



# TENDENCIAS EN ARBITRAJE

LATINOAMÉRICA

**2017**

Bullard Falla Ezcurra +

# ÍNDICE

## I. LATINOAMÉRICA ¿HACIA ARBITRAJES MÁS CÉLERES?

En los últimos años se están tomando medidas que buscan que los arbitrajes en Latinoamérica sean más céleres y cortos

## II. LAS EMPRESAS REQUIEREN MEJORES NEGOCIACIONES

Los costos del arbitraje no siempre coinciden con las expectativas de las partes, por lo que resulta aconsejable poner mayor énfasis en el arreglo de las controversias

## III. LATINOAMÉRICA Y EL THIRD PARTY FUNDING

El uso de esta herramienta ha seguido en crecimiento a nivel mundial pero aún no logra un impacto en América Latina

## IV. DIVERSIDAD DE ÁRBITROS

## V. MAYOR INFORMACIÓN SOBRE LOS ÁRBITROS

Distintas innovaciones plantean que los centros arbitrales, los propios árbitros o los usuarios del arbitraje brinden información sobre el desempeño de los tribunales

## VI. CORRUPCIÓN Y ARBITRAJE EN LATINOAMÉRICA

Los recientes eventos de corrupción en la región presentan importantes retos a la institucionalidad del arbitraje

## VII. LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS SIGUEN EN AUMENTO

La innovación en tecnología presenta mejores y mayores herramientas para los abogados en el futuro inmediato

## VIII. ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA REGIÓN

La región propugna por la reinención de los instrumentos para la protección de las inversiones y los mecanismos para la solución de controversias en la materia

## XI. LATINOAMÉRICA EN LA JURISPRUDENCIA DE INVERSIONES

La jurisprudencia arbitral en materia de inversiones nos permite analizar nuevas tendencias en la región y discutir sobre posibles aciertos (y errores)

Sobre el área de Litigio Arbitral de Bullard Falla Ezcurra +

# INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El arbitraje llegó a Latinoamérica para quedarse. Más allá de la diversidad en su nivel de desarrollo en los distintos países, la tendencia hacia su mayor y mejor utilización es clara. La clave ha sido la flexibilidad que le otorga nacer y deberse al acuerdo de las partes. Ello le ha permitido una extraordinaria capacidad de evolución y adaptación a diversos contextos económicos, sociales y culturales.

Los practicantes del arbitraje se embarcan en un continuo proceso de ensayo-error para adaptar sus prácticas a nuevos retos. El arbitraje, donde es exitoso, no se construye desde arriba, impuesto por los Estados de manera constructivista. Pero allí donde el Estado le ha reconocido a las partes su autonomía y la ha protegido, se ha desarrollado evolutivamente desde abajo como un orden espontáneo, flexible y con capacidad de resolver problemas

Hemos identificado 9 tendencias del arbitraje en Latinoamérica, que dan cuenta de esto proceso, con el objetivo que sean difundidas, discutidas y colaboren con la evolución del arbitraje en la región.

El 2017 y los siguientes años estarán marcados por una tendencia a procesos arbitrales más céleres, presencia masiva del financiamiento de terceros, esfuerzos por contar con tribunales arbitrales más diversos (the Pledge, nuevos jugadores, árbitros extranjeros), disponer de más información sobre los árbitros (Arbitrator Intelligence), mayor uso de herramientas tecnológicas, un incremento en las controversias referidas a contratos obtenidos a través de o que involucran actos de corrupción, entre otros.

Esperamos que el presente material sea de su interés y utilidad.

**Alfredo Bullard**

[abullard@bullardabogados.pe](mailto:abullard@bullardabogados.pe)



**Huáscar Ezcurra**

[hezcurra@bullardabogados.pe](mailto:hezcurra@bullardabogados.pe)



<sup>1</sup> El presente trabajo se ha inspirado en "[International arbitration: 10 trends in 2017](#)" publicado por la firma Freshfields Bruckhaus Deringer.

# I. LATINOAMÉRICA ¿HACIA ARBITRAJES MÁS CÉLERES?

En los últimos años se están tomando medidas que buscan que los arbitrajes en Latinoamérica sean más céleres y cortos

El pasado 1 de marzo de 2017, entró en vigencia el procedimiento expedito (*expedited procedure*) de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Este procedimiento, que aplicará automáticamente a todas las nuevas disputas inferiores a US\$2 millones de cuantía y a las que superen este monto siempre que las partes así lo pacten, busca brindar una solución célere y eficiente a los arbitrajes de baja cuantía<sup>2</sup>, procurando, entre otras cosas:

- Qué las decisiones sean tomadas por un árbitro único, a pesar del pacto en contrario de las partes.<sup>3</sup>
- Limitar la presentación de nueva reclamaciones a la constitución del Tribunal, salvo autorización.
- Decidir la controversia sobre los alegatos escritos, recurriéndose a una audiencia solo si el Tribunal lo considera necesario.

La búsqueda de procedimientos más céleres no se limita al nuevo procedimiento expedito. Desde inicios del 2016 la CCI viene

implementando nuevas políticas enfocadas en la emisión y revisión de los laudos arbitrales.

En este sentido, la CCI ha creado un mecanismo basado en incentivos que penaliza tanto a los árbitros como a la misma Corte de Arbitraje en función al tiempo que se demoren en emitir un primer borrador de laudo, o en la revisión de dicho borrador, respectivamente.

Estas nuevas políticas son de especial importancia si tenemos en consideración que, como ha reportado recientemente la propia CCI, existe un incremento de 15% en la participación de partes latinoamericanas en arbitrajes administrados por dicho centro, principalmente brasileras, mexicanas y peruanas.<sup>4</sup>

Por otro lado, algunos centros en la región también han mostrado preocupación por una mayor celeridad en la resolución de las disputas, la cual se ve reflejada en el texto de sus nuevos reglamentos. Por ejemplo, el nuevo Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de

<sup>2</sup> Esta propuesta ha seguido la tendencia de muchos de los más importantes centros de arbitraje en el mundo como la SIAC, HKIAC, la Cámara de Comercio de Madrid.

<sup>3</sup> Esta crítica sobre esta regla fue debatida por José María de la Jara y Nicolás Rosero en: <http://globalarbitrationreview.com/article/1072592/lat-am-lawyers-criticise-icc-expedited-procedure#disp>

<sup>4</sup> Esta información puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>



Lima (2017) tiene hasta tres provisiones importantes respecto a la celeridad del proceso arbitral.

Primero, el nuevo reglamento también ha adoptado un procedimiento expedito como el desarrollado por la CCI para arbitraje de baja cuantía.

Segundo, este ha incluido la utilización de un calendario procesal, práctica que si bien es común a nivel internacional, es un gran avance para la práctica arbitral peruana y que busca evitar el retraso del proceso por futuras faltas de coordinación entre las partes o los árbitros.

Tercero, el reglamento fomenta las notificaciones y comunicaciones electrónicas, agilizando la tramitación.

Finalmente, el nuevo reglamento también promueve la elaboración de una audiencia conjunta que abarque la mayor cantidad de actuaciones procesales (alegatos de apertura, interrogatorio a testigos y peritos y alegatos finales).

Estimamos que en futuro más centros arbitrales de la región incorporarán reglas y mecanismos como los antes mencionados, a fin de no quedarse atrás en la carrera por brindar los mejores servicios arbitrales.



**Nicolás Rosero**  
[nrosoero@bullardabogados.pe](mailto:nrosoero@bullardabogados.pe)



**Julio Olórtegui**  
[jolortegui@bullardabogados.pe](mailto:jolortegui@bullardabogados.pe)



## II. LAS EMPRESAS REQUIEREN MEJORES NEGOCIACIONES

Los costos del arbitraje no siempre coinciden con las expectativas de las partes, por lo que resulta aconsejable poner mayor énfasis en el arreglo de las controversias

Actualmente existe una preocupación en las empresas respecto al arbitraje por costos que pueden resultar elevados y plazos que no satisfacen sus expectativas.


Frente a ello, la manera más directa de ahorrar costos y tiempo es llegar a un arreglo. Quizás el costo más importante de un arbitraje no son los del tribunal arbitral y los abogados, sino las interrupciones y distracción de recursos al interior de las empresas. Transar permite a las empresas concentrar sus recursos en actividades productivas y no desgastar sus relaciones comerciales, lo cual no siempre es posible cuando se encuentran litigando.

En nuestra experiencia, una buena negociación puede evitar el arbitraje. En atención a ello, estimamos que las personas involucradas en la administración de controversias (abogados, directivos de las empresas, expertos técnicos o legales), deberían incrementar sus esfuerzos en conducir las negociaciones concentrándose en llegar a un arreglo y no en obtener ventajas estratégicas para un eventual proceso. El desarrollo de destrezas y competencias específicas para ello, representa un reto interesante para todos los actores involucrados. El mejor negociador no necesariamente será el mejor litigante y viceversa, aunque siempre será útil que ambos compartan experiencias.

Aun cuando las negociaciones previas a un arbitraje pudieran frustrarse, siempre será posible continuarlas dentro del mismo. Hemos identificado casos en los que una negociación durante la tramitación del arbitraje significó ahorros para las empresas de alrededor del 50% de los costos que tenían proyectados para el arbitraje (abogados, peritos, honorarios a los árbitros, entre otros) sin contar los costos de interrupción interna.

Esta tendencia a ahorrar costos va a continuar. A nuestro entender, la presión del mercado por un proceso menos costoso va a generar mayores esfuerzos para diseñar procesos que “inyecten” realismo en las expectativas de las partes y así incentiven un arreglo. En el marco de un arbitraje ya iniciado, las partes pueden solicitar a los árbitros que emitan una decisión preliminar sobre los reclamos más importantes de las partes; bifurcar el proceso, con la emisión de un laudo parcial sobre la validez del derecho a reclamar daños o un pronunciamiento sobre algún asunto formal como la caducidad. En determinados casos, con el acuerdo de las partes, los árbitros podrán “abrir la caja negra” y revelar los asuntos sobre los que tienen convicción y aquellos que permanecen inciertos.

Asimismo, en los últimos meses se ha discutido mucho sobre el crecimiento de la mediación y del Med-ARB. Este mecanismo puede ser calificado como un híbrido entre la mediación y el arbitraje. Consiste en que las partes pacten que, antes de llegar a un arbitraje, intentarán





nuevamente alcanzar un acuerdo. Esta etapa de mediación podrá incluso ser dirigida por quienes luego serán árbitros de la controversia.

Actualmente, la mediación o el Med-Arb no cuentan de mayor apoyo en Latinoamérica. Según un estudio de American University, los principales centros de mediación de Argentina, México, Perú y Venezuela no reportan una sola mediación entre el 2015 y 2016, mientras que en Brasil hubo 6; en Chile 34, en República Dominicana 35; y, finalmente, Colombia, es la excepción con 9799 casos de mediación.<sup>5</sup>

El efecto de cada una de estas opciones es disminuir la incertidumbre de las partes, mitigando la asimetría informativa y el sesgo de optimismo sobre sus posibilidades de éxito. Estimamos que estas herramientas serán utilizadas en mayor medida en los próximos años, con el objetivo de ahorrar costos y tiempo, así como preservar relaciones comerciales.



**Maribel Aparicio**

[maparicio@bullardabogados.pe](mailto:maparicio@bullardabogados.pe)



**José María de la Jara**

[jmdelajara@bullardabogados.pe](mailto:jmdelajara@bullardabogados.pe)



**Nicolás de la Flor**

[ndelaflor@bullardabogados.pe](mailto:ndelaflor@bullardabogados.pe)

---

<sup>5</sup> [https://www.wcl.american.edu/arbitration/documents/AU\\_Mediaiton\\_LAC\\_1\\_24.pdf](https://www.wcl.american.edu/arbitration/documents/AU_Mediaiton_LAC_1_24.pdf)

### III. LATINOAMÉRICA Y EL *THIRD PARTY FUNDING*

El uso de esta herramienta ha seguido en crecimiento a nivel mundial pero aún no logra un impacto en América Latina

En 2016 se han dado grandes avances en el reconocimiento e implementación del *third party funding*. Recientemente, tanto Singapur como Hong Kong han modificado sus legislaciones internas con el propósito de eliminar las restricciones que impedían o dificultaban la utilización de esta figura. Sin embargo en Latinoamérica aún no se observa el mismo avance.

¿En qué consiste este *third party funding*? Se trata de un mecanismo alternativo de financiamiento, donde un agente – financista – que no tiene ninguna conexión con un arbitraje paga una parte o la totalidad de los costos en los que incurra una de las partes – financiado –, a cambio de un porcentaje de la cuantía que se determine en la condena, usualmente en caso que dicha parte resulte vencedora<sup>6</sup>.

La asunción de riesgos por parte del financista puede ser variada, según el pacto con la parte financiada. De ese modo, el financiamiento puede consistir bien en un préstamo o en un financiamiento integral con cargo a recibir un porcentaje del monto. En este último escenario, el inversionista asume el riesgo de un posible fallo desfavorable y, en última instancia, la

pérdida del monto invertido. Es por ello que previamente efectúa un análisis de las probabilidades de obtener un resultado favorable.

Muchas de las legislaciones arbitrales internacionales o reglamentos de centros de arbitraje han optado por establecer pautas para su utilización. Por ejemplo, las reglas de la IBA, el Singapur International Arbitration Center (SIAC) o las Investment Arbitration Rules han establecido que las partes de un arbitraje deben revelar la existencia de algún financista, si lo hubiera, y, dependiendo de las circunstancias, de los términos del acuerdo de financiamiento.

A nivel regional son pocos los casos donde se ha visto el empleo de esta figura<sup>7</sup>, aunque ello ha venido cambiando en los últimos años. Peter Hirst y Joan Cavalieri (Clyde & Co LLP) han señalado que de acuerdo a Lex Finance – fondo peruano de inversión operando en Brasil – el financiamiento de arbitrajes bajo la modalidad de *third party funding* reportó un incremento de 50% a inicios del 2016 en dicha jurisdicción. También han indicado que el uso de este mecanismo de financiamiento puede representar una salida al costo de los procedimientos arbitrales en

<sup>6</sup> TRIPP, Chapman y Daniel KALDERIMIS. Third party funding in international arbitration. Lessons from litigation? En: Kluwer Arbitration. Publicado el 15 de diciembre de 2014. Sobre el particular, véase también: RUBIN, Paul en: "Third-party financing of litigation", Northern Kentucky Law Review, Vol, 38:4, p. 674.

<sup>7</sup> Sobre el particular, véase la controversia entre el Gobierno Argentino y las empresas El Paso Energy International Company LLC y BG Group Plc; cuyo laudo arbitral ordenó que el pago se efectúe directamente sobre las empresas financistas Queen Avenue Investments y GASA Investments LP. En: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/152522/20161021>





Brasil, si se tiene en cuenta que actualmente dicho país se encuentra atravesando su mayor crisis económica de los últimos 20 años.

En general, el poco uso que se le viene dando a esta herramienta en nuestra región ha generado que las jurisdicciones y centros arbitrales de este lado del continente aún no hayan optado por establecer regulaciones o reglamentos sobre la materia. Todo esto, a su vez, evita que se ponga a la vista los beneficios que trae consigo este tipo de herramientas.

Las necesidades a nivel Latinoamericano son crecientes en torno al costeo de mecanismos de solución de controversias eficientes. El *third party funding* se presenta como una herramienta que permite superar la barrera del costeo de un arbitraje y permite a los particulares poder discutir sus controversias fuera de los largos y engorrosos procesos judiciales. Este asunto seguirá siendo un tema cotidiano en la discusión arbitral internacional por lo que debemos impulsar el que Latinoamérica no quede fuera de dicho escenario.



**Rodrigo La Rosa**  
[rlarosa@bullardabogados.pe](mailto:rlarosa@bullardabogados.pe)



**Carlos Ríos**  
[crios@bullardabogados.pe](mailto:crios@bullardabogados.pe)

## IV. DIVERSIDAD DE ÁRBITROS

Una de las tareas más importantes antes del inicio de un arbitraje es la selección del árbitro. Esta decisión tiene repercusión en todo el proceso pues son los árbitros quiénes lo conducirán. En gran medida, de ellos dependerá qué tan formal o flexible será el proceso, cuántas audiencias serán necesarias, qué tanta atención se le presta a las pruebas testimoniales (si las hubiera), qué tan rápido o lento se resolverá la controversia, entre otros importantes factores.

Los profesores Lew, Mistelis y Kroll afirman que "(...) *la calidad del proceso arbitral depende en gran medida de la calidad y habilidades de los árbitros elegidos*".<sup>8</sup> Es por ello que los abogados tenemos una gran responsabilidad con nuestros clientes cuando les proponemos la designación de un árbitro.

Para que un árbitro sea el candidato perfecto para el arbitraje debe cumplir con dos grupos de características. El primer grupo se encuentra relacionado con el caso concreto. El segundo, con la personalidad del árbitro.

Como ejemplos del primer grupo de características encontramos, por ejemplo, conocimiento de las normas, doctrina, jurisprudencia y práctica

comercial aplicables al caso concreto; compatibilidad del perfil académico del árbitro con la teoría del caso que será planteada; entre otras.

Como ejemplos del segundo grupo encontramos, por ejemplo, que sea trabajador, que tenga facilidad para comunicarse y carácter para poder trasladar su teoría del caso con convicción a los demás árbitros, que tenga inteligencia emocional, que sea imparcial, entre otros.

Uno de los principales problemas que se presentan en la designación de árbitros es encontrar uno con todas las características mencionadas y con el que no exista un conflicto de interés por haber sido designado antes. Y todo indica que por el crecimiento del arbitraje en la región la demanda por árbitros capaces y con experiencia es mayor a la oferta de árbitros de esas características.

Y es que es lógico. Si uno mira únicamente el mercado local, tiene una oferta algo reducida de buenos árbitros. Lo que termina sucediendo es que esos pocos buenos árbitros son recurrentemente designados y eso incrementa la probabilidad de existencias de conflictos de interés y de imposibilidad de designarlos nuevamente.

---

<sup>8</sup> J.D.M. Lew, L.A. Mistelis & S.M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, en 232 (Kluwer, 2003).



La solución que venimos aplicando a este problema (aprovechan la flexibilidad de la Ley peruana), y que creemos que será una tendencia en Latinoamérica, es designar árbitros extranjeros, incluso para arbitrajes domésticos. Esto trae innumerables beneficios, los que describiremos a continuación.

- **Se reducen las posibilidades de que exista un conflicto de intereses**

Como señalamos, son pocos los árbitros locales que cumplen con las características que nosotros consideramos importantes. Como es lógico, esos árbitros son frecuentemente designados en arbitrajes locales por lo que es altamente probable que exista algún conflicto de interés en su nombramiento. Ello se reduce cuando ampliamos la gama de árbitros de los que podemos elegir.

- **Se reduce el riesgo de parcialidad**

Ciertos abogados prefieren al árbitro local y no al extranjero precisamente por eso. Se trata de árbitros a los que tienen "acceso". Este riesgo se reduce considerablemente con un árbitro extranjero. Ello debido a que son árbitros con los que no se tiene cercanía al no encontrarse en el mismo medio y quienes difícilmente se prestarían a arriesgar su prestigio por entrar al juego de la corrupción.

La imparcialidad del tribunal arbitral garantiza un proceso justo para ambas partes. Da la tranquilidad de que si los árbitros deciden no darte la razón, lo hacen porque tienen la convicción de que no la tienes y no porque la contraparte haya comprado esa decisión.

- **El proceso suele ser más corto**

Esto tiene una explicación práctica: los árbitros extranjeros prefieren viajar una sola vez y en ese periodo realizar todas las audiencias que sean necesarias para estar listos para tomar una decisión. Esta dinámica favorece a las partes no solo porque acelera y ordena el proceso, sino también porque permite al tribunal y las partes concentrarse por un periodo de manera exclusiva en la controversia.

Esto permite sacarle mejor provecho a las audiencias: escuchar a un testigo hoy y a otro mañana y poder contrastar sus versiones de los hechos no es igual que escuchar uno hoy y a otro dentro de un mes y pretender acordarnos de todo lo que dijo y poder hacer la misma labor de contraste.

- **Experiencia**

Los buenos árbitros extranjeros suelen ser abogados que trabajan litigando y arbitrando en arbitrajes internacionales de diversos tipos y materias. Esto les permite estar más preparados para analizar y resolver la controversia para la que se les designa.

Esto implica que varios de los mejores árbitros extranjeros han conocido diversos sistemas jurídicos, diversas normas y diversos conflictos y el horizonte que tienen para encontrar las soluciones a la controversia es por lo tanto más amplio que el que tiene la mayoría de árbitros peruanos, quienes mayormente arbitran procesos locales.



Estas son algunas de las razones por las que la designación de árbitros extranjeros es una buena idea, incluso para arbitrajes locales. Y son razones también de por qué la designación de árbitros extranjeros de volverá una tendencia en América Latina.

El arbitraje en Latinoamérica está creciendo. Las instituciones arbitrales son cada vez mejores. Cada vez más y más empresas deciden arbitrar sus controversias. Por todos los beneficios expuestos en las líneas anteriores,

una buena manera de mejorar el arbitraje – mejorando los procesos arbitrales – es designando árbitros extranjeros con experiencia en la materia.

Esto además será beneficioso para la institución del arbitraje en cada uno de esos países porque dará a conocer su ley, sus centros de arbitraje y sus árbitros.



**Alejandra Flecha**  
[aflecha@bullardabogados.pe](mailto:aflecha@bullardabogados.pe)

## V. MAYOR INFORMACIÓN SOBRE LOS ÁRBITROS

Distintas innovaciones plantean que los centros arbitrales, los propios árbitros o los usuarios del arbitraje brinden información sobre el desempeño de los tribunales arbitrales

La transparencia, características personales y antecedentes de los árbitros son determinante para el desarrollo del proceso y la sofisticación de sus decisiones. Como sostienen Redfern y Hunter: *"la calidad del tribunal arbitral hace o quiebra el proceso"*<sup>9</sup>.

Pese a lo anterior, no existe información certera sobre el desempeño de los árbitros. Por ello, los usuarios del arbitraje recurren a las experiencias personales de sus colegas con determinados árbitros. Como resultado, consejos sesgados por el resultado del proceso o que podrían ser de varios años atrás, pueden terminar siendo determinantes para la elección del árbitro, que es uno de los momentos más importantes del arbitraje.

A continuación se presentan los principales problemas que enfrenta el arbitraje en Latinoamérica para la elección de árbitros, así como las soluciones que se están desarrollando para superarlos.

*Problema 1: Escasez de árbitros en el mercado local y efecto de jugadores repetidos.*

La cultura arbitral en Latinoamérica está en crecimiento desde hace ya varios años pero el número de árbitros sigue siendo escaso. Como sostiene un informe del Estudio Uría, *"el número de árbitros actuantes no crece al mismo ritmo que los arbitrajes"*<sup>10</sup>.

Al no existir un número de árbitros de prestigio que crezca al mismo ritmo que la demanda de arbitrajes, se genera un efecto de repetición en los árbitros designados. Así como uno compra una marca porque la considera buena, tiende a designar al mismo árbitro si cree que es bueno, evitando buscar otras opciones en el mercado). En algunos casos, esto podría generar recusaciones por conflictos de intereses.

**Solución: Mayor información disponible sobre los árbitros y su actividad arbitral anterior.** La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) adoptó una nueva política a principios del 2016, consistente en publicar información de los casos que administra. A partir de ello, las partes podrán conocer quiénes son los árbitros de cada caso, sus

<sup>9</sup> Traducción libre de: *"it is above all the quality of the arbitral tribunal that makes or breaks the process"*. Redfern, Alan y Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet and Maxwell, 1999. P. 190.

<sup>10</sup> Actualidad Jurídica Uría Menéndez. 36/2014. Arbitraje en América Latina. ¿Hacia dónde va? <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4077/documento/arto2.pdf?id=5039>



nacionalidades o si éstos fueron elegidos por una de las partes o por la Corte.<sup>11</sup>.

## **Problema 2: Resistencia a nombrar árbitros extranjeros y falta de información sobre nuevos actores.**

Este problema se está relativizando progresivamente, en parte como consecuencia de la internacionalización de varios estudios de abogados. Pero se trata de un problema que sigue latente. El informe citado precisa que "[e]n algunos países, se nota cierta resistencia a nombrar árbitros extranjeros, incluso de otros países de América Latina, bajo el argumento de que es necesario que el árbitro conozca el derecho aplicable y la realidad del país"<sup>12</sup>. A esto, se debe sumar también el interés de algunas partes en que el árbitro que designen "esté bien conectado", o "tenga llegada a los demás posibles árbitros".

Estos problemas se enfrentan a una barrera que impide su solución. La información sobre la calidad de los árbitros es sumamente escasa y se transmite de manera anecdótica. Si a un mercado reducido, con jugadores que se repiten y con resistencia a mirar en otras fronteras, se le suma una barrera informativa, se vuelve muy complicado superar tales problemas. Se trata, de hecho, de una de las preocupaciones principales de las partes. De hecho, un estudio de White&Case y la Universidad Queen Mary demuestra que la tercera peor característica del arbitraje internacional fue considerada la falta de información sobre la eficiencia de los árbitros.<sup>13</sup>

**Solución: Información sobre las preferencias de los árbitros en cómo llevar a cabo el arbitraje.** Frente a ello, recientemente el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong ha implementado formularios que permiten a sus usuarios calificar el desempeño de los árbitros respecto a (i) su preparación y familiaridad con las leyes y reglas aplicables, (ii) su destreza para facilitar un proceso justo, neutral y efectivo, (iii) sus habilidades de organización y manejo del caso, (iv) su pericia para lidiar asuntos probatorios, (v) sus habilidades de comunicación, (vi) su proceso de toma de decisiones y (vii) su evaluación general.<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency. Esta noticia puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

<sup>12</sup> Actualidad Jurídica Uría Menéndez. 36/2014. Arbitraje en América Latina. ¿Hacia dónde va? <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4077/documento/arto2.pdf?id=5039>

<sup>13</sup> White & Case y Queen Mary University of London. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 7. Esta se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

<sup>14</sup> Arbitration Evaluation Form. HKIAC Administered Arbitration. [http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/Arbitration%20Evaluation%20Form%20-%20Administered%20%28parties%29.pdf](http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Arbitration%20Evaluation%20Form%20-%20Administered%20%28parties%29.pdf)



**Solución: Información sobre el desempeño de los árbitros.** Arbitrator Intelligence pretende construir perfiles de árbitros a partir de información que sería suministrada por los usuarios del arbitraje a través de cuestionarios. De hecho, la encuesta de esta iniciativa acaba de ser publicada para comentarios del público y los avances muestran que el proyecto permitirá conocer en qué industrias y en qué instituciones arbitrales han participado los árbitros, la

extensión de la etapa de producción de documentos, cuánto tiempo demoran en tomar decisiones, cuántas personas los recomiendan, entre otros.



**José María de la Jara**  
[jmdelajara@bullardabogados.pe](mailto:jmdelajara@bullardabogados.pe)



**Nicolás de la Flor**  
[ndelaflor@bullardabogados.pe](mailto:ndelaflor@bullardabogados.pe)



## VI. CORRUPCIÓN Y ARBITRAJE EN LATINOAMÉRICA

### Los recientes eventos de corrupción en la región presentan importantes retos a la institucionalidad del arbitraje

El evento que más ha causado revuelo en los últimos meses en todos los niveles de Latinoamérica ha sido el mega-escándalo de corrupción Odebrecht. El Departamento de Justicia de Estados Unidos ha revelado que dicha empresa habría sobornado a funcionarios de alto nivel en 12 países entre 2001 y 2016 hasta por US\$ 788 millones para obtener contratos de obra y concesiones en Brasil, Colombia, Perú, Ecuador, Argentina, Guatemala, México, entre otros países de la región.


Sin duda alguna, las secuelas del escándalo han colocado al arbitraje en el centro de la tribuna. Como viene ocurriendo en Brasil desde que se reveló la trama *Lava Jato*, muchas empresas y entidades públicas involucradas en los proyectos liderados por Odebrecht, socias, contratistas, dueñas e incluso empleados, deberán afrontar la paralización de las obras y eventuales problemas de solvencia de la empresa. En el arbitraje deberá decidirse el *default* y los mayores costos que ello involucre. Las firmas de abogados deberán ofrecer sus mejores y más creativas estrategias, locales y transnacionales, para la ejecución de las decisiones y proteger los intereses de sus clientes.

Por otro lado, los tribunales arbitrales deberán decidir la cuestión más álgida de todas: las consecuencias contractuales de los contratos adjudicados mediante sobornos. Por ejemplo, hace poco se anunció el inicio de un arbitraje para que se decida la nulidad de un importante contrato de infraestructura en Colombia.

Actualmente existe cierto consenso de que la corrupción sí es una materia arbitrable. Los tribunales deberán decidir sobre la validez o la resolución de los contratos de concesión y obra pública, la restitución de las prestaciones, indemnizaciones y enriquecimiento indebido. A nivel legislativo, los gobiernos han empezado a tomar medidas; por ejemplo, el Gobierno Peruano ha aprobado el decreto legislativo 1314 que determinará la nulidad de los contratos con el Estado obtenidos a partir de sobornos. Sin embargo, los contratos antes de la entrada en vigencia de dicha ley deberán decidirse considerando las normas generales.

La corrupción en los concursos públicos abre las puertas, además, a las demandas de inversionistas inocentes por violaciones del trato justo y equitativo exigido por los tratados de inversiones. Hasta el momento, la jurisprudencia internacional no ha fallado a favor de los inversionistas por falta de evidencia suficiente de la corrupción. Sin embargo, en el caso Odebrecht, las investigaciones estadounidenses y suizas, sumadas a las investigaciones fiscales de los países involucrados y las confesiones de los funcionarios de la empresa, quizás puedan satisfacer el estándar de prueba exigido por la jurisprudencia.

En suma, en los siguientes años, los arbitrajes latinoamericanos serán los que decidan el futuro de las principales obras de infraestructura de la región y serán los que establezcan la jurisprudencia a seguir en casos de corrupción, en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversiones.







Ahora bien, la corrupción es un mal endémico en Latinoamérica que no se limita a Odebrecht. El sistema arbitral también se ha convertido en una herramienta para que personas inescrupulosas obtengan beneficios indebidos. La transparencia, entonces, jugará un rol importantísimo en la purga de la institución arbitral que demarcará su evolución.

En el Perú, la relación “corrupción y arbitraje” encuentra su raíz mediática en “La Red Orellana”. Esta red operaba fundamentalmente “gestando” la apropiación de inmuebles a través de diversas modalidades, una de estas: el uso del “arbitraje” con la finalidad de legalizar la propiedad del bien y la posibilidad de realizar más negocios sobre este.

El modus operandi consistía básicamente en la celebración de negocios de compraventa, en el que las partes eran testaferros y cómplices de Rodolfo Orellana (actualmente preso). Estos sujetos como “longa manu” de Orellana simulaban contratos de compraventa, en los que a una de estas personas se atribuía un supuesto Derecho de propiedad del inmueble y se incluía un pacto arbitral en este contrato.<sup>15</sup>

Son dos los casos emblemáticos de la Red Orellana “destapados” en Perú: el caso del Polideportivo-San Borja y el caso “Oncoserv”.

En el caso del Polideportivo-San Borja – la Red Orellana, a través del dictado de un laudo arbitral, pretendió disponer fraudulentamente de un inmueble propiedad de la Municipalidad de San Borja sin que dicha entidad hubiese participado del arbitraje. Finalizado el arbitraje, la Municipalidad obtuvo la nulidad del laudo fraudulento a través de un proceso de amparo.

---

<sup>15</sup> El procedimiento era usado con la finalidad de que la parte que en apariencia ganaba el arbitraje usara el Laudo para dirigirse a la oficina de Registros Públicos a inscribir su derecho, con lo cual

En el caso “Oncoserv” (seguido entre el Gobierno Regional de Arequipa (GRA) y la compañía Oncoserv Arequipa S.A.C.) un Tribunal Arbitral fraudulento consiguió, a través de una decisión en mayoría, que la GRA desembolse a favor de Oncoserv una suma ascendente a S/.7'192,623.03.

Finalizado el arbitraje se inició una investigación penal en contra de los dos árbitros que conformaron dicho Tribunal Arbitral (Hernando Talavera Díaz y Pablo Iglesias Palza), investigación que dio pie a descubrir la mafia de la Red Orellana. Esta sirvió también para que posteriormente, a través de un recurso de amparo, se declarara la nulidad del laudo que favorecía a Oncoserv.

En ambos casos, se tiene una acción inmediata frente a los hechos de corrupción. Por una parte, el auxilio de la justicia constitucional para hacer respetar los derechos de la Municipalidad. Por otra parte, el auxilio de la responsabilidad penal, ya que es gracias a las investigaciones llevadas en el proceso penal, que logra destaparse los actos de corrupción en estos procesos. Finalmente, será la responsabilidad civil de los árbitros y los sujetos inmersos en estos actos de corrupción que hará que éstos sujetos respondan por los daños y perjuicios generados por sus acciones.

Más allá de los severos daños que puedan haber generado a la imagen de la institución arbitral, consideramos que principalmente han generado un proceso sanamente evolutivo en dicha institución. Se ha dado un proceso de selección natural que ha permitido eliminar a aquellos árbitros y operadores que desnaturalizaban la figura del arbitraje, es decir, se están

realizaban más negocios traslaticios de la propiedad de este inmueble, entre empresas de papel u personas naturales, para dotar de una apariencia de legalidad a los negocios.

extirpando aquellos malos elementos que pretendían hacer daños a esta institución.



**Andrés Talavera**  
[atalavera@bullardabogados.pe](mailto:atalavera@bullardabogados.pe)



**Bruno Doig**  
[bdoig@bullardabogados.pe](mailto:bdoig@bullardabogados.pe)



**Julio Olórtgui**  
[jolortegui@bullardabogados.pe](mailto:jolortegui@bullardabogados.pe)

## VII. LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS SIGUEN EN AUMENTO

### La innovación en tecnología presenta mejores y mayores herramientas para los abogados en el futuro inmediato

Actualmente nos encontramos al inicio de una revolución tecnológica. Como indica [Maurice Conti](#), la Era de las Capacidades Aumentadas (“Augmented Age”) está caracterizada por un complemento de las habilidades naturales del ser humano, a través sistemas computacionales, robóticos y entornos digitales que nos ayudarán a pensar, ejecutar tareas y conectarnos con el mundo más allá de los sentidos ordinarios.

En atención a ello, consideramos que las siguientes herramientas serán utilizadas en mayor medida en el 2017 y en los siguientes años:

Revisión de documentos: *Winston & Strawn* utiliza un software para revisar documentos e identificar pruebas potencialmente relevantes para defender a sus clientes en juicios o arbitrajes. Y todo ello en casi un cuarto de tiempo de lo que demora a los usuarios humanos revisar dicho papeles.

En nuestro continente el uso de estas tecnologías se acerca. Por ejemplo, la firma norteamericana *Cooley LLP* también ha utilizado un sistema similar para el procesamiento de datos en una disputa judicial. Esto es solo un ejemplo ya que sistemas cognitivos de reconocimiento de información han venido haciéndose un lugar en las firmas legales de este lado del hemisferio recientemente.

Además, el reconocimiento computacional de palabras también puede ser utilizado para búsquedas conceptuales e incluso para realizar traducción automática. Ello no solo permite disminuir el tiempo dedicado a la revisión de documentos, sino también adelantar la revisión de los mismos en caso los peritos requieran de una traducción.

En definitiva, la relación de casos a nivel mundial en donde se ha optado por complementar el trabajo legal de revisión de documentos a través de sistemas basados en el aprendizaje y predicción parecen revelar la clara tendencia hacia su aumento.

Escaneos cerebrales. Actualmente existen muchas críticas respecto a la certeza de las máquinas polígrafas para detectar cambios fisiológicos que ayuden a identificar una mentira o dificultar para recordar. Frente a ello, la máquina de resonancia magnética funcional (fMRI, por sus siglas en inglés) permite distinguir la activación de distintas regiones del cerebro que llevarían a distinguir una respuesta falsa de una verdadera.<sup>16</sup>

Por el momento, India es el único país del mundo que ha aceptado la presentación de evidencia generada por fMRI, la cual sirvió para demostrar que un acusado recordaba detalles del crimen que solo el asesinato podría haber almacenado.<sup>17</sup> No obstante, con el avance de la tecnología, la

<sup>16</sup> COHEN, Paul y Sophie NAPPERT. *The march of the robots*. Disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/article/1080951/the-march-of-the-robots>

<sup>17</sup> <http://www.nytimes.com/2008/09/15/world/asia/15iht-15brainscan.16148673.html>



reducción de costos, la difusión de sus ventajas y la proliferación de más compañías como Cephos y No Lie MRI dedicadas a realizar los estudios, se espera que los escaneos cerebrales sean paulatinamente aceptados como evidencia en los procesos judiciales y arbitrales.

Audiencias virtuales. La tecnología para realizar video-conferencias ha evolucionado hasta el punto que, hoy en día, y siempre que uno cuente con una buena conexión a internet, es posible tener una conversación en tiempo real sin temer que se pierde la fluidez de una audiencia.

Al día de hoy, la tecnología de conferencias está dirigida a lograr una conexión más real que simule la interacción humana natural. En ese sentido, distintas compañías como Samsung o Google están invirtiendo en headsets de realidad virtual. En ese sentido, en los próximos años la tecnología de realidad virtual permitirá interrogar a un testigo de manera remota, o incluso celebrar audiencias desde distintas localidades.

Redacción de contratos: En 2016 se dio a conocer la web *DoNotPay*, creada por un joven de 19 años del Reino Unido. A través de ésta, los usuarios que desean apelar multas de estacionamiento, o quejarse por retrasos de vuelos y por cobertura de seguro son interrogados con preguntas predeterminadas. Luego, el programa genera automáticamente los documentos necesarios para presentar el reclamo o, en casos difíciles, deriva la interrogante a un operador.

En el mismo sentido un joven graduado de Harvard ha creado *RentersUnion*, un bot creado para producir documentos que permitan a inquilinos solucionar distintos problemas inmobiliarios con sus arrendadores. El programa genera cláusulas contractuales o notificaciones de acuerdo a las necesidades de los usuarios siguiendo un procedimiento similar al de *DoNotPay*.

En un nivel más especializado, *Allen & Overy* y *Deloitte* en 2016 pusieron en marcha el sistema llamado MarginMatrix especialmente creado para el cumplimiento de aspectos regulatorios de la Banca. Este sistema se encarga de codificar normas de distintas jurisdicciones y producir documentos que normalmente tomarían tres horas en solo tres minutos.

Sea para la producción de información rutinaria o información especializada, la práctica internacional nos da indicios de una creciente necesidad de facilitar los procesos de producción de documentos a través de sistemas inteligentes.

Toma de decisiones: En 2016 se ha visto un claro avance en relación a las aplicaciones destinadas a ayudar a la toma de decisiones. Vemos que se ha afianzado el reconocimiento a la plataforma ROSS que usando IA permite a los estudios de abogados gestionar la información de sus casos de una forma más rápida y eficiente. Por ejemplo, la firma *BakerHostetler* lo utiliza para la administración de sus casos de bancarrota, entre otros. En la misma lista podemos incluir a *K&L Gates* o *Dentons*.

Por otro lado, es también importante mencionar que *Riverview Law* y el departamento de ciencia de la Universidad de Liverpool se asociaron para crear Kim. Kim es un asistente virtual diseñado para ayudar a los equipos legales en la toma de rápidas y mejores decisiones. Esta plataforma fue lanzada en 2016.

En Estado Unidos, RAVEL ha permitido acelerar el análisis de grande, compleja y no estructurada información legal. Esto ha ayudado a los abogados a pasar mayor tiempo en la búsqueda de los detalles. En 2016 se lanzó el Court Analytics, una función que permite a los usuarios de este sistema evaluar posibles resultados tomando como base lo ocurrido en las Cortes de EE.UU. y el patrón de ciertos tipos de acciones.



El reconocido sistema cognitivo Watson, creado por IBM, se ha hecho un nombre en el mercado por su capacidad para procesar información y aprender de ella. La compañía Cognitiva anunció que IBM Watson ya está disponible en español y para Latinoamérica. Este suceso abre un abanico de oportunidades para el desarrollo del uso del IA en los distintos tipos de mercados profesionales en nuestra región y, en particular, el legal.

Situaciones como las descritas suponen nuevos retos para los practicantes del arbitraje, que se verán enfrentados a nuevas condiciones de

competencia. En este nuevo escenario, los abogados que se aferren a las tradiciones e intenten suprimir los avances tecnológicos se quedarán a la mitad de la cadena evolutiva. En cambio, quienes se adapten a las nuevas reglas de juego tendrán mayores posibilidades de sobrevivir en un mercado cambiante.



**José María de la Jara**  
[jmdelajara@bullardabogados.pe](mailto:jmdelajara@bullardabogados.pe)



**Rodrigo La Rosa**  
[rlarosa@bullardabogados.pe](mailto:rlarosa@bullardabogados.pe)



## VIII. ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA REGIÓN

### La región propugna por la reinención de los instrumentos para la protección de las inversiones y los mecanismos para la solución de controversias en la materia

Latinoamérica tradicionalmente ha sido un foco de demandas de inversionistas que reclaman la vulneración a los estándares de protección contemplados en Acuerdos Internacionales de Inversión (AI). Esto ha hecho de la región una fuente rica de experiencias y desarrollos en la materia; así como de críticas hacia la misma.

Por este motivo, el 2017 crea expectativas sobre desarrollos y debates en cuanto a la solución de controversias sobre inversiones extranjeras. Cinco puntos llaman la atención.

Renegociación de acuerdos: Sin ir muy lejos en lo que va del año, la nueva perspectiva promovida por Estados Unidos -con la era Trump- ha mostrado desinterés frente a las grandes alianzas económicas multilaterales. Así, el pasado 23 de enero de 2016 se ha iniciado el retiro de EEUU del "Trans-Pacific Partnership" (TPP), acuerdo en el que son partícipes México, Perú y Chile; y sobre el cual otros países como Colombia han expresado su interés. Igualmente ha ocurrido con la renegociación del TLCAN que de manera más directa tiene efectos sobre México.

Sin embargo, sí hay interés en una nueva era de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) con reglas más "justas", lo que en todo caso aplicaría para los nacionales de ambos Estados.

Los efectos que estas decisiones políticas puedan tener en las inversiones extranjeras comenzaran a verse durante todo el presente año.

Tribunales especializados en controversias de inversión: El mundo ha presenciado propuestas sobre la creación de tribunales internacionales especializados en controversias de inversión. Latinoamérica, aunque de forma más discreta, no ha sido ajena a las mismas. Así, se ha planteado la posibilidad de crear una instancia que conozca de controversias sobre inversiones bajo el amparo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

Esta propuesta que nace en el 2014 por iniciativa ecuatoriana, puede verse influenciada por los avances en la materia que se han presentado en otras partes del mundo. Además responde a las necesidades planteadas con las denuncias al Convenio de Washington de 1965, que Bolivia, Ecuador y Venezuela han realizado, Estados que coinciden en señalar que el sistema actual no es neutral y tiene un claro sesgo pro-inversionista.

Libertad de regulación y estabilidad de la inversión: Los Estados latinoamericanos constantemente se han enfrentado con la discusión de si debe primar la libertad de regulación del Estado o la protección a las inversiones extranjeras. Al respecto, la decisión Phillip Morris c. Uruguay promete ser un punto clave en este debate. Valga recordar que el Tribunal de este caso reconoció que un Estado puede tomar medidas para la protección de la salud con base en sus criterios de protección y los Tribunales arbitrales deberán mostrar gran deferencia hacia estos,



evaluando únicamente si existió una carencia manifiesta de motivos para la toma de la medida cuestionada.

Este antecedente puede significar un avance para que los Estados puedan tomar medidas adecuadas para la protección de sus habitantes. Ello va de la mano con la tendencia a incluir dentro los acuerdos de inversión disposiciones que facilitan a los Estados defender sus intereses esenciales en momentos excepcionales de crisis (“Non-Precluded Measures”), principalmente en temas vinculados a ambiente, salud pública y seguridad nacional.

TBIs vs. ACFI: La región también ha sido testigo, y seguramente lo seguirá siendo, de novedosas formas de entender los acuerdos internacionales de inversión. Como es el caso de Brasil, país que ha dejado de suscribir TBIs y los ha sustituido por Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), los cuales contemplan un mecanismo de solución de controversias peculiar.

Los ACFI disponen que un Estado parte podrá someter una cuestión específica de interés de un inversionista ante comités conformados por

miembros de los gobiernos de los Estados contratantes. Una vez agotada esta etapa sin alcanzar un acuerdo, se podrá iniciar un arbitraje entre los Estados Parte. Como se observa, mediante este mecanismo son los Estados quienes poseen un rol preponderante, sin que se confiera a los inversionistas derechos independientes.

Enmiendas a las Reglas del CIADI: Por último, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha anunciado en octubre de 2016 posibles enmiendas a las Reglas y Reglamento del CIADI, disponiendo en su página oficial un espacio para comentar sobre este aspecto y siendo que actualmente es el principal mecanismo para la solución de controversias Inversionista- Estado, demuestra que a pesar de las críticas de las cuales ha sido objeto está dispuesto a reinventarse.

El mundo del arbitraje de inversión se encuentra pasando por un momento de evaluación y recepción de críticas. Por este motivo es preciso mantener la atención enfocada en las propuestas y debates originados en la región a efectos de entender hacia donde está virando el sistema de solución de controversias inversionista-Estado.



**Nicolás Rosero**

[nrosero@bullardabogados.pe](mailto:nrosero@bullardabogados.pe)



**Daniela Palma**

Pasante de la Universidad  
Nacional de Colombia

# XI. LATINOAMÉRICA EN LA JURISPRUDENCIA DE INVERSIONES

La jurisprudencia arbitral en materia de inversiones nos permite analizar nuevas tendencias en la región y discutir sobre posibles aciertos (y errores)

## Dos casos recientes de arbitraje de inversiones en Latinoamérica que asegurarían el derecho del Estado a reconvenir (contra-demandar) al inversionista

El arbitraje de inversión ante la Corte Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha sido el foro predilecto de los inversionistas extranjeros que buscan una indemnización de parte de un Estado, ya sea por el incumplimiento de obligaciones establecidas en el Tratado Bilateral de Inversiones (BIT) o en el contrato que los vincula.

Esta percepción de los inversionistas extranjeros podría partir de la teoría de la naturaleza asimétrica de los BITs, según la cual el Estado receptor de la inversión estaría impedido de reclamar al inversionista por el incumplimiento de alguna obligación contenida o derivada del BIT. Por lo tanto, los Tribunales CIADI no tendrían competencia para conocer las pretensiones reconventionales (o contra-demandas) que los Estados quisieran plantear contra los inversionistas.

Existe jurisprudencia de inversiones que a la fecha se ha inclinado por dicha teoría<sup>18</sup>. Sin embargo, dos casos recientes de Latinoamérica podrían revelar una nueva tendencia que favorecería la competencia de los Tribunales CIADI para conocer las pretensiones reconventionales de los

Estados por incumplimiento de obligaciones recogidas en el BIT. Nos referimos a los casos: (i) CIADI No. ARB/07/26 (*Urbaser et al. c. República Argentina*) y (ii) CIADI No. ARB/08/5 (*Burlington Resources Inv. c. República del Ecuador*).

### (i) Caso CIADI No. ARB/07/26 – *Urbaser et al. c. República Argentina*

En este caso, la República de Argentina presentó una Reconvencción contra las Demandantes (Urbaser S.A. y el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa), señalando que estas no habrían cumplido con efectuar la inversión comprometida, vulnerando así las obligaciones recogidas en el BIT en lo que respecta al derecho fundamental al agua.

En su laudo de diciembre de 2016, el Tribunal estableció que para analizar la posibilidad de que el Estado reconvenga hay que partir de si el propio texto del convenio arbitral del BIT establece dicha exclusión. De este modo, al advertir que el texto del BIT era bastante amplio (aplicable para “*disputas que surjan entre un Estado Parte y un inversionista del otro Estado Parte en conexión con la inversión de acuerdo a lo definido en el presente BIT*”), el Tribunal CIADI concluyó que los derechos e intereses protegidos

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo: (i) Caso CIADI No. ARB/06/1 *Spyridon Roussalis c. Romania*; (ii) Caso CIADI No. ARB/81/1 *Amco Asia Corporation et al. c. República de Indonesia*; (iii) Caso UNCITRAL *Saluka Investments B.V. c. República Checa*.





por el convenio arbitral del BIT son los de ambas partes –inversionista y Estado receptor.

Por lo tanto, en dicho caso el Tribunal CIADI se consideró competente para conocer la Reconvención planteada por la República Argentina. Sin embargo, rechazó dichas pretensiones por falta de fundamento en el fondo.

**(ii) Caso CIADI No. ARB/08/05 – Burlington Resources Inv. c. República del Ecuador**

En este caso, la República del Ecuador formuló una pretensión reconvenicional por daños ambientales a la Amazonía ecuatoriana, por encima de los **US\$ 2,000 millones**.

A diferencia del caso *Urbaser*, Burlington no se opuso a la competencia del Tribunal CIADI para conocer la reconvención de la República del Ecuador. Las partes llegaron a un acuerdo al respecto, excluyendo cualquier otra jurisdicción para conocer las reconvenciones de la República del Ecuador. Sin embargo, el Tribunal CIADI de todos modos analizó si las reconvenciones cumplían con los requerimientos establecidos en el artículo 46° de la Convención CIADI<sup>19</sup> y concluyó que sí se cumplían.

En el laudo final de febrero 2017, el Tribunal CIADI compensó por daños a ambas partes, otorgando a la República del Ecuador aproximadamente **US\$ 41.8 millones** (2% del monto reclamado).

---

<sup>19</sup> “Artículo 46

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenionales que se relacionen directamente con la diferencia,

Los laudos anteriores reflejan que la tendencia a admitir reconvenciones por parte del Estado receptor, en base a incumplimientos del inversionista a obligaciones asumidas en el BIT, ya llegó a Latinoamérica. En este sentido, creemos que estos no serán los últimos casos donde un Estado Latinoamericano reclame (con éxito) por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los inversionistas.

***Philip Morris c. Uruguay: Los Estados tienen el derecho de regular advertencias de salud en cigarrillos***

En 2010, diversas subsidiarias de la tabacalera estadounidense Philip Morris iniciaron un arbitraje de inversión<sup>20</sup> en contra de la República Oriental del Uruguay, debido a restricciones de la autoridad para la venta de variantes de la misma marca de cigarrillos (sólo una marca por grupo de tabacalera) y para el rotulado de advertencias a la salud en los empaques (80% del empaque).

En julio de 2016, el Tribunal CIADI compuesto por Piero Bernardini (presidente), James Crawford SC (designado por Uruguay) y Gary Born (designado por Philip Morris) rechazó la demanda, y ordenó a la tabacalera a pagar **US\$ 7.7 millones** por concepto de costas y costos. El árbitro designado por Philip Morris, Gary Born, emitió un voto parcial en discordia.

En el laudo final, el Tribunal señaló que las medidas fueron un ejercicio válido de los poderes de policía del Estado, como una vía de proteger la

siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”.

<sup>20</sup> Caso CIADI No. ARB/10/7 – *Philip Morris Brand SárL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay*



salud pública, dada la aceptación internacional de los graves efectos dañinos del tabaco.

El representante de Uruguay Paul Reichler, de la firma *Foley Hoag*, señaló que *“esta decisión envía una fuerte señal a otros países para que enfrenten a las grandes tabacaleras sin miedo”*.



**Jorge Luis Morelli**  
[jlmorelli@bullardabogados.pe](mailto:jlmorelli@bullardabogados.pe)



**Julio Olórtgui**  
[jolortgui@bullardabogados.pe](mailto:jolortgui@bullardabogados.pe)

## Sobre el área de Litigio Arbitral de Bullard Falla Ezcurra +

Como abogados litigantes, contamos con amplia experiencia tanto a nivel nacional como internacional en el diseño de estrategias legales integrales y efectivas, orientadas a la persuasión.

Usamos un enfoque interdisciplinario que incluye aportes del análisis económico, técnicas de persuasión y de la psicología. Trabajamos no solo la estrategia legal, sino la forma de presentar su caso de una manera persuasiva, entendiendo los aspectos económicos y comerciales involucrados y el funcionamiento de la lógica y razonamiento de los árbitros.

Hemos sido abogados patrocinantes en diversos arbitrajes nacionales e internacionales en materias vinculadas a la construcción, contratos de suministro de gas, despacho de energía, telecomunicaciones, relaciones comerciales, casos regulatorios, seguros de riesgo generales y contratos en general, los cuales han sido llevados a cabo ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), entre otros.

Asimismo, nos hemos desempeñado como expertos en arbitrajes llevados a cabo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y hemos tomado parte en controversias vinculadas a contratos internacionales celebrados en base a modelos de Construcción FIDIC y sujetos a reglas internacionales de arbitraje UNCITRAL.

Bullard Falla Ezcurra +, se compromete a contribuir siempre con el desarrollo y capacitación de profesionales de las áreas legales y jurídicas de empresas de diferentes rubros. Es por eso que en el mes de abril, dictará el Taller **“CÓMO GANAR UN ARBITRAJE: TÉCNICAS DE PERSUASIÓN PARA LITIGANTES”**. Para más información haga [CLICK AQUÍ](#)