

REVISTA DE REVISTAS¹

BENJAMIN THAM

Asociado, David Llewelyn & Co LLC, Singapur

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 289-306

SUMARIO: I. PROCESO ARBITRAL. II. PROTECCIÓN DE DATOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. III. ARBITRAJE DE INVERSIONES. IV. CÁLCULO DE DAÑOS. V. LITIGIOS ESTATALES RELACIONADOS CON ARBITRAJE.

I. PROCESO ARBITRAL

En los arbitrajes en que interviene un tribunal de tres árbitros, dos de ellos designados por las partes, las opiniones discrepantes son, en ocasiones, inevitables. La gran mayoría de las opiniones discrepantes las emiten los árbitros designados por la parte perdedora. No es de extrañar, pues, que el árbitro que preside el tribunal desempeñe un papel fundamental en la determinación del resultado del caso. Los autores del primer artículo de este epígrafe tratan de abordar una de las cuestiones más importantes para las partes en el arbitraje internacional: la selección del árbitro presidente. Esta cuestión es especialmente relevante para arbitrajes complejos con grandes cuantías, ya que la gran mayoría de estos casos se resuelven por tribunales de tres miembros.

1. Originalmente escrito en inglés. Traducido por el equipo de *Arbitraje*.

¿Qué sucede cuando un testigo presta declaración oral durante una audiencia de arbitraje que va más allá de las pruebas incluidas en su declaración testimonial escrita? El segundo artículo de esta categoría aborda esta importante cuestión identificando el marco jurídico de referencia. También sugiere las medidas que pueden adoptarse si se produce una situación de este tipo durante una audiencia.

Leikin, E., Treichl, C., «*Pick Your President: Why and How Parties Should Seek to Agree on a Presiding Arbitrator*», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 121 y ss.

Los autores comienzan señalando que, debido a la importancia del árbitro presidente en la determinación del resultado del caso, el proceso de selección (suponiendo que se requiera el acuerdo de las partes con respecto a la institución arbitral designada) resulta harto ineficiente.

Los autores explican en primer lugar el marco jurídico que interviene en el proceso de selección del árbitro presidente, señalando un elemento a menudo olvidado: las comunicaciones *ex parte* entre las partes con los coárbitros y su posible conflicto con las garantías procesales.

A continuación, los autores enumeran cinco objetivos que las partes debieran tener en cuenta al negociar con la contraparte el proceso de selección: carácter final, legitimidad, previsibilidad, eficacia y eficiencia.

Partiendo de estos cinco objetivos, los autores concluyen proponiendo a las partes un nuevo enfoque para el proceso de selección. Conocido como el «Enfoque de la Lista Convencional de Viena» («VCLA», por sus siglas en inglés), el VCLA pretende «garantizar una ejecución fluida» del proceso de selección dentro de un plazo razonable y evitando *reinventar la rueda*. Aunque el VCLA fue diseñado pensando en un arbitraje estándar regido por el Reglamento de la CCI, se pretende que sea igualmente aplicable a los arbitrajes regidos por otras normas institucionales (como los Reglamentos de la DIS y la LCIA), e incluso a los arbitrajes *ad hoc*.

Risse, J., Baumann, A., «*The Permissible Scope of Witness Testimony in Arbitral Hearings – Five Proposed Rules*», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 21 y ss.

Los autores califican de «*out-of-scope testimony*» el testimonio oral prestado por un testigo, durante la audiencia, que va más allá de lo incluido en su declaración testimonial escrita. Este tipo de situaciones se produce generalmente cuando un testigo declara sobre asuntos para los que no ha sido propuesto. La permisibilidad (o la admisibilidad para los abogados del *common law*) del testimonio *out-of-scope* puede, por tanto, convertirse en un problema durante un arbitraje, porque es inesperado y puede llegar a influir en la decisión del tribunal.

Los autores examinan dicha permisibilidad teniendo en cuenta, entre otras cosas, diversos instrumentos de Derecho indicativo (como las Reglas de la IBA sobre la obtención de pruebas en el arbitraje comercial internacional) y los enfoques adoptados por los sistemas de *common law* y de Derecho civil, señalando que no hay una orientación clara que pueda extraerse de ellos. Los autores concluyen proponiendo cinco reglas que las partes y los tribunales pueden encontrar útiles a la hora de abordar los testimonios fuera del ámbito de aplicación: (a) ningún hecho nuevo en el testimonio directo; (b) hechos nuevos en el contrainterrogatorio solo con autorización del tribunal; (c) el tribunal puede hacer preguntas sobre temas nuevos en cualquier momento; (d) el testigo no puede ofrecer información no solicitada; y (e) la parte debe objetar rápidamente el testimonio *out-of-scope*.

II. PROTECCIÓN DE DATOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La protección de datos es una cuestión de creciente interés en el arbitraje internacional debido a la inevitable implicación de una cantidad significativa de datos personales que se transmiten habitualmente a través de múltiples jurisdicciones. El Reglamento General de Protección de Datos de la UE, por ejemplo, define los datos personales como «cualquier información» que identifique o pueda identificar a una persona física directa o indirectamente. En el contexto del arbitraje internacional, esto puede incluir detalles como nombres, direcciones de correo electrónico, etc. El primer artículo aborda la cuestión de la ley de protección de datos en el contexto de los arbitrajes de inversión a la luz de dos casos de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), a saber: *Tennant Energy, LLC (EE.UU.) c. Canadá («Tennant»)* y *Elliot Associates LP c. Corea («Elliot»)*.

Los *deepfakes* son una forma de contenido generado y manipulado por la inteligencia artificial. En concreto, se refieren a los vídeos generados mediante el uso de redes generativas adversariales («GAN», por sus siglas en inglés), en los que se puede representar de forma convincente un vídeo falso de alguien diciendo algo con las expresiones faciales y entonaciones de voz requeridas. Entre los *deepfakes* famosos que han circulado recientemente están la «resurrección» de Salvador Dalí y la advertencia de Barack Obama contra los *deepfakes*. El segundo artículo de este apartado trata de la amenaza que supone para el arbitraje internacional el uso de *deepfakes* como herramienta probatoria.

Huang, J., Xie, D., «Data Protection Law in Investment Arbitration: Applicable or Not?», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 167 y ss.

Los autores abordan la cuestión de la ley de protección de datos en el contexto de los arbitrajes de inversión examinando la ley de protección de

datos aplicable, si otros factores pueden influir en la ley de protección de datos aplicable y si existen inmunidades o privilegios a este respecto en virtud del Derecho internacional público.

En primer lugar, la ley de protección de datos aplicable en un arbitraje de inversión. Los autores señalan que, dado que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, será aplicable la ley de protección de datos que estas hayan acordado. A falta de tal acuerdo, los autores señalaron que los tratados y los reglamentos de arbitraje pueden llenar el vacío a este respecto.

En segundo lugar, si otros factores pueden influir en la ley de protección de datos aplicable. Los autores señalan que un tribunal puede querer considerar factores de conexión relacionados con esta cuestión, como: (a) los domicilios de los árbitros y otros participantes en el arbitraje; (b) la sede del arbitraje y el lugar de la audiencia arbitral; (c) la ubicación de la entidad que procesa los datos personales involucrados en el arbitraje; y (d) la jurisdicción donde se puede solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo.

En tercer lugar, si existen inmunidades o privilegios a este respecto en virtud del Derecho internacional público, es decir, si un arbitraje de inversión puede estar exento de la legislación local sobre protección de datos. Los autores examinan el Convenio CIADI y el marco de los tratados de la CPA (ya que la mayoría de los arbitrajes de inversión se llevan a cabo en una u otra institución), la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y el Derecho internacional consuetudinario, y llegan a la conclusión de que el tribunal y los demás participantes en el arbitraje «pueden gozar de privilegios e inmunidades frente a una ley local de protección de datos». La importancia de estos privilegios e inmunidades radica en que permitiría al tribunal y a los demás participantes en el arbitraje «desempeñar sus funciones de forma imparcial y eficaz, independientemente de las autoridades locales».

Burgstaller, M., Macpherson, S., «*Deepfakes in International Arbitration: How Should Tribunals Treat Video Evidence and Allegations of Technological Tampering?*», en *Journal of World Investment & Trade*, 22, 2021, pp. 860 y ss.

Tras describir la naturaleza de los *deepfakes* y la dificultad de su detección, los autores explican cómo estos *deepfakes* suponen una amenaza para los procedimientos de arbitraje internacional, demostrando en primer lugar la utilidad potencial de las pruebas de vídeo como herramienta probatoria. Los autores citan como ejemplo, entre otros, el caso *Tatneft c. Ucrania*; en este caso, el tribunal concluyó, tras revisar tanto las declaraciones de los testigos como una grabación de vídeo del suceso, que la refinería en cuestión y sus oficinas administrativas habían sido objeto de una «toma de posesión por la fuerza».

Los autores discuten entonces la admisibilidad de las pruebas de vídeo en el arbitraje internacional y el estándar de prueba en relación con las reclamaciones de que un vídeo es un *deepfake*. En cuanto a esta última cuestión, los autores afirman que un criterio excesivamente riguroso haría en exceso difícil la prueba de que un vídeo es una falsificación. Un estándar de equilibrio de probabilidades parece más adecuado, y ello no elimina las dificultades de prueba, debido a las limitaciones tecnológicas existentes. Los autores concluyen que los tribunales deberían, en cambio, considerar las pruebas de vídeo «de forma holística», evaluando con cuidado «si las pruebas circunstanciales apuntan a que un vídeo no es lo que parece», y teniendo en cuenta las limitaciones tecnológicas al valorar si se ha cumplido con la carga de la prueba.

III. ARBITRAJE DE INVERSIONES

La selección de artículos de este apartado abarca una amplia gama de temas en relación con el arbitraje de inversiones, que van desde el examen de la actual comunidad de árbitros de inversiones hasta el papel de la doctrina del estado de necesidad en el marco de la pandemia de COVID-19.

En el primer artículo se examina la actual comunidad de árbitros de inversiones, pequeña y cerrada, y el futuro al que podría aspirar. El segundo artículo analiza la doctrina del estado de necesidad invocada por los Estados anfitriones como defensa en las demandas internacionales de inversión debido a la pandemia de la COVID-19. El tercer artículo propone un marco para tratar las acusaciones de corrupción formuladas en el curso de la ejecución de la inversión por un Estado anfitrión de que el inversor extranjero había sobornado a un funcionario gubernamental. El cuarto artículo de esta categoría aborda el reciente caso de 2020 de *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg SÀRL c. España* («Eiser»), en el que se anuló el laudo pertinente del CIADI. El último artículo de esta categoría se refiere al papel de la revisión administrativa como recurso para los inversores extranjeros en China en virtud de los acuerdos internacionales de inversión.

Dias Simões, F., «*Investment Arbitration and the Chimera of an Ideal Adjudicative Community*», en *Journal of World Investment & Trade*, 22, 2021, pp. 687 y ss.

Al principio del artículo, el profesor Dias Simões describe la comunidad de árbitros de inversiones como una comunidad «pequeña y muy unida», con «un núcleo de árbitros reincidentes» en su centro. A continuación, examina los pros y los contras que de ello se derivan. Por un lado, puede llevar a una convergencia de puntos de vista que dé lugar a «un flujo constante y consistente de laudos». Por otro lado, sin embargo, conduce a «una forma de presión de grupo que favorece la confianza y la conformidad con los laudos anterior-

res», un «pequeño número de árbitros de "élite"» que ejercen «un poder incommensurable sobre la evolución de la jurisprudencia», etc.

Para resolver estos problemas, Dias Simões aboga por la creación de un «tribunal permanente de inversiones», cuya composición la determinen por completo los Estados anfitriones. A pesar de reconocer que los inversores ya no tendrán voz a la hora de determinar quién puede juzgar su caso concreto y que, sin embargo, los Estados siguen conservando una forma de «control diluido» al poder influir en la composición del tribunal permanente de inversiones, el autor justifica esta propuesta sobre la base de que crea «una nueva y fresca comunidad de adjudicación», que no «recurre al mismo grupo profesional estrechamente unido», sino que incorpora individuos que «muestran una mayor sensibilidad a las preferencias políticas de los Estados que los designan», promoviendo así una «mentalidad y una perspectiva epistémica más uniforme». Además, un régimen de este tipo también permitiría un mayor número de nuevas incorporaciones al órgano jurisdiccional, abordando así «las preocupaciones sobre la falta de diversidad y los nombramientos repetidos».

Katsikis, D., «" Necessity" due to COVID-19 as a Defence to International Investment Claims», en *ICSID Review*, 36(1), 2021, pp. 46 y ss.

La doctrina del estado de necesidad es un concepto de Derecho internacional consuetudinario relacionado con la doctrina de la fuerza mayor del Derecho privado. Por lo general, se plantea como defensa por parte de un Estado anfitrión, al haber tomado ciertas acciones en respuesta a ciertos eventos que, de otra manera, se reconocerían como conducta ilícita. En el contexto de la pandemia de Covid-19, tales acciones pueden referirse a medidas de cierre y distanciamiento social que impidieron a las empresas operar normalmente.

En este artículo, el autor explica en primer lugar la doctrina del estado de necesidad en el contexto del art. 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos («Artículos de la CDI»). Para acogerse a esta «defensa excepcional» disponible «solo como último recurso», el Estado anfitrión debe demostrar primero que la medida se tomó para «salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente», según el art. 25(1)(a) de los Artículos de la CDI. Tras examinar a las autoridades, el autor concluye que «una grave crisis económica como resultado de la Covid-19» puede satisfacer el requisito de un «interés esencial» y que las «medidas severamente restrictivas» adoptadas en respuesta a la Covid-19 pueden equivaler a medidas adoptadas para salvaguardar el Estado «contra un peligro grave e inminente».

A continuación, el Estado anfitrión debe demostrar que la medida adoptada era «la única manera», según el art. 25(1)(a) de los Artículos de la CDI. Para satisfacer este requisito, debe demostrarse que las «alternativas» dispo-

nibles en el momento pertinente no habrían sido adecuadas para salvaguardar el «interés esencial contra un peligro grave e inminente» o que la adopción de tales «alternativas» podría haber conducido a un empeoramiento de la situación.

Por último, de forma similar a la doctrina de la fuerza mayor, un Estado anfitrión debe demostrar que no contribuyó a la situación de necesidad para poder acogerse a la defensa. El autor señala que este último requisito puede tener «importantes implicaciones» para ciertos países en el contexto de la pandemia Covid-19. El autor sugiere que los países que «no adoptaron medidas con la suficiente urgencia, lo que llevó a una situación en la que, cuando se adoptaron las medidas, el virus se había extendido de forma muy significativa», podrían tener que «demostrar que era razonable retrasar la adopción de medidas drásticas» para poder acogerse a esta defensa. En última instancia, esta investigación requeriría de considerables y complejas pruebas y datos científicos.

Reisman, D., «*Apportioning Fault for Performance Corruption in Investment Arbitration*», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 1 y ss.

La autora aborda la cuestión de la corrupción en la ejecución en el marco de un acuerdo internacional de inversión, es decir, cuando los actos de corrupción tienen lugar en el curso de la ejecución de la inversión y no al principio del proceso, para facilitar la inversión.

La autora examina en primer lugar cómo puede surgir esta situación. En primer lugar, el propio inversor extranjero inició el acto de corrupción. La autora ofrece un ejemplo a través del caso *Lao Holdings c. Laos*, en que el Estado demandado alegó que el inversor extranjero había pagado un soborno de 500.000 USD a un funcionario del Estado demandado para detener una auditoría del casino del inversor extranjero y buscar el cierre de un club de máquinas tragaperras rival. En segundo lugar, el instigador del acto de corrupción fue el Estado y no el inversor extranjero. Por ejemplo, cuando el inversor extranjero incurrió en importantes costes irre recuperables en su inversión, circunstancia que el Estado aprovecha para extorsionarle. La autora también destaca la importancia de que el inversor extranjero tenga que demostrar una conexión causal entre el supuesto acto corrupto y el asunto en litigio.

Suponiendo que el inversor extranjero tenga éxito en el fondo de la controversia, pero que también se determine que ha estado involucrado en un acto de corrupción, la cuestión que se plantea entonces es si esa «culpa concurrente» afectaría a la cuantía de los daños y perjuicios o a las costas otorgadas al inversor extranjero. A este respecto, la autora propone una prueba de tres factores para un marco de culpa concurrente basado en el art. 39 de los Artículos de la CDI, que establece que, «en la determinación de la reparación, se

tendrá en cuenta la contribución al perjuicio por acción u omisión dolosa o negligente del Estado o de la entidad perjudicados en relación con los cuales se pide la reparación». La prueba de los tres factores deberá tener en cuenta la naturaleza de la corrupción, la prevalencia de la corrupción en el Estado anfitrión y el grado en que el Estado anfitrión participó activamente en la trama de corrupción.

Pauker, S., Winston, B., «Eiser v Spain – *Unprecedented Annulment of an ICSID Award for Improper Constitution of the Tribunal*», en *Journal of World Investment & Trade*, 22, 2021, pp. 313 y ss.

El litigio en el caso *Eiser* se refería al Tratado de la Carta de la Energía, en el que los inversores extranjeros alegaban que España había llevado a cabo reformas normativas del régimen tarifario de los sistemas de generación de electricidad que eran ilegales y les habían ocasionado pérdidas. Un tribunal del CIADI consideró que España no había dado un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros y les concedió 128 millones de euros en concepto de daños y perjuicios.

El trabajo se refiere a la solicitud de España de anulación del citado laudo del CIADI. Los argumentos de España se basaban principalmente en el hecho de que el árbitro designado por los inversores extranjeros, el Dr. Alexandrov, carecía de independencia e imparcialidad como resultado de su larga relación con los peritos de los inversores extranjeros, que no fue revelada. Por ejemplo, en al menos otros ocho casos, el Dr. Alexandrov había actuado como abogado de una parte que había contratado de forma similar al mismo grupo de expertos. Dos de estos casos coincidieron en el tiempo con el arbitraje de *Eiser* en el CIADI.

El comité *ad hoc* de anulación del CIADI anuló el laudo del CIADI principalmente por los siguientes motivos: (a) el tribunal del CIADI no estaba debidamente constituido según el art. 52(1)(a) del Convenio del CIADI; y (b) la independencia e imparcialidad de un árbitro es una norma de procedimiento fundamental según el art. 52(1)(d) del Convenio del CIADI y la ausencia de revelación constituye una grave desviación de dicha norma fundamental.

Los autores señalan en primer lugar que la anulación de un laudo del CIADI por parte del Comité sobre la base de los arts. 52(1)(a) y (d) del Convenio del CIADI, tal como se ha explicado anteriormente, carece de precedentes. Los autores no están de acuerdo con la decisión del Comité por las siguientes razones. En primer lugar, la revisión, y no la anulación, habría sido un recurso más apropiado. En segundo lugar, el Comité sostuvo que «los riesgos y las posibilidades de conflicto de intereses, inherentes a la doble función, exigen cautela», sin más detalles, porque la doble función es una práctica común en la realidad y las reglas del CIADI no prohíben expresamente la doble función.

Por último, la decisión del Comité parece «irrazonable e ineficaz» porque el procedimiento, que se desarrolló con un gasto considerable para ambas partes en términos de tiempo y costes, fue anulado en su totalidad.

Chi, M., Li, Z., «*Administrative Review Provisions in Chinese Investment Treaties: "Gilding the Lily"?*», en *Journal of International Dispute Settlement*, 12(1), 2021, pp. 125 y ss.

Brevemente, como explican los autores, la revisión administrativa en China se refiere a un «mecanismo especial, cuasi judicial, en el que las partes privadas pueden solicitar recursos a las autoridades administrativas». La razón de ser de la revisión administrativa es ofrecer recursos a las partes privadas que han sufrido pérdidas derivadas de la acción administrativa.

La revisión administrativa surge como un problema en las disputas entre inversores extranjeros y China porque ciertos acuerdos internacionales de inversión celebrados por China contienen una disposición de revisión administrativa, que requiere que los inversores extranjeros se sometan a una revisión administrativa antes de iniciar un arbitraje inversor-Estado.

Los autores llevan a cabo un estudio empírico de las disposiciones de revisión administrativa contenidas en los acuerdos internacionales de inversión celebrados por China y concluyen que, aunque la revisión administrativa se impone generalmente como requisito previo a la iniciación de un arbitraje inversor-Estado, hay una tendencia emergente a que este requisito ya no sea necesario. Los autores observan esta tendencia en el Acuerdo de Libre Comercio China-Australia de 2015 y en el Acuerdo de Libre Comercio China-Singapur de 2018. Esto se debe a que China ha adoptado nuevas alternativas de solución de controversias inversor-Estado a la revisión administrativa, como la consulta obligatoria, un mecanismo de reclamación de inversiones extranjeras puesto a disposición en virtud de la Ley china de inversiones extranjeras y el establecimiento del Tribunal Comercial Internacional de China.

IV. CÁLCULO DE DAÑOS

Todo actor potencial tiene la carga de evaluar lo más exactamente posible la cuantía probable de los daños y perjuicios que puede llegar a percibir en caso de que la responsabilidad se resuelva a su favor. «Es tentador para los profesionales», como decía Lord Bingham, «centrar su atención en la cuestión de la responsabilidad, tratando la medida de los daños y perjuicios recuperables si la demanda prospera como una consideración bastante secundaria». Sin embargo, «un juicio preciso sobre la medida probable de los daños y perjuicios puede ser crucial para decidir si vale la pena proseguir o defender una reclamación, o si debe resolverse (y en caso afirmativo, a qué cifra), o si

debe ofrecerse una suma (y en caso afirmativo, qué suma) al demandante». «Un error de apreciación en estas cuestiones puede resultar costoso, ya que el demandante puede ganar en responsabilidad y recuperar poco o nada, y el demandado que no tenga éxito puede acabar pagando mucho más (incluidas las costas) de lo que debería haber pagado»². El artículo seleccionado en este epígrafe examina las deficiencias de los métodos actuales adoptados en la cuantificación de los daños en los arbitrajes entre inversores y Estados y propone factores de consideración alternativos a este respecto.

Marzal, T., «*Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS*», en *Journal of World Investment & Trade*, 22, 2021, pp. 249 y ss.

El autor expone en primer lugar los actuales «tres pilares fundamentales» de la determinación del *quantum* de los daños en los arbitrajes inversor-Estado. El primer pilar se refiere al principio de compensación plena, es decir, el inversor tiene derecho a recuperar la totalidad de las pérdidas que ha sufrido como resultado de las acciones del Estado anfitrión. El segundo alude a la norma del valor justo de mercado, según la cual el inversor es compensado sobre la base de un valor justo de mercado como si su inversión se vendiera en un mercado abierto. El tercer pilar lo constituye el método de valoración de los flujos de caja descontados, que estima el valor de la inversión sobre la base de los flujos de caja futuros proyectados sujetos a un tipo de descuento adecuado.

A continuación, el autor critica que los métodos actuales de cuantificación de los daños, basados en que la cuantificación es una «operación de determinación de hecho guiada por los conocimientos económicos y financieros», son esencialmente «erróneos». En su lugar, el autor sugiere que los tribunales aborden la cuestión de la cuantificación del daño indemnizable teniendo en cuenta consideraciones de equidad, tales como: (a) el impacto del laudo en las finanzas del Estado anfitrión; (b) el historial de la conducta del inversor extranjero; y (c) el fundamento de política pública de la medida tomada por el Estado anfitrión en violación de sus obligaciones o la naturaleza de dicha violación.

En particular, el autor defiende la necesidad de tener en cuenta las expectativas legítimas del inversor extranjero en términos de beneficios futuros en el proceso de cuantificación. El autor justifica esta consideración sobre la base de que, dado que «las expectativas legítimas de los inversores son relevantes para determinar el alcance de la conducta que se prohíbe al Estado, también son relevantes para determinar el alcance del daño indemnizable y, por tanto, de la compensación monetaria a la que tienen derecho los inversores».

2. Bingham, T., prólogo a Grubb, A., Tettenborn, A. (eds.), *The Law of Damages*, Reino Unido: LexisNexis, 2003, p. vii.

V. LITIGIOS ESTATALES RELACIONADOS CON ARBITRAJE

La selección de trabajos de este apartado comprende una amplia gama de temas en relación con los litigios relacionados con el arbitraje, que van desde la doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz* hasta las medidas provisionales ordenadas por los tribunales en relación con terceros.

La doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz* se refiere a la facultad de un tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia. Aunque la mayoría de las jurisdicciones han consagrado la doctrina en sus respectivos ordenamientos, los enfoques adoptados difieren. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones, como Francia, se reconoce a los tribunales arbitrales amplia jurisdicción para determinar su propia competencia y sus decisiones a este respecto solo serán examinadas y anuladas por los tribunales nacionales en circunstancias excepcionales. En otras jurisdicciones, sin embargo, el derecho de un tribunal a pronunciarse sobre su propia competencia puede ser de naturaleza más limitada, en el sentido de que su decisión puede ser examinada y revocada por los tribunales nacionales con menores restricciones impuestas a dicha discrecionalidad judicial. Los artículos primero y segundo de este apartado examinan las actitudes judiciales en Estados Unidos y Canadá hacia la doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz*.

El tercer artículo analiza los mecanismos disponibles para combatir el abuso del proceso cometido mediante la multiplicidad de acciones en el arbitraje internacional. El cuarto artículo examina igualmente el abuso del proceso, aunque en relación con la evasión de la obligación contractual de arbitrar una disputa a través de la conducta de un tercero. El quinto y último artículo versa sobre las medidas cautelares ordenadas por el tribunal en relación con terceros, según el art. 44 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996.

Bermann, G., «*After First Options: Delegation Run Amok*», en *The American Review of International Arbitration*, 32(1), 2021, pp. 15 y ss.

En el caso *First Options of Chicago, Inc c. Kaplan* («*First Options*»), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo, en relación con la cuestión de si las partes han sometido efectivamente una determinada controversia a la resolución mediante arbitraje (es decir, la «arbitrabilidad» de una controversia tal como se entiende en los Estados Unidos), que existe una presunción de que las partes han tenido la intención de que esta cuestión sea resuelta por los tribunales y no por el tribunal arbitral. Esta presunción es, sin embargo, refutable cuando existen pruebas «claras e inequívocas» de que las partes han querido remitir la cuestión de la arbitrabilidad al tribunal arbitral.

El profesor Bermann se refiere a la existencia de tales pruebas «claras e inequívocas» como evidencia de la delegación al tribunal arbitral «de la

autoridad exclusiva para determinar cuestiones sobre las que normalmente tendrían derecho a una resolución judicial». Bermann señala que, después de *First Options*, varias decisiones de la Corte de Apelaciones en varios circuitos han sostenido que dicha evidencia «clara e inequívoca» se manifiesta en un acuerdo de arbitraje entre las partes que incorpore por referencia a las reglas institucionales que contenga expresamente una disposición de *Kompetenz-Kompetenz*. Un ejemplo de tal disposición contenida en una regla institucional puede verse en la Regla 7 de las Reglas de Arbitraje Comercial de la AAA: «*The arbitrator shall have the power to rule on his or her own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope, or validity of the arbitration agreement(s) or to the arbitrability of any claim or counterclaim*».

Sostiene Bermann que la posición adoptada en estas decisiones del Tribunal de Apelación es «fundamentalmente errónea» por cuatro razones. En primer lugar, las pruebas «claras y equívocas» requieren una referencia expresa a dicha delegación en el acuerdo de arbitraje *per se*, es decir, la mera incorporación de normas institucionales de tipo *boilerplate* no bastaría para satisfacer este umbral probatorio. En segundo lugar, el tenor de las disposiciones de *Kompetenz-Kompetenz* que se encuentran en las normas institucionales no suele excluir la jurisdicción de los tribunales en este sentido. En tercer lugar, la doctrina de *Kompetenz-Kompetenz* en el Derecho estadounidense solo significa que los tribunales tienen la facultad de determinar su propia autoridad, pero esto no significa necesariamente que dicha autoridad sea exclusiva. En cuarto lugar, el mencionado enfoque adoptado por las distintas *Courts of Appeal* no está en consonancia con la «fuerte presunción» establecida en *First Options*, es decir, las partes tienen derecho a solicitar un recurso judicial sobre una cuestión de arbitrabilidad y los tribunales de EE.UU. no solo tienen el derecho, sino también el deber, de determinarlo si así se solicita de conformidad con la Ley Federal de Arbitraje y la Convención de Nueva York. En conclusión, el autor opina que debe cumplirse fielmente el elevado estándar establecido por el Tribunal Supremo en el caso *First Options* en lo que equivale a una delegación válida.

Meshel, T., «*International commercial arbitration in Canada after Uber Technologies v Heller*», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 361 y ss.

Los hechos de *Uber Technologies Inc c. Heller* pueden resumirse del siguiente modo. Heller era un conductor que prestaba servicios de reparto de comida utilizando la plataforma de Uber. Heller inició un procedimiento colectivo, en nombre de otros conductores, contra Uber por infracción de la *Employment Standards Act* de Ontario («ESA»), argumentando que eran empleados de Uber y, por tanto, tenían derecho a las prestaciones previstas en la ESA. Uber solicitó la suspensión del litigio, ya que el acuerdo de servicio estándar

entre Uber y Heller establecía que Heller era un contratista independiente. El contrato de servicios contenía además una cláusula de resolución de conflictos que preveía la mediación y, en caso de no tener éxito, el posterior arbitraje en los Países Bajos con arreglo al Reglamento de la CCI. Heller argumentó que el acuerdo de arbitraje era inválido por ser, entre otras cosas, inconsistente.

En este estudio, el autor se centra en dos cuestiones principales derivadas de este litigio. En primer lugar, la legislación que deba aplicarse. La Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Ontario de 2017 regía el arbitraje comercial internacional, mientras que la Ley de Arbitraje de Ontario regía los arbitrajes comerciales y no comerciales nacionales. La segunda cuestión era si el juzgado o un tribunal debía determinar si el acuerdo de arbitraje era inválido por razones de inconsistencia.

Sobre la primera cuestión, el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo, en opinión mayoritaria, que la Ley de Arbitraje Comercial Internacional no era aplicable porque el centro de la disputa entre las partes eran cuestiones relativas al trabajo y al empleo. Estas cuestiones no se consideraban «comerciales» según esa Ley o la Ley Modelo. El autor comenta que, sin embargo, es preferible la opinión disidente del juez Côté, es decir, que, para determinar qué legislación se aplica, sería preferible examinar la relación entre las partes y no la naturaleza del litigio. Esto sería coherente tanto con el lenguaje legislativo de la Ley como con el de la Ley Modelo y, por lo tanto, proporcionaría «seguridad y previsibilidad a las partes en los acuerdos de arbitraje internacional».

En cuanto a la segunda cuestión, la mayoría no aplicó el marco establecido en una decisión anterior del Tribunal Supremo en el caso *Dell Computer Corp c. Union des consommateurs* para determinar si la corte o el tribunal deben determinar la validez del acuerdo de arbitraje («el marco Dell»). Según el marco Dell, la cuestión «debe ser resuelta en primer lugar por el árbitro» y el tribunal debe «remitir a las partes al arbitraje a menos que el acuerdo de arbitraje esté manifiestamente viciado por un defecto que lo haga inválido o inaplicable». El criterio de revisión impone una mera «revisión superficial del expediente», es decir, «si las conclusiones legales necesarias pueden extraerse de los hechos que son evidentes en el expediente o que no son controvertidas».

En cambio, el tribunal sostuvo que los hechos presentes en este caso eran «anormales» debido a los problemas de acceso a la justicia planteados por los costes prohibitivos del arbitraje, teniendo en cuenta «las tasas de presentación, la ubicación física del arbitraje y la cláusula de elección de ley extranjera». En este sentido, el tribunal tuvo que determinar si existía una «impugnación de buena fe de la jurisdicción arbitral que solo un tribunal puede resolver» y estableció una prueba de dos pasos a este respecto: en primer lugar, «el tri-

bunal debe determinar si, suponiendo que los hechos alegados sean ciertos, existe una verdadera impugnación de la competencia arbitral»; en segundo, «el tribunal debe determinar, a partir de las pruebas que las sustentan, si existe una perspectiva real de que, si se concede la suspensión, la impugnación nunca podrá ser resuelta por el árbitro». Aplicando esta prueba de dos pasos a los hechos, la mayoría concluyó que existía una auténtica impugnación de la jurisdicción arbitral por parte de Heller, y que había una perspectiva real de que esta auténtica impugnación «podría no resolverse nunca» si se concedía la suspensión.

El autor comenta la decisión de la mayoría sobre la cuestión de la *Kompetenz-Kompetenz* como sigue. En primer lugar, el marco de Dell «ha sido aceptado como el Derecho establecido que rige la asignación de la competencia entre los tribunales judiciales y los tribunales arbitrales para resolver las disputas jurisdiccionales tanto en los casos internacionales como en los nacionales», donde el tribunal solo determinaría la validez de un acuerdo de arbitraje si *prima facie* el acuerdo de arbitraje era manifiestamente inválido. La nueva prueba de dos pasos no modificó el marco de Dell sino que, en cambio, creó un nuevo «estándar de inaccesibilidad» de revisión.

Sin embargo, el autor opina que este nuevo «estándar de inaccesibilidad» de revisión según la prueba de dos pasos no es contrario a la regla de la *Kompetenz-Kompetenz*. En primer lugar, esta «no pretende crear un juego de suma cero entre la jurisdicción judicial y la arbitral, sino esferas de jurisdicción superpuestas (o complementarias)». En segundo lugar, la prueba de las dos etapas solo tiene un ámbito de aplicación limitado.

Solis, M. J., «*Good-Faith Rule against Abusing Process by Multiplying Action*», en *ICSID Review*, 36(1), 2021, pp. 70 y ss.

En este trabajo, el autor analiza el abuso del proceso a través de la multiplicidad de acciones en el contexto del arbitraje inversor-Estado. Examina en primer lugar cómo se aborda el abuso del proceso tanto en las jurisdicciones de Derecho civil como en las de *common law*, así como en el Derecho de la UE y en el Derecho internacional. Empezando por las jurisdicciones de Derecho civil, señala que para probar el abuso del proceso en Francia se requiere alguna forma de intención y culpabilidad en relación con las acciones del demandante. En Italia, la *Corte di cassazione* había sostenido que, en relación con el abuso de proceso por multiplicidad de acciones, debe demostrarse que el demandante carecía de una «base objetiva para una acción separada» a fin de probar la intención. En las jurisdicciones de Derecho anglosajón, tomando como ejemplo el Derecho inglés, la norma del caso *Henderson c. Henderson* se refiere al abuso de proceso por multiplicidad de acción mediante acciones civiles sucesivas, en estos términos: «La excepción de cosa juzgada se aplica,

salvo en casos especiales, no solo a los puntos sobre los que el tribunal fue realmente requerido por las partes para formarse una opinión y pronunciar una sentencia, sino a todos los puntos que pertenecen propiamente al objeto del litigio, y que las partes, ejerciendo una diligencia razonable, podrían haber planteado». En el marco del Derecho de la UE, el Tribunal de Justicia de la UE aportó «dos elementos rectores» en relación con el abuso de procedimiento en el asunto *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*: «La constatación de un abuso requiere, en primer lugar, una combinación de circunstancias objetivas en las que, a pesar de la observancia formal de las condiciones establecidas por la normativa comunitaria, no se haya alcanzado la finalidad de dicha normativa. Requiere, en segundo lugar, un elemento subjetivo consistente en la intención de obtener una ventaja de las normas comunitarias creando artificialmente las condiciones establecidas para obtenerla». En el contexto del arbitraje de inversiones, el autor señala que el tribunal en el caso *Caratube International Oil c. Kazajstán* sostuvo que una investigación sobre si hay abuso del proceso por multiplicidad de acciones «se centra en el hecho de los múltiples procedimientos o en si una reclamación o cuestión particular podría haber sido planteada en procedimientos anteriores, sino en si la afirmación de esa reclamación o cuestión particular en procedimientos posteriores constituye un abuso».

Para combatir el problema del abuso del proceso a través de la multiplicidad de acciones, el autor examinó las herramientas disponibles para un tribunal inversor-Estado. En primer lugar, la litispendencia y la cosa juzgada operan para «garantizar que una acción ponga fin a reclamaciones y cuestiones sustancialmente similares entre partes sustancialmente similares». En segundo lugar, la doctrina del abuso del proceso disuade a las partes de presentar reclamaciones frívolas. En tercer lugar, las condenas en costas adversas también disuadirían a una parte de presentar reclamaciones que «sobrevivieron a la fase preliminar, pero que resultan carecer de mérito en una investigación minuciosa y son una molestia por haber sido presentadas ante múltiples foros». Por último, destaca el autor la función del canon de la buena fe para determinar si hay abuso de proceso por multiplicidad de acciones sobre los hechos, es decir, la buena fe debe presumirse y el derecho de acción de una parte solo puede negarse cuando se viola dicha buena fe.

Katsikis, D., «*Breach of the Agreement to Arbitrate Due to Third Party Conduct*», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 97 y ss.

Cuando las partes están vinculadas a un acuerdo de arbitraje exclusivo, una de ellas puede tratar de eludir su obligación contractual de arbitrar una controversia iniciando un procedimiento judicial. En este artículo, el autor explora «formas inventivas» adoptadas por las partes para eludir su obligación

contractual de arbitraje, haciendo, por ejemplo, que un tercero inicie un procedimiento de litigio en su lugar.

El autor pone un ejemplo de cómo puede surgir tal escenario. Las partes A y B están vinculadas por un contrato que contiene un acuerdo de arbitraje exclusivo. La parte C, accionista de la parte B, no está vinculada a dicho contrato e inicia un procedimiento de litigio contra las partes A y B. La parte C alega que el contrato entre las partes A y B es nulo porque la parte B no obtuvo la autorización de los accionistas antes de celebrarlo. Si la parte C tiene éxito en su demanda, la parte B habrá logrado evadir su obligación contractual de arbitrar una disputa entre ella y la parte A.

Tras examinar varias decisiones inglesas a este respecto, el autor concluye que, aunque los tribunales ingleses «adoptarán una postura firme a la hora de vigilar la ejecución de los acuerdos de arbitraje», la parte A debería disponer de vías «para obtener una reparación» (por ejemplo, mediante el cobro de daños y perjuicios); sugiere posibles formas de hacerlo. En primer lugar, «la vía más consolidada» para que la parte A encuentre una vía jurídica es a través de una *cause of action* basada en una colusión entre las partes B y C. En segundo lugar, la parte A puede basarse en el *tort* de la *conspiracy*. En tercer lugar, en caso de que la parte A tenga dificultades para demostrar que existe colusión entre las partes B y C, puede participar en el litigio paralelo. Esto se debe a que la conducta de la parte B en el litigio paralelo iniciado por la Parte C puede poner de manifiesto acciones incompatibles con su obligación contractual de resolver las disputas entre ella y la parte A mediante arbitraje.

Burn, G., Cheung, K. K., «*Section 44 of the English Arbitration Act 1996 and Third Parties to Arbitration*», en *Arbitration International*, 37(1), 2021, pp. 287 y ss.

El art. 44 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 establece las «facultades del tribunal que pueden ejercerse en apoyo de los procedimientos arbitrales». El art. 44(1) de la Ley de 1996 establece que «salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal tiene, a los efectos de los procedimientos arbitrales y en relación con ellos, la misma facultad de dictar órdenes sobre las cuestiones que se enumeran a continuación que la que tiene a los efectos de los procedimientos judiciales y en relación con ellos». Estos «asuntos» se mencionan en el art. 44(2) e incluyen, por ejemplo, la preservación de pruebas [art. 44(2)(b)] y la concesión de una medida cautelar [art. 44(2)(c)].

En este trabajo, los autores señalan que, en la línea de las autoridades inglesas anteriores a la decisión del Tribunal de Apelación en *A v C* (2020) EWCA Civ 409 [«*A v C* (CA)»], los tribunales ingleses han sostenido sistemáticamente que el art. 44 de la Ley de 1996 no permite acordar medidas cautelares contra terceros. Esto se traduce en que, por ejemplo, una parte arbitral no

puede solicitar una medida cautelar contra un tercero que conserve pruebas cruciales relacionadas con el litigio en cuestión. Teniendo en cuenta que el arbitraje se basa en el consentimiento de las partes, los tribunales arbitrales suelen ser «fundamentalmente impotentes frente a terceros». La ausencia de apoyo judicial en este sentido puede conducir a un «abuso» de esta laguna y disuadir a las partes de elegir la ley inglesa como *lex loci arbitratus*.

En el caso *A v C (CA)*, la tendencia parece haber cambiado ligeramente cuando la *Court of Appeal* inglesa sostuvo que los tribunales ingleses están facultados para ordenar medidas cautelares contra terceros, específicamente en virtud del art. 44(2)(a) de la Ley de 1996, que se refiere a la «toma de declaración de testigos».

Los autores sostienen que *A v C (CA)* es un «paso en la dirección correcta» y que los tribunales ingleses deberían ampliar en el futuro la sentencia de *A v C (CA)* a las demás facultades previstas en los arts. 44(2)(b)-(e) de la Ley de 1996. En apoyo de esto, los autores examinan el objetivo legislativo principal del art. 44 de la Ley de 1996, el respeto a la autonomía de las partes dentro de las subsecciones procesales del art. 44 y las posiciones adoptadas por otras jurisdicciones, así como en virtud de la Ley Modelo, en relación con las medidas cautelares ordenadas por el tribunal. Los autores concluyen destacando que el «papel de los tribunales es facilitar el proceso de arbitraje y ayudar a los tribunales a lograr ese propósito» y no «poner más restricciones a sus poderes» al interpretar el art. 44, «más allá de lo que ya está expresamente establecido en la legislación». Esta conclusión es coherente —señalan los autores— con la posición favorable al arbitraje adoptada en general por los tribunales ingleses.