

Arbitraje Internacional en 2022

Principales tendencias



Freshfields Bruckhaus Deringer

Introducción

Bienvenidos a nuestra revisión anual de las principales tendencias en arbitraje internacional para 2022.

Por estas fechas durante el año pasado, esperábamos que el 2021 viera el comienzo del fin de la pandemia del COVID-19 y el inicio de una recuperación económica mundial. A principios de 2022 y a pesar de los programas de vacunación generalizados, la pandemia y la perturbación económica que ha provocado siguen interfiriendo en muchos aspectos fundamentales de la vida y los negocios en todo el mundo.

En esta edición de nuestra publicación sobre principales tendencias, exploramos algunos de los temas clave que prevemos que influirán en el panorama del arbitraje durante el próximo año. Las diez tendencias cubiertas en el informe de este año han sido identificadas por especialistas en arbitraje internacional de toda nuestra red mundial.

Además de la pandemia, hay una gran cantidad de factores políticos, económicos y sociales que afectan al mundo en el que operan nuestros clientes y que están repercutiendo sobre la práctica y la substancia del arbitraje. A continuación, identificamos algunos de estos temas generales, que se examinan con más detalle en las tendencias individuales:

- Se espera que las crecientes expectativas ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) sobre las empresas y la implementación de objetivos más amplios en materia de cambio climático conduzcan a un aumento de disputas relacionadas con ASG que se sometan a arbitraje ([ASG y arbitraje](#)), especialmente en los sectores de la energía y la construcción, en los que las compañías se esfuerzan por aplicar programas de transición energética neutra y global en los próximos años ([Arbitraje de construcción ante la transición energética y el cambio climático](#)).
- Se espera que la continuación de la recesión económica mundial lleve a un nuevo aumento del número de disputas en muchos sectores. Instituciones arbitrales reportaron un número récord de casos para 2020, y es probable que esta tendencia continúe a medida que las empresas traten de recuperar parte de sus pérdidas por la pandemia, agravadas por la expiración de los planes de protección de los gobiernos y los acuerdos para aplazar o reprogramar el cumplimiento con las obligaciones de deuda ([COVID-19 y el panorama del arbitraje](#)). Es probable que los efectos de la pandemia catalicen el interés y el uso de la financiación por parte de terceros a medida que las compañías adopten nuevas estrategias para la gestión de su liquidez y riesgos ([Desarrollos en la financiación por parte de terceros](#)).
- En la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha intentado reducir aún más la protección de las inversiones. El TJUE ha ampliado la histórica decisión del caso Achmea, que declaró que las cláusulas de arbitraje de los TBIs intracomunitarios son incompatibles con la legislación de la UE, al arbitraje intracomunitario bajo el TCE y a las cláusulas de arbitraje ad hoc. Consideramos qué medidas pueden tomar los inversores para protegerse en el futuro ([Arbitraje de inversión en la Unión Europea](#)).
- Como reflejo de las crecientes expectativas sociales sobre las empresas, mencionadas anteriormente, la comunidad del arbitraje ha visto un marcado aumento de las iniciativas destinadas a mejorar los estándares profesionales, éticos y medioambientales en la conducción y el procedimiento del arbitraje, incluidas las destinadas a aumentar la diversidad y el civismo en el arbitraje ([Estándares emergentes para la conducción del arbitraje internacional](#)).
- El escepticismo continuado sobre el arbitraje entre inversores y Estados (ISDS) ha llevado a renovar los



esfuerzos para impulsar reformas. Las tan esperadas reglas revisadas del CIADI se lanzarán en 2022 con características novedosas, tal como un nuevo procedimiento de arbitraje acelerado diseñado para disputas entre inversores y Estados. La reforma en el ámbito del arbitraje entre inversores y Estados sigue a las amplias reformas procesales destinadas a hacer más eficiente y eficaz en cuanto a costos al arbitraje comercial en los últimos años ([Impulsos hacia una mayor eficiencia](#)).

- La aceleración de la transformación digital y la innovación seguirán repercutiendo en las disputas durante el próximo año con el rápido crecimiento y la globalización del sector tecnológico. Las nuevas áreas de productos, como las criptomonedas, el blockchain y la IA, por ejemplo, inevitablemente darán lugar a nuevos tipos de disputas comerciales, mientras que el aumento de la acción gubernamental para regular las grandes empresas tecnológicas también puede dar lugar a un número creciente de disputas entre inversores y Estados relacionadas con la tecnología ([Arbitraje y el sector tecnológico](#)).
- La participación del gobierno en la economía y la interferencia en los negocios también está aumentando en otros sectores, incluido el financiero. Esto, unido a la creciente complejidad de las transacciones financieras transfronterizas, está provocando que ciertas instituciones financieras reevalúen sus opciones para resolver disputas, especialmente a la luz de desarrollos recientes en el procedimiento arbitral diseñados para hacer al arbitraje más atractivo para la comunidad bancaria ([Instituciones Financieras y Arbitraje](#)).
- Un raro ejemplo de injerencia gubernamental sobre el proceso arbitral a finales del año pasado fue el Decreto 34 de 2021 de Dubái, que tuvo el efecto de convertir al Centro de Arbitraje Internacional de Dubái en la única institución arbitral de Dubái con autoridad para administrar casos. Analizamos el impacto resultante en el arbitraje en la región ([Consolidación de los centros de arbitraje en Oriente Medio](#)).

Siga leyendo para explorar estas tendencias en más detalle. Si desea discutir cualquiera de los temas tratados en el informe, póngase en contacto con nosotros, con los autores de las tendencias o con su contacto habitual de Freshfields.

Esperamos poder afrontar con nuestros clientes los retos y las oportunidades que plantean estos acontecimientos durante el próximo año.

Conozca al equipo:



Nigel Blackaby QC

Co-Director Global de Arbitraje Internacional y Co-Director de la Práctica de América Latina



Boris Kasolowsky

Socio, Disputas, Litigios y Co-Director Global de Arbitraje Internacional



Ashley Jones

Abogada Senior de Conocimiento, Disputas, Litigios y Arbitraje



Contents



01. La creciente importancia de las ASG y el papel del arbitraje internacional



Jack Terceño
Socio, Tokio



Will Thomas QC
Socio, Londres



Amanda Neil
Asociada Principal, Viena

Las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) siguieron dominando las agendas legales, políticas y empresariales en 2021. Algunas de las novedades más destacadas que afectarán la forma en que las empresas abordan las cuestiones ASG en 2022 y más adelante son:

- La innovadora decisión de la Corte de Distrito de La Haya en el caso Shell, que representa la primera vez que una corte impone a una empresa la obligación legal de reducir sus emisiones de CO2.
- El tan esperado paquete legislativo 'Fit for 55%' de la Comisión Europea, cuyo objetivo es lograr una reducción del 55% de las emisiones de carbono para 2030 y alcanzar las cero emisiones netas para 2050, junto con la esperada publicación a principios de 2022 de su propuesta de Directiva sobre Cadenas de Suministro, que impondrá obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos a las empresas que operan en la UE.
- La COP26, que logró avances significativos en la consecución de los objetivos del Acuerdo de París, entre otras cosas mediante el establecimiento de la [Alianza Financiera de Glasgow para las Cero Emisiones Netas \(GFANZ\)](#), un foro para que las principales instituciones financieras aceleren la transición energética, y un nuevo Consejo de Estándares Internacionales de Sostenibilidad para desarrollar estándares de divulgación sobre ASG para compañías.

Estos acontecimientos dejan en claro que tribunales, gobiernos e inversores esperan que las compañías faciliten la transición energética y salvaguarden los derechos humanos de los trabajadores, dos pilares ASG considerados fundamentales para una mejor recuperación tras la pandemia del COVID-19. Las compañías tendrán que replantearse su forma de hacer negocios para responder a estos cambios, lo que a su vez dará lugar a disputas relacionadas con cuestiones ASG. Dado que el arbitraje internacional es el mecanismo de resolución de conflictos preferido por muchas compañías para sus disputas transfronterizas, su papel en la resolución de disputas relacionadas con cuestiones ASG no hará más que aumentar.

Arbitraje comercial

Las presiones legales y comerciales para que las compañías alcancen las cero emisiones netas y protejan los derechos humanos de los trabajadores han creado riesgos adicionales, que exigen la revisión no sólo de políticas y prácticas internas, sino también de relaciones contractuales. En consecuencia, las cláusulas ASG se están introduciendo cada vez más en contratos comerciales.

Una compañía sujeta a regulaciones de cadenas de suministro, por ejemplo, haría bien en tomar todas las medidas posibles para protegerse de los riesgos derivados de los negocios de sus proveedores y, de hecho, de los negocios de los proveedores de sus proveedores. Debería asegurarse de que los contratos con los proveedores contengan protecciones adecuadas, por ejemplo, en forma de declaraciones, garantías e indemnizaciones. Del mismo modo, cualquier potencial comprador, inversor o prestamista de la compañía debería tomar medidas para protegerse de los mismos riesgos utilizando mecanismos contractuales similares. Los riesgos derivados de las regulaciones de cadenas de suministro pueden ser importantes y deben ser gestionados no sólo por la compañía que es objeto de la regulación, sino también por las entidades que interactúan con ella.

Las cláusulas ASG son factores novedosos, complejos y, en gran medida, no probados, que probablemente den lugar a disputas sobre cómo deben interpretarse y aplicarse. En la medida en que surja una disputa y el contrato subyacente contenga una cláusula de arbitraje, la controversia se resolverá mediante arbitraje.

Varias características del arbitraje lo hacen especialmente adecuado para ser utilizado en estos casos. El arbitraje permite a las partes elegir árbitros especializados que tengan los conocimientos y la experiencia necesarios. Pueden ser abogados con experiencia en legislación sobre derechos humanos en casos relacionados con regulaciones de cadenas de suministro, o pueden ser ingenieros u otros expertos que comprendan la tecnología pertinente en casos relacionados con la transición energética. El arbitraje



también ofrece un foro neutral y procedimientos flexibles, por lo que las partes pueden diseñar un proceso de resolución de conflictos que se adapte a sus necesidades y a la naturaleza de la disputa. Por ejemplo, puede darse mayor importancia a las pruebas aportadas por expertos y permitirse que otros expertos examinen dichas pruebas extensamente. Por último, la ejecutabilidad casi universal de los laudos a través de la Convención de Nueva York proporciona la tranquilidad de que la disputa se resolverá de forma completa y final a través de un laudo ejecutable, proporcionando así seguridad comercial.

El hecho de que el arbitraje sea esencialmente un mecanismo privado de resolución de disputas plantea problemas en los casos que involucran cuestiones de interés público, como las relacionadas con el medio ambiente y los derechos humanos. Sin embargo, estas preocupaciones pueden abordarse agregando ciertas características al arbitraje, como la publicación del laudo y la intervención de terceros. Estas medidas pueden garantizar que el arbitraje siga siendo una forma eficaz de resolver conflictos comerciales en el futuro, incluso en el contexto de las ASG.

Arbitraje de inversión

Dos tendencias que notamos en nuestros informes sobre las principales tendencias de 2019 y 2020 se desarrollaron aún más en 2021. En primer lugar, siguen surgiendo arbitrajes de inversión como resultado de regulaciones nacionales en materia de ASG promulgadas principalmente en respuesta a la transición energética. Algunos inversores argumentan que las regulaciones, y la forma en que se han introducido, han perjudicado considerablemente el valor de sus activos y reclaman una indemnización. Los casos de alto perfil relacionados con la eliminación progresiva del carbón en Holanda y la actual oleada de casos relacionados con la reducción de las subvenciones a las energías renovables en España e Italia entran en esta categoría.

En segundo lugar, los Estados continúan incluyendo disposiciones en materia de ASG en tratados de comercio e inversión y están utilizando estos tratados como herramientas para promover sus objetivos de sostenibilidad. Efectivamente, en 2021 surgió una nueva clase de acuerdos de inversión—el acuerdo de inversión sostenible—que coloca a las cuestiones ASG en el centro de la política comercial y de inversión.

La Comisión Europea inició negociaciones para un Acuerdo de Facilitación de Inversión Sostenible con Angola, que se centrará en la promoción del desarrollo sostenible y la inversión responsable, la mejora de la diversificación y la resiliencia económica, y el apoyo a la transición energética. Se espera que el acuerdo sea el primero de una serie de acuerdos de inversión sostenible entre la UE y países africanos. En una línea similar, Singapur y Australia iniciaron negociaciones para un Acuerdo de Economía Verde, que pretende ser un acuerdo pionero en el mundo

que combine objetivos comerciales, económicos y medioambientales.

También es interesante el modelo de Acuerdo de Facilitación y Cooperación de Inversiones Sostenibles elaborado para Gambia para asistirle en sus negociaciones de tratados con otras naciones. El modelo de acuerdo se basa en gran medida en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos e incluye una serie de elementos innovadores, en particular en relación con el arbitraje de inversión. No sólo permite expresamente que el Estado anfitrión presente reconveniones, sino que también permite que terceros que sean personas físicas presenten demandas contra los inversores que estén relacionadas con asuntos de derechos humanos y que surjan de la inversión. El modelo de acuerdo también exige que se tenga en cuenta la conducta del inversor a la hora de determinar cualquier indemnización, exige que el inversor pague los depósitos necesarios, y permite el uso de las Reglas de La Haya en Arbitraje que Involucre a Empresas y Derechos Humanos como alternativa a las Reglas CIADI.

Esta nueva forma de acuerdo de inversión muestra que, si bien los Estados siguen considerando que los tratados de comercio e inversión son esenciales para alcanzar sus objetivos económicos, también recurren a ellos cada vez más para alcanzar sus objetivos en materia de ASG. Aunque la forma exacta de estos tratados y los mecanismos de resolución de disputas que contendrán aún están por verse, parece probable que los regímenes legales relacionados con el comercio, la inversión, el medio ambiente y los derechos humanos sigan convergiendo. Las compañías que deseen invertir en el extranjero deben estar al tanto de esta evolución para asegurarse de que puedan aprovechar las oportunidades que ofrecen estos tratados y protegerse de los riesgos pertinentes.

‘La pandemia del COVID-19 ha puesto a las cuestiones ASG en el punto de mira de las compañías. El medio ambiente, los derechos humanos, la salud y la seguridad, la fiscalidad, la protección de datos y la corrupción serán probablemente algunos de los principales temas relacionados con las ASG en los próximos años. Las cuestiones ASG ya son conocidas en el contexto del arbitraje de inversión, donde a menudo surgen disputas relacionadas con la transición energética y los derechos humanos. Las disputas relacionadas con cuestiones ASG también surgirán cada vez más en el contexto del arbitraje comercial, a medida que las empresas adapten sus negocios para cumplir con las nuevas leyes y regulaciones y para responder a presiones comerciales’.



Amanda Neil

Asociada Principal,
Viena



02. Cómo el COVID-19 ha dado y seguirá dando forma al panorama del arbitraje



John Choong
Socio, Hong Kong



Lluís Paradell
Consejero, Roma



Alexandra van der Meulen
Consejera, París



Olivier André
Asesor de relaciones con clientes, Nueva York

En 2021, el COVID-19 siguió afectando casi todas las facetas de la vida en todo el mundo, incluyendo al arbitraje. La pandemia ha dado lugar y es probable que siga dando lugar a nuevas disputas, que abarquen desde las consecuencias de la interrupción de la actividad comercial en una amplia gama de sectores hasta el impacto de las medidas relacionadas con el COVID-19 implementadas por los Estados sobre los inversores.

Fuerza mayor, frustración e imposibilidad

La economía mundial se contrajo un 3,5% en 2020 y la interrupción de la actividad empresarial se sigue sintiendo en todo el mundo, especialmente en los sectores del transporte, el comercio minorista y la energía. Aunque muchas empresas han tratado de adoptar un enfoque conciliador con respecto a las obligaciones de sus contrapartes (por ejemplo, llegando a acuerdos sobre el aplazamiento del cumplimiento contractual y/o el pago), muchas no podrán evitar cada vez más someter sus conflictos a mecanismos formales de resolución de disputas, incluyendo a arbitraje, a medida que se eliminen los planes de apoyo de los gobiernos y expiren los acuerdos para aplazar o reprogramar el cumplimiento o el vencimiento de la deuda.

En los casos en que las disputas se han sometido a arbitraje, el COVID-19 se ha seguido invocando entre los argumentos de fuerza mayor, frustración e imposibilidad económica. Sin embargo, cabe destacar que el umbral para invocar estas defensas es cada vez más alto, ya que las cortes estatales y los tribunales arbitrales consideran que la segunda ola del COVID-19 y las posteriores (y los recurrentes bloqueos y restricciones que conllevan) no son lo suficientemente 'imprevisibles'.

Insolvencia

La interrupción de la actividad empresarial y los problemas de liquidez aún no se han traducido en tasas de insolvencia consistentemente más altas, en parte debido a las amplias subvenciones estatales. Sin embargo, hay dificultades significativas en ciertos mercados, y es probable que el

retiro gradual de las subvenciones provoque un fuerte aumento de las insolvencias empresariales, lo que hace que sea importante considerar tanto los arbitrajes relacionados con la insolvencia como los efectos de ésta en el arbitraje. La insolvencia afecta a todas las fases de un arbitraje, desde la capacidad de una parte para participar en el procedimiento arbitral, hasta la continuación del mismo y, en última instancia, la ejecución. Los altos niveles de endeudamiento en África y Asia son particularmente notables, debido en parte a la desaceleración de la economía china y la consiguiente reducción de la inversión extranjera directa china en el extranjero, así como el impacto del COVID-19 en la Iniciativa de la Franja y la Ruta.

Conflictos comerciales sectoriales

En el sector de los seguros, esperamos que el alcance y la extensión de la cobertura del COVID-19 por las pólizas de seguros aparezca con mayor frecuencia en procedimientos de arbitraje comercial.

Tipo de disputas que han surgido o que se anticipa que surjan por la disrupción causada por la pandemia del COVID-19



Fuente: https://www.ey.com/en_uk/assurance/how-covid-19-impacts-the-claims-and-disputes-landscape (abril de 2021)



Aunque el 2021 fue un año récord para las fusiones y adquisiciones, varias operaciones de alto perfil se paralizaron durante la pandemia, dando lugar a disputas. Algunos ejemplos son la cancelación de la adquisición de Victoria Secret y el retraso en la adquisición de Tiffany & Co por LVMH. En una decisión reciente, un tribunal CCI sostuvo que EssilorLuxottica podía dar marcha atrás en una adquisición de €5.500 millones. Además, la incertidumbre del COVID-19 ha llevado a un mayor uso de las cláusulas de 'earn-out', añadiendo un monto variable al precio fijo dependiendo de los resultados del objetivo de la adquisición, con el riesgo de litigio asociado a estas cláusulas intrínsecamente complejas.

A mediano y largo plazo, también se espera un número creciente de disputas sobre construcción y proyectos, a medida que se cristalicen las repercusiones de los confinamientos sobre el suministro y la ejecución, así como los problemas de sostenibilidad financiera y de suministro, y se haga patente su efecto sobre los plazos de desarrollo.

Disputas entre inversores y Estados

Es probable que las medidas de emergencia adoptadas por los gobiernos durante la pandemia provoquen un aumento del número de disputas entre inversores y Estados relacionadas con el COVID-19. Ya se han iniciado procedimientos en el sector del transporte aéreo, incluyendo por el supuesto rechazo de Chile a otorgar medidas de alivio a la concesión de un aeropuerto; la supuesta utilización del COVID-19 como excusa por parte de Moldavia para rescindir una concesión; y la nacionalización de una compañía aérea por parte de Cabo Verde. También se ha amenazado el inicio de procedimientos en relación con las reformas energéticas impulsadas por el COVID-19 y las medidas de retiro de fondos de pensiones.

Se esperan nuevas disputas, sobre todo en el sector de la salud, relacionadas con derechos de propiedad intelectual y prohibiciones de exportación. Estos casos, que probablemente continuarán, pondrán a prueba los límites del concepto de 'razonabilidad y proporcionalidad' en el accionar de los Estados, del concepto de 'necesidad', y de las excepciones incluidas en los tratados, como las relativas a medidas de salud pública.

Otra cuestión es cómo el COVID-19 puede afectar la forma de valorar los daños en arbitrajes de inversión. En particular, puede influir en la forma en que se evalúan los flujos de caja futuros en los análisis de flujos de caja descontados, lo que quizá haga que la fecha de valoración se desplace hacia la fecha del laudo para tener en cuenta el impacto del COVID-19.

Audiencias virtuales

En el frente procesal, la cuestión principal es si las audiencias virtuales, que han prosperado durante la pandemia, permanecerán como un elemento más permanente del paisaje del arbitraje en 2022 y más adelante.

La comunidad del arbitraje recurrió rápidamente a las audiencias a distancia como una alternativa a las audiencias presenciales, limitando así las consecuencias de los retrasos causados por la pandemia en lo que refiere a tiempo y costos. Las instituciones han continuado adaptando sus normas y mejores prácticas para abordar las preocupaciones subsistentes sobre el debido proceso. Los árbitros y los profesionales del arbitraje han adquirido más experiencia con la tecnología y la logística de la organización de audiencias virtuales.

Sin embargo, las audiencias virtuales siguen presentando problemas, como la dificultad para acomodar zonas horarias dispares, para presentar pruebas eficientemente, o para que los equipos de abogados o tribunales puedan conferenciar durante las audiencias. Las largas audiencias virtuales también pueden provocar fatiga ocasionada por pantallas, problemas de concentración y problemas de salud mental. Al mismo tiempo, las audiencias virtuales pueden ser más eficientes en cuanto a costos y ofrecer una mayor flexibilidad procesal y logística: son más fáciles de programar, permiten una mayor movilización de los interesados, y tienen un impacto positivo en la diversidad y la inclusión, así como en la formación de abogados junior. En general, las audiencias virtuales han funcionado bien, al tiempo que se alinean con los objetivos ASG de las empresas y las firmas de abogados. Algunas compañías incluso han empezado a adoptar políticas que exigen audiencias virtuales por defecto y firmas de abogados, como Freshfields, se han comprometido a limitar aún más su huella de carbono reduciendo los viajes y el uso de papel.

Por estas razones, y debido a las persistentes y volátiles restricciones de viaje y sanitarias, la tendencia hacia las audiencias a distancia probablemente continuará en 2022 y sobrevivirá a la pandemia. Las audiencias procesales virtuales se convertirán en la norma, ya que cada vez es más difícil justificar el costo de los desplazamientos para las audiencias más pequeñas. También es probable que las audiencias virtuales sobre los méritos cobren impulso para una amplia gama de casos a medida que sigamos adaptándonos a las nuevas destrezas y técnicas y nos sintamos más cómodos con el entorno virtual. También esperamos ver un aumento de las audiencias 'híbridas', combinando elementos de audiencias presenciales y virtuales en casos en los que las partes no se sienten cómodas con las audiencias puramente virtuales.



03. Financiación por parte de terceros: transformándose en tendencia



Noiana Marigo
Socia, Nueva York



Caroline Richard
Socia, Washington DC



Noah Rubins QC
Socio, París



Samantha Tan
Asociada Senior, Singapur

La financiación de arbitrajes se está beneficiando de una convergencia de condiciones favorables. Como anticipamos en nuestro informe de [Tendencias 2019](#), los últimos tres años han aportado mayor claridad sobre el impacto sobre los costos y los requisitos de revelación de la financiación por parte de terceros en el arbitraje. La pandemia del COVID-19 y los consiguientes retos fiscales han llevado a que algunas empresas implicadas en disputas se replanteen su asignación de capital y gestión de liquidez—cuestiones a las que la financiación por parte de terceros puede ofrecer una respuesta apropiada.

La evolución de la jurisprudencia arbitral confirma que la existencia de financiación por parte de terceros no es suficiente por sí sola para justificar una orden de constitución de una garantía para cubrir los costos del arbitraje (*security for costs*). Desde el caso *García Armas c. Venezuela* en 2018 (señalado en nuestro informe de 2019), no parece que se haya exigido a ningún demandante financiado por un tercero en un arbitraje de inversión que deposite una garantía para cubrir los costos del arbitraje. Una orden de este tipo contra un demandante financiado por un tercero fue rescindida en junio de 2020 cuando se demostró que el administrador del demandante insolvente no había podido obtener la garantía requerida (*Dirk Herzig como Administrador de Insolvencia sobre los Activos de Unionmatex c. Turkmenistán*). Mientras tanto, recientemente se han rechazado al menos cuatro solicitudes de estas garantías contra demandantes financiados por terceros en arbitrajes de inversión.

Es posible que más tribunales arbitrales ordenen el reembolso de los costos de obtener financiación por parte de terceros en favor de los demandantes que prevalezcan en sus disputas. La *High Court* de Inglaterra ha confirmado por segunda vez que los tribunales arbitrales tienen la facultad de ordenar el reembolso de los costos razonables de la financiación por parte de terceros a un demandante que haya prevalecido en su disputa. En una decisión de diciembre de 2021 en el caso *Tenke Fungurume c. Katanga* [2021] EWHC 3301 (Comm), la corte rechazó el argumento de que el tribunal arbitral se había extralimitado en sus

funciones al conceder al demandante los costos en los que había incurrido para obtener financiación. Esto fue consistente con la decisión de la *High Court* de 2016 en *Essar Oilfields Services Limited c. Norscot Rig Management PVT Limited* [2016] EWHC 2361 (Comm). Estas decisiones pueden incentivar a otros tribunales a permitir la recuperación de los costos de la financiación de forma similar.

Todavía no hay consenso sobre si las partes del arbitraje deben revelar la financiación por parte de terceros. En todo caso, la tendencia parece alejarse de la revelación obligatoria, al menos en los arbitrajes comerciales.

- En 2021, la CCI—que sigue siendo la institución arbitral preferida en todo el mundo según una encuesta realizada en 2021—adoptó un nuevo reglamento de arbitraje que obliga a revelar la existencia de financiación por parte de terceros y la identidad del financiador. Sin embargo, el reglamento de la LCIA de 2020 no menciona la revelación de la financiación por parte de terceros. La AIAC de Kuala Lumpur también se negó, en su reglamento de 2021, a exigir la revelación de la financiación por parte de terceros, estipulando únicamente que el tribunal arbitral está facultado para dictar las órdenes necesarias al respecto.
- Las enmiendas propuestas a las Reglas de Arbitraje y Conciliación del CIADI, que se presentarán a los Estados miembros para su aprobación a principios de 2022, exigen la revelación de la identidad de los terceros financiadores, incluyendo quiénes son sus propietarios. También facultan expresamente a los tribunales arbitrales para ordenar la revelación de más información sobre el acuerdo de financiación y el financiador. Las reglas especializadas de 2017 del SIAC para el arbitraje de inversión avanzan ligeramente hacia la revelación de la financiación de terceros. No la exigen, pero facultan al tribunal arbitral para ordenar revelaciones necesarias. También permiten a los árbitros tener en cuenta los acuerdos de financiación de terceros a la hora de repartir los costos del arbitraje y de ordenar a una parte que pague los costos legales o de otro tipo de su contraparte (lo que recuerda a *Essar c. Norscot*).



Regulación de los reglamentos arbitrales sobre la revelación de la financiación por parte de terceros

Requerido	A discreción del Tribunal	No lo regulan
CCI (2021)	AIAC (2021)	JCAA (2021)
CIADI (2021 propuestas de enmienda)	ICDR-AAA (2021)	LCIA (2020)
Delos (2021)	Reglas de Arbitraje de Inversión del SIAC (2017)	SCC (2017) (pero con una política que fomenta la divulgación)
HKIAC (2018)		SIAC (2016) (pero con nota de práctica sobre la conducta de los árbitros en los casos que implican financiación externa)
		KCAB (2016)
		UNCITRAL (2013)

Fuente: The Future of third-party litigation funding, estudio de AlixPartners y The Lawyer, 2021.

Es probable que los efectos de la pandemia catalicen el interés por la financiación por parte de terceros.

Los estudios de mercado sugieren que las compañías siguen viéndose limitadas por sus recursos internos a la hora de decidir si presentan reclamos legales o no. Pero es posible que este modelo tenga que cambiar a medida que las empresas sigan soportando el prolongado impacto económico de la pandemia sobre las cadenas de suministro y la demanda minorista.

La gestión de liquidez sigue siendo un punto central en las estrategias de las compañías para resistir la pandemia. Este enfoque se hace más evidente a medida que las empresas se preparan para el aumento de las tasas de interés y la inminente retirada de los programas de estímulo de los gobiernos.

Una herramienta clave para la gestión de liquidez es la estrategia de asignación de capital, y la financiación de reclamos legales por parte terceros parece complementar esta estrategia. Los usuarios mencionan la liberación de capital de trabajo, la remoción de los costos del balance y la

gestión de riesgos como las tres principales ventajas de la financiación de litigios. En la actualidad, incluso existe un mercado creciente de compraventa de laudos arbitrales, mediante el cual los demandantes pueden monetizar los laudos a su favor sin incurrir en el riesgo y el costo de la ejecución.

En consonancia con las perspectivas del mercado de financiación, Freshfields tiene una creciente cartera de casos financiados y sólidas relaciones con financiadores de todo el mundo. Freshfields trabaja actualmente en 15 arbitrajes internacionales financiados por terceros, frente a los 12 casos de 2018.

‘Lo que es clave es que hoy, con la financiación por parte de terceros, las empresas que luchan contra los efectos prolongados de la pandemia pueden seguir presentando demandas de arbitraje sin que ello afecte a su liquidez’.



Noiana Marigo

Socia,
Nueva York



04. Protección de inversiones en la Unión Europea



Nathalie Colin
Socia, Bruselas



Carsten Wendler
Socio, Frankfurt



Gregorio Pettazzi
Asociado, Frankfurt



Alice Lindemann
Consejera Legal, Bruselas

En 2021, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trató de poner un clavo en el ataúd del arbitraje de inversión dentro de la UE. ¿Qué sigue para los inversores?

Tras la ampliamente discutida decisión de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Eslovaquia c. Achmea*, que declaró incompatibles con el Derecho de la UE a las cláusulas arbitrales de los tratados bilaterales de inversión (TBI) intracomunitarios, el mismo tribunal emitió otras dos decisiones históricas en 2021. En *Moldavia c. Komstroy*, sostuvo que la cláusula arbitral del Tratado de la Carta de la Energía (TCE), cuando se aplica dentro de la UE, está afectada por la misma incompatibilidad con el derecho de la UE. Unas semanas más tarde, en *Polonia c. PL Holdings*, el TJUE extendió la misma conclusión a los acuerdos de arbitraje ad hoc entre inversores de la UE y Estados miembros de la UE.

En principio, estas decisiones no deberían influir en los procedimientos de arbitraje intracomunitarios (y en los laudos arbitrales resultantes) llevados a cabo bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dado que el CIADI

constituye un régimen autónomo de Derecho internacional y es independiente de la UE y de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Sin embargo, se espera que estas dos decisiones tengan un impacto importante en los arbitrajes intracomunitarios del TCE que no se presenten bajo el Convenio CIADI y tengan sede en la UE. Estos arbitrajes, a diferencia de los del CIADI, se basan en la jurisdicción nacional de su sede y, por tanto, están sujetos a la legislación de la UE y a las decisiones del TJUE. Lo más probable es que las cortes nacionales de la sede del arbitraje en la UE se vean obligadas a aplicar la legislación de la UE y la decisión de incompatibilidad del TJUE. En la práctica, los inversores evitarán, en la medida de lo posible, iniciar procedimientos con sede en un Estado miembro de la UE. A su vez, esto significa que prácticamente no se iniciarán procedimientos de arbitraje fuera del CIADI en un contexto intracomunitario.

¿Qué está sucediendo con la protección de las inversiones en la UE?

A principios de diciembre de 2021, la Comisión Europea inició procedimientos de infracción contra siete Estados miembros de la UE, además de los iniciados en 2020 contra Finlandia y el Reino Unido, por no haber eliminado los TBIs intracomunitarios de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Será interesante ver si remitirán al TJUE, ya que, aunque algunos Estados miembros de la UE simplemente no han completado el proceso de ratificación del acuerdo para la terminación de los TBIs intracomunitarios (Acuerdo de Terminación) (Bélgica, Italia, Luxemburgo, Portugal y Rumania), Austria y Suecia ni siquiera firmaron el Acuerdo de Terminación.

Además, tras una consulta pública llevada a cabo en 2020, se espera que la Comisión Europea adopte en breve una propuesta legislativa para un marco de protección y facilitación de las inversiones intracomunitarias destinado a 'proteger y facilitar de una mejor manera las inversiones transfronterizas' a la luz del 'impulso creado por la terminación de los [TBIs] intracomunitarios'. Esto también

Arbitrajes intracomunitarios pendientes conocidos entre inversores y Estados:



46 bajo el TCE

22 bajo TBIs



dará a la UE la oportunidad de garantizar que este nuevo marco jurídico de protección de las inversiones esté alineado con los compromisos de la UE relacionados con el cambio climático y la digitalización. Si finalmente se aprueba como legislación, esta propuesta podría suponer un cambio importante para los inversores de la UE.

En paralelo, la Comisión Europea es una de las fuerzas impulsoras del proceso de modernización del TCE. En este contexto, la Comisión Europea ha abogado tanto por la creación de una corte multilateral de inversiones que sustituya al actual sistema de arbitraje—también a la luz de las decisiones del TJUE comentadas anteriormente—como por la alineación del TCE con el Acuerdo de París en lo que respecta a los objetivos de sostenibilidad.

‘Dada la evidente necesidad de inversión verde para asegurar un futuro sostenible, es esencial que los Estados, y la UE en particular, reconozcan que el arbitraje entre inversores y Estados puede ayudar a abordar los desafíos derivados del cambio climático, en particular con respecto a la transición energética limpia’.



Nathalie Colin

Socia,
Bruselas

¿Qué deben tener en cuenta los inversores al invertir en la UE?

En el contexto de los nuevos acontecimientos, los inversores intracomunitarios deberían tener especialmente en cuenta una serie de factores a la hora de tomar sus decisiones de inversión para protegerse de intervenciones soberanas ilegales:

- **Tener en cuenta posibles medidas adversas y cambios normativos futuros:** las medidas gubernamentales perjudiciales para las inversiones, así como los cambios en el marco normativo y jurídico que fueron el fundamento de las inversiones, pueden implementarse en cualquier lugar. Los Estados miembros de la UE con altos niveles de protección de las inversiones y un buen historial de cumplimiento del Estado de derecho, como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia y Holanda, han adoptado en el pasado medidas que han dado lugar a disputas de inversión.
- **Estructurar la inversión de forma apropiada:** los inversores deben evaluar cuidadosamente cómo estructurar sus inversiones en la UE. Puede ser aconsejable invertir desde una entidad situada en una jurisdicción fuera de la UE (por ejemplo, Suiza o el Reino Unido) con buenos tratados de protección de inversiones en vigor con el Estado de la UE en el que se va a realizar la inversión. Esto es especialmente importante en los países que no son parte del Convenio del CIADI, como Polonia.

Del mismo modo, a la hora de decidir iniciar un reclamo bajo un tratado de inversión intracomunitario, los inversores deben tener en cuenta lo siguiente:

- **Elegir el foro apropiado:** es de suma importancia no subestimar la relevancia de los diferentes foros disponibles para resolver disputas de inversión. Por las razones expuestas anteriormente, la mejor opción es someter las disputas a arbitraje bajo los auspicios del CIADI.

‘Lo que a primera vista parece un conflicto de normas jurídicas puede describirse mejor como un choque de perspectivas diferentes. En pos de su objetivo de reforzar el ordenamiento jurídico de la UE, la Comisión de la UE seguramente seguirá interfiriendo en los arbitrajes de inversión intracomunitarios. Hasta ahora hemos observado que esto puede implicar el inicio de acciones legales ante cortes domésticas en un intento de disuadir a los inversores demandantes de continuar con sus reclamos de inversión o de iniciar investigaciones sobre ayudas estatales. Por lo tanto, los inversores deben estar preparados para defender sus derechos en diferentes foros’.



Carsten Wendler

Socio,
Frankfurt

- **Rastrear activos desde temprano:** dados los obstáculos para ejecutar dentro de la UE cualquier laudo intracomunitario entre inversores y Estados, los inversores intracomunitarios deberían considerar la ejecución fuera de la UE. Por lo tanto, los inversores deberían desarrollar estrategias de ejecución eficaces desde el principio de una disputa de inversión e identificar jurisdicciones extracomunitarias en las que los Estados demandados tengan suficientes activos ejecutables. Australia, el Reino Unido y los Estados Unidos parecen ser hasta ahora las opciones preferidas para la ejecución extracomunitaria.
- **Mantener abierta la opción de llegar a un acuerdo:** tanto el efectivo mecanismo de ejecución de los laudos arbitrales como el potencial daño reputacional de los laudos adversos (por ejemplo, al emitir bonos del Estado) hacen que las negociaciones para llegar a un acuerdo sigan siendo atractivas para los Estados demandados. Recientemente, Alemania acordó pagar €1.400 millones a la empresa sueca Vattenfall para resolver su disputa en materia de energía nuclear bajo el TCE. También se ha reportado que la República de Croacia ha llegado a acuerdos para resolver sus disputas con cuatro bancos europeos por la conversión forzosa a euros de préstamos indexados en francos suizos.



05. Estándares emergentes para la conducción del arbitraje internacional



Sylvia Noury
Socia, Londres



Lee Rovinescu
Socio, Nueva York



Mariia Puchyna
Asociada Senior, París



Stephanie Mbonu
Gerente de Proyectos y
Audiencias Globales del Grupo
de Arbitraje Internacional

‘Aunque no es controvertido decir que la arquitectura procesal de un sistema jurídico es uno de los elementos más fundamentales para determinar su capacidad para impartir justicia, hemos tendido a no prestar a las cuestiones y reformas procesales la atención que corresponde a su importancia.’

Palabras de apertura del Honorable Presidente del Tribunal Supremo Sundaresh Menon en la 36ª Conferencia Anual Freshfields-SIA en noviembre de 2021

En los últimos años se ha producido un notable aumento de las iniciativas y los protocolos transfronterizos que tratan de regular el procedimiento y la conducción de diversos aspectos del arbitraje internacional, muchos de los cuales merecen atención. Aquí nos centramos en iniciativas destacables relacionadas con (i) estándares de práctica; (ii) diversidad; y (iii) arbitrajes más ecológicos y las audiencias virtuales.

Estándares de práctica

En junio de 2021, ICCA introdujo sus *Directrices sobre Normas de Práctica en el Arbitraje Internacional*, una amalgama de normas profesionales y reglas éticas que reflejan las diferentes culturas y tradiciones jurídicas de la comunidad del arbitraje internacional. Con el objetivo de fomentar el ‘civismo’ y la diversidad, pero también de garantizar la eficiencia en cuanto a costos, la privacidad y la confidencialidad, las Directrices de ICCA no pretenden ser obligatorias, pero están diseñadas para permitir su incorporación por referencia en acuerdos arbitrales u órdenes procesales. Las Directrices contienen guías para las distintas partes interesadas de la comunidad arbitral, incluidos los representantes de las partes (por ejemplo, abstenerse de perturbar o retrasar el proceso) y los árbitros (por ejemplo, actuar ‘eficientemente’), así como para otros participantes.

Aunque el objetivo de lograr un mayor ‘civismo’ en nuestra práctica es sin duda loable, las diferencias culturales

transfronterizas pueden dificultar la convergencia en algunos ámbitos. Las propias Directrices reconocen que ‘el hecho de que una determinada acción sea ofensiva... puede variar en función de... antecedentes personales, culturales y/o religiosos’. Para poner un ejemplo práctico, aunque la primera directriz establece que ‘todos los participantes’ deben ‘actuar con integridad’, existen diferencias legítimas entre las jurisdicciones en cuanto a la medida en que el abogado puede preparar a los testigos de hecho y a los peritos antes de su testimonio. Las prácticas de algunas jurisdicciones pueden dar lugar a problemas de integridad en otras. Aunque tales diferencias perdurarán, las Directrices recogen exitosamente las reglas básicas de civismo y las normas éticas a las que se puede hacer referencia universalmente y que no deberían ser controvertidas para ningún participante en un arbitraje internacional.

En septiembre de 2021, el CIADI y la CNUDMI publicaron la tercera versión del *Código de Conducta para Adjudicadores en Controversias Internacionales de Inversión (CII)*, tras un amplio período de consulta durante el cual se invitó a delegados de Estados y a otras partes interesadas a hacer sus aportes. El Código pretende aumentar la eficiencia y la transparencia en los procedimientos de disputas de inversión y mejorar la confianza en la independencia e imparcialidad de los tribunales de inversión, así como dar efecto a importantes consideraciones políticas, como el fomento de la diversidad. Cabe mencionar dos novedades:



En primer lugar, la tercera versión del Código contiene una disposición más matizada para regular la permisibilidad de que árbitros en ejercicio desempeñen simultáneamente otras funciones, como la de representante de parte, en otros procedimientos (el llamado ‘double hatting’), proporcionando a las partes una mayor autonomía para consentir o prohibir esta práctica (Artículo 4). La versión anterior del Código era menos permisiva y los redactores observaron que una estructura más permisiva crearía menos barreras de entrada, con vistas a fomentar un entorno que promueva la diversidad de árbitros en la medida de lo posible. En relación con esto, el Código establece que los árbitros deberán revelar todas las disputas de inversión ‘en las que el Candidato o el Adjudicador haya estado involucrado en los últimos [cinco/diez] años o en las que esté involucrado actualmente como representante, perito o Adjudicador (Artículo 10), dotando a las partes de la información necesaria para plantear desde el principio cualquier preocupación por el ‘double hatting’.

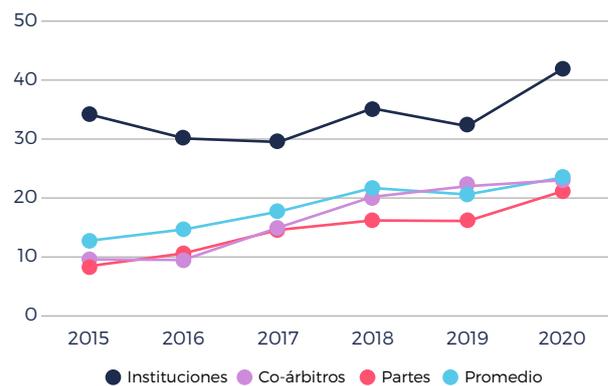
En segundo lugar, el proyecto inicial del Código revisado sugería limitaciones específicas al número de casos que los árbitros de disputas de inversión podían tratar simultáneamente. Aunque controvertida, esta disposición habría contribuido a resolver dos problemas que siguen aquejando a la comunidad: una reserva de árbitros insuficientemente diversa para atender casos y árbitros sobreocupados que provocan retrasos en la resolución de las disputas. La tercera versión del Código omite cualquier limitación específica, pero mantiene la disposición ya existente de que los árbitros no aceptarán nombramientos si no tienen la ‘disponibilidad para cumplir sus deberes’ (Artículo 6.2). Si se cumple correctamente, esta norma también fomentará la diversidad.

Diversidad

En cuanto a la diversidad de los árbitros, aunque la tendencia sigue siendo positiva, es necesario más progreso.

En relación con la diversidad de género, se han hecho verdaderos progresos en los últimos años gracias a iniciativas como *Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge* y *ArbitralWomen*. El porcentaje promedio de mujeres árbitros designadas en los casos reportados por las principales instituciones arbitrales se ha duplicado, pasando de alrededor del 12 % en 2015 a casi el 24 % en 2020.

Proporción de mujeres entre los árbitros designados por instituciones, co-árbitros y partes, 2015-2020.



Fuente: Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings. (Actualización de 2021) ICCA Reports No. 8 (a ser publicado inminentemente).

Aunque los nombramientos de mujeres por las partes siguen estando muy por detrás de los nombramientos por parte de las instituciones arbitrales (algunas de las cuales, como la LCIA, DIS, VIAC y SCC, han logrado la paridad de género en sus estadísticas recientes), las estadísticas para 2020 muestran una mejoría, ya que las mujeres árbitros fueron nombradas en más del 21% de los nombramientos por las partes, en comparación con solo el 13,6% en 2019.

ERA Pledge (fundado y copresidido por la socia Sylvia Noury) seguirá centrándose en la mejora de los nombramientos por las partes, incluso a través de su Subcomité Corporativo, centrándose no sólo en garantizar la visibilidad de más candidatas calificadas, sino en sacar a las candidatas de las listas y llevarlas a los tribunales. La amplia red de subcomités de ERA Pledge seguirá abordando cuestiones de diversidad en regiones específicas. En 2021 se pusieron en marcha los subcomités de Medio Oriente y Estados Unidos, y se está preparando un nuevo subcomité de Asia-Pacífico para 2022.

También ha habido un aumento reciente de iniciativas centradas en otras formas de diversidad en el arbitraje, incluyendo especialmente a *Racial Equality for Arbitration Lawyers (REAL)*, lanzada a principios de 2021, con el objetivo principal de progresar en la igualdad racial y la representación de grupos no representados en el arbitraje internacional. La ‘Promesa de África’, la lista de Katherine Simpson de árbitros de ascendencia africana con nexos con



Estados Unidos, y la Academia de Arbitraje Africana—una iniciativa centrada en mejorar la experiencia de los profesionales africanos del arbitraje brindándoles las habilidades adecuadas para tener éxito dentro de la comunidad del arbitraje internacional—son ejemplos de otras iniciativas destinadas a promover árbitros africanos que han surgido en los últimos años.

Arbitrajes más ecológicos y audiencias virtuales

También han surgido iniciativas de arbitrajes más ecológicos, encabezadas por *Campaign for Greener Arbitrations (CGA)*, que ganó el Premio GAR al Mejor Desarrollo en 2020. CGA es una iniciativa para reducir el impacto medioambiental de los arbitrajes internacionales a través de diversas medidas. Se puso en marcha en 2019 con un *Green Pledge* según el cual los firmantes se comprometen a adherirse a un conjunto de principios rectores. CGA alcanzó un hito en su trabajo en el Día de la Tierra del año pasado, el 22 de abril de 2021, cuando lanzó sus históricos seis Protocolos Verdes. Los Protocolos Verdes dan guías prácticas a todas las partes interesadas en el arbitraje sobre cómo pueden reducir su huella de carbono. Existe un Protocolo específico para cada uno de los siguientes: procedimientos arbitrales en general, firmas de abogados y proveedores de servicios jurídicos, árbitros, instituciones arbitrales, conferencias de arbitraje, y sedes de audiencias de arbitraje. Los protocolos incluyen guías sobre eliminación de copias en papel, minimización de viajes, uso de formas de energía limpias y el uso de audiencias virtuales, entre otras cosas.

La labor de CGA ha coincidido, naturalmente, con la pandemia mundial, que ha hecho que la comunidad arbitral adopte por necesidad muchas de las medidas de reducción de emisiones recomendadas por CGA. Si 2020 fue el año en que las audiencias virtuales pasaron a primer plano, 2021 fue el año en que la comunidad arbitral perfeccionó (en su mayor parte) el arte de las audiencias virtuales. Y, dependiendo del estado de la pandemia, 2022 puede ser el año en que las audiencias virtuales sigan teniendo lugar por elección y no por necesidad. En este sentido, coincidiendo con el trabajo de CGA, ha habido una confluencia de esfuerzos por varias partes interesadas en el arbitraje para desarrollar protocolos y procedimientos para la realización efectiva de audiencias virtuales. La mayoría de las instituciones ahora tiene un conjunto de directrices o un modelo de orden procesal para la realización eficaz de audiencias virtuales. Aunque la comunidad arbitral quizás no esté aún preparada para las audiencias de arbitraje en el metaverso (y eso sin duda llegará), las audiencias virtuales en su forma actual serán una consecuencia de la pandemia que ha llegado para quedarse.

Es claro que las recientes y crecientes iniciativas que abordan los estándares de práctica, diversidad, medioambiente, y las cuestiones relacionadas con la pandemia en el arbitraje ya están teniendo un impacto positivo en el desarrollo del arbitraje internacional y en el comportamiento de sus participantes. Para que el arbitraje siga siendo atractivo para sus usuarios, es importante que la comunidad arbitral continúe no sólo produciendo nuevas normas y orientaciones sobre ‘mejores prácticas’, sino también aplicando esas normas para lograr un cambio real y duradero. Sólo el tiempo dirá qué códigos, protocolos y directrices alcanzan la ubicuidad de uno de los primeros y más exitosos esfuerzos por armonizar la práctica arbitral: las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Permanezca atento a estos desarrollos durante 2022.



06. Impulsos hacia una mayor eficiencia en el arbitraje internacional



Nicholas Lingard
Socio, Singapur/Tokio



Patrick Schroeder
Socio, Hamburgo



Hinda Rabkin
Asociada Senior,
Nueva York



Ketevan Betaneli
Abogada Senior de Conocimiento,
París

Hacer que el arbitraje internacional sea más barato y rápido para sus usuarios ha sido un objetivo clave durante años y está impulsando las recientes reformas del procedimiento arbitral. Las instituciones arbitrales, así como la CNUDMI, han introducido (o tienen previsto introducir) disposiciones en reglas de arbitraje para mejorar la eficiencia. Una reforma reciente que mejora considerablemente la eficiencia de determinadas disputas es la introducción de procedimientos acelerados. Este y otros instrumentos procesales se analizan más adelante, tanto en el contexto del arbitraje entre inversores y Estados como en el del arbitraje comercial internacional.

'A medida que estas nuevas disposiciones entren en vigor y sean utilizadas por las partes, esperamos que las disputas arbitrales se resuelvan con mayor rapidez y menores costos. Sin embargo, dada la sensibilidad que conlleva la resolución de disputas entre inversores y Estados, que implican cuestiones de soberanía estatal, aún está por verse si los Estados optarán por utilizar las nuevas disposiciones sobre procedimientos acelerados y si se adoptarán de forma generalizada'.



Hinda Rabkin
Asociada Senior,
Nueva York

Procedimientos acelerados bajo distintas reglas de arbitraje internacional

	CNUDMI	CIADI (borrador de Reglas)	CCI	SCC	SIAC	HKIAC
Árbitros	Árbitro único	Árbitro único o tribunal de tres miembros (si las partes no notifican que quieren un tribunal de tres miembros, aplica el árbitro único por defecto)	Árbitro único	Árbitro único	Árbitro único, a menos que el SIAC determine lo contrario	Árbitro único, salvo acuerdo para 3
Umbral monetario	N/A	N/A	Sí, US\$3 millones	No	Sí, S\$6 millones	Sí, HK\$25 millones (más de US\$3 millones)
Aplicación	Si las partes lo acuerdan.	Si las partes lo acuerdan.	Aplica a menos que las partes acuerden lo contrario.	Si las partes lo acuerdan.	Si las partes lo acuerdan.	Si las partes lo acuerdan.
Plazo para el laudo	6 meses	120 días después de la audiencia	6 meses desde la conferencia sobre la conducción del procedimiento	3 meses desde la remisión del caso al árbitro	6 meses desde la constitución del tribunal	6 meses desde la remisión del caso al tribunal arbitral



Arbitraje inversor-Estado

El año pasado se introdujeron (o se propusieron) normas que prevén procedimientos acelerados que pueden utilizarse en arbitrajes entre inversores y Estados.

En septiembre de 2021, entró en vigor el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI (Reglamento AA de la CNUDMI). Estas reglas no se aplican automáticamente. Las partes deben acordar expresamente su utilización. Aunque estas reglas no fueron diseñadas específicamente para el arbitraje entre inversores y Estados, en la práctica las reglas de la CNUDMI se utilizan a menudo en este tipo de procedimientos y puede haber oportunidades para utilizarlas en disputas entre inversores y Estados.

Las principales características del Reglamento AA de la CNUDMI son: (i) árbitro único por defecto; (ii) audiencias opcionales; (iii) el tribunal puede decidir obviar la fase de producción de documentos; y (iv) un calendario acelerado para la conclusión del arbitraje, debiendo emitirse el laudo dentro de los seis meses siguientes a la fecha de constitución del tribunal.

En noviembre de 2021, el CIADI publicó su Documento de Trabajo #6, que marcó la culminación de un proceso de cinco años para la actualización de las reglas de arbitraje del CIADI. El Documento de Trabajo #6 del CIADI aborda los temas que los Estados y el público en general habían planteado sobre la versión anterior de las propuestas de modificación de las reglas del CIADI e incluye el conjunto completo de reglas modificadas. Estas reglas incluyen un procedimiento acelerado. El CIADI dijo que tiene previsto presentar las enmiendas para que los Estados miembros las aprueben a principios de 2022.

El procedimiento acelerado del CIADI es aplicable si las partes así lo acuerdan. Sus principales características son: (i) no hay bifurcación, por lo que las cuestiones de jurisdicción, fondo y quantum se considerarían en una única fase del arbitraje; (ii) plazos más rápidos, debiendo emitirse el laudo dentro de los 120 días siguientes a la audiencia; (iii) extensión limitada de los escritos; (iv) recursos procesales limitados; y (v) procedimientos de anulación acelerados.

Además de modificar las normas que rigen los procedimientos, los Estados también están incluyendo ciertos aspectos procesales aplicables en arbitrajes entre inversores y Estados en los tratados de inversión bilaterales o multilaterales recientemente emitidos. Entre ellos se encuentran los tratados recientemente celebrados con la

UE, así como el Modelo 2021 del Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras de Canadá (Modelo Canadiense de APPI). Así, por ejemplo, el Modelo Canadiense de APPI establece que cuando los daños reclamados por un inversor son inferiores a CAD\$10 millones, se aplica un procedimiento acelerado. Este procedimiento implica un árbitro único, un calendario procesal comprimido y una audiencia virtual.

Arbitraje comercial

En el arbitraje comercial, los siguientes procedimientos han desempeñado un papel importante en la mejora de la eficiencia en los últimos años y se espera que sigan haciéndolo en los próximos:

- El uso de *reglas de procedimiento acelerado sigue aumentando*. Según las estadísticas de la CCI de 2020, se han llevado a cabo 261 casos con arreglo a sus reglas de procedimiento acelerado desde que se introdujo el procedimiento en marzo de 2017. El éxito de las normas aceleradas ha llevado a la CCI a ampliar su ámbito de aplicación automática de las controversias valoradas en US\$2 millones a aquellas valoradas en US\$3 millones. Este mecanismo también es popular en los procedimientos de la SCC: el 31% de los casos registrados en 2020 se registraron bajo sus reglas de procedimiento acelerado.
- Una comparación de la duración de los procedimientos bajo las reglas de procedimiento acelerado frente a las reglas estándar de la CCI muestra un claro beneficio de tiempo. Las estadísticas de la CCI para 2020 reportaron que el 67% de los laudos definitivos dictados con arreglo a las reglas de procedimiento acelerado se dictaron dentro del plazo de seis meses o en torno a él. La duración promedio de los procedimientos de los casos que llegaron a un laudo final en 2020 fue de 26 meses.

‘Las reglas de procedimiento acelerado deben manejarse con cuidado, especialmente cuando incluyen un plazo para que el tribunal arbitral dicte el laudo. Existen problemas para que el demandado presente su caso en un plazo muy corto, y existe un riesgo latente de que exceder el plazo pueda ser considerado un error procesal relevante en una jurisdicción de ejecución.’



Nicholas Lingard

Socio,
Singapur



- Muchos de los principales reglamentos de arbitraje (LCIA, SCC, SIAC, HKIAC, etc.) han introducido *procedimientos de decisión expedita*, que se utilizan con creciente frecuencia. Esta herramienta procesal faculta a los tribunales arbitrales a dictar decisiones rápidas sobre reclamos concretos, permitiendo al tribunal deshacerse de demandas frías.
- La mayoría de los principales reglamentos de arbitraje contienen disposiciones sobre *incorporación de partes y consolidación de procedimientos* (CCI, SCC, SIAC, HKIAC, etc.). La versión 2021 de las reglas de la CCI permite la acumulación de una parte tras el nombramiento o la confirmación del árbitro. También permite la consolidación de procedimientos bajo múltiples acuerdos con cláusulas arbitrales compatibles. Los procedimientos simplificados que permiten la incorporación de partes y la consolidación de procedimientos reducen los procedimientos paralelos y, potencialmente, las ineficiencias que estos procedimientos conllevan.
- Los beneficios potenciales de las *presentaciones electrónicas* y las audiencias virtuales se hicieron evidentes durante la pandemia del COVID-19. Dado que la comunidad del arbitraje internacional se ha acostumbrado aún más a ellas, se espera que sigan siendo ampliamente utilizadas. Del mismo modo, las nuevas *plataformas en línea* (como la recientemente lanzada HKIAC Case Connect o las ya existentes plataformas de gestión electrónica de casos de la SCC, la CCI y otras) hacen que el intercambio de documentos y la organización de casos sean más eficientes.
- Las instituciones han comenzado a incentivar el dictado de laudos a tiempo. Algunos reglamentos arbitrales (como el de la SCC) establecen plazos para dictar un laudo, pero no penalizan su incumplimiento. La CCI, sin embargo, reduce los honorarios de los árbitros si un laudo se retrasa sin una justificación válida, lo que ha demostrado ser una herramienta eficaz. Las estadísticas de la CCI para 2020 reportaron que el número de retrasos de entre tres y seis meses en los laudos definitivos se ha reducido a la mitad desde que se implementó esta nueva práctica en 2016.
- El número de *arbitrajes de emergencia* ha aumentado. Los árbitros de emergencia suelen emitir una decisión dentro un plazo de dos semanas (cinco días bajo las reglas de la SCC, y 14 días bajo las reglas del SIAC, la LCIA, el HKIAC y la CCI) que luego puede ser revisada por el tribunal una vez constituido. Este procedimiento se utilizó inicialmente para disputas de construcción e ingeniería, pero ahora lo utilizan las partes que operan en otros sectores.

‘La tecnología y la digitalización de los procedimientos cambiarán la forma en que árbitros y abogados trabajan. El aumento en eficiencia dará lugar a procedimientos más rápidos y eficaces en cuanto a costos. Las audiencias virtuales son solo el principio. La inteligencia artificial nos ayudará en la investigación jurídica, el tratamiento de datos, el análisis de pruebas, etc., tanto en el estrado de los árbitros como en la mesa de los abogados.’



Patrick Schroeder
Socio,
Hamburgo



07. El futuro del arbitraje en el espacio tecnológico



Elliot Friedman
Socio, Nueva York



Sofia Klot
Asociada Senior,
Nueva York



Annie Pan
Asociada Senior, Londres

Las empresas de tecnología son innovadoras y disruptivas. Pero han sido en gran medida tradicionalistas en el ámbito de las disputas: usuarias habituales de la vía judicial y poco representadas en métodos alternativos de resolución de disputas como el arbitraje. Esto está cambiando. Las empresas de tecnología son cada vez más conscientes de la protección de los tratados de inversión y también están recurriendo al arbitraje para disputas relacionadas con criptomonedas, blockchain e inteligencia artificial.

El aumento de las disputas entre inversores y Estados relacionadas con la tecnología

Los sectores energético e industrial han confiado durante mucho tiempo en el poder de los tratados de inversión para proteger inversiones contra la injerencia de gobiernos extranjeros. En la actualidad, el sector tecnológico recurre cada vez más a los tratados de inversión para protegerse o resistir las acciones adversas de los gobiernos, incluyendo en respuesta a la cancelación de concesiones, a las leyes de datos injustas y discriminatorias, y al uso proteccionista de regulaciones en materia fiscal, de competencia, y de inversión extranjera.

Un ejemplo destacado es la amenaza de Uber en enero de 2020 de presentar un reclamo contra Colombia en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia. En respuesta a una queja presentada por un competidor local, la autoridad colombiana en materia de competencia impuso una prohibición a nivel nacional contra la aplicación de transporte de Uber. La prohibición fue anulada poco después de que Uber amenazara con iniciar un arbitraje de inversión contra Colombia. Más recientemente, los inversores canadienses y estadounidenses presentaron demandas contra México bajo el TLCAN y el USMCA tras la cancelación por parte de Ciudad de México de una concesión para sustituir todos los taxímetros analógicos por digitales y desarrollar una aplicación de transporte móvil.

Varios casos recientes bajo tratados de inversión también están relacionados con el intento de países de regular en materia de datos, seguridad y ciberseguridad. Por ejemplo,

una empresa china inició un arbitraje contra Ucrania tras el bloqueo de su adquisición de una empresa aeroespacial que supuestamente posee tecnología sensible, y Huawei notificó una disputa contra Suecia bajo el tratado bilateral de inversión Suecia-China después de que se le excluyera de la red 5G del país por acusaciones de espionaje. También se están considerando las protecciones de los tratados de inversión en relación con las nuevas normas en todo el mundo sobre la localización de datos.

Prevedemos que se producirán más disputas de este tipo en los próximos años, ya que las empresas de tecnología son cada vez más conscientes de la disponibilidad y el poder de los tratados de inversión, y los gobiernos amplían la regulación del sector tecnológico. Estos casos también van a plantear cuestiones interesantes relacionadas con la forma en que los tratados de inversión protegen las inversiones en plataformas puramente digitales o deslocalizadas, ya que los tratados suelen proteger las inversiones 'en el territorio' del Estado anfitrión, una cuestión que analizamos en un [podcast](#) reciente. Y, como comentamos en nuestro [blog](#) de Freshfields, con una regulación que se prevé que siga aumentando, las empresas tecnológicas pueden y deben estructurar sus inversiones en el extranjero para asegurarse de que están protegidas por tratados de inversión.

El arbitraje comercial en el espacio tecnológico: más allá de los conflictos de fusiones y adquisiciones

Las disputas sobre fusiones y adquisiciones y financiamientos que involucran a empresas de tecnología están en aumento, ya que la pandemia ha desencadenado una oleada de transacciones en el sector. Pero más allá de los casos de acuerdos frustrados, están surgiendo otros tipos de disputas de tecnología.

Los últimos años han visto una proliferación de nuevos productos y servicios basados en blockchain, IA compleja (como el aprendizaje automático y las redes neuronales) y tecnologías de realidad aumentada, con muchos contratos para el desarrollo, venta o concesión de licencias de estas



nuevas tecnologías incluyendo cláusulas arbitrales. Esto no es sorprendente, ya que los beneficios del arbitraje para estas tecnologías cada vez más sin fronteras son obvios: permiten a las partes seleccionar expertos en la materia con experiencia técnica relevante para resolver su disputa en un entorno confidencial y obtener un laudo fácilmente ejecutable en cualquiera de los casi 170 países que han ratificado la Convención de Nueva York. Esperamos ver un aumento de los arbitrajes internacionales relacionados con blockchain, IA y realidad aumentada o virtual a medida que estas tecnologías se generalizan.

‘El arbitraje internacional suele tener mucho sentido en este sector: las disputas pueden ser resueltas por decisores expertos, la confidencialidad del proceso significa que los secretos empresariales o la información sensible puede mantenerse fuera del ojo público, y el laudo resultante puede ser ejecutado fácilmente en todo el mundo’.



Elliot Friedman
Socio,
Nueva York

Las disputas sobre criptomonedas ya están en el foco de atención, impulsadas por la meteórica popularidad de las bolsas de criptomonedas que negocian miles de millones de dólares al día. Un ejemplo digno de mencionar es el inminente arbitraje de ‘acción colectiva’ en el que, según reportes, participan miles de demandantes individuales contra Binance, la mayor bolsa de criptomonedas del mundo, ante el HKIAC. La disputa surgió a raíz de la caída durante una hora de parte de la plataforma de comercio en línea de Binance el 19 de mayo de 2021, un día en el que se produjo una de las mayores caídas históricas del valor del Bitcoin, lo cual se dice que causó enormes pérdidas a los usuarios que no pudieron acceder a sus cuentas y operar. En un segundo arbitraje de la CCI contra Binance, un inversor europeo habría solicitado US\$140 millones en daños y perjuicios por considerar que sus fondos fueron liquidados injustamente por el sistema de liquidación automática de la bolsa.

El crecimiento y la popularidad continuos de las bolsas de criptomonedas preparan el terreno para futuros arbitrajes iniciados por operadores bajo las condiciones de servicio de las plataformas, muchas de las cuales incluyen cláusulas arbitrales. Las bolsas de criptomonedas harían bien en revisar sus cláusulas arbitrales y, en particular, su regulación de las acciones colectivas.



08. Instituciones financieras y arbitraje



Oliver Marsden
Socio, Londres



Thomas Walsh
Consejero Especial,
Nueva York



Ruth Montiel
Asociada,
Nueva York

Las instituciones financieras tradicionalmente han favorecido los litigios ante las cortes como medio para resolver sus disputas contractuales. Sin embargo, hay situaciones en las que las instituciones financieras podrían considerar optar por el arbitraje para ciertos tipos de transacciones, especialmente a la luz de los desarrollos recientes en el proceso arbitral diseñados para hacer que el arbitraje sea más atractivo para la comunidad bancaria. Además, las instituciones financieras son cada vez más conscientes de las protecciones disponibles en tratados de inversión en caso de que una acción gubernamental afecte negativamente a sus inversiones. A continuación analizamos estas dos tendencias.

Arbitraje para conflictos contractuales en transacciones financieras: evolución reciente

Para las disputas contractuales, decidir si se opta por el arbitraje o el litigio ante las cortes implica sopesar una serie de factores y depende de las circunstancias específicas de cada transacción individual. Como se mencionó anteriormente, las instituciones financieras han favorecido tradicionalmente los litigios ante las cortes para muchas de sus disputas contractuales, especialmente ante las cortes de Londres y Nueva York. Estas jurisdicciones cuentan con jueces que están especialmente familiarizados con las complejidades de las transacciones financieras y tienen un historial sólido de emitir decisiones adecuadas, así como procedimientos de decisión expedita bien establecidos para las demandas y defensas que carezcan manifiestamente de mérito. Cuando las instituciones financieras optan por el arbitraje en lugar del litigio, suele ser porque una transacción involucra a una contraparte con sede en una jurisdicción en la que los laudos arbitrales son más fácilmente ejecutables que las sentencias judiciales, o la institución prevé que puede beneficiarse de la mayor protección de la confidencialidad y/o de los menores requisitos de revelación del arbitraje en comparación con los litigios.

Con el fin de hacer más atractivo al arbitraje para las instituciones financieras y otras empresas, en los últimos años muchas de las principales instituciones arbitrales han modificado sus reglamentos para introducir o aclarar ciertas herramientas procesales destinadas a hacer al arbitraje más eficiente y eficaz en cuanto a costos. Estos cambios incluyen nuevas normas sobre decisiones expeditas, procedimientos de árbitros de emergencia para la adopción de medidas provisionales urgentes antes de que se constituya el tribunal arbitral, y procedimientos acelerados (ver [tendencia 6](#)).

Para las instituciones financieras en particular, hay dos acontecimientos recientes que vale la pena destacar con más detalle:

1. **Decisiones Expeditas.** Hasta hace poco, no estaba claro si un tribunal arbitral podía desestimar una demanda o defensa que careciera manifiestamente de fundamento de forma expedita (es decir, prescindiendo de un proceso probatorio completo). En cambio, los procedimientos de decisión expedita son de fácil acceso en los litigios, especialmente antes las cortes inglesas y neoyorquinas. Esta divergencia se ha ido reduciendo cada vez más: en los últimos años, las principales instituciones arbitrales y, ahora, P.R.I.M.E. Finance (una institución arbitral dedicada a los arbitrajes en el sector financiero), han modificado sus reglamentos para conferir expresamente al tribunal una facultad de decisión expedita o (en el caso de la CCI) han publicado notas orientativas que confirman que los tribunales tienen dicha facultad. Siempre que las partes sometan sus disputas a arbitraje bajo las reglas de una de esas instituciones arbitrales y que el arbitraje se celebre en una jurisdicción como Londres o Nueva York, donde ahora existe una jurisprudencia útil que confirma que los laudos dictados de acuerdo con procedimientos expeditos son válidos y ejecutables, pueden estar tranquilas de que tales procedimientos estarán disponibles y pueden ser utilizados con confianza por el tribunal.



‘La facultad de un tribunal arbitral de dictar una orden desestimando de forma expedita una demanda o defensa sin fundamento ahora está incluida en las reglas procesales y en las notas orientativas de las principales instituciones arbitrales. Es un paso importante para el uso del arbitraje en la comunidad de instituciones financieras’.



Oliver Marsden
Socio,
Londres

2. Reglamento de Arbitraje Financiero P.R.I.M.E. Revisado en 2022. Como alternativa a la adopción de las normas procesales de las instituciones arbitrales tradicionales, las instituciones financieras pueden optar por someter sus disputas a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje Financiero P.R.I.M.E., cuya última versión entró en vigor el 1 de enero de 2022. El Reglamento de Arbitraje Financiero P.R.I.M.E. está específicamente diseñado para el arbitraje de disputas financieras, incluso en el marco de productos financieros complejos como los derivados, y en áreas emergentes como las fintech y las finanzas sostenibles. Las revisiones de 2022 buscan responder a los comentarios de las instituciones financieras sobre las versiones anteriores del reglamento, incluyendo la introducción de un procedimiento de árbitro de emergencia, la mejora de las disposiciones para la consolidación de casos con múltiples partes y contratos, la incorporación de un nuevo procedimiento acelerado y (como se ha señalado anteriormente) la previsión de la decisión expedita de las demandas y defensas sin fundamento. La oferta de P.R.I.M.E. Finance también incluye la opción de seleccionar árbitros de su panel de expertos, compuesto por unos 250 árbitros internacionales con conocimientos especializados y experiencia en el sector financiero.

Aún está por verse si estos desarrollos recientes harán que más instituciones financieras opten por el arbitraje en transacciones financieras futuras, pero ahora existe el marco para que el arbitraje satisfaga mejor las necesidades de las instituciones financieras.

Utilización de las protecciones de tratados de inversión como herramientas de mitigación de riesgos para las inversiones transfronterizas

Cada vez más, las instituciones financieras están estructurando (o reestructurando) sus inversiones transfronterizas para aprovechar uno o varios de los miles de tratados de inversión que protegen a los inversores de las medidas gubernamentales que afecten a sus inversiones en el extranjero de forma adversa. Muchas instituciones están

llevando a cabo ‘planificaciones de tratados de inversión’ junto con planificaciones fiscales.

La mayoría de los tratados garantizan a los inversores extranjeros una serie de derechos básicos como: el derecho a recibir un trato justo y no arbitrario; el derecho a una indemnización por cualquier expropiación; protecciones contra tratos discriminatorios que favorezcan a los competidores nacionales o de otros países extranjeros; y el derecho a transferir fondos y rendimientos fuera del país anfitrión. De forma crítica, la mayoría de los tratados de inversión permiten a los inversores presentar una reclamación por daños y perjuicios directamente contra el gobierno anfitrión a través de un arbitraje en caso de que se violen los derechos que les otorga el tratado. Se trata de una herramienta poderosa, y la amenaza de una reclamación de este tipo puede proporcionar a una institución financiera una posición fuerte para negociar con el gobierno y asegurar una resolución favorable.

Un porcentaje significativo de las demandas bajo tratados de inversión que se someten a arbitraje cada año son presentadas por instituciones financieras. Por ejemplo, en 2021, HSBC presentó una demanda contra El Salvador alegando que este país había violado su tratado bilateral de inversión con el Reino Unido (*HSBC Latin American Holdings (UK) Limited c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/21/46)). Alpepe Limited también presentó una demanda contra Malta en 2021 en nombre de su subsidiaria de propiedad absoluta, Pilatus Bank, por supuestas violaciones del tratado bilateral de inversiones de Malta con la República Popular China.

Esperamos que esta tendencia continúe a medida que los Estados se enfrenten a la pandemia del COVID-19 y a la disrupción de las cadenas de suministro mundiales causadas por modificaciones de regulaciones que afectan a las instituciones financieras a través de, por ejemplo, la suspensión o limitación de su capacidad de cobro de deudas, incluidas las hipotecas, o de la prohibición del cobro de tasas en los proyectos públicos, lo que repercutirá negativamente en la financiación de dichos proyectos.

‘Las instituciones financieras son cada vez más conscientes del valor de los tratados de inversión como herramientas para protegerse del riesgo de futuras medidas gubernamentales adversas que afecten sus inversiones transfronterizas’.



Thomas Walsh
Consejero Especial,
Nueva York



09. El arbitraje de construcción ante la transición energética y el cambio climático



Tom Hutchison
Consejero, Londres



Samantha Lord Hill
Consejera, Dubái



Jon Gilbert
Abogado de Conocimiento,
Londres

La [tendencia 1](#) esbozó algunos de los acontecimientos clave que han acelerado el ritmo de la transición energética mundial, en particular los compromisos asumidos en la COP26, la innovadora decisión de la Corte de Distrito de La Haya en el caso Shell y el paquete legislativo 'Fit for 55%' de la Comisión Europea. En esta tendencia, evaluamos el probable impacto del aumento en la planificación de proyectos de energía renovable y bajos en carbono sobre el arbitraje de construcción y consideramos los riesgos de los eventos climáticos cada vez más extremos en los grandes proyectos en curso.

Transición energética – nuevos riesgos para los proyectos

El tamaño, alcance y ambición de los proyectos de energías renovables y bajos en carbono está en aumento. El rápido desarrollo de nuevas tecnologías, los nuevos participantes en el mercado y las políticas gubernamentales en desarrollo (como las subvenciones) crearán nuevos perfiles de riesgo para los proyectos de energía 'verde' en todo el mundo. Anticipamos que esto se traducirá en un aumento de disputas novedosas y, en última instancia, de alto riesgo, que se llevarán a arbitraje a medida que estos proyectos avanzan desde la planificación hasta la construcción y la operación. Las razones principales para ello son:

- **Dependencia de las nuevas tecnologías:** muchos proyectos de transición energética (aunque no todos) se basan en tecnologías relativamente nuevas. Incluso las tecnologías ya conocidas y probadas, como la solar y la eólica, siguen evolucionando—basta pensar en las sales fundidas para la energía solar y en la eólica marina flotante. Cuando una tecnología nueva no funciona como se esperaba, o es más cara o compleja de construir, puede tener graves consecuencias para todos los participantes del proyecto. Los retrasos en la terminación de los trabajos, el incumplimiento de estándares para la puesta en marcha del proyecto o, en última instancia, una producción inferior a la prevista, pueden dar lugar a reclamaciones complejas y de gran valor. Esto puede ser especialmente grave en un contexto de subvenciones

estatales o compromisos de financiación limitados en el tiempo. Además, nuevas tecnologías pueden tardar más tiempo en obtener las aprobaciones reglamentarias y de planificación si es necesario demostrar su seguridad y/o si el regulador no está familiarizado con la tecnología, un problema común en los recientes proyectos de construcción de centrales nucleares.

- **La falta de estándares industriales desarrollados** puede dar lugar a reclamaciones de garantía o relacionadas con la adecuación de la tecnología para su finalidad contra los contratistas. Incluso cuando las especificaciones están disponibles, pueden surgir problemas: en el caso de la Corte Suprema del Reino Unido de *MT Højgaard c. E.ON* [2017] UKSC 59, los cimientos de un parque eólico marino fallaron menos de un año después de su finalización, a pesar de que el contratista había cumplido con las especificaciones industriales pertinentes.
- **La falta de formularios estándar de la industria o de una interpretación asentada de los formularios estándar existentes**, tal como FIDIC en el contexto de las nuevas estructuras de proyectos (con interfaces de riesgo diferentes a las de los proyectos energéticos tradicionales), puede resultar en un mayor número de reclamos cuando las partes difieren en su interpretación de sus derechos contractuales en relación con un proyecto novedoso. Una característica común de muchos proyectos de transición energética es que el propietario asume los riesgos de interfaz, en gran parte debido a las incertidumbres que conlleva. Las incertidumbres pueden ser difíciles de gestionar y valorar, y la posibilidad de que surjan disputas aumenta, especialmente cuando un proyecto novedoso se lleva a cabo sobre la base de un precio fijo o EPC.

Transición energética – procedimiento arbitral

Es probable que el arbitraje siga siendo el método preferido para la resolución de disputas en los proyectos energéticos a gran escala, en particular cuando involucran partes de todo el mundo. En 2019, la Comisión de Arbitraje y Métodos Alternativos de Resolución de Disputas de la CCI y la



Comisión de Medio Ambiente y Energía de la CCI publicaron un informe conjunto sobre el 'Arbitraje de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático', en el que se describen los beneficios del arbitraje para resolver controversias que surjan de proyectos energéticos tradicionales ya existentes y que estén relacionadas con la regulación del cambio climático y con la transición del mercado hacia las renovables y el bajo carbono, así como las disputas que surjan de los desafíos y complejidades de los proyectos nuevos. Entre las principales ventajas se encuentran el acceso a árbitros con conocimientos adecuados en materia de cambio climático, la disponibilidad de procedimientos acelerados, la posibilidad de incorporar partes al procedimiento arbitral o consolidar múltiples procedimientos arbitrales, y la ejecutabilidad de los laudos.

Inversión mundial en la
transición energética:
US\$501.300
millones
en 2020

Fuente: BloombergNEF

El tiempo dirá si alguna institución arbitral va más allá para posicionarse como una institución especialmente adecuada para resolver disputas derivadas de proyectos de transición energética, como hemos visto que han hecho la CCI, el HKIAC y otras en relación con las disputas relacionadas con la Iniciativa de la Franja y la Ruta, pero prevemos que existirá cierta presión del mercado para que lo hagan.

Por ejemplo, es probable que se desee un procedimiento de arbitraje acelerado para obtener un laudo definitivo y vinculante sobre una cuestión técnica, especialmente cuando hay varios activos idénticos en construcción como, por ejemplo, turbinas eólicas o paneles solares. Esto podría permitir a las partes seguir adelante con el proyecto con la certeza y la ejecutabilidad de un laudo arbitral y, por tanto, sin la incertidumbre de que una decisión crítica sea reexaminada en una fase posterior, cuando sea muy difícil o costoso llevar a cabo trabajos correctivos.

'Los retrasos, las interrupciones, los defectos y las disputas aumentarán a medida que se realicen importantes inversiones y se inicie la construcción de nuevos proyectos de energías renovables y bajos en carbono en todo el mundo. Para muchos, estos proyectos suponen un viaje hacia aguas desconocidas, ya que las nuevas tecnologías se desarrollan aceleradamente, se establecen nuevos marcos regulatorios, y se pone a prueba la capacidad de mecanismos contractuales familiares para gestionar los riesgos del proyecto. La certeza: el arbitraje internacional será sin duda el recurso por excelencia para la resolución de disputas en los próximos años.'



Samantha Lord Hill

Consejera,
Dubái

En términos más generales, la necesidad de comenzar a operar los activos a tiempo para asegurar la viabilidad financiera del proyecto es particularmente aguda para los proyectos de energías renovables. Prevemos que los propietarios/operadores se centrarán cada vez más en los medios para evitar largos retrasos causados por disputas en proyectos en marcha.

Los mecanismos bien establecidos, incluyendo la decisión de expertos y las juntas de resolución de disputas, pueden ayudar, pero es probable que el arbitraje acelerado sea cada vez más importante, ya sea para resolver un punto técnico o más ampliamente para garantizar el progreso continuo.

Por último, esperamos ver un crecimiento continuo del arbitraje inversor-Estado si los Estados retiran las subvenciones e incentivos para invertir en proyectos de energía verde realizados en el marco de compromisos más amplios de alcanzar cero emisiones netas.

Clima extremo

En cuanto a los efectos actuales del cambio climático, los fenómenos meteorológicos extremos tienen el potencial de retrasar y/o interrumpir significativamente los proyectos de construcción existentes y pondrán a prueba la resistencia de los activos como nunca antes. Esto, a su vez, pondrá a prueba la asignación de riesgos contractuales y, en particular, si tales eventos eran previsible o no.

Algunos ejemplos de eventos que causan retrasos o interrupciones son las temperaturas extremas que reducen las horas de trabajo, los fuertes vientos que interrumpen el



suministro eléctrico, o las inundaciones que retrasan el transporte de materiales. Los contratos de construcción suelen establecer quién debe asumir el riesgo de los fenómenos meteorológicos extremos, por ejemplo, indicando si el contratista tiene derecho a una prórroga. Sin embargo, no siempre está claro qué califica como un fenómeno meteorológico bajo un contrato determinado (incluso cuando se utiliza un contrato estándar), y podría corresponder a un tribunal determinar este punto crucial.

Muchos contratos incluyen el requisito de que el fenómeno meteorológico sea imprevisible. Sin embargo, el cambio climático podría plantear algunas dificultades en este sentido: (i) el umbral de lo imprevisible cambiará (y en algunas regiones ya ha cambiado) a medida que los fenómenos meteorológicos extremos se vuelvan más comunes; y (ii) algunos contratos evalúan la previsibilidad por referencia a datos históricos, asumiendo que los patrones meteorológicos son constantes, lo que ya no es el caso.

En cuanto a la resistencia de los activos, los fenómenos meteorológicos extremos pueden provocar o agravar defectos que de otro modo no habrían surgido o no se habrían descubierto. También pueden afectar la operatividad de los activos y/o reducir los rendimientos previstos, lo que repercute en la capacidad del propietario para recuperar los costos de inversión.

Es probable que estos acontecimientos se traduzcan en un aumento de demandas contra los contratistas y los profesionales de la construcción en relación con el diseño de parámetros y tolerancias. También es posible que veamos más reclamaciones basadas supuestas negligencias o incumplimientos del estándar de diligencia debida, por no haber tenido en cuenta los efectos del cambio climático en el diseño y la construcción.



10. Consolidación de centros de arbitraje en Medio Oriente



Sami Tannous
Socio, Dubái



Amani Khalifa
Consejera, Dubái

En un acontecimiento que sorprendió a muchos, incluida la LCIA, el 14 de septiembre de 2021 el centro de arbitraje DIFC-LCIA fue efectivamente abolido por el Decreto 34 de 2021 de Dubái relativo al Centro de Arbitraje Internacional de Dubái (el Decreto). Antes del Decreto, el centro de arbitraje DIFC-LCIA no tenía una presencia legal independiente en Dubái y operaba a través de un joint venture entre el Instituto de Arbitraje del DIFC (el DAI), y la LCIA. El Decreto suprimió al DAI y transfirió la propiedad de sus bienes y empleados al Centro de Arbitraje Internacional de Dubái (DIAC). El Decreto también suprimió el Centro de Arbitraje Marítimo de los Emiratos, que era el único centro de arbitraje marítimo especializado de la región (aunque, por lo que sabemos, a diferencia del DIFC-LCIA, no tenía casos activos).

El Decreto ha creado cierta incertidumbre, especialmente en relación con los casos de arbitraje pendientes y los aspectos administrativos relacionados con la presencia y las operaciones del DIFC-LCIA. Para facilitar la transición de los casos al DIAC, el Decreto prevé un periodo de seis meses para que el DIAC 'coordine' con 'todas las entidades afectadas' para ayudarles a cumplir con el Decreto.

Además de estos importantes cambios, el Decreto incluye el nuevo estatuto del DIAC (Estatuto), que prevé una amplia reestructuración, gracias a la cual el DIAC cuenta ahora con un consejo de administración, una corte de arbitraje y un órgano administrativo. El Decreto también prevé que el DIAC tenga su sede en Dubái 'onshore' y una sucursal en el DIFC. Desde entonces, se han nombrado varios miembros del Consejo de Administración y el presidente del DIAC.

Los cambios en la estructura corporativa del DIAC y la supresión de los demás centros de arbitraje fueron considerados por algunos como una medida útil para consolidar los centros de arbitraje en esta importante sede arbitral regional. Otros profesionales han opinado que la falta de opciones de instituciones de arbitraje 'locales' de Dubái y el repentino cambio de política pueden perjudicar la reputación de Dubái como hub de resolución de disputas. Independientemente de estos puntos de vista opuestos, es

importante para el futuro papel de Dubái como centro arbitral regional que cualquier incertidumbre que surja del Decreto se resuelva lo antes posible.

La postura del DIFC y la LCIA

El 7 de octubre de 2021, el DIFC emitió un comunicado de prensa en el que indicaba que los casos existentes seguirían siendo administrados por la LCIA y el equipo de trabajo del DIFC-LCIA bajo un régimen de comisión de servicios. El comunicado no proporcionó ningún detalle sobre los términos de la comisión propuesta.

Por otra parte, la LCIA hizo una declaración oficial el mismo día aclarando su posición en relación con el Decreto. La LCIA no abordó la propuesta de comisión de servicios del DIFC-LCIA, pero señaló que había varias cuestiones pendientes, incluida la situación del equipo de gestión de casos, que debían resolverse urgentemente. Al momento de redactar este documento, sigue habiendo una gran incertidumbre en cuanto a los acuerdos sobre la transición, aunque en la práctica los arbitrajes existentes del DIFC-LCIA siguen siendo administrados por el antiguo equipo de gestión de casos del DIFC-LCIA, aunque ahora contratado por el DIAC.

Transición de casos pendientes

Con respecto a los casos pendientes bajo las reglas de arbitraje del DIFC-LCIA, el Decreto establece que las reglas de los centros abolidos continuarán aplicándose en la medida en que no entren en conflicto con las disposiciones del Decreto hasta que el DIAC emita sus nuevas reglas. Por lo tanto, existe el riesgo de que las cortes de Dubái consideren que los tribunales que sigan aplicando el reglamento de arbitraje del DIFC-LCIA más allá de esta fecha estén actuando de forma ilegal, lo que podría, a su vez, poner en riesgo de anulación a los laudos arbitrales con sede en Dubái.

El Decreto aclara que las cláusulas de arbitraje en los acuerdos existentes que hacen referencia a los centros suprimidos cuando el tribunal aún no se ha constituido



seguirán siendo válidas, y que el DIAC sustituirá a los centros suprimidos en la administración y supervisión de dichas disputas. Si bien esto sugiere que el DIAC seguirá aplicando las normas de los centros abolidos a los procedimientos de arbitraje pendientes, no está claro cómo se aplicará esto en la práctica y si se espera que esto cambie cuando el DIAC publique sus nuevas reglas de arbitraje.

El futuro del DIFC como sede

El Estatuto establece que cuando las partes de un arbitraje DIAC no acuerden ninguna sede o lugar de arbitraje, el DIFC será la sede por defecto. Es probable que esto aumente el volumen de casos atendidos por las cortes del DIFC, lo que, a su vez, dará lugar a un mayor número de sentencias publicadas y a una mayor seguridad en cuanto a la aplicación e interpretación de la Ley de Arbitraje del DIFC.

El Decreto confirma que las cortes de Dubái y del DIFC seguirán ejerciendo su jurisdicción para considerar y adjudicar reclamaciones relativas a los laudos emitidos por los centros suprimidos.

El camino a seguir

El Decreto no afecta la posición del DIFC como sede de arbitraje. Por el contrario, la posición del DIFC como sede de arbitraje se ha visto reforzada por el Decreto que establece que sea la sede por defecto para los arbitrajes del DIAC.

No obstante, las partes no deberían seguir incluyendo cláusulas arbitrales del DIFC-LCIA o del Centro de Arbitraje Marítimo de los Emiratos en sus contratos y, dada la continua incertidumbre con respecto a los acuerdos sobre la transición, sería aconsejable renegociar las cláusulas existentes antes de que surja una disputa. Las partes que deseen arbitrar en Medio Oriente pueden seguir eligiendo entre cualquiera de los conocidos reglamentos institucionales de arbitraje y pueden optar por utilizar como sede de sus arbitrajes al DIFC, ADGM (Abu Dhabi Global Market) o cualquier otra sede reconocida como favorable al arbitraje.



freshfields.com

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the laws of England and Wales authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA no. 484861)) and associated entities and undertakings carrying on business under, or including, the name Freshfields Bruckhaus Deringer in a number of jurisdictions, together referred to in the material as 'Freshfields'. For further regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer has offices in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Russia, Singapore, Spain, the United Arab Emirates, the United States of America and Vietnam.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, February 2022, 08929

