

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

Los más recientes desarrollos en cuanto a controversias transfronterizas involucrando a los Estados Unidos y América Latina

Se firmó el Acuerdo entre los Estados Unidos, México y Canadá

Como se detalla en un [memorándum para los clientes de Skadden del 2 de octubre de 2018](#), los esfuerzos de los Estados Unidos para revisar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) tras 25 años de vigencia alcanzaron un hito el 30 de septiembre de 2018, cuando EE. UU., México y Canadá anunciaron la formación de un nuevo acuerdo llamado el Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA). Si se ratifica, el USCMA reducirá significativamente las protecciones de inversión sustantivas disponibles para los inversionistas.

Bajo el Capítulo XI del TLCAN (en su versión actual), los inversionistas de los países del TLCAN disfrutaban de una gama de protecciones contra acciones gubernamentales adversas con respecto a las inversiones que realizan en otros países del TLCAN. Estas protecciones incluyen el derecho a presentar demandas de arbitraje internacional contra países del TLC que violan esas salvaguardas. El arbitraje del “Capítulo XI” ha dado lugar a varias indemnizaciones por daños significativos a favor de compañías estadounidenses contra Canadá y México, donde el trato no cumplió con las normas del TLCAN. Con respecto a la mayoría de los inversionistas en tales situaciones, la USMCA revierte las protecciones disponibles. Modifica la definición de expropiación para proteger solo contra la expropiación directa, revirtiendo la antigua política de los EE. UU. que anteriormente buscaba proteger los intereses contra la expropiación indirecta (es decir, medidas equivalentes a la expropiación). También modifica las definiciones de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad completa” para afirmar que no requieren un tratamiento adicional o superior al requerido por el “nivel mínimo de trato” aceptado en virtud del derecho internacional consuetudinario.

El Capítulo 14 de la USMCA también cambia drásticamente el alcance del arbitraje entre inversionistas y estados. A excepción de ciertos reclamos de arbitraje “legado” (es decir, reclamos relacionados con inversiones establecidas o adquiridas entre el 1 de enero de 1994 y la finalización del TLCAN existente), el arbitraje

Recientes Decisiones de Interés de la Corte Suprema de los Estados Unidos

El Tribunal de Nueva York Aborda el “Manifest Disregard of the Law” Como Base Para Anular un Laudo Arbitral

El 27 de septiembre de 2018, un tribunal de apelación del estado de Nueva York emitió una decisión importante en *Daesang Corp. v. NutraSweet Co.* con respecto a la capacidad de los tribunales de Nueva York para anular un laudo arbitral sobre la base de haberse dictado prescindiendo de la ley aplicable (*manifest disregard of the law*). Históricamente, además de los diversos motivos de anulación basados en errores de “procedimiento” reconocidos por la Ley Federal de Arbitraje (la “FAA”, por sus siglas en inglés), los tribunales de los Estados Unidos también han reconocido que un tribunal puede anular un laudo arbitral si fue dictado en “*manifest disregard of the law*,”¹ es decir, cuando “los árbitros conocían un principio legal gobernante pero se negaron a aplicarlo o lo ignoraron por completo”, y la ley gobernante ignorada era “bien definida, explícita y claramente aplicable al caso.”² Este motivo para la anulación, y su correcta interpretación, ha sido objeto de mucha controversia y rara vez tiene éxito.

¹ *Daesang v. NutraSweet Co.*, 167 A.D.3d 1 (N.Y. App. Div. 1st Dep’t 2018).

² *Matter of Roffler v. Spear, Leeds, & Kellogg*, 13 A.D.3d 308, 310 (N.Y. App. Div. 1st Dep’t 2004).

continúa en la página 2

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

continuado de la página 2

En 2008, la Corte Suprema de los EE. UU. puso en duda la validez de la doctrina del “*manifest disregard*” en *Hall Street Associates, LLC v. Mattel, Inc.*,³ donde sostuvo que la FAA establece los motivos “exclusivos” para anular un laudo arbitral. Tras esta decisión, algunos tribunales de los EE. UU. encontraron que la “*manifest disregard of the law*” ya no era una base válida para anular un laudo arbitral. Otros tribunales, incluidos los tribunales del estado de Nueva York, continuaron reconociendo la “*manifest disregard*” como una posible base para anular un laudo arbitral.

En 2017, un tribunal de primera instancia de Nueva York anuló un laudo arbitral internacional sobre la base de que el tribunal había “ignorado la ley” cuando no concedió una reclamación equitativa por fraude y no había considerado una contrademanda por incumplimiento contractual por razones procesales.⁴ En septiembre de 2018, un tribunal de apelación de Nueva York revocó esta decisión en *Daesang Corp.* y confirmó el carácter restrictivo de la doctrina de la “*manifest disregard*” como base para la anulación. El tribunal de apelaciones señaló la preocupación de que “cualquier sugerencia de que los tribunales de Nueva York revisen las determinaciones objetivas y legales del árbitro, como si estuvieran en una apelación... desalentará a las partes a elegir a Nueva York como el lugar del arbitraje.”⁵ Si bien la corte

de apelaciones reconoció que la “*manifest disregard of the law*” sigue siendo una base potencial para anular un laudo en Nueva York, explicó que esta doctrina requiere algo “más que un simple error en la ley”⁶ y que está reservada para “las raras ocurrencias de aparente gran injusticia por parte de los árbitros.”⁷ Dado que la decisión del tribunal en el caso fue “a lo sumo ... nada más que un mero error de ley”, sostuvo que el laudo no debería haber sido anulado.⁸

Hoskins y el alcance extraterritorial de la FCPA de EE. UU.

Como se analiza con más detalle en el [memorándum para los clientes de Skadden del 4 de septiembre de 2018](#), el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los EE. UU. emitió una decisión con implicaciones para el alcance extraterritorial de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA). La norma prohíbe, entre otras cosas, a las personas y empresas estadounidenses emisores de valores estadounidenses, sus funcionarios, directores, empleados o agentes, o cualquier otra persona que se encuentre en el territorio de los EE. UU. a realizar pagos corruptos para obtener o retener negocios.⁹

El Tribunal sostuvo en *Estados Unidos v. Hoskins* que una persona no puede ser “culpable como cómplice o co-conspirador por un delito de la FCPA que él o ella es incapaz de cometer como principal.”¹⁰ Al

hacerlo, el tribunal rechazó una vía que el Departamento de Justicia de los EE. UU. había utilizado anteriormente para hacer valer la jurisdicción sobre los extranjeros sin ninguna otra conexión con los Estados Unidos. El gobierno había acusado a Lawrence Hoskins, un ciudadano no estadounidense que trabajaba para una subsidiaria de la compañía francesa Alstom S.A., por conspiración para violar la FCPA y ayudar e instigar a otros a hacerlo. Supuestamente, Hoskins aprobó la selección de consultores contratados por la subsidiaria de Alstom en los EE. UU. y autorizó pagos realizados a ellos con conocimiento de que parte de dichos pagos eran sobornos.

El Segundo Circuito coincidió con Hoskins que el Congreso no tenía la intención de que la FCPA se aplique a personas físicas no estadounidenses que no actuaron dentro del territorio de los EE. UU. y no son funcionarios, directores, empleados o agentes de una empresa nacional o emisora de EE. UU. Sin embargo, el tribunal dio lugar al argumento de que, dado que Hoskins actuó como un “agente” de la subsidiaria de los EE. UU., podría ser responsable de “conspirar con ciudadanos extranjeros que realizaron actos relevantes mientras se encontraba en los Estados Unidos.”¹¹ Por lo tanto, el Segundo Circuito parece haber dejado abierta la posibilidad de esta y otras posibles vías para extender el alcance de la FCPA a individuos extranjeros, incluso si nunca entraron a los EE. UU., lo que puede disminuir las implicaciones prácticas de la decisión de *Hoskins*.

³ 552 U.S. 576 (2008).

⁴ *Daesang Corp. v. Nutrasweet Co.*, 58 N.Y.S.3d 873, at *5, *7 (N.Y. Sup. Ct. 2017).

⁵ *Daesang Corp. v. NutraSweet Co.*, 167 A.D.3d at 9 n.1 (citando la presentación realizada por la Comisión de Disputas Comerciales Internacionales del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York en su calidad de *amicus curie*).

⁶ *Id.* at 19.

⁷ *Id.* at 17.

⁸ *Id.*

⁹ 15 U.S.C. § 78dd-1;-2;-3.

¹⁰ *United States v. Hoskins*, 16-1010-CR, 2018 WL 4038192, at *18 (2d Cir. Aug. 24, 2018).

¹¹ *Id.* at 72.

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

entre inversionistas y estados dejará de estar disponible por completo con respecto a cualquiera de las inversiones canadienses en los EE. UU. o México, o para inversiones estadounidenses/mexicanas realizadas en Canadá. Este cambio (una concesión al gobierno canadiense) significa que los inversionistas tendrán que recurrir a los tribunales nacionales, al arbitraje de estado a estado o al arbitraje de inversionista-estado en virtud de un tratado diferente (si corresponde).

Para las inversiones realizadas por inversionistas estadounidenses en México o por inversionistas mexicanos en los Estados Unidos, el arbitraje entre inversionistas y estados seguirá estando disponible de conformidad con el Anexo 14-D de USMCA, pero su alcance es sustancialmente limitado. Para la mayoría de los inversionistas, USMCA reescribe significativamente las garantías básicas para que el arbitraje entre inversionistas y estados solo se permita en casos de denegación de trato nacional, violaciones de “Nación Más Favorecida” o en el caso de expropiación directa. Es más, a esos inversionistas se les exigiría recurrir ante un tribunal competente o tribunal administrativo del estado demandado durante un mínimo de 30 meses antes de comenzar el arbitraje entre inversionistas y estados, lo que retrasaría significativamente el acceso a los recursos internacionales.

De conformidad con el Anexo 14-E, el acceso a las protecciones más amplias entre inversionistas y estados continuará solo para un grupo limitado de inversiones estadounidenses y mexicanas: aquellas que califican como “contratos gubernamentales cubiertos” en sectores como la producción de petróleo y gas natural, la generación de energía y las telecomunicaciones, transportación, y cierta inversión en infraestructura.

Aunque los tres estados firmaron el acuerdo, el 30 de noviembre de 2018, aún debe ser ratificado por la legislatura de cada país. En relación con el nuevo pacto, el presidente Donald Trump anunció, el 2 de diciembre de 2018, que tiene la intención de terminar formalmente el TLCAN, pero el Congreso debe aún votar para aprobar el USMCA antes de que pueda entrar en vigor. Mientras tanto, los inversionistas que han confiado en el TLCAN para proteger sus inversiones transfronterizas pueden aprovechar esta oportunidad para reevaluar sus estructuras de protección de inversión existentes y considerar formas alternativas de lograr la protección en virtud de otros tratados de inversión bilaterales o multilaterales.

Corte Internacional de Justicia emite decisión sobre disputa fronteriza entre Bolivia y Chile

El 1 de octubre de 2018, la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) emitió una decisión en una larga disputa fronteriza entre Bolivia y Chile. En una victoria para Chile, sostuvo que el país costero no tenía ninguna obligación en virtud del derecho internacional de negociar con respecto al acceso de Bolivia al Océano Pacífico.

El caso surgió de una larga queja con raíces en la “Guerra del Pacífico” de 1879-83 entre Bolivia y Chile, que dio como resultado la pérdida de Bolivia de su territorio costero en el Océano Pacífico. Desde entonces, los políticos bolivianos han buscado deshacer este resultado. A pesar de los vigorosos esfuerzos diplomáticos, todos con el objetivo de restablecer el acceso de Bolivia al mar, la frontera no ha cambiado desde entonces.

En 2013, Bolivia solicitó a la CIJ que dictamine que “Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia para llegar a un acuerdo que le otorgue a Bolivia un acceso totalmente soberano al Océano Pacífico” y que Chile incumplió esta obligación.¹ La base declarada para la solicitud (según lo enmarcado por Bolivia) era que, en varias comunicaciones diplomáticas a lo largo del siglo XX, los diplomáticos chilenos se habían comprometido a discutir el asunto y que esos compromisos eran lo suficientemente definidos como para comprometer la obligación de negociar un acuerdo con Bolivia para permitirle el acceso al Pacífico. En una resolución provisional en 2015, la Corte Internacional de Justicia dejó en claro que esta reclamación no buscaba el acceso soberano al Océano Pacífico, sino más bien una orden de que Chile negocie de buena fe.²

La decisión de la CIJ de octubre de 2018 se centró en si el derecho internacional reconocía tal obligación. Sostuvo que los estados “pueden estar de acuerdo en estar obligados a negociar” y, en ese caso, “tienen la obligación de comportarse de modo

¹ Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, 2018 No. 153, p. 11, para. 13.

² Bolivia v. Chile, 2015 I.C.J. Rep. p. 605, para. 34.

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

que las negociaciones sean significativas, lo cual no será el caso cuando alguno de los dos insista en su puesto propio sin contemplar ninguna modificación.”³ No obstante, el Tribunal no encontró tal obligación para Chile en el presente caso. Bolivia afirmó que Chile tenía la obligación de negociar sobre la base de varias fuentes, incluidos los acuerdos existentes suscritos por Chile, los actos unilaterales de Chile con respecto a Bolivia y la Carta de las Naciones Unidas, así como de conformidad con lo que caracterizó como doctrinas reconocidas internacionalmente como la doctrina de aquiescencia, *éstoppel*, y legítimas expectativas, entre otras. El Tribunal rechazó cada uno de estos argumentos a su vez, diciendo que era “incapaz de concluir” que Chile tenía la obligación de negociar bajo cualquiera de estas fuentes o teorías.⁴

Si bien la Corte no encontró que Chile tuviera la obligación de negociar con Bolivia, alentó a las partes a continuar la negociación voluntariamente, señalando que su decisión “no debe entenderse como una exclusión de que las Partes continúen su diálogo e intercambio en espíritu de buena vecindad.”⁵

La decisión de la Corte Internacional de Justicia tiene paralelos notables con la ley sobre los contratos, que por lo general no obliga a las partes a cumplir obligaciones a las que no han dado su consentimiento. También es notable que el tribunal distinguió expresamente la única ocasión anterior en la que sometió a una parte a una obligación legal basada en una declaración unilateral, a saber, el compromiso unilateral de Francia en 1974 de cesar las pruebas nucleares atmosféricas en el Pacífico.

Resumen del CIADI – Nuevas reclamaciones contra países de América Latina

En América Latina, varios países presuntamente enfrentan importantes reclamos de arbitraje con base en tratados de inversión. Destacamos los nuevos casos contra Bolivia y Guatemala a continuación.

Bolivia. El grupo bancario español Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) inició un arbitraje contra Bolivia bajo el Mecanismo Complementario del CIADI en una disputa sobre la valoración de BBVA Previsión AFP, una entidad incorporada en 1997 para administrar fondos de pensiones en Bolivia. En 2010, Bolivia aprobó una ley que restablece un sistema nacional de pensiones para reemplazar el negocio de BBVA. Aunque BBVA

afirma que ha cooperado en relación con la transferencia de la administración del sistema de pensiones a una entidad pública, disputa la valoración de la compensación debida a BBVA por parte del gobierno boliviano.

Bolivia se retiró del Convenio del CIADI en 2007 y además denunció el TBI España-Bolivia de 2001 en 2012. Sin embargo, el TBI España-Bolivia tiene una disposición de “cola” que otorga 10 años de cobertura para las inversiones realizadas antes de la denuncia de dicho tratado. Además, el BIT establece que el Mecanismo Complementario del CIADI está disponible incluso si una de las partes no es un estado contratante del Convenio del CIADI.

Guatemala. Ha habido un aumento en el número de arbitrajes de tratados de inversión contra Guatemala. Además de dos arbitrajes en curso (Teco Guatemala Holdings LLC, CIADI No. ARB / 10/23, e Iberdrola Energía S.A., PCA No. 2017-4), Guatemala ahora enfrenta tres reclamos pendientes o potenciales nuevos.

En febrero de 2018, IC Power Asia Development presentó un arbitraje de la CNUDMI en busca de más de US \$74 millones para reclamaciones derivadas del TBI entre Israel y Guatemala. Las reclamaciones involucran los impuestos atrasados solicitados por Guatemala luego de la inversión de IC Power en dos compañías guatemaltecas de distribución de electricidad, DEOCSA y DEORSA.

En septiembre de 2018, APM Terminals, una filial española del Grupo Maersk de Dinamarca, presentó un aviso de su intención de presentar una reclamación ante el CIADI bajo el TBI España-Guatemala, solicitando una compensación luego de un fallo de un tribunal local que anuló su contrato de concesión para operar una terminal portuaria. APM adquirió la terminal del operador portuario español Grupo Maritim TBC, que supuestamente obtuvo la concesión mediante sobornos, lo que dio como resultado la terminación de la concesión.

En diciembre de 2018, un empresario estadounidense y su compañía con sede en Nevada, Kappes, Cassidy and Associates, presentaron una solicitud de arbitraje conforme al Capítulo 10 del Acuerdo de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. Según surge de la carta de intención de arbitrar la disputa, el reclamo se basa en la supuesta privación del uso y goce de una inversión relacionada con un proyecto minero que fue suspendido indefinidamente por la Corte Suprema de Guatemala por supuestas preocupaciones ambientales. Busca daños por más de US \$150 millones.

³ Bolivia v. Chile, Judgment, 2018 No. 153, p. 31, para. 86, citando el *North Sea Continental Shelf* cases, I.C.J. Reports 1969, p. 47, para. 85.

⁴ *Id.*, p. 54, para. 175 (internal quotations omitted).

⁵ *Id.*, p. 54, para. 176.

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

Ecuador, Argentina y Uruguay aprueban nuevas leyes de inversión y arbitraje

Recientemente tres países latinoamericanos han introducido importantes reformas en materia arbitral, que pueden aumentar el uso del arbitraje internacional en toda la región.

En **Ecuador**, el gobierno del presidente Lenín Moreno, en una iniciativa declarada para atraer inversión extranjera, anunció que negociará nuevos tratados bilaterales de inversión (TBIs) con aproximadamente 30 países diferentes. Este es un cambio notable de la política del ex presidente Rafael Correa, cuya administración denunció y se retiró de 16 TBI, así como del Convenio del CIADI (del cual Ecuador se retiró en 2009). En agosto de 2018, la Asamblea Nacional de Ecuador aprobó una nueva ley, “*Ley de Fomento de la Producción, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*”, que permite a los inversionistas arbitrar disputas derivadas de contratos de inversión de más de US \$ 10 millones bajo los auspicios de la Comisión Interamericana para el Arbitraje Comercial (CIAC), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Esto aparentemente revierte la postura de antagonismo del régimen anterior hacia la solución de controversias entre inversionistas y estados.

Sin embargo, notablemente, hasta el momento, Ecuador no ha demostrado ninguna intención de volver a unirse al Convenio del CIADI.

En **Argentina**, en julio de 2018, el Congreso argentino promulgó una nueva ley sobre el arbitraje comercial internacional, “*Ley de Arbitraje Comercial Internacional*”. La nueva ley de Argentina se basa en gran medida en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, y se aplica a todos los arbitrajes comerciales internacionales celebrados en Argentina. Al parecer, la ley no se aplica a los arbitrajes domésticos en Argentina.

La nueva ley apunta a proporcionar una mayor previsibilidad para el arbitraje comercial internacional en Argentina, modernizando la ley argentina para cumplir con los estándares aceptados internacionalmente. La nueva legislación modifica ciertos aspectos de la Ley Modelo de la CNUDMI para adaptarse a las condiciones locales; por ejemplo, se aparta del Artículo 1 (3) de la Ley Modelo al excluir la posibilidad de que la voluntad de las partes por sí sola pueda determinar si el arbitraje debe considerarse de naturaleza “internacional”.

En **Uruguay**, la Cámara de Senadores de Uruguay aprobó un proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional en julio de 2018, que también se basa en gran medida en la Ley Modelo de la CNUDMI. Aparentemente, la nueva ley se aplicará a todos los arbitrajes comerciales internacionales celebrados en Uruguay en ausencia de un tratado internacional multilateral o bilateral que estipule lo contrario. Al igual que la ley argentina, contiene varias desviaciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, incluida una estipulación similar que excluye la capacidad de las partes para designar la naturaleza “internacional” del arbitraje, entre otras.

Desarrollos en la notificación de Procesos en Brasil

Dos recientes desarrollos pueden ayudar a las partes involucradas en un litigio fuera de Brasil para notificar a los acusados ubicados en Brasil.

Primero, Brasil se adhirió recientemente a la Convención de la Apostilla de La Haya (la “Convención”). El tratado entrará en vigor para Brasil el 1 de junio de 2019. Anteriormente, las partes que debían notificar a una parte ubicada en Brasil en relación con un litigio de los EE. UU. tenían que cumplir con la Convención Interamericana sobre Cartas Preliminares, que exigía a las partes obtener cartas rogatorias para notificar a una parte en Brasil, en un proceso que podía tardar hasta un año en completarse. En contraste, la Convención proporciona un método simplificado para la notificación de procesos entre las partes contratantes.

Significativamente para las partes estadounidenses, Brasil formuló varias reservas en relación con los métodos de notificación permitidos en virtud de la Convención. Declaró que se opone (1) al uso de los métodos de traslado de documentos judiciales y extrajudiciales previstos en el artículo 8 de la Convención, que permite el traslado a través de canales diplomáticos y consulares, y (2) a los métodos de traslado de documentos judiciales y extrajudiciales previstos en el artículo 10 de la Convención, que permite la notificación por correo a través de funcionarios judiciales o funcionarios del país de destino.

Segundo, entendemos por el abogado local de Brasil que el Tribunal Superior de Justicia de dicho país emitió dos decisiones con respecto a la capacidad de una parte para notificar el proceso de la manera acordada en el contrato comercial entre las partes.

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

En un caso,⁶ el tribunal brasileño consideró si una sentencia extranjera emitida en el estado de la Florida debería ser reconocida en Brasil donde el demandado había sido notificado a través del servicio de mensajería Federal Express en lugar de a través de cartas rogatorias. La notificación a través de un mecanismo como Fed Ex había sido mencionado expresamente en el contrato de las partes. El tribunal determinó que la notificación del proceso se realizó de la manera acordada en el contrato de las partes y, por lo tanto, rechazó el argumento de que la sentencia extranjera no debería ser reconocida sobre la base de que los acusados no habían sido notificados mediante cartas rogatorias.

En una segunda decisión,⁷ el mismo tribunal rechazó nuevamente el argumento de que la sentencia extranjera no debe ser reconocida sobre la base de la falta de traslado del proceso mediante cartas rogatorias cuando la notificación del proceso se realizó de conformidad con las leyes locales aplicables en la jurisdicción extranjera en la que se emitió la sentencia (Nueva York) y la ley local a la que se hace referencia en el contrato de las partes (aquí, también Nueva York). En su contrato, las partes acordaron que el traslado en cualquier litigio relacionado con el contrato podría llevarse a cabo a través de un correo registrado o certificado, y que “ninguna disposición de este acuerdo impide la posibilidad de notificar el proceso en cualquier otra forma permitida por la ley”. El tribunal determinó que el proceso se había cumplido de acuerdo con las leyes de Nueva York y con el contrato de las partes y, en consecuencia, rechazó la defensa de la ejecución de la sentencia.

Litigios que involucran intentos de recuperar el producto de la corrupción

En los últimos años, las denuncias de corrupción en algunos países de América Latina han dado lugar a importantes litigios comerciales en América Latina y los Estados Unidos. Notablemente, en algunos de estos litigios, entidades cuyos empleados o agentes presuntamente han estado involucrados en corrupción intentan recuperar los beneficios de esa corrupción de la parte que se benefició al hacer pagos ilegales.

⁶ Superior Court of Justice, Recognition of Foreign Decision No. 896, Docket (2017/0212022-8), *Sanafarma International LLC Inc and Medecell do Brasil Comercio e Importação Ltda.*, Decision by Minister Maria Thereza de Assis Moura, Special Court, Published on DJe 23/05/2018.

⁷ Superior Court of Justice, Recognition of Foreign Decision No. 89, Docket (2016/0305869-7), *Shutterstock Inc and Latin Stock Brasil Produções Ltda.*, Decision by Minister Maria Thereza de Assis Moura, Special Court, Published on DJe 31/10/2017.

Por ejemplo, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), la compañía estatal de petróleo y gas de Brasil, ha argumentado en defensa de las reclamaciones por incumplimiento de contrato que sus contrapartes no deberían poder obtener beneficios de los contratos obtenidos mediante sobornos. En junio de 2018, un tribunal arbitral con sede en Houston rechazó este argumento, encontrando que debido a que Petrobras había aceptado novaciones y enmiendas a su contrato con Vantage Drilling International, una compañía de perforación costa afuera de Caimán, se le impidió afirmar que el contrato era nulo sobre la base de la corrupción. Petrobras ahora está tratando de anular ese laudo en un procedimiento en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Texas.⁸

En otro ejemplo, se formó un fideicomiso de litigios en los Estados Unidos para demandar en nombre de Petróleo de Venezuela SA (PDVSA), la compañía nacional de petróleo y gas de Venezuela (los fideicomisos de litigios se utilizan ocasionalmente para presentar reclamaciones legales a fin de pagar a los posibles acreedores). En marzo de 2018, el fideicomiso de litigios de PDVSA presentó una demanda en la que se alegaba una conspiración prolongada por parte de comerciantes de petróleo, bancos e individuos para sobornar a funcionarios, manipular licitaciones petroleras y obtener contratos por debajo del mercado de PDVSA y buscar recuperar los ingresos obtenidos ilegalmente. En noviembre de 2018, un juez magistrado del estado de la Florida llegó a la conclusión de que el fideicomiso de litigios no tenía legitimación para presentar los reclamos, citando el hecho de que PDVSA no había hecho signatarios del acuerdo de fideicomiso disponible para su deposición como parte del *discovery* (producción de documentos) ordenado por el tribunal sobre la validez del acuerdo de fideicomiso de litigios. El juez también encontró que el fideicomiso de PDVSA falló en demostrar la admisibilidad probatoria del acuerdo de fideicomiso y que la cesión de sus reclamos por parte de PDVSA violaba la ley de Nueva York, que era la ley que rige el acuerdo de fideicomiso.

Si bien los demandantes en ambos casos fracasaron por motivos de procedimiento, es probable que la tendencia a continuar con esta clase de reclamos continúe.

⁸ *Vantage Deepwater Company v. Petrobras America Inc.*, No. 4:18-cv-2246 (S.D. Tex.).

Boletín de Novedades Sobre la Resolución de Conflictos en América Latina

Contactos en el grupo de litigio internacional y arbitraje

Julie Bédard

Socia
São Paulo / New York
55.11.3708.1849
julie.bedard@skadden.com

John L. Gardiner

Socio
New York
212.735.2442
john.gardiner@skadden.com

Lea Haber Kuck

Socia
New York
212.735.2978
lea.kuck@skadden.com

Gregory A. Litt

Socio
New York
212.735.2159
greg.litt@skadden.com

Timothy G. Nelson

Socio
New York
212.735.2193
timothy.g.nelson@skadden.com

Betsy A. Hellmann

Counsel
New York
212.735.2590
betsy.hellmann@skadden.com

Jennifer Permesly

Counsel
New York
212.735.3723
jennifer.permesly@skadden.com

Esta comunicación es proporcionada por Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP y sus afiliados solo con fines educativos e informativos y no está prevista y no debe ser interpretada como asesoramiento jurídico. Esta comunicación se considera publicidad bajo las leyes estatales aplicables.

Four Times Square / New York, NY 10036
212.735.3000

Av. Brigadeiro Faria Lima, 3311 - 7º andar
04538-133 / São Paulo, SP, Brazil
55.11.3708.1820