

## PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. LOS RETOS ACTUALES DEL ARBITRAJE

### Presentación del dossier. Los retos actuales del arbitraje

CLAUDIA SALGADO

Universidad San Francisco de Quito / Procuraduría General del Ecuador

El arbitraje apasiona. Y esto trae consigo la necesidad de analizar, identificar y resolver los constantes retos que se presentan para trazar líneas de cambio y perfeccionamiento. Diríamos que los autores de este Dossier se encaminaron por estas diversas etapas en la búsqueda de una respuesta adecuada a los retos actuales del arbitraje, tanto a nivel nacional como internacional.

A nivel local, el arbitraje se enfrenta a diversos retos. Algunos de ellos tienen que ver con el alcance de la interacción que se puede llegar a producir entre la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Como bien se menciona en alguno de los artículos este Dossier, pareciera ser que el arbitraje y las normas de procedimiento ordinario tienen una interacción incomprendida.

La Ley para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y de Estabilidad y Equilibrio Fiscal subsanó, en parte, varios de estos retos pues, mediante una disposición transitoria de esta Ley, parecería que el tema de la homologación de laudos arbitrales expedidos en el extranjero ha quedado subsanado, evitando así que el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros conlleve condiciones más rigurosas que las establecidas en la Convención de Nueva York (CNY). Igualmente, la Ley de Fomento Productivo restablece la carga de la prueba para quien se opone al reconocimiento y la ejecución del laudo, tal como lo requiere la CNY, y ya no para quien solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo. Sin embargo, nuevos retos surgen de esta disposición transitoria: se abre la posibilidad de solicitar la ejecución de laudos parciales o interinos e incluso la posibilidad de ejecutar laudos anulados como ha sucedido en Francia, en los casos *Hilmarton (Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation, 1994)* y *Putrabali (Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, 2007)*, así también como en otros países (Gaillard, 1999).

Con la adopción de la Ley para el Fomento Productivo, también quedó sin efecto el artículo 104 del COGEP en la parte en que se hacía una diferenciación, a mi criterio artificial, entre los laudos arbitrales dictados en contra de particulares y los dictados en contra del Estado. Este artículo exigía, para efectos del reconocimiento, que se demuestre que un laudo dictado en contra del Estado ecuatoriano no contrariaba las disposiciones de la Constitución y la ley. Esta diferenciación no tenía sentido, pues, por una parte, los laudos que atentan contra el orden público no deberían obtener reconocimiento, independientemente de que se hayan dictado en contra de particulares o en contra del Estado. Por otra parte, el Estado puede actuar como comerciante, en su calidad de *ius gestionis*, tornándose un particular más y, por lo tanto, la distinción perdía sentido. Así, en el arbitraje de Ecuador hay mucho camino que recorrer y muchos obstáculos que vencer.

En cuanto al arbitraje internacional también existe un sinnúmero de problemas que, hoy por hoy, enfrentan sus usuarios. En el arbitraje de inversiones, el principal reto sigue siendo equilibrar las protecciones necesarias para los inversionistas extranjeros con los intereses del Estado anfitrión, en particular, con su obligación de promover el desarrollo sostenible en lo social, económico, ambiental y cultural<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Los tres primeros aspectos son pilares que fueron mencionados por la Organización de Naciones Unidas, como resultado de su



Debido a las amplias protecciones que contienen los tratados en materia de inversión y las extensas interpretaciones que han realizado los tribunales arbitrales, uno de los principales retos ha sido saber dónde trazar la línea que separa la vulneración de los derechos de los inversionistas de la vulneración por parte de los inversionistas a las leyes locales, regulaciones y política pública del Estado receptor de la inversión. Podría suceder, por ejemplo, que medidas estatales tomadas como una sanción en contra del comportamiento indebido o la mala conducta del inversionista extranjero sea impugnada por este con éxito ante un tribunal arbitral internacional<sup>2</sup>.

Esto ha dado lugar a que se insista en que los tribunales arbitrales internacionales no son un mecanismo de última instancia y que su rol no es reexaminar las decisiones del sistema judicial local. Pues, las decisiones locales desfavorables para los inversionistas no constituyen necesariamente una vulneración a los tratados de inversión, salvo en circunstancias extraordinarias; por ejemplo, cuando esas decisiones hayan sido producto de una comprobada denegación de justicia.

De este debate surgen varias consideraciones que deben ser atendidas: ¿en qué medida las inversiones realizadas de forma ilegal o de mala fe deben estar protegidas por los tratados de inversión? ¿Son admisibles demandas por parte de inversionistas que cometieron actos de corrupción para obtener sus inversiones? ¿Son competentes los tribunales arbitrales para decidir sobre estos temas? ¿Tienen los tribunales la potestad de sancionar al inversionista una vez comprobados estos actos? Al resolver estas cuestiones, los tribunales arbitrales transmiten mensajes a los Estados y a los inversionistas. Se esperaría que el mensaje sea que los inversionistas extranjeros deben respetar y cumplir las leyes y regulaciones del Estado anfitrión, incluyendo las leyes laborales, ambientales y aquellas en torno a los derechos humanos.

Ligado al concepto de la ilegalidad de las inversiones está la doctrina de las manos limpias. Si bien esta doctrina ha sido poco analizada por los tribunales arbitrales, su contenido impone una obligación implícita a los inversionistas de actuar de conformidad con las leyes locales y de buena fe para poder beneficiarse de las protecciones de los tratados de inversión<sup>3</sup>. Así, los tribunales arbitrales podrían no admitir una demanda o declararse incompetentes en aquellos casos en que los inversionistas tengan las “manos sucias”.

En esta misma línea, otro reto para el arbitraje de inversiones es, sin duda, evitar abusos de este mecanismo. Si bien la organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener beneficios otorgados por tratados de inversión, incluyendo la posibilidad de acceder al mecanismo de solución de controversias, no es, de por sí, ilegítima ni censurable<sup>4</sup>, en varios casos, los tribunales arbitrales han detectado “abusos del proceso” o intentos de “manufacturar la jurisdicción” del tribunal por parte de los inversionistas. En algunos casos, este abuso del proceso se ha dado mediante una “reorganización de los activos dentro de una familia, para ganar acceso a la jurisdicción del CIADI a la cual el inversionista inicial no tenía derecho” (*Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Laudo, 2009, § 140)<sup>5</sup>.

Cumbre, en Nueva York, del 14 al 16 de septiembre de 2005. El cuarto, en cambio, fue mencionado por la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, adoptada el 11 de septiembre de 2001.

2 Por ejemplo en el caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador* (2011).

3 Ver, por ejemplo, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipinas* (2014, § 328), Laudo. Véase también: *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa* (2009, §§ 435, 436 y 492), Laudos Interinos sobre Jurisdicción y Admisibilidad, casos CPA No. 226, 227 y 228. *Y. Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Indonesia*, (2014, §§ 646, 654), Laudo Final; *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador* (2016, §§ 5.62 y 5.65); *Lao Holdings N.V. v. República Democrática de Laos* (2017, §§ 146-149), Decisión sobre los Méritos.

4 Afirmación realizada por varios tribunales arbitrales. Ver, *Tidewater et al. v. Venezuela* (2013, § 184), Decisión sobre Jurisdicción; *Agua del Tunari SA v. Bolivia*, (2005, § 330), Decisión sobre Jurisdicción; *Renée Rose Levy y Grencitel S.A. v. Peru* (2015), Laudo.

5 Esta y todas las traducciones son propias.

Así, cuando la reestructuración de las operaciones de un inversionista se da una vez surgida la controversia (o conociendo sobre su inminencia) con la finalidad de beneficiarse de la protección de un tratado y, en particular, del arbitraje internacional, existe un abuso del proceso/sistema<sup>6</sup>. Un claro ejemplo es cuando una sociedad nacional reestructura su titularidad para internacionalizar su inversión y poder arbitrar una controversia existente o previsible con el Estado receptor.

A todos estos retos, se suma el de definir cuál es la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas contenidos en los tratados de inversión. Mientras que, para algunos, los derechos de los inversionistas son “originales” o “directos”, para otros son derechos “derivados”. Los tribunales arbitrales han interpretado los derechos de los inversionistas de diferente forma, llegando así a diferentes resultados.

Esta discusión cobra relevancia, por ejemplo, cuando los Estados suscriptores de los tratados en materia de inversión realizan declaraciones conjuntas interpretando el sentido y el alcance de sus tratados: si un tribunal arbitral de inversión considera que el inversionista “simplemente actúa como un representante de su Estado de origen, a quien finalmente se deben los derechos otorgados por los tratados de inversión” (Scheurer, 2007, p. 355), las declaraciones interpretativas de los Estados contratantes tendrán una gran influencia y peso en la decisión del tribunal arbitral. Por el contrario, si se considera que el tratado otorga a los inversionistas derechos originales, los tribunales podrían ignorar las interpretaciones posteriores realizadas por los Estados, al no reflejar, en su opinión, las legítimas expectativas de los inversionistas.

Finalmente, está presente el reto sobre cómo hacer del arbitraje de inversiones un marco más previsible y coherente. Mucho se ha criticado la existencia de decisiones divergentes e incluso contradictorias. En este contexto, el uso de *precedentes* podría ayudar a reducir el riesgo de interpretaciones contradictorias. Varios tribunales arbitrales han expresado la opinión de que el uso de decisiones anteriores podría contribuir al establecimiento de un marco legal predecible y estable para el derecho internacional de inversiones, con reglas claras tanto para los inversores como para los Estados.

Varios de los debates presentados en estas breves líneas son parte de este Dossier, el cual cuenta con valiosas reflexiones y contribuciones de distinguidos juristas que hacen un recorrido sobre diversos temas, todos ellos relevantes en la actualidad del arbitraje. A decir: la interacción entre las diversas normas que rigen al arbitraje local; la violencia económica como un vicio al acuerdo arbitral; los precedentes históricos sobre el arbitraje público-privado en el Ecuador; la legalidad de las inversiones; la doctrina de las manos limpias; el abuso del proceso; la naturaleza de los derechos de los inversionistas; y el valor del precedente en el arbitraje de inversiones.

Con estos interesantes aportes es de esperar —con mucho optimismo— que se vaya forjando en el Ecuador y América Latina una escuela de especialistas en el arbitraje nacional e internacional.

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Perú* (2017), Laudo.

### Referencias bibliográficas

- Gaillard, E. (1999). The Enforcement of Awards Set Aside in The Country Of Origin. *ICSID Review of Foreign Investment Law Journal*, 14 (1), 16-45 <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.1.16>>.
- Scheurer, C. (2007). Investment Protection and International Relations. En A. Reinisch and U. Kriebaum (eds.). *The Law of International Relations* (pp. 345-358). The Netherlands: Eleven International Publishing.

### Jurisprudencia

- CIADI (2005). *Aguas del Tunari SA c. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3. Decisión sobre Jurisdicción del 21/10/2005.
- (2009). *Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5. Laudo del 15 de abril de 2009.
- (2011). *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11. Laudo del 17 de mayo de 2006.
- (2013). *Tidewater et al. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5. Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2013.
- (2014). *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipinas, [III]*, Caso CIADI No. ARB/11/12. Sentencia del 10 diciembre de 2014.
- (2015). *Renée Rose Levy and Grencitel S.A. c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17. Laudo del 9 de enero de 2015.
- (2017). *Lao Holdings N.V. v. República Democrática de Lao, [I]*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6. Decisión sobre los Méritos del 15 de diciembre de 2017.
- CNUDMI (2014). *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Indonesia*, Laudo Final de 15 de diciembre de 2014.
- Cour de cassation français (1994). *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, No. 92-15.137. Sentencia del 23 de marzo de 1994.
- (2007). *Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Cour de cassation, No. 05-18.053. Sentencia del 29 de junio de 2007.
- CPA (2009). *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, Casos No. 226, No. 227 y No. 228, Laudos Interinos sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 30 de noviembre de 2009.
- *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*, Caso No. 2012-2, Laudo del 15 de marzo de 2016.