ambos con cuantías muy altas.⁴⁹

En la entrevista realizada a David Rivkin, el abogado recordó que “(...) estaba arreglando una tubería en el sótano de su casa, cuando Ecuador envió sus tropas, el 15 de mayo de 2006 [con la declaratoria de caducidad]. Pero él y el teniente Gaetan Verhoosel (...) tuvieron una demanda ante el CIADI lista en sus computadores, la cual fue presentada en 48 horas.”⁵⁰ Además de presumir acerca de la apresurada elaboración de la demanda, afirmó que los laudos CIADI son más difíciles de obtener que los laudos CCI.⁵¹

En relación a Yukos, en el 2015, el Global Arbitration Review (“GAR”) galardonó a los profesionales más destacados en la materia.⁵² En dicho evento, Shearman & Sterling acudió al podio en tres ocasiones para recibir variados premios, entre ellos el galardón por su victoria en el

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Gaillard, E. (2015), *Sociology of international arbitration*, Oxford University Press.

⁴⁸ Goldhaber, M. (2012). *The Global Lawyer: The 2012 Global Lawyers of the Year*, *The American Lawyer*.

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Goldhaber, M. (2012). *The Global Lawyer: The 2012 Global Lawyers of the Year*, *The American Lawyer*.

⁵¹ Id.

⁵² Ross, A. (2016). GAR Awards 2015 – the winners, *Global Arbitration Review*. Retrieved from http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/News/2015/03/26214_GAR_awards_the_winners.pdf

caso Yukos.⁵³ El mismo año, la Universidad de Harvard llevó a cabo una charla sobre el caso, con la participación del equipo de defensa de Yukos.⁵⁴

Durante la intervención de Yas Bonifatemi, la abogada manifestó que en la primera audiencia, en la que se discutió si la Federación Rusa estaba obligada por el TCE, “todos les decían que estaban locos en iniciar una acción en contra de Rusia basada en un Tratado no ratificado.”⁵⁵ No obstante, el equipo de defensa de Yukos se encontraba confiado de su argumento.⁵⁶

De los ejemplos señalados, se puede observar que los abogados en el medio se reunieron a discutir y elogiar los laudos que, posteriormente, serían anulados. En contra de las apuestas, la Corte Distrital de La Haya falló a favor del considerado *enfat terrible* del mundo Occidental y el Comité de Anulación CIADI, aceptó parcialmente los argumentos presentados por uno de los pocos países que ha denunciado la Convención.⁵⁷

Al igual que los laudos, las nulidades también deberían llamar la atención de los críticos e incluso, ser acreedoras a premios en el marco de los avances y logros conseguidos en el sistema arbitral. Del análisis de las mismas, es posible deducir lo siguiente:

- (i). Tanto en Yukos como en Oxy, el presidente del Tribunal Arbitral fue el árbitro canadiense Yves Fortier, reconocido como uno de los mejores árbitros en el mundo, quien en los últimos 20 años ha servido como presidente o árbitro designado por las partes en más de 100 procesos arbitrales internacionales.⁵⁸

⁵³ Id.

⁵⁴ Shona, S. (2015). The Yukos settlement: an insider’s view into the largest arbitration award in history, *Harvard Law Today*. Retrieved from <http://today.law.harvard.edu/the-yukos-settlement-an-insiders-view-into-the-largest-arbitration-award-in-history/>

⁵⁵ Id. (“Everyone told us we were insane to start an action against Russia based on a non-ratified treaty. We were comfortable, because this was a treaty-law mechanism that is provided for in the Vienna convention on the law of treaties, and it is also a treaty mechanism under Russian law. So we had to argue that both international law and Russian law ensure that the provisional application treaty is accepted.”)

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Albert, F. (2016). Surprise, surprise: the setting aside of the Yukos awards, Thomson Reuters. Retrieved from <http://arbitrationblog.practicallaw.com/surprise-surprise-the-setting-aside-of-the-yukos-awards/>

- (ii). Solamente existen dos precedentes en los que se ha pretendido la aplicación provisional del TCE a un conflicto que vincule una parte no ratificante.⁵⁹ Curiosamente, en ambos casos la respuesta ha sido favorable y los tribunales han sido presididos por Ives Fortier.⁶⁰
- (iii). Los tribunales en ambos procesos aplicaron la doctrina de culpa compartida, estableciendo de manera discrecional que las Demandantes habían contribuido en un 25% al perjuicio sufrido por las acciones de los Estados anfitriones de la inversión.⁶¹
- (iv). Las decisiones emitidas en los procesos de nulidad, tienen como base la ausencia de consentimiento que constituye, como se ha manifestado reiteradamente en el marco del sistema internacional de diferencias, la piedra angular del arbitraje.

Como se desprende de la serie de artículos redactados en homenaje a los laudos más grandes de la historia, la obtención de indemnizaciones millonarias en los procesos arbitrales es uno de los factores por los cuales los abogados son galardonados en los torneos de reconocimiento. Sin embargo, en los ejemplos antes descritos, los trofeos se entregaron de manera anticipada, sin que se resuelvan los pedidos de nulidad.

Para precautelar el sistema, es fundamental ser más cautos en la apreciación de los argumentos presentados ante los tribunales y llevar a cabo un análisis objetivo de los resultados obtenidos en los procesos. Los abogados no deberían dejarse deslumbrar por los montos reclamados y obtenidos.

En los casos descritos, mientras los abogados recibían elogios y galardones por sus aportes al derecho internacional, las partes en los procesos obtuvieron “justicia” con décadas de retraso. Al

⁵⁸ Yves Fortier profile, *Arbitration Place*. Retrieved from <http://www.arbitrationplace.com/our-people/member-arbitrators/yves-fortier/>

⁵⁹ Albert, F. (2016). Surprise, surprise: the setting aside of the Yukos awards, Thomson Reuters. Retrieved from <http://arbitrationblog.practicallaw.com/surprise-surprise-the-setting-aside-of-the-yukos-awards/>

⁶⁰ Id.

⁶¹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Laudo, ¶1637

respecto, se ha manifestado indistintamente en el análisis de la justicia ordinaria y arbitral que, independientemente del resultado de un proceso, “justicia retrasada es justicia denegada”.⁶²

Según Emmanuelle Gaillard, “las partes probablemente son la categoría social que se siente más descuidada en el arbitraje contemporáneo”.⁶³ En su artículo denominado *Sociology of International Arbitration*, asevera que las partes han manifestado que “el arbitraje, como institución, ha evolucionado sin tomar en cuenta sus necesidades y preocupaciones primarias”.⁶⁴ Seguramente, las partes en los procesos Oxy y Yukos están de acuerdo con tal afirmación, puesto que ambos tuvieron una larga duración y representaron pequeñas fortunas en gastos.

Tomando en consideración lo dicho por el abogado de Oxy en el Artículo de *The Global Lawyer*, tal vez era necesario que, en lugar de presentar una demanda en 48 horas, se establezca con absoluta claridad quienes podían estar amparados bajo la protección del TBI. En relación a Yukos, es necesario preguntarse si es digno de admiración situar en el asiento de presidente, a un árbitro que sin lugar a dudas daría aceptación a la teoría planteada por la demandante, por más descabellada que pareciera.

En los casos descritos el sistema arbitral no proporcionó un mecanismo más expedito y efectivo, en aplicación de los intereses de las partes. Las premiaciones se realizaron de manera apresurada, sin tomar en consideración las instancias de revisión. Por lo tanto, en futuras ocasiones estos factores deberían ser tomados en consideración, puesto que el sistema propende a la creación de ídolos de barro.

Sin adelantarnos a emitir conclusiones apresuradas, en el supuesto de que la decisión emitida por la Corte Distrital de La Haya se llegue a ratificar en las subsecuentes instancias, sería el sistema judicial el que establezca de manera correcta la extensión del ámbito de aplicación del convenio arbitral y se lleve el galardón.

⁶² Knowles, B., Moyeed, K. & Lamprou, N. (2016). The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/13/the-us50-billion-yukos-award-overturned-enforcement-becomes-a-game-of-russian-roulette/>

⁶³ Gaillard, E. (2015), *Sociology of international arbitration*, Oxford University Press.

⁶⁴ Id.

V. Bibliografía

Libros

- Gaillard, E. (2015), *Sociology of international arbitration*, *Oxford University Press*.
- García Carrión, D. (2014). *Caso Oxy: Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano*, Procuraduría General del Estado.
- Goldhaber, M. (2012). *The Global Lawyer: The 2012 Global Lawyers of the Year*, *The American Lawyer*.

Documentos de página web

- Albert, F. (2016). *Surprise, surprise: the setting aside of the Yukos awards*, Thomson Reuters. Retrieved from <http://arbitrationblog.practicallaw.com/surprise-surprise-the-setting-aside-of-the-yukos-awards/>
- Bendictsson, J. & Liebkind, A. (2016). *Swedish Appeal Court rules that arbitral tribunal should not have heard Yukos claims*, *Global Arbitration News*. Retrieved from <http://globalarbitrationnews.com/swedish-appeal-court-rules-that-arbitral-tribunal-should-not-have-heard-yukos-claims-20160215/>
- Cheng, T & Bento, L. (2012). *ICSID's Largest Award in History: An Overview of Occidental Petroleum Corporation v the Republic of Ecuador*, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>
- Knowles, B., Moyeed, K. & Lamprou, N. (2016). *The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette*, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/13/the-us50-billion-yukos-award-overturned-enforcement-becomes-a-game-of-russian-roulette/>
- Páez-Salgado, D. (2015). *Occidental v Ecuador: Partial annulment decision upholds the State's liability*, *Kluwer*. Retrieved from <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/21/occidental-v-ecuador-partial-annulment-decision-upholds-the-states-liability/>

- Ross, A. (2016). Dutch lawyers face off over Yukos, *Global Arbitration Review*. Retrieved from <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20-%20NEWS/Dutch-lawyers-face-off-over-Yukos-GAR.pdf>
- Shona, S. (2015). The Yukos settlement: an insider's view into the largest arbitration award in history, *Harvard Law Today*. Retrieved from <http://today.law.harvard.edu/the-yukos-settlement-an-insiders-view-into-the-largest-arbitration-award-in-history/>
- Simkin, Sh. (2015). The Yukos settlement: an insider's view into the largest arbitration award in history, *Harvard Law Today*, Retrieved from <http://today.law.harvard.edu/the-yukos-settlement-an-insiders-view-into-the-largest-arbitration-award-in-history>
- The Hague District Court, Cause-list numbers: 477160 2015/1; 477162 2015/2; 481619 2015/112, Hearing, Pleading Notes Prof. AJ. Van Den Verg, 9 February 2016, ¶106. Retrieved from <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20-%20NEWS/Dutch-lawyers-face-off-over-Yukos-GAR.pdf>
- Unknown (2016). Arbitration awards on multi-billion claims against Russia quashed, *Rechtspraak*. Retrieved from <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>
- Weiniger, M. & Hughes, T. (2014). The largest Arbitration Awards in history: Three Majority shareholders in Yukos awarded total damages of over \$50bn from the Russian Federation, Herbert Smithh Freehills Arbitration Notes. Retrieved from <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/08/14/the-largest-arbitration-awards-in-history-three-majority-shareholders-in-yukos-awarded-total-damages-of-over-50bn-from-the-russian-federation-2/>
- Yves Fortier profile, *Arbitration Place*. Retrieved from <http://www.arbitrationplace.com/our-people/member-arbitrators/yves-fortier/>

Jurisprudencia

- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Laudo.

- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Réplica del Ecuador al Informe de Oxy en Contestación a la Solicitud del Tribunal, 6 de octubre de 2011
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decisión de Jurisdicción.
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Opinión Disidente de la Profesora Brigitte Stern.
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decisión Sobre Anulación Del Laudo.
- The Russian Federation vs. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, Cases C/09/477160/ HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 and C/09/481619 / HA ZA 15-112, The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, The Russian Federation Writ of Summons.
- The Russian Federation vs. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, Cases C/09/477160/ HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 and C/09/481619 / HA ZA 15-112, The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, Hearing transcript, Pleading Notes Prof. AJ. Van Den Verg, 9 February 2016.
- The Russian Federation vs. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, Cases C/09/477160/ HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 and C/09/481619 / HA ZA 15-112, The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, Judgment.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Laudo.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Laudo Interino de Jurisdicción y Admisibilidad.

Arbitraje en Propiedad Intelectual: Patente del Canopy Tour

Emilio Valverde Cascante¹

I. Introducción

En 1998, el canadiense Darren Hreniuk obtuvo, por parte del Registro de la Propiedad Intelectual, la patente de su invento Canopy Tour². Sin embargo, en 2004 su derecho fue vulnerado cuando, producto de nulidades presentadas por operadores turísticos, la patente le fue revocada.

La revocatoria de la patente, no solo impidió a su titular la explotación comercial exclusiva de la misma, sino que también le privó del derecho a cobrar un *royalty* a terceros para el uso autorizado de su invención.

Ahora bien, si tomamos como referencia las cifras del Instituto Costarricense de Turismo³, que señalan que anualmente cerca de 600 mil personas utilizan la atracción turística en cuestión y tomando en cuenta los 12 años en los que el titular de la patente no disfrutó de sus beneficios, el monto resultante no es nada despreciable.

Este caso no solamente ha preocupado a los dueños de canopys de la región, sino que ha mantenido en vilo a todos los profesionales en el área de la Propiedad Intelectual, debido a que han sido casi dos décadas de disputas administrativas y judiciales.

¹ Emilio Valverde es estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Es diseñador por la Universidad de las Ciencias y el Arte. Actualmente labora tanto en Diseño Publicitario como en Derecho, en la rama de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Moda, en la firma regional, IDEas, Trademarks & Patents.

² “Sistema de transporte forestal elevado con propulsión de la gravedad, utilizando arnés y poleas por una línea horizontal”, conocido como “Canopy”. Nación, Anulada patente de invención de Canopy, 2005. Recuperado de http://www.nacion.com/sucesos/Anulada-patente-invencion-canopy_0_731526847.html

³ Instituto Costarricense de Turismo, Dirección de planeamiento y desarrollo turístico, Unidad de Administración de la Información, Cifras 2017. Recuperado de <http://www.ict.go.cr/es/documentos-institucionales/estad%C3%ADsticas/informes-estad%C3%ADsticas/recientes/1026-2017/file.html>

Tras varios años de conflicto y complejos procesos, en 2017 el Tribunal Contencioso Administrativo (TCA)⁴ de Costa Rica falló a favor del señor Hreniuk⁵ restituyéndolo como titular de su invención, con lo que ahora tendría el derecho exclusivo para su explotación comercial. Además, producto de esta declaratoria de derechos, el Estado costarricense podría verse obligado a indemnizar al canadiense por todos los daños y perjuicios sufridos desde 2005, hasta la fecha en que quedó en firme la resolución de casación⁵.

A raíz de esto, todos los operadores de canopy del país, deberán coordinar un acuerdo de uso y pedir una autorización para poder operar conforme a derecho. Sin embargo, esta medida produce un gran descontento entre el sector en cuestión.

II. Arbitraje en materia de Propiedad Intelectual

Un conflicto como el anterior, se podría resolver mediante el uso del arbitraje. Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁶, el arbitraje es un procedimiento en donde se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado en lugar de acudir ante los tribunales.

La OMPI brinda, desde 1994, herramientas útiles para la protección y la salvaguardia de los derechos relacionados a la Propiedad Intelectual⁷. Una de las formas en que regulan las posibles controversias es mediante el Centro de Arbitraje y Mediación, que cuenta con profesionales especializados para brindar solución alternativa de manera eficiente.

⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, Poder Judicial, Sentencia N°00122, Expediente 05-000221-0163-CA. (2015) San José, Costa Rica.

⁵ Sala Primera, Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 05-000221-0163-CA. (2017) San José, Costa Rica.

⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Centro de Arbitraje y Mediación: Arbitraje. Recuperado de <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

⁷ Revista de la OMPI (2006). Solución de controversias sobre Propiedad Intelectual a través de la mediación y el arbitraje. Blog de arbitraje. Recuperado de: http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/02/article_0008.html

Esta medida se ha vuelto más atractiva conforme pasan los años, debido a diversos factores; entre otros, la importancia económica que arraigan los derechos de la Propiedad Intelectual, que muchas veces son incluso el activo fundamental de algunas empresas. A su vez, el factor de la globalización, que permite comercializar estos activos y explotarlos más allá de las fronteras, con lo que, las controversias relativas eventualmente empezarán a ser competencia de varias jurisdicciones.

Por lo general, el arbitraje en materia de Propiedad Intelectual, suele combinarse con el uso de la mediación, otra figura de la Resolución Alternativa de Conflictos. Este es un procedimiento no vinculante en el que un tercero imparcial, conocido como mediador, ayuda a las partes a lograr un acuerdo para poner término a la disputa. Al utilizar ambas modalidades de solución de conflictos, se logra una combinación de la flexibilidad de la mediación con la fuerza vinculante del arbitraje, logrando así una adecuada simbiosis.⁸

Por su naturaleza y características propias, los conflictos que devienen de la materia de Propiedad Intelectual requieren de herramientas de solución rápida, pronta y cumplida, que a su vez tengan un costo razonable y alineado con las nuevas tendencias; de ahí que, el arbitraje se muestra como la opción ideal para dirimir cualquier controversia en este campo.

Al contar con cualidades como la flexibilidad, la privacidad y la practicidad a la hora de darle seguimiento procedimental a la solución de la controversia, la celeridad del proceso está garantizada. Otro factor fundamental es la especialización que tienen los árbitros a la hora de resolver conflictos, lo que genera pragmatismo a la hora de tomar una decisión, a diferencia del veredicto que se podría otorgar en un Tribunal.

Generalmente, para las controversias en Propiedad Intelectual, como es el caso de las patentes, se recomienda inclinarse por un tribunal compuesto por tres árbitros, ya que este tipo de casos pueden llegar a tener una gran complejidad alta, al tratarse de diferentes

⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, Guía del Arbitraje de la OMPI. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf

jurisdicciones, un gran número de pruebas, así como de informes de peritos y expertos en el área⁹.

La designación de tres árbitros permite que se establezcan diferentes tipos de conocimientos, legales y técnicos entre los árbitros, lo que conduce a una diversidad de opiniones que puede facilitar la solución. Esto suele ser muy adecuado en las disputas concernientes a Propiedad Intelectual, en donde se necesita tanto de la experiencia y conocimiento de los árbitros en la resolución de conflictos a través del arbitraje, como de técnicas específicas propias de esta materia para entender el trasfondo o los antecedentes del asunto.

En un caso como el del Canopy, que tiene presencia internacional¹⁰, en países como Nicaragua, México, Jamaica y Belice, eventualmente se puede presentar un conflicto de jurisprudencias. Esta multiplicidad de ordenamientos jurídicos en un proceso ante un Tribunal ordinario podría representar un gran problema, no solo por la complejidad, sino también por la competencia y las demoras generadas por la territorialidad misma; sin embargo, utilizando una cláusula contractual en donde se establezca el uso de arbitraje, se puede resolver fácilmente conviniendo en resolver mediante un procedimiento único soslayando los gastos y la complejidad de los litigios plurijurisdiccionales, en donde pueden convenir aspectos a su entera discreción, como lo sería el derecho aplicable, el lugar y el idioma del procedimiento.

Contrario a las resoluciones judiciales que, por lo general, pueden impugnarse en una o más instancias, los resultados de este proceso arbitral, conocidos como laudos¹¹, no admiten apelación. En 1958, se dio la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York, en donde se pide a los Estados miembros reconocer los laudos arbitrales sin necesidad de revisar el

⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Centro de Arbitraje y Mediación: Arbitraje. Recuperado de: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/case-example.html>

¹⁰ Canopy Tour (2006). The inventor. Recuperado de: http://www.canopytour.com/the_inventor.html

¹¹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo (1995). "Formas alternativas para la resolución de conflictos". Ediciones DePalma, Buenos Aires, Argentina.

fondo de la cuestión. Estos resultados del procedimiento de Resolución Alterna de Conflictos (RAC), de un laudo arbitral, son en principio vinculantes solamente para las partes intervinientes.

III. Ámbito de aplicación del arbitraje en materia de Propiedad Intelectual

En términos generales, el ámbito de aplicación del arbitraje en materia de Propiedad Intelectual está circunscrito a conflictos específicos, que surjan entre autores, artistas, intérpretes, productores o titulares de algún derecho, similares al caso en cuestión: el titular de una patente. Esto siempre y cuando no haya alguna limitación legal, producto de alguna relación contractual o de explotación.

Es importante dejar claro que únicamente pueden acudir a la resolución vía arbitraje quienes previamente han firmado un convenio arbitral como titulares de la relación jurídica material dentro de la cual surge el conflicto.

La fijación de las materias que pueden ser competentes para resolverse por medio de arbitraje y aquellas otras que, por el contrario, no pueden someterse a ese medio de resolución de conflictos, son unas de las cuestiones que mayor atención doctrinal y jurisprudencial han causado. Es por eso que, se debe determinar qué pretensiones pueden considerarse de libre disposición por las partes conforme a Derecho, y por ende, planteables en sede arbitral y cuáles no, haciendo una adecuada valoración de los hechos.

El problema radica en que no existe una norma general sobre la disponibilidad de las controversias, por lo que hay un vacío legal en el Ordenamiento Jurídico, y el intérprete no puede confeccionar una lista de todas aquellas materias que deben ser excluidas y aquéllas que por antonomasia pueden incluirse, por lo que, queda a libre criterio de la interpretación.

IV. Conclusiones

Es poco probable que el Registro de la Propiedad Intelectual actúe de oficio y ponga en vigencia nuevamente la patente otorgada a Darren Hreniuk. Si esto sucede, nuevamente se volverían a presentar acciones de nulidad en contra dicho registro.

Por otro lado, el Tribunal Registral Administrativo, órgano con competencia para conocer las nulidades previamente interpuestas, puede proceder a revisarlas debido a que este órgano es superior del Registro de la Propiedad Industrial (RPI) y tomando como fundamento legal que la resolución de la Sala Primera, en condición de Sala de Casación, se convierte en un elemento nuevo y trascendental para una revisión por parte del verdadero órgano competente¹² para resolver.

Antes este panorama tan incierto, una resolución mediante arbitraje se vislumbra como la forma más adecuada de resolver esta gran incertidumbre y salvaguardar los intereses no solo del canadiense, sino de todas las partes involucradas.

A todas luces el futuro de la patente del señor Hreniuk es incierto; existe vicios y errores notorios tanto en temas procedimentales, como de fondo. Y no sobra recordar que en Costa Rica, hay una aculturación en materia de litigio de patentes, por lo que, defender este caso en sede judicial presenta una considerable desventaja para el titular del derecho, lo cual le genera por demás gran inseguridad jurídica.

¹² Se crea por medio de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039, de 12 de octubre de 2000, la cual en su artículo 19, dispone: “Artículo 19. — Creación del Tribunal Registral Administrativo. Créase el Tribunal Registral Administrativo como órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, con personalidad jurídica instrumental para ejercer las funciones y competencias que le asigna esta Ley. Tendrá la sede en San José y competencia en todo el territorio nacional. Sus atribuciones serán exclusivas y tendrá independencia funcional y administrativa; sus fallos agotarán la vía administrativa (...).”

Consulte las bases para publicar en
www.cyacr.com

