

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

Recientes desarrollos en controversias transfronterizas relacionadas a los Estados Unidos y América Latina

Contenido

1 Actualización de la jurisprudencia de los EE. UU.

La Corte Suprema dictamina que los procedimientos del tribunal inferior deben suspenderse mientras la parte vencida apela la decisión que deniega la solicitud para remitir al arbitraje

El Undécimo Circuito dictamina que la Ley Federal de Arbitraje, y no la Convención de Nueva York, regirá la anulación de laudos arbitrales emitidos en EE. UU. o conforme a la legislación estadounidense

Los tribunales estadounidenses continúan limitando la posibilidad de obtener, a través de estos, pruebas en apoyo a los procedimientos de arbitraje

El estatuto RICO de EE. UU. es potencialmente aplicable cuando las partes conspiran para frustrar la ejecución del laudo arbitral

Los esfuerzos de los acreedores para hacer cumplir las sentencias contra Venezuela siguen estancados

6 ONU adopta Código de Conducta para Árbitros en Arbitraje de Inversiones

7 Novedades del arbitraje en Brasil

La ley brasileña sobre conflictos de intereses de los árbitros enfrenta cambios por parte del Tribunal Supremo y el Congreso

Esfuerzos continuos en apoyo del arbitraje colectivo en Brasil

8 Un tribunal francés sostiene que el momento de las inversiones no priva de competencia a un tribunal de tratados de inversiones

Actualización de la jurisprudencia de los EE. UU.

La Corte Suprema de los Estados Unidos y los tribunales de apelación han emitido varias resoluciones recientes sobre temas importantes relacionados con el arbitraje y la facultad de ejecutar laudos y sentencias en los Estados Unidos.

La Corte Suprema dictamina que los procedimientos del tribunal inferior deben suspenderse mientras la parte vencida apela la decisión que deniega la solicitud para remitir al arbitraje

El 23 de junio de 2023, en *Coinbase, Inc. v. Bielski*,¹ la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió una decisión que aborda la Sección 16 de la FAA, 9 U.S.C. Sección 16(a), que establece que la parte que pierde una moción para remitir al arbitraje tiene derecho inmediato a apelar esa decisión ante un tribunal federal de apelación, pero no dice nada sobre si el procedimiento ante el tribunal de distrito puede continuar mientras tanto.

En *Coinbase*, varios usuarios de servicios de criptomonedas demandaron a dos proveedores en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California por presuntamente operar un sorteo de criptomonedas supuestamente ilegal.² El demandado Coinbase solicitó la remisión al arbitraje de los reclamos en su contra, argumentando que los demandantes habían firmado un acuerdo de usuario que contenía una cláusula de arbitraje. Los demandantes, en oposición, argumentaron que otros contratos habían dejado sin efectos jurídicos la cláusula de arbitraje.

En enero de 2022, un juez de primera instancia denegó la solicitud de Coinbase. Posteriormente, Coinbase presentó una apelación interlocutoria ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos en virtud de la Sección 16 de la FAA y también solicitó la suspensión del procedimiento principal. Argumentó que, si el procedimiento ante el tribunal inferior continuaba sin una suspensión, esto perjudicaría un eventual arbitraje, si la apelación prosperaba.

Mediante órdenes emitidas en mayo y julio de 2022, el Noveno Circuito denegó la solicitud de suspensión, sosteniendo que, según el precedente entonces existente en *Britton v. Co-op Banking Grp.*,³ no existía un derecho automático a una suspensión durante la tramitación de una apelación interlocutoria. El Noveno Circuito además sostuvo que Coinbase no había

¹ No. 22-105, 143 S.Ct. 1915 (23 de junio de 2023).

² *Suski v. Marden-Kane, Inc.*, 2022 WL 103541, en *2-3 (N.D. Cal. 11 de enero de 2022).

³ 916 F.2d 1405 (9th Cir. 1990).

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

logrado justificar una suspensión discrecional del procedimiento durante la tramitación de la apelación. Luego, Coinbase solicitó una revisión a la Corte Suprema.

El 23 de junio de 2023, por mayoría de 5 a 4, la Corte Suprema revocó la decisión del Noveno Circuito y sostuvo que el procedimiento debió de haberse suspendido automáticamente. En nombre de la mayoría, el Ministro Brett Kavanaugh argumentó que “una apelación interlocutoria ‘despoja al tribunal de distrito del control sobre los aspectos del caso involucrados en la apelación’”, lo que refleja un “antiguo principio del procedimiento estadounidense.”⁴ “Debido a que la cuestión en apelación es si el caso pertenece al arbitraje o en cambio al tribunal de distrito, todo el caso está esencialmente ‘involucrado en la apelación.’”⁵ Por lo tanto, una suspensión automática obligatoria durante la tramitación de la apelación en contra de la negativa a remitir al arbitraje está justificada.

El Ministro Kavanaugh además razonó que la eficiencia respaldaba una suspensión obligatoria y que había relativamente pocas posibilidades de abuso ya que los tribunales de apelación poseen los medios para desestimar rápidamente las apelaciones frívolas. La decisión del Tribunal solo se aplicó a uno de los casos que Coinbase apeló (*Coinbase v. Bielski*), ya que la acción complementaria (*Coinbase v. Suski*) fue desestimada por ser discutible pues el Noveno Circuito ya había resuelto que la disputa en esa acción no era arbitrable.

Esta decisión es importante para los demandados en un litigio que consideran que un caso es arbitrable, porque significa que incluso si pierden la solicitud iniciar para remitir al arbitraje, las reclamaciones en su contra se suspenderán mientras el asunto esté en apelación. La decisión no aborda la cuestión subyacente del caso, es decir, si las reclamaciones son realmente arbitrables.

El Undécimo Circuito dictamina que la Ley Federal de Arbitraje, y no la Convención de Nueva York, regirá la anulación de laudos arbitrales emitidos en EE. UU. o conforme a la legislación estadounidense

En *Corporación AIC, S.A. v. Hidroeléctrica Santa Rita, S.A.*,⁶ la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito de los Estados Unidos, que conoce apelaciones de los tribunales de distrito federales en Florida, Georgia y Alabama, se unió a otros circuitos estadounidenses al sostener que los laudos emitidos en arbitrajes internacionales en los EE. UU. o regidos por la ley

de los EE. UU. pueden potencialmente anularse por los motivos que se encuentran en el Capítulo 1, Sección 10 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA), 9 U.S.C. Sección 1 y siguientes.

La decisión revoca un precedente anterior del Undécimo Circuito que sostenía que los laudos emitidos en arbitrajes internacionales podían anularse sólo por motivos de no reconocimiento/ no ejecución de laudos establecidos en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York)

La disputa subyacente involucraba a dos empresas guatemaltecas — una empresa constructora, Corporación AIC, S.A. (CAIC) y su cliente, Hidroeléctrica Santa Rita, S.A. (Hidroeléctrica) — la primera de las cuales estaba construyendo una planta de energía hidroeléctrica en Guatemala. Cuando surgió la disputa sobre los montos que CAIC tenía derecho a recibir según el contrato, la cuestión se remitió a arbitraje de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en Miami, Florida.

En 2018, un tribunal de la CCI dictaminó, por mayoría, que la CAIC debía reembolsar más de 7 millones de dólares a Hidroeléctrica. Esta decisión llevó a la CAIC a solicitar al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida (S.D. Fla.) que anulara el laudo, argumentando que el tribunal de la CCI se había excedido en sus poderes al, entre otras cosas, crear nuevos requisitos de acumulación, crear una nueva condición precedente del contrato, y negarse a seguir la ley guatemalteca. El “exceso de poderes” es una causa de nulidad reconocida bajo la Sección 10 de la FAA, pero que no se encuentra dentro de la Convención de Nueva York.

En 2020, el S.D. de Florida rechazó la petición basándose únicamente en que la Sección 10 de la FAA no era aplicable a un arbitraje que (como aquí) se regía por la Convención de Nueva York. En mayo de 2022, un panel de tres jueces confirmó esa decisión, sosteniendo que estaba sujeta a un precedente anterior del Undécimo Circuito, *Industrial Risk v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*,⁷ que sostuvo que un laudo arbitral regido por la Convención de Nueva York sólo puede anularse por los motivos de denegación de reconocimiento establecidos en el artículo V de la Convención.

Cabe destacar que los motivos para la denegación de reconocimiento en la Convención de Nueva York — que incluyen la constitución inadecuada de un tribunal, la falta de notificación del procedimiento arbitral y que un laudo sea contrario al orden

⁴ *Coinbase*, 143 S.Ct. en 1919.

⁵ *Id.*

⁶ Case 20-13039, 66 F.4th 876 (11th Cir. 13 de abril de 2023).

⁷ 141 F.3d 1434 (11th Cir. 1998).

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

público — son diferentes, y en algunos casos más restringidos, que aquellos establecidos en la Sección 10 de la FAA. Además, el enfoque del Undécimo Circuito (según *Industrial Risk*) era diferente al de la mayoría, si no de todos, los demás tribunales de circuito de Estados Unidos. Como resultado, durante los últimos 25 años, la decisión sobre *Industrial Risk* ha significado que los laudos de arbitraje internacional dictados por tribunales con sede en Miami y Atlanta han estado sujetos a un conjunto diferente, y potencialmente más restringido, de motivos de *nulidad* en comparación con los tribunales basados en lugares como Nueva York.

CAIC se propuso cambiar esto presentando una solicitud de revisión *en pleno* de la decisión del panel original de tres jueces, argumentando que el Undécimo Circuito necesitaba revisar la resolución de *Industrial Risk*. El 5 de octubre de 2022, se admitió esta solicitud, se anuló la decisión inicial del panel de tres jueces y todo el Undécimo Circuito acordó volver a escuchar el caso *en pleno* (es decir, una nueva audiencia completa de la apelación ante todos los jueces del circuito en funciones).

En dictamen emitido el 13 de abril de 2023, el Undécimo Circuito anuló por unanimidad la decisión sobre *Industrial Risk*. Citando el texto de la Convención de Nueva York y varios comentaristas del arbitraje, el Undécimo Circuito explicó que la Convención de Nueva York establece una distinción entre:

- jurisdicciones primarias (el país que es la sede legal del arbitraje o cuya ley rige la realización del arbitraje), donde un laudo de dicho arbitraje puede ser anulado por motivos de derecho interno; y
- jurisdicciones secundarias, que sólo pueden decidir si reconocen y ejecutan un laudo arbitral conforme a las bases establecidas en el Artículo V de la Convención de Nueva York.

El Undécimo Circuito sostuvo además que la Convención de Nueva York no pretende establecer causales de *nulidad* en la jurisdicción primaria, que es una cuestión de derecho arbitral interno. Esta ley, en los Estados Unidos, se establece en la Sección 10 de la FAA. Habiendo restablecido los estándares para la *nulidad*, el Undécimo Circuito revocó la decisión del S.D. de Florida de 2020 y devolvió el caso para que el S.D. de Florida ahora pueda decidir de conformidad con la Sección 10 de la FAA.

Como resultado de *Corporación AIC, S.A.*, los estándares de *nulidad* del Undécimo Circuito (y, como resultado, los estándares de *nulidad* aplicables para laudos que emanan de Miami o Atlanta) ahora están alineados con los del Segundo, Tercer, Quinto y Séptimo Circuitos, en el sentido de que todos de ellos sostienen que las bases para la anulación del Capítulo

1 de la FAA se aplican a laudos nacionales y no nacionales emitidos en arbitrajes con sede en los Estados Unidos.

La decisión de *Corporación AIC, S.A.* aún deja sin resolver algunas dudas sobre los estándares de *nulidad*. Por ejemplo, aunque algunos tribunales de circuito federales de Estados Unidos permiten una impugnación de los laudos arbitrales por “desprecio manifiesto de la ley”, el Undécimo Circuito ha sostenido que debido a que la Sección 10 de la FAA no menciona tal motivo, el “desprecio manifiesto de la ley” no es una base adecuada para intentar anular un laudo. En este sentido, queda por ver si el Undécimo Circuito seguirá adoptando un enfoque diferente en cuanto a las normas de *nulidad*.

Los tribunales estadounidenses continúan limitando la posibilidad de obtener, a través de estos, pruebas en apoyo a los procedimientos de arbitraje

En los Estados Unidos, la Sección 1782-28 U.S.C., permite que los tribunales estadounidenses ayuden a los tribunales y litigantes extranjeros ordenando el desahogo de pruebas que no estarían disponibles en procedimientos extranjeros de otro modo, incluyendo las pruebas documentales y testimoniales de ciertos terceros. Antes de 2022, los tribunales estadounidenses estaban divididos sobre si este estatuto (Sección 1782) permitía el descubrimiento de pruebas en apoyo a arbitrajes comerciales privados y/o arbitrajes entre inversionistas y Estados, como hemos discutido anteriormente [aquí](#) y [aquí](#).

En junio de 2022, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *ZF Automotive US v. Luxshare*⁸ sostuvo que la Sección 1782 en lo relativo al descubrimiento de pruebas no resulta aplicable en relación con arbitrajes comerciales o de tratados extranjeros. La Corte sostuvo unánimemente que los arbitrajes comerciales privados y al menos algunos arbitrajes entre inversionistas y Estados (en cuestión, un tribunal arbitral *ad hoc* constituido bajo las normas de la CNUDMI, según lo dispuesto en numerosos tratados bilaterales de inversión) no constituyen “tribunales extranjeros o internacionales” para efectos del estatuto de los EE. UU. Más bien, la Corte Suprema, sostuvo que un “tribunal extranjero o internacional” sólo incluye a un órgano jurisdiccional gubernamental o intergubernamental.

Esta decisión pareció cerrar la puerta a la mayoría de las solicitudes de la Sección 1782 relacionadas con el arbitraje. Sin embargo, *ZF Automotive* no abordó explícitamente el estatus de los tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio sobre

⁸ No. 21-401, 142 S.Ct. 2078 (2022).

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), que crea un sistema de arbitraje CIADI autónomo y diseñado específicamente para disputas entre inversionistas y Estados y se utiliza a menudo en el arbitraje de tratados.

Algunos sostuvieron que los tribunales del CIADI eran distintos del tribunal *ad hoc* de la CNUDMI en cuestión en *ZF Automotive* porque el Convenio del CIADI es un tratado multilateral de inversión que crea una institución intergubernamental permanente, el CIADI, para administrar los arbitrajes entre inversionistas y Estados. En ese sentido, se podría argumentar que un tribunal del CIADI crearía un órgano de decisión “intergubernamental” del tipo descrito en *ZF Automotive*.

Hasta la fecha, este argumento no ha sido procedente. En octubre de 2022, un juez del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York (EDNY) sostuvo que un tribunal del CIADI constituido en virtud del tratado bilateral de inversiones (TBI) entre China y Malta no era un “tribunal extranjero o internacional” según la Sección 1782.⁹ Luego, en diciembre de 2022, un juez del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York (SDNY) llegó a la misma conclusión: un tribunal del CIADI constituido en virtud del TBI Italia-Panamá no calificaba como “tribunal extranjero o internacional”.¹⁰ Este último caso está ahora en apelación ante el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos (que se ocupa de las apelaciones de los tribunales de distrito federales en Nueva York, Connecticut y Vermont).

Decisiones de los tribunales federales de distrito como éstas no constituyen un precedente vinculante para otros tribunales, aunque pueden ser persuasivas. La decisión del Segundo Circuito, que se espera para 2024, probablemente aclarará la ley que rige en esta área para los asuntos presentados en los tribunales inferiores de ese circuito. Queda por ver cómo y si otros tribunales de apelaciones estadounidenses abordarán este asunto.

El estatuto RICO de EE. UU. es potencialmente aplicable cuando las partes conspiran para frustrar la ejecución del laudo arbitral

La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó en *Yegiazaryan v. Smagin*,¹¹ que la Ley de Organizaciones Corruptas e

Influenciadas por Extorsionistas (RICO), 18 U.S.C. 1964 — que prohíbe ciertos tipos de conducta criminal repetitiva y proporciona recursos civiles contra los responsables de dicha conducta — es potencialmente aplicable cuando las partes basadas en Estados Unidos conspiran ilegalmente para utilizar medios inadecuados para frustrar la ejecución de un laudo arbitral válido.

La disputa subyacente en este caso involucró a un ciudadano ruso, Vitaly Smagin, a quien se le otorgaron \$84 millones en un arbitraje con sede en Londres realizado bajo las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). El laudo se dictó contra otro ciudadano ruso, Ashot Yegiazaryan, por malversación de su inversión inmobiliaria conjunta.

- En 2014, Smagin inició un procedimiento ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Central de California (C.D. Cal.), que cubre el área metropolitana de Los Ángeles donde vivía entonces Yegiazaryan, para ejecutar el laudo de la LCIA. En *Smagin v. Yegiazaryan*,¹² el tribunal de distrito concedió la moción de confirmación y reconoció el laudo de la LCIA como sentencia del tribunal. Sin embargo, Yegiazaryan no pagó los montos condenados.
- Al no conseguir el pago, en 2020 Smagin inició un nuevo procedimiento civil ante el C.D. de California contra Yegiazaryan y otros, alegando que, como parte de una “empresa”, habían estado involucrados en una conducta ilegal y criminal al desviar las ganancias que Yegiazaryan recibió de otro laudo no relacionado, para evitar pagar a Smagin el valor del laudo de la LCIA / sentencia del C.D. de California. Smagin alegó que estas acciones alcanzaron el nivel de “extorsión” para los propósitos de RICO y le dieron derecho a Smagin a recibir daños civiles contra todos los involucrados en la supuesta “empresa”.
- En mayo de 2021, el C.D. de California desestimó la demanda RICO de Smagin con base en que Smagin no había alegado haber sufrido un daño doméstico (es decir, en los Estados Unidos). Como Smagin era residente y ciudadano de Rusia, el C.D. de California sostuvo que la pérdida la experimentó en Rusia por no poder cobrar la sentencia.¹³ En la apelación, el Noveno Circuito no estuvo de acuerdo, adoptando un enfoque “específico del contexto” para la investigación de daños domésticos” concluyendo que Smagin si alegó un daño doméstico porque había argumentó que sus esfuerzos para ejecutar una sentencia de California en California en contra un residente de California se vieron frustrados por un patrón de actividad de extorsión que en gran medida “ocurrió o tuvo

⁹ *In re Alpine*, No. 21-mc-2547 (MKB) (RML), 2022 WL 15497008 (27 de octubre de 2022)

¹⁰ *In re Webuild S.p.A.*, No. 22-mc-140 (LAK), 2022 WL 17807321 (19 de diciembre de 2022).

¹¹ No. 22-381, 143 S.Ct. 1900 (22 de junio de 2023).

¹² 2016 WL 10704874 (C.D. Cal. 17 de marzo de 2016).

¹³ *Smagin v. Compagnie Monegasque De Banque*, 2021 WL 2124254, en *4-5 (C.D. Cal. 5 de mayo de 2021).

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

como objetivo California” y fue “diseñado para subvertir” la ejecución de la sentencia en California.¹⁴

- En octubre de 2022, Yegiazaryan presentó una petición de *certiorari* ante la Corte Suprema, argumentando que el Noveno Circuito había malinterpretado a las autoridades anteriores de la Corte Suprema con respecto a la aplicación extraterritorial de RICO. En enero de 2023, el tribunal concedió la petición de *certiorari*.

En una opinión emitida el 22 de junio de 2023, la Corte Suprema sostuvo, por mayoría de 6 a 3, que el enfoque del Noveno Circuito era correcto y que Smagin había identificado adecuadamente un “daño doméstico” que calificaba bajo RICO. En una decisión en nombre de la mayoría, la Ministra Sonia Sotomayor escribió que “determinar si un demandante ha alegado un daño doméstico es una investigación específica del contexto que en gran medida gira en torno a los hechos particulares alegados en una demanda.”¹⁵ Por lo tanto, los tribunales federales de los Estados Unidos deben analizar todas las circunstancias que rodean el supuesto daño para evaluar si éste se produjo en los Estados Unidos.

Sin embargo, la Ministra Sotomayor enfatizó que “debido a la naturaleza contextual de la investigación, ningún conjunto de factores puede captar las consideraciones relevantes para todos los casos.”¹⁶ Aplicando su enfoque a este caso, la Ministra Sotomayor sostuvo que debido a que los intereses de Smagin en la resolución de California contra Yegiazaryan — un residente de California — fueron directamente perjudicados por actividades de extorsión realizadas en California o dirigidas desde California, con el objetivo y efecto de subvertir los derechos de Smagin a ejecutar esa sentencia en California, esas acusaciones fueron suficientes para alegar un daño doméstico.

La decisión de *Smagin* ha sido elogiada en algunos sectores porque reafirma, o tal vez amplía, los recursos civiles para ciertas partes que aún no han recibido sus indemnizaciones. Sin embargo, como destacó la Ministra Sotomayor, la aplicación de la RICO civil en cualquier caso depende en gran medida de hechos específicos. Además, la decisión de la Corte Suprema en *Smagin* no abordó todos los elementos de la RICO civil, que siguen siendo complejos y a menudo difíciles de sostener, incluso en la etapa de alegatos iniciales. Aún así, la decisión sigue siendo un ejemplo interesante de cómo, en ciertos casos que implican una mala conducta especialmente grave, los acreedores del fallo o laudo pueden buscar mayor reparación.

¹⁴ *Smagin v. Yegiazaryan*, 37 F.4th 562, 567-68 (9th Cir. 2022).

¹⁵ *Yegiazaryan*, 143 S.Ct. en 1909.

¹⁶ *Id.* en 1910.

Los esfuerzos de los acreedores para hacer cumplir las sentencias contra Venezuela siguen estancados

Como actualización de [nuestro artículo anterior](#) sobre los esfuerzos de los acreedores para hacer cumplir los laudos arbitrales contra Venezuela en los Estados Unidos, en julio de 2023, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos confirmó una vez más los intentos de acreedores adicionales de Venezuela de tratar de embargar acciones en una subsidiaria estadounidense de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), PDV Holding, Inc. (PDV Holding, propietaria de Citgo), para satisfacer deudas de Venezuela y PDVSA. En 2019, el Tercer Circuito confirmó una orden que permitía a Crystallex International Corporation (Crystallex) registrar un auto de embargo contra PDV Holding como alter ego de Venezuela para satisfacer la sentencia de Crystallex contra Venezuela.¹⁷

Posterior a la demanda, varios acreedores adicionales solicitaron embargos condicionales¹⁸ contra PDV Holding bajo la teoría del alter ego. PDVSA, bajo el control del gobierno de oposición encabezado por Juan Guaidó, argumentó que la decisión anterior que declaraba que PDVSA era el “alter ego” de la República de Venezuela — y que tales laudos contra Venezuela podían ejecutarse contra los activos de PDVSA — ya no eran válidas. a la luz del cambio de circunstancias del control gubernamental en Venezuela y en PDVSA.

El Tercer Circuito analizó las acciones de los gobiernos de Maduro y Guaidó y confirmó la conclusión del tribunal de distrito de que PDVSA sigue siendo un alter ego de Venezuela. El 14 de agosto de 2023, las partes venezolanas solicitaron a la Corte Suprema un *certiorari* para revisar el fallo del Tercer Circuito; esa petición aún está pendiente.

Mientras tanto, continúa el proceso de venta judicial de PDV Holding en el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito de Delaware (D. de Delaware). El D. de Delaware nombró un experto especial para supervisar el proceso de licitación y venta, que se espera que comience en octubre de 2023 y concluya en julio de 2024. El D. de Delaware solicitó declaraciones de cualquier parte con posibles reclamos contra Venezuela antes del 14 de agosto de 2023 y estableció las reglas para determinar la prioridad de tales reclamaciones. Hasta agosto de 2023, aproximadamente 20 supuestos acreedores habían presentado dichas declaraciones ante el D. de Delaware lo que representa en total más de \$20 mil millones de supuestas sentencias contra Venezuela.

¹⁷ *Crystallex Int'l Corp. v. Bolivarian Rep. of Venez.*, 932 F.3d 126 (3d Cir. 2019).

¹⁸ Debido a las sanciones actuales de la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) establecidas después de que se emitió la orden judicial de Crystallex, las órdenes judiciales contra activos de Venezuela (como PDV Holding) son condicionales a menos y hasta que sean aprobadas por la OFAC.

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

ONU adopta Código de Conducta para Árbitros en Arbitraje de Inversiones

Durante su 56° período de sesión anual en Viena, en julio de 2023, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó formalmente un [Código de Conducta para Árbitros en la Resolución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones](#), como parte de un esfuerzo conjunto con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). La adopción del Código de Conducta culmina seis años de discusión y debate.

El Código de Conducta busca crear un estándar de conducta para los árbitros en arbitrajes de inversión, incluso en áreas que han sido objeto de desafíos recientes a los laudos de tratados de inversión, como la independencia de los árbitros, la imparcialidad y el deber de divulgación. Se aplicará a los procedimientos de arbitraje por consentimiento de las partes o según lo dispuesto en cualquier tratado, contrato o legislación aplicable. El CIADI comenzará ahora un proceso de consulta con sus estados miembros para determinar los medios y mecanismos para aplicar el Código de Conducta en los procedimientos del CIADI.

Entre otras cosas, el Código de Conducta enumera obligaciones de divulgación específicas para los árbitros, que incluyen:

- Cualquier relación financiera, comercial, profesional o personal cercana en los últimos cinco años con cualquier parte contendiente, los representantes legales de una parte contendiente, otros árbitros y peritos en el procedimiento, y cualquier persona identificada con un interés directo o indirecto en el resultado del procedimiento, incluido un tercero financiador;
- Cualquier interés financiero o personal en el resultado del procedimiento, en cualquier otro procedimiento que involucre la misma medida y en cualquier otro procedimiento que involucre a una parte en disputa o persona o entidad relacionada;
- Participación en todas las disputas internacionales sobre inversiones y procedimientos nacionales o internacionales directamente relacionados (como un procedimiento de anulación o de ejecución) en los últimos cinco años como árbitro, representante legal o testigo experto; y
- Cualquier nombramiento como árbitro, representante legal o perito por una de las partes contendientes o sus representantes legales en todas las disputas internacionales de inversión y cualquier otro procedimiento en los últimos cinco años. Cuando estén sujetos a obligaciones de confidencialidad, los árbitros deben revelar tanta información como sea posible requerida por el Código de

Conducta. Por ejemplo, aunque los árbitros deben redactar información confidencial, deben esforzarse por revelar la región donde se encuentra el demandante o el demandado, el sector o industria relevante, las reglas aplicables y las obligaciones vinculantes de confidencialidad. El Código de Conducta aconseja a un árbitro rechazar el nombramiento si no puede revelar circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificables de imparcialidad.

Además, el Código de Conducta regula expresamente la controvertida práctica del llamado “doble-mandato”: los árbitros que actúan como representantes de las partes o como peritos en otros casos. El Código prohíbe a los árbitros actuar como abogados o testigos expertos en cualquier disputa internacional sobre inversiones o procedimiento directamente relacionado que involucre: (a) las mismas medidas gubernamentales o las mismas partes o partes relacionadas durante tres años después de actuar como árbitro, y (b) procedimientos que surjan bajo la misma disposición del mismo instrumento de consentimiento (es decir, el tratado, contrato o legislación que contiene el consentimiento del estado al arbitraje) durante un año después de actuar como árbitro.

Los árbitros no pueden actuar simultáneamente como abogados o peritos en ningún otro procedimiento que involucre la misma medida gubernamental, las mismas partes o partes relacionadas, o la misma disposición del mismo instrumento de consentimiento. Las partes pueden optar por variar o renunciar a estas limitaciones mediante acuerdo expreso de todas las partes en disputa.

Es de destacar que el Código de Conducta no aborda explícitamente los llamados “conflictos de intereses,”¹⁹ que algunos comentaristas definen que surgen cuando se puede considerar que un árbitro ha “juzgado previamente” una cuestión basándose en sus premios, publicaciones, posiciones o declaraciones anteriores. El grupo de trabajo examinó detenidamente esta cuestión; hasta el [último borrador publicado](#) antes de su finalización, las restricciones de “doble-mandato” mencionadas anteriormente se extendían a “cuestiones legales que son sustancialmente tan similares que aceptar tal papel sería una violación [del deber de independencia e imparcialidad].” Dicho texto finalmente fue eliminado y este punto no está cubierto en el Código de Conducta.

Los árbitros y profesionales harían bien en explorar el potencial conflicto de intereses como parte de su debida diligencia al inicio del asunto y las revelaciones del árbitro.

¹⁹ Prohibir el doble-mandato resuelve muchos de estos conflictos temáticos, por lo que el tema no queda del todo desatendido.

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

Novedades del arbitraje en Brasil

La ley brasileña sobre conflictos de intereses de los árbitros enfrenta cambios por parte del Tribunal Supremo y el Congreso

Los actores políticos en Brasil han apuntado recientemente a las normas existentes sobre conflictos de intereses de los árbitros, argumentando que esas leyes no han logrado garantizar que los árbitros sigan siendo imparciales e independientes, erosionando así la confianza del público en el arbitraje. El marco legal brasileño existente, que es un asunto federal, es un conjunto bastante estándar de reglas que rigen los conflictos de intereses de los árbitros, tomado en gran medida de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ese sistema se basa en divulgaciones voluntarias y autorregulación por parte de los árbitros, las partes y las instituciones involucradas en un arbitraje.

En mayo de 2023, União Brasil, uno de los partidos políticos más grandes de Brasil, presentó una denuncia ante el Tribunal Supremo de Brasil (“Supremo Tribunal Federal”), alegando que la autorregulación del deber de divulgación ha resultado insuficiente y que los tribunales han sido aplicar estándares diferentes a casos fácticamente similares. Por lo tanto, la demanda busca un recurso constitucional y solicita que el Tribunal Supremo establezca interpretaciones vinculantes que, *inter alia*:

- Los árbitros tienen el deber incondicional de revelar cualquier información que las partes soliciten.
- Las partes no tienen la obligación de investigar conflictos potenciales.
- La falta de divulgación es motivo suficiente para destituir a un árbitro, independientemente de su parcialidad real.
- Las partes pueden cuestionar la independencia e imparcialidad de un árbitro en cualquier momento, en cualquier foro.

Estos estándares se aplicarían a todos los arbitrajes con sede en Brasil. Destacados colegios de abogados, instituciones arbitrales e institutos jurídicos han presentado escritos *amicus curiae* oponiéndose en gran medida, pero en algunos casos apoyando, la reparación solicitada. El Tribunal Supremo aceptó conocer el caso, pero actualmente no hay indicios de cuándo se puede esperar una decisión.

Paralelamente, la Cámara de Representantes (“Câmara dos Deputados”) avanza con el proyecto de ley número 3.293/2021, que propone modificaciones a la ley de arbitraje brasileña que buscan introducir para los arbitrajes con sede en Brasil:

- Un deber más amplio de los árbitros de revelar cualquier circunstancia que pueda sugerir la “más mínima” duda sobre su independencia e imparcialidad.
- Un límite en el número de casos que un árbitro puede atender simultáneamente.
- Una prohibición que impide que dos árbitros formen parte de más de un panel al mismo tiempo.
- Una prohibición que impide a los miembros de la junta directiva de una institución arbitral actuar como árbitros en casos administrados por dicha institución.
- La creación de una base de datos pública que contenga — para cualquier caso — los nombres de los árbitros, el monto en disputa de cada caso que atendieron, el laudo dictado y cualquier impugnación del laudo.

Al igual que con la denuncia presentada ante el Tribunal Supremo, los colegios de abogados, las instituciones arbitrales y los institutos jurídicos se han opuesto en gran medida al proyecto de ley. El Comité Judicial de la Cámara de Representantes desestimó recientemente una solicitud para acelerar su votación y ahora está organizando una audiencia pública para discutir los cambios propuestos.

Esfuerzos continuos en apoyo del arbitraje colectivo en Brasil

En Brasil continúan las discusiones sobre la ampliación de los derechos de los accionistas a interponer acciones colectivas contra empresas brasileñas en litigios y arbitrajes. Como informamos anteriormente, el arbitraje colectivo se está poniendo a prueba en el país, ya que ciertos grupos de accionistas minoritarios han iniciado procedimientos de arbitraje buscando reparación como colectivo contra las principales corporaciones brasileñas.

Dos novedades en esta materia también están en marcha.

Nuevas reglas para los procedimientos de arbitraje colectivo.

Dos instituciones arbitrales brasileñas han desarrollado reglas para los procedimientos de arbitraje colectivo.²⁰ Si bien las

²⁰En abril de 2023, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (“Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá”), una de las instituciones más demandadas de Brasil, publicó sus Reglas de Arbitraje Corporativo (“Regulamento de Arbitragem Societária”). El Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Portugal en Brasil (“Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil”) emitió sus Reglas Suplementarias para el Arbitraje Colectivo (“Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas”) en abril de 2021.

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

normas de cada institución contemplan diferentes estructuras de arbitraje colectivo, ambos conjuntos de normas establecen:

- Procedimientos para notificar a las partes ausentes.
- Las opciones disponibles para las partes ausentes.
- Las consecuencias de incorporarse o no como parte en las distintas etapas del arbitraje.
- Reglas para la consolidación de procedimientos múltiples.

Si bien estos acontecimientos son significativos, vale la pena señalar que la Cámara de Arbitraje del Mercado (“Câmara de Arbitragem do Mercado”), la cual sigue siendo la institución arbitral obligatoria para disputas que involucran a empresas que cotizan en ciertos segmentos especiales de la Bolsa de Valores de Brasil, aún no ha emitido un conjunto de reglas de arbitraje colectivo o de clase.

Propuesta de ley. En el ámbito legislativo, la actual administración federal de Brasil propuso en junio de 2023 un proyecto de ley para regular el “sistema de ejecución privada de los derechos de los inversores en el mercado cambiario de valores,”²¹ entre otras materias. La propuesta de ley confiere capacidad a ciertos accionistas para presentar demandas colectivas judiciales contra corporaciones que cotizan en bolsa. Esto es notable porque actualmente sólo el Ministerio Público (“Ministério Público”) y la Comisión de Valores Mobiliarios de Brasil (“Comissão de Valores Mobiliários”) están legitimados para presentar demandas colectivas relacionadas con el mercado de valores. La propuesta de ley también establece que dichas demandas colectivas podrán interponerse en arbitraje cuando lo autoricen los estatutos corporativos o documentos análogos (por ejemplo, escrituras de emisión y contratos de garantía).

²¹Ley No. 2925/2023, propuesta por la administración federal el 2 de junio de 2023.

Un tribunal francés sostiene que el momento de las inversiones no priva de competencia a un tribunal de tratados de inversiones

En febrero de 2023, en *Agarwal v. Uruguay*,²² el Tribunal de Apelaciones de París (“Paris Cour d’Appel”) anuló un laudo arbitral basado en un tratado de inversión en el que el tribunal arbitral había declinado competencia sobre la base del momento de la inversión del demandante, sosteniendo que el tribunal arbitral no estaba privado de competencia y debió haber escuchado el caso.

En o alrededor de 2006, Pramod Agarwal, un ciudadano británico, invirtió \$365 millones en el proyecto de mina de mineral de hierro Valentines, valuado en \$3 mil millones, el mayor proyecto minero de este tipo en la historia de Uruguay. Por otra parte, Agarwal estableció un fideicomiso con sede en las Islas Caimán en beneficio de sus tres hijos y dispuso que parte de las ganancias del proyecto minero uruguayo fluirían a ese fideicomiso y, eventualmente, a sus hijos. En el momento en que se estableció el fideicomiso en 2008 o alrededor de esa fecha, sus hijos eran beneficiarios “discrecionales” de ese fideicomiso.

Aunque Agarwal y Uruguay discuten las razones, los proyectos mineros tuvieron problemas en los años posteriores a la inversión de Agarwal. En 2013, Uruguay aprobó una legislación que imponía restricciones más estrictas a proyectos mineros de la escala de las inversiones de Agarwal. Agarwal se retiró del proyecto, alegando que Uruguay había alterado retroactivamente el régimen legal relativo a su inversión.

En 2016, dos meses antes de que los hijos de Agarwal presentaran una notificación de disputa en virtud del TBI entre el Reino Unido y Uruguay, el estatus de los hijos de Agarwal como beneficiarios bajo el fideicomiso de las Islas Caimán cambió de “discrecional” a “fijo”, convirtiéndolos en propietarios beneficiarios de todos los activos relacionados con el proyecto Valentines en poder del fideicomiso. Los hijos de Agarwal luego iniciaron un arbitraje CNUDMI con sede en París y administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, alegando que Uruguay había incumplido sus obligaciones de trato justo y equitativo de las inversiones protegidas y había expropiado la inversión.

Uruguay impugnó la competencia del tribunal de la CNUDMI por varios motivos, entre ellos que los hijos de Agarwal no eran propietarios de la inversión en el momento en que Uruguay promulgó la legislación en cuestión porque el fideicomiso estaba controlado por otros y los hijos de Agarwal eran meros beneficiarios discrecionales de ese fideicomiso. El tribunal arbitral estuvo

²²Cour d’Appel de Paris, Decisión n° RG 20/13899 (21 de febrero de 2023).

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

de acuerdo, sosteniendo (entre otras cosas) que los demandantes sólo habían adquirido una inversión protegida bajo el TBI unos meses antes de que comenzara el arbitraje y mucho después de que ya hubiera surgido la disputa contra Uruguay. Luego, el tribunal interpretó que la cláusula de solución de controversias del TBI — la cual expresamente excluía las disputas anteriores a la entrada en vigor del tratado — también excluía las disputas anteriores a la inversión misma. En consecuencia, declinó su competencia.

Los demandantes solicitaron la anulación del laudo ante la Cour d'Appel de París, que tiene la facultad, según su Código de Procedimiento Civil, de anular las decisiones de los tribunales arbitrales por falta de jurisdicción. La Cour d'Appel no estuvo de acuerdo con la interpretación que el tribunal hizo del TBI para pronunciarse sobre su competencia y proporcionó su propia interpretación.

- En primer lugar, concluyó que el TBI contenía una definición amplia de “inversión” que no requería que la propiedad implicara una conducta o dirección “activa” por parte de los hijos de Agarwal como beneficiarios del fideicomiso.
- En segundo lugar, encontró que el tratado indicaba que cubría todas las inversiones, independientemente del momento en que

se hubieran realizado, y excluía sólo aquellas disputas anteriores a su entrada en vigor. Que el TBI no pudiera aplicarse antes de la realización de la inversión, como había sostenido Uruguay, era una cuestión sustantiva — y no jurisdiccional — y, por lo tanto, estaba fuera del alcance de la revisión por parte del tribunal de anulación.

La Cour d'Appel anuló el laudo y ordenó a Uruguay pagar las costas procesales en que incurrieron los Agarwal ante la Cour d'Appel, más €150.000 en honorarios legales. El tribunal no fue solicitado y no se pronunció sobre el fondo de la reclamación de Agarwal ni de las defensas de Uruguay. El abogado de Uruguay ha indicado que tiene intención de apelar.

La decisión de la Cour d'Appel es importante porque se niega a dar deferencia al razonamiento del tribunal para pronunciarse sobre su jurisdicción y proporciona su propia interpretación del TBI. Si, como indicó el abogado de Uruguay, se interpusiera un recurso de apelación, la decisión será revisada por el Tribunal Supremo francés en materia civil y penal (“Cour de Cassation”), que, junto con la Cour d'Appel de París, desempeña un papel central en el desarrollo del derecho internacional de inversiones en Francia.

Boletín sobre Solución de Controversias en América Latina

Contacts



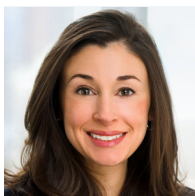
Julie Bédard

Socia / New York / São Paulo
212.735.3236
julie.bedard@skadden.com



Timothy G. Nelson

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



Jennifer Permesly

Socia / New York
212.735.3723
jennifer.permesly@skadden.com



Valentin Autret

Counsel / Paris
33.1.55.27.11.11
valentin.autret@skadden.com



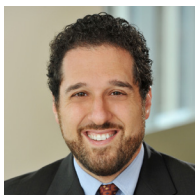
John L. Gardiner

Socio / New York
212.735.2442
john.gardiner@skadden.com



Sharmistha Chakrabarti

Counsel / New York
212.735.2018
sharmistha.chakrabarti@skadden.com



Gregory A. Litt

Socio / New York
212.735.2159
greg.litt@skadden.com



Betsy A. Hellmann

Counsel / New York
212.735.2590
betsy.hellmann@skadden.com

El asociado **Alexander C. Haden** ha contribuido a esta actualización.

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.

One Manhattan West / New York, NY 10001 / 212.735.3000