

2024
Volume 6, Issue 2



Institute for Transnational Arbitration
ITA IN REVIEW

ITA IN REVIEW

The Journal of the Institute for Transnational
Arbitration





ITA IN REVIEW

VOL. 6

2024

No. 2

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

A LOOK AT THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID) BASED ON A CONVERSATION WITH AN ELECTED ICSID SECRETARY-GENERAL, MARTINA POLASEK, AND A REVIEW OF THE ICSID CONVENTION AND ARBITRATION RULES	<i>Ekaterina Long</i>	01
WHEN ACCESS TO JUSTICE LEADS TO ABUSE OF JUSTICE: A LAW AND ECONOMICS ANALYSIS OF THIRD-PARTY FUNDING IN INVESTMENT ARBITRATION	<i>Nicolás Cely Bustacara</i>	09
UPHOLDING ARBITRAL INTEGRITY: A CASE FOR COURT-ORDERED ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN AID OF ENFORCING FOREIGN-SEATED ARBITRATION AGREEMENTS	<i>Chris Lai</i>	45
ITA AMERICAS INITIATIVE EN ASUNCIÓN: EL ARBITRAJE Y EL ESTADO	<i>María Paula Pérez</i>	81

ITA IN REVIEW

BOARD OF EDITORS

EDITORS-IN-CHIEF

Rafael T. Boza
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP,
Houston

Charles (Chip) B. Rosenberg
Squire, Patton, Boggs
Washington, D.C.

BOARD OF EDITORS

MEDIA EDITOR
Kelby Ballena
Allen & Overy LLP, Washington, D.C.

EXECUTIVE EDITOR
Albina Gasanbekova
Mitchell Silberberg & Knupp LLP,
New York

EXECUTIVE EDITOR
J. Brian Johns
United States Federal Judiciary,
Washington, D.C.

EXECUTIVE EDITOR
Raquel Sloan
US Department of Commerce, Washington, D.C.

CONTENT EDITORS

Thomas W. Davis
Dentons, Frankfurt

Menalco Solis
White & Case LLP, Paris

ASSISTANT EDITORS

TJ Auner
Jones Day, Los Angeles

Matthew Brown
Houthoff, New York

Emma Bohman-Bryant
Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan,
London

Julie Bloch
B. Cremades & Asociados, Madrid

Raúl Pereira Fleury
Ferrere Abogados, Paraguay

Katie Connolly
Norton Rose Fulbright, San Francisco

Rinat Gareev
ILF PC, Dubai & New York

Jose Angelo (Anjo) David
WilmerHale, New York

Anna Isernia Dahlgren
Dentons, Washington, D.C.

Naimeh Masumy
PhD Student, Maastrich/La Sorbone

Jessica Sblendorio
Omnia Strategy LLP, London

Julia Sherman
Three Crowns, Washington, D.C.

Paula Juliana Tellez
Brigard Urrutia, Bogota

ITA in Review is

a Publication of the
Institute for Transnational Arbitration
a Division of the
Center for American and International Law

5201 Democracy Drive
Plano, TX 75024-3561

© 2024 - All Rights Reserved.

ITA AMERICAS INITIATIVE EN ASUNCIÓN: EL ARBITRAJE Y EL ESTADO

por María Paula Pérez

El pasado 24 de mayo de 2024 se llevó a cabo en Asunción el evento “El Arbitraje y el Estado” en el auditorio del Banco Central del Paraguay. El evento fue organizado por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) en colaboración con el Instituto de Arbitraje Transnacional (ITA), y contó con la participación de los siguientes expositores internacionales: Ignacio Suárez Anzorena, Pablo Mori y Bernardo Wayar Ocampo, así como de los siguientes moderadores nacionales: Lucía Cazal, Raúl Pereira y Jorge Bogarín.

Para dar inicio, el Dr. José Moreno Rodríguez, delegado de país por Paraguay de la *ITA Americas Initiative* y director ejecutivo y socio de Altra Legal en Asunción, ofreció unas breves palabras de bienvenida. Como pionero y propulsor del arbitraje en el país, su intervención subrayó su compromiso con el avance y progreso de esta disciplina y ofreció una visión inspiradora sobre el potencial que tiene el arbitraje de contribuir al desarrollo jurídico y económico del Paraguay.

El panel fue dividido en tres subtemas distintos, cuya exposición fue adjudicada a un experto internacional y su moderación a un experto nacional. Luego de una breve introducción sobre cada tema, los moderadores realizaron preguntas a los panelistas sobre el tema en discusión, con el fin de generar un debate dinámico entre ellos y el público.

Los tres temas abordados fueron los siguientes: (i) conveniencia de pactar arbitraje en casos del estado; (ii) arbitrabilidad en arbitrajes que involucran al estado; y (iii) nulidad de laudos arbitrales en arbitrajes en los que el estado es condenado.

I. CONVENIENCIA DE PACTAR ARBITRAJE EN CASOS DEL ESTADO

Este panel estuvo a cargo de Ignacio Suárez Anzorena, que cuenta con más de 20 años de experiencia en arbitraje internacional, es socio retirado de Clifford Chance y funge hoy día como árbitro independiente. Al desarrollar el tema a su cargo, destacó su experiencia tanto en la función privada como en la función pública, lo que a su



criterio le permite conocer los trucos de ambos lados del mostrador.

A. *Reflexión del Panelista*

La moderadora Lucía Cazal¹ inició la ronda de preguntas consultando a Suárez Anzorena si es conveniente que el estado pacte arbitraje, y, de ser así, en qué casos. El panelista respondió que, para determinar la conveniencia, debemos dividir y diferenciar la cuestión en dos enfoques. Por un lado, la conveniencia puede estar enfocada en ganar o perder un caso, pero por otro el otro lado, la conveniencia del arbitraje puede analizarse desde los beneficios que el proceso y su resultado pueden generar para el país.

Refiriéndose al enfoque de ganar o perder el caso, suele haber importantes preocupaciones sobre el resultado de este. Sobre el punto, Suárez Anzorena se refirió a los resultados de las estadísticas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Para el periodo del 2022, el 56% de los laudos admitieron parcial o totalmente las reclamaciones del inversionista, mientras que el 28% de ellos han rechazado la totalidad de las reclamaciones del inversionista.² Para el periodo de 2023, los datos arrojan que el 31% de los laudos admitieron parcial o totalmente las reclamaciones del inversionista, mientras que el 18% de ellos rechazaron la totalidad de las reclamaciones del inversionista.³ Sin embargo, el 22% de los casos se terminaron a solicitud de ambas partes y el 4% a solicitud de una de

¹ Abogada en Altra Legal. Su práctica está enfocada en arbitrajes comerciales y de inversiones, con amplia trayectoria asesorando y representando a empresas nacionales e internacionales en arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), *ad hoc*, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otros. Además, es parte de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay (CAMP) y actualmente forma parte de tribunales arbitrales de casos llevados ante el CAMP. Lucía es además miembro de la Corte de Arbitraje de la ICC.

² El CIADI Publica las Estadísticas de la Carga de Casos de 2022, CIADI (30 de enero de 2023), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-las-estadisticas-de-la-carga-de-casos-de-2022#:~:text=El%20resultado%20de%20los%20casos,se%20terminaron%20por%20otros%20medios>.

³ El CIADI Publica las Estadísticas de la Carga de Casos de 2021, CIADI (7 de febrero de 2022), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-las-estadisticas-de-la-carga-de-casos-del-ciadi#:~:text=De%20los%20procedimientos%20de%20arbitraje,los%20laudos%20declinaron%20la%20jurisdicci%C3%B3n>.



las partes. Un 1,5% fue concluido por acuerdo de avenencia plasmado en un laudo.

Los datos y las estadísticas, a criterio de Suárez Anzorena, demuestran que a los estados no les fue mal en los arbitrajes como se pretende instalar, y que estos tienen la garantía de que el tribunal fallará a su favor siempre que así correspondiese. Para Suárez Anzorena es falsa la percepción de que los tribunales arbitrales benefician siempre a los inversores.

En cuanto a la conveniencia del arbitraje siguiendo un enfoque del bien o beneficio que puede traer a nivel país, Suárez Anzorena mencionó que el arbitraje sirve para reducir dos tipos de riesgos que encarece el valor del capital en los países: la prima de riesgo contractual y la prima de riesgo político. El riesgo contractual tiene distintas variantes, por ello, Suárez Anzorena consideró que vale la pena hacer una diferencia entre lo que uno pacta—y puede controlar—y lo que uno no puede controlar. Es decir, uno antes de firmar un acuerdo negocia su contenido y eso sí es algo que las partes pueden controlar. Sin embargo, hay cosas que las partes ya no controlan. El inversionista, por ejemplo, al firmar el contrato y entregar el capital, está a merced del actuar de su contraparte. Entonces, a la hora de pactar arbitraje se analiza en qué medida el foro permite una resolución de disputas neutral, así como también un mecanismo de ejecutabilidad de lo decidido, reduciendo el riesgo contractual. Respecto del riesgo político, este implica en qué medida el estado interfiere o puede interferir en los derechos de una parte, ya sea de forma impositiva, regulatoria, por actos policiales u otras vías. Explicó Suárez Anzorena que cada dólar que se hunde en un país por un riesgo político o contractual más alto encarece la tasa de financiamiento del proyecto. Entonces, más allá de quien gane el arbitraje, habría que analizar la conveniencia de pactarlo desde un punto de vista que busca cuidar el riesgo político y el riesgo contractual, y así, la imagen país. La conveniencia también se encuentra allí: en los beneficios que el resultado trae a los ciudadanos. Estos pueden ser, por ejemplo, que se reduzcan los costos de peajes, que el dragado sea más barato, que como consecuencia el banco tenga intereses más baratos, mejorando la calidad de vida de los habitantes, como resultado del procedimiento arbitral, entre



otros.

A criterio de Suárez Anzorena, existen muchos países en donde las partes privadas tienen la capacidad de influenciar a las cortes y sus decisiones, así como otros en donde no existe una real división de poderes y el poder ejecutivo puede tener una gran incidencia en el poder judicial. En países con esas características, el arbitraje puede ser beneficioso en el sentido de permitir la continuidad y la culminación de los proyectos que incontables veces quedaron trancados por años al ser recurridos ante la vía ordinaria. Por ello, el arbitraje otorga la vía perfecta para que las controversias sean resueltas con menos injerencia negativa de poderes públicos o privados y sobre todo con mayor rapidez. Una justicia que tarda no es justicia. Entonces, un cambio de percepción es necesario y el arbitraje debe ser visto como un aliado—más que un enemigo—y ser utilizado a favor y en beneficio de las partes. Sobre esto, Suarez Anzorena mencionó que las personas tienden a olvidar que el estado también tiene el derecho y el deber de demandar a los inversionistas, pues no son ni deben ser entidades pasivas a la espera de una demanda, por lo que el análisis sobre la conveniencia del arbitraje debe realizarse también desde el posible rol del estado de ser parte demandante.

Adicionalmente, en países con tasas de justicia elevadas, el costo que tiene un arbitraje también puede traducirse en un beneficio para las partes cuando este sea más accesible. Sin embargo, Suárez Anzorena explicó que, si nos centramos exclusivamente en los costos del arbitraje, podríamos incurrir en tener una visión muy pequeña de lo que realmente es y los enormes beneficios que puede traer. Hay que pensar más allá y analizar si ¿es bueno para la economía que haya créditos que pasan de un gobierno a otro y que nunca se terminan de pagar? ¿Es bueno que se paguen intereses por tantos años? La respuesta es, a su parecer, obviamente, negativa. Lo que realmente es bueno para un país es que haya una división que resuelva las disputas al tiempo más rápido y al menor costo posible. Es fundamental que el estado se dé cuenta que es el garante del estado de derecho y de la justicia de un país—gane o pierda el caso. Ganar o perder el caso debe ser analizado desde cuanto realmente



ganó o perdió el país cuando hubo tanta riqueza paralizada por tanto tiempo. Así también, la falta de resolución efectiva y eficiente de las disputas afecta la riqueza de los países porque limita o deprecia la transaccionalidad de los activos. El estado de derecho también se cuida y mantiene cuando existe la posibilidad de dividir las controversias entre el arbitraje y el poder judicial, logrando una mejor distribución de la justicia.

Otro beneficio que tiene el arbitraje es el *expertise* de los árbitros. Hay tipos de materias como la de construcción, por nombrar una, que requieren un entendimiento de ciertos aspectos y conceptos propios de la ingeniería que son relevantes a la hora de analizar la disputa. Con esto, Suárez Anzorena aclaró que no pretende hacer de menos la capacidad de los jueces estatales, sino que su intención es ilustrar que hay una curva de aprendizaje que es imposible en el poder judicial y hay cuestiones que necesitan ser atendidas por técnicos con buen entendimiento técnico de la materia.

Para concluir, Lucía Cazal preguntó a Suárez Anzorena qué medidas pueden tomar los estados para promover la eficiencia y rapidez en los procedimientos arbitrales en que son parte y cómo manejar de una forma eficaz los recursos del estado. La respuesta fue que, en primer lugar, hay que sacarse de la cabeza que el estado tiene que ser siempre la parte demandada. Segundo, que, aunque lo sea, el arbitraje es útil y bueno para la resolución rápida de las disputas en todo el mundo. Por otro lado, ajustar los procedimientos a tiempos realistas e imponer plazos estandarizados es una opción buena y viable al efecto y ofrece mecanizar un tipo de *guideline* para llevarlo a cabo. Sin embargo, siempre es importante recordar que la redacción y los términos de la cláusula arbitral son de crucial importancia. Concluye su reflexión manifestando que hay tanto que aún se puede hacer como abogados de partes, como árbitros y como instituciones estatales.

II. ARBITRABILIDAD EN ARBITRAJES QUE INVOLUCRAN AL ESTADO

El segundo panel del evento, a cargo de Pablo Mori, asociado de Clifford Chance en Nueva York, se centró en la arbitrabilidad de las controversias que involucran al estado, lo cual, como expuso Mori, depende de lo que digan las leyes y las cortes



nacionales.

Mori contextualizó el tema exponiendo dos realidades distintas: la de su país, Perú, y la de Colombia, con el efecto de hacer más valiosa la discusión a través del enfoque comparativo.

A. *La Experiencia Colombiana*

Mori explicó que en Colombia hay tres cuerpos normativos que resultan relevantes para explicar el tema del debate. En primer lugar, la Ley de Contrataciones Públicas,⁴ que establece que las entidades estatales tienen la facultad de introducir modificaciones al contrato y terminarlo de manera unilateral.⁵ Luego, la Ley de Infraestructura de Transporte,⁶ que en lo que se refiere a arbitraje estipula que se podrá arbitrar el desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales, pero limitando expresamente que los árbitros no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en la ejecución de los actos administrativos.⁷ Finalmente, la Ley de Arbitraje de Colombia,⁸ la que permite que se puedan arbitrar los asuntos de libre disposición, como la celebración, el desarrollo, la ejecución, interpretación terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.⁹

Con relación a lo anterior, Mori explicó que la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en su sentencia del 25 de marzo de 2000¹⁰ de forma tajante lo siguiente:

[C]uando la materia sujeta a decisión de los árbitros se refiera exclusivamente a *discusiones de carácter patrimonial* que

⁴ L. 80, DIARIO OFICIAL 41.094, 28 de octubre de 1993 (Colombia).

⁵ *Ibid.* art. 14(1).

⁶ L. 1682, DIARIO OFICIAL 48.982, 22 de noviembre de 2013 (Colombia).

⁷ *Ibid.* art. 14(c).

⁸ L. 1563, DIARIO OFICIAL 48.489, 12 de julio de 2012 (Colombia).

⁹ *Ibid.* art. 1 ¶ 4.

¹⁰ Corte Constitucional, 25 de octubre de 2000, Sentencia C-1436/00 (Colombia).



tengan como causa un acto administrativo, estos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Mas, en *ningún caso* la investidura de árbitros les otorga competencia *para fallar sobre la legalidad de actos administrativos* como los que declaran la caducidad de un contrato estatal o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues en todas estas hipótesis el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad.¹¹

Esta línea de pensamiento se mantuvo firme hasta este año, cuando el Consejo de Estado de Colombia resolvió el 14 de marzo de 2024,¹² que “el acto de modificación unilateral no solo se reduce a la decisión de mutar el clausulado del negocio jurídico, puesto que también abarca las determinaciones relacionadas con las compensaciones económicas. En tal sentido, estos efectos patrimoniales del acto son inescindibles al mismo, y no son externos o ajenos a él.”¹³ Este fallo, a criterio de Mori, ha creado una enorme incertidumbre, pues los concesionarios no saben dónde están parados luego de 24 años de jurisprudencia muy clara.

A. *La Experiencia Peruana*

Mori explicó que la situación en Perú es distinta. La Ley de Contrataciones¹⁴ indica que todos los contratos con el Estado se arbitran,¹⁵ y esto es así desde el año 1997. Este mismo cuerpo normativo establece además un incentivo de arbitrar solamente si, tras el análisis de costo-beneficio, se concluye que vale la pena ir a arbitraje. Con esta medida se busca evitar gastos públicos innecesarios.

Asimismo, explicaba Mori que, en el Perú, la legitimidad de los actos administrativos tampoco es arbitrable, pero sus consecuencias económicas sí lo son. Es así como en el caso de Telefónica del Perú S.A. con el Organismo Superior de la

¹¹ *Ibid.* (énfasis añadido).

¹² Consejo de Estado, 14 de marzo de 2024, 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994) (SI 99 S.A. v. Transmilenio S.A.) (Colombia).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ L. 30225, DIARIO OFICIAL EL PERUANO, 13 de marzo de 2019.

¹⁵ *Ibid.* art. 45.1.



Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) se recurrió a la nulidad del laudo ante el Poder Judicial, argumentando la incompetencia del tribunal arbitral por tratarse “supuestamente de una materia referida a facultades de *ius imperium* del Estado.”¹⁶ La Corte Superior declaró infundado el recurso, pues consideró que lo que se cuestionó no es la función o atribución regulatoria de OSIPTEL, ni el hecho de que los mandatos tengan naturaleza de actos administrativos, sino el efecto que dichos mandatos tienen sobre los contratos de concesión y la violación a los derechos que estos reconocen al inversionista.¹⁷ El impacto de una decisión administrativa, como expuso la Corte Superior, sí es arbitrable y así lo establecen armoniosamente tanto la legislación peruana como la jurisprudencia de la Corte Superior.

Habiendo dicho eso, ¿cuál es el resultado de los arbitrajes que involucran al Estado en Perú? Como aportó a la conversación Mori, en el año 2015, la Contraloría ha emitido un informe en donde, tras analizar 3.000 laudos en contrataciones con el Estado, el resultado fue que este había perdido en el 70% de los casos.¹⁸ Ahora bien, este informe es muy contundente cuando analiza las posibles soluciones y expone que “los resultados desfavorables no se encuentran en la figura del arbitraje en sí misma sino en la gestión de los procesos de contrataciones, que requiere ser fortalecida.”¹⁹ Concluye haciendo énfasis en la necesidad de que las entidades involucradas en estas controversias realicen una autoevaluación de sus procesos y adopten medidas correctivas.

Desde entonces, hubo una mejora importante y eso se traduce en las nuevas cifras analizadas en el periodo que comprenden los años 2019-2022, que demuestran que el

¹⁶ Alfredo Bullard, “El Estado soy Yo”: Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores?, REV. ECUATORIANA ARB. 301, 357 (2011).

¹⁷ Corte Superior de Justicia de Lima, 8 de agosto de 2005, 598-2003, REV. PERUANA ARB. 583, 588-90 (2006).

¹⁸ Nota de prensa, *Estudio de la Contraloría revela que el Estado perdió el 70% de arbitrajes en contrataciones públicas*, GOBIERNO PERUANO (26 de marzo de 2015), https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2936169/NP_32_2015_Estudio%20de%20Contraloría%20revela%20que%20el%20Estado%20perdió%20el%2070%25%20de%20arbitrajes.pdf.

¹⁹ *Ibid.* en [2] (énfasis en el original).



Estado peruano ha ganado el 72% de los arbitrajes enfrentados.²⁰ A criterio de Mori, la vieja idea de que “el Estado siempre pierde” se ha acabado. La Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú invirtió en un *software* para sistematizar los arbitrajes lo cual facilitó su identificación, la ubicación de información sensible y el desarrollo de defensas jurídicas exitosas; así como también en capacitaciones de funcionarios y del personal.²¹ La inversión, como resaltó Mori, tuvo su recompensa, pues los números no mienten.

B. *La Experiencia Paraguaya*

Por último, se abordó brevemente la experiencia paraguaya. Raúl Pereira,²² moderador en este panel, explicó que la legislación paraguaya también regula la arbitrabilidad en lo que se refiere al Estado. Por ejemplo, la Ley de Contrataciones Públicas²³ expresamente permite al Estado someterse a arbitraje.²⁴ Además, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje,²⁵ que regula “el objeto del arbitraje,” también alude al arbitraje en cuestiones del Estado y de las entidades estatales en sus vinculaciones regidas por el derecho privado, excluyéndose, en consecuencia, las que sean propias del derecho público.²⁶

C. *Reflexión del Panelista*

En primer lugar, Pablo Mori resaltó que en Perú no existen limitaciones para que los árbitros extranjeros sean quienes arbitren controversias locales. El mismo reflexionó sobre la importancia de generar un sistema competitivo como este, pues

²⁰ En Los Últimos 4 Años Perú Ha Ganado El 72% De Los Arbitrajes Enfrentados, CIAR GLOBAL (31 de mayo de 2022), <https://ciarglobal.com/en-los-ultimos-4-anos-peru-ha-ganado-el-72-de-los-arbitrajes-enfrentados/>.

²¹ *Ibid.*

²² Asociado senior en FERRERE Abogados, donde asesora a clientes nacionales e internacionales en cuestiones relativas al arbitraje y también representa a clientes de diversas industrias en arbitrajes comerciales domésticos e internacionales. Adicionalmente, es YAAF Representative para Latinoamérica e integra la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay.

²³ L. 7021, GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY 156, 14 de agosto de 2023.

²⁴ *Ibid.* art. 93.

²⁵ L. 1879 art. 2, GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY 80(bis), 26 de abril de 2002.

²⁶ JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, ARBITRAJE EN EL PARAGUAY 33 (2011).



los árbitros internacionales son quienes también aportan las mejores prácticas del arbitraje. Además, al generar mayor competencia, se obliga a los árbitros locales a seguir formándose y mejorando, para seguir siendo contratados en estos procedimientos.

Luego, Mori animó a ver al arbitraje como aliado, adoptando una posición activa en el proceso, no solo como parte inversionista, sino también como parte estatal. Además, explicó que Perú tiene el 70% de los casos ganados porque existen incentivos para negociar las disputas antes de arbitrar. Entonces, cuando las políticas están bien diseñadas, el arbitraje facilita que se lleguen a resultados efectivos. Resaltó nuevamente que no se debe olvidar que el Estado no solamente puede ser demandado, sino que también puede ser demandante en un arbitraje si es que supervisa activamente el cumplimiento del contrato por la parte privada o inversionista y busca resguardar los intereses que le competen en el marco del contrato, en todo momento. En ese sentido, Mori resaltó cómo el Ministerio de Transporte y Comunicaciones ha demandado exitosamente a una empresa concesionaria en el 2016.²⁷ Así también, señaló que Perú fue el primer país en demandar a un inversionista en el caso *Perú v. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*,²⁸ que acabó en una transacción que se homologó como laudo y resultó en el pago de Caravelí de 40 millones de dólares al Estado peruano. El panelista recordó también que las empresas estatales pueden igualmente ser demandantes en arbitrajes de inversiones donde son contratados, cuando tengan inversiones en el extranjero y hayan actuado bajo lo que estipula el contrato, como se dio por ejemplo en el caso *Beijing Urban Construction Group Co. v. Yemen*.²⁹

Finalmente, Mori brevemente discutió sobre la arbitrabilidad de disputas bajo

²⁷ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Caso Arb. No. 1045-107-16.

²⁸ *Perú v. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, Caso CIADI No. ARB/13/24, Resolución Procesal de Terminación del Procedimiento de Arbitraje (26 de diciembre de 2013).

²⁹ *Beijing Urban Constr. Grp. Co. v. Yemen*, Caso CIADI No. ARB/14/30, Decisión de Jurisdicción (31 de mayo de 2017).



tratados bilaterales o multilaterales de inversión. Explicó que más que arbitrabilidad, en estos casos se habla de cuestiones de jurisdicción, pues la “arbitrabilidad” en estos casos no se rige bajo los mismos estándares, sino se objeta la jurisdicción. Al respecto, resaltó que la objeción más usual es la objeción *rationae materiae* (en razón de la materia). Si una materia no está protegida, no puede ser arbitrable pues no existe jurisdicción. Entonces, para que una inversión sea protegida bajo los términos del tratado, se tienen en cuenta tres aristas, tal como se determinó en el caso de *Salini v. Marruecos*:³⁰ el riesgo, la contribución y la duración de la inversión.³¹ La inversión que se reclama debe necesariamente representar un riesgo de inversión, lo cual no implica un riesgo puramente comercial de incumplimiento.

III. NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES EN ARBITRAJES EN LOS QUE EL ESTADO ES CONDENADO

A. Introducción

El último tema estuvo a cargo de Bernardo Wayar, abogado boliviano y socio en Wayar & von Borries, contando además con un máster en Resolución de Disputas Internacionales por la Universidad de Ginebra y el Institut de Hautes Études Internationales et du Développement.

El ponente expuso que el arbitraje es un sistema con grandes beneficios para las partes y para el estado en el que se practica pues, como él cree, es la mejor vía de resolver controversias de varios tipos, sin embargo, enfatizó que con todas sus virtudes, no es un sistema perfecto. Agregó que el actuar de los árbitros no está al margen del error, pues errar es humano. Por ello, es importante que exista una revisión de las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales. En el arbitraje, destacó que esta revisión no es una apelación ni una segunda instancia, pues el ente investido para revisar no podrá modificar las decisiones ni revisar el fondo de ella, solamente podrá anular las decisiones o declarar su nulidad.

³⁰ *Salini v. Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión de Jurisdicción (23 de julio de 2001), 42 I.L.M. 609 (2003).

³¹ *Ibid.* en 622 ¶ 52.



Wayar expuso sobre la existencia de dos “sistemas” de nulidad en los arbitrajes de inversiones. Por un lado, están aquellos arbitrajes de inversión en los que las partes han pactado el arbitraje bajo las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del CIADI (“Convenio CIADI”).³² En estos casos, el tribunal arbitral emite un laudo que puede ser sometido a un procedimiento de anulación bajo el mismo convenio, sin depender de la ley de ningún país y sin importar el lugar donde se llevaron a cabo las audiencias. Esto es así porque son arbitrajes deslocalizados y no tienen una sede como tal. Asimismo, la revisión del laudo es sometida a un comité conformado por tres miembros designados por el CIADI, al efecto. El recurso de anulación del laudo debe estar fundado en una o más de las siguientes causales: i) que el tribunal arbitral se constituyó incorrectamente; ii) que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; iii) que hubo corrupción de algún miembro del Tribunal; iv) que hubo un quebrantamiento grave a una norma fundamental del procedimiento; o v) que no se expresaron los motivos en que se funda el laudo.³³ Por otro lado, explicó que existe el recurso de anulación en arbitrajes que han sido administrados o sometidos bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) u otras reglas. En estos casos, la revisión del laudo y el planteamiento de nulidad dependerá de la sede del arbitraje electa por las partes y sus leyes, pues la nulidad se plantea y se rige según lo que establecen las leyes de la sede. Explicó Wayar que las causales no son idénticas en todos los países, pero generalmente, todas siguen de alguna forma u otra las causales de nulidad que establece la Ley Modelo de la CNUDMI.³⁴

³² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, 575 U.N.T.S. 159.

³³ *Ibid.* art. 52; Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Reglas 69, 71-74.

³⁴ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional art. 34(2) (enmendada en 2006) (“El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si



En la práctica de arbitrajes que involucran al estado, la mayor parte de las nulidades fueron planteadas por el propio estado, según comentaba Wayar, por lo que considera crucial que los funcionarios del estado hagan un cuidadoso análisis del costo-beneficio para determinar la razonabilidad de la nulidad planteada con el efecto de cuidar los recursos estatales. En este contexto, un reporte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2023 ha demostrado que de todos los laudos de inversión que han sido registrados, el 16% de los laudos que han sido emitidos han sido impugnados. De este porcentaje, solamente el 8% de estos laudos CIADI han sido anulados y solamente el 5% de los laudos no emitidos por el CIADI han sido anulados.³⁵ En conclusión, el porcentaje de anulación es bastante bajo y eso significa que la parte que impugna el laudo debe tener las causales establecidas y fundadas correctamente, a criterio de Wayar.

B. *Reflexión del Panelista*

Luego de la introducción de lo que es el procedimiento de impugnación de laudos en arbitrajes donde el estado es condenado, el moderador de este panel, Jorge Enrique Bogarín³⁶ realizó un par de preguntas sumamente relevantes, siendo la primera: ¿Cuáles son las diferencias del proceso de anulación de un laudo emitido en

nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.”).

³⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2023: Investing in Sustainable Energy for All* (2023), https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_en.pdf.

³⁶ Jorge Enrique Bogarín es abogado, máster por la Queen Mary University of London en Comparative and International Dispute Resolution, especialista en Docencia en Educación Superior por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Tiene experiencia en arbitraje comercial y de inversiones, y actualmente se desempeña como procurador delegado en la Procuraduría General de la República del Paraguay.



un arbitraje de inversión y un laudo emitido en un arbitraje comercial? Wayar explicó que cuando el arbitraje es sometido al CIADI, es un comité designado por la propia entidad quien determina la nulidad, como se detalló anteriormente. Sin embargo, cuando no se trata de un caso CIADI, es un juez estatal y la instancia depende de la sede arbitral. En Paraguay, por ejemplo, es el Tribunal de Apelaciones quien tiene jurisdicción para entender en casos de impugnación del laudo por nulidad.³⁷ Otra diferencia importante radica en las causales, que, si bien son similares, no son idénticas.

Adicionalmente, cuando un laudo CIADI fuese anulado por el comité, este ya no podrá ser ejecutado, sino que deberá de conformarse un nuevo tribunal arbitral e iniciar nuevamente el procedimiento. No obstante, cuando es anulado un laudo que no fue sometido bajo el Convenio CIADI, sino a otras leyes y reglamentos arbitrales, este podría—en casos excepcionales—ser ejecutado en una jurisdicción diferente a la cual se ha anulado.³⁸ Esto siempre dependerá de lo que disponga la legislación del país en donde se pretende ejecutar el laudo, al respecto.³⁹

Otra diferencia importante es que, si bien los paneles CIADI no han seguido siempre una misma línea, existe un cierto grado de predictibilidad. Sin embargo, al buscar una nulidad fuera de esta institución, hay que ser muy consciente de elegir una sede en donde exista cierta línea jurisprudencial estable a los efectos de intentar obtener un mayor grado de predictibilidad.

El panelista ha resaltado dos casos relevantes que lidiaron con anulaciones. El primero es *Eiser Infrastructure Ltd. v. España*,⁴⁰ bajo el Convenio CIADI, en donde el comité de anulación ha anulado el laudo en su totalidad debido a que uno de los árbitros había omitido revelar que ha trabajado con peritos que fueron parte en el

³⁷ L. 1879 art. 40, GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY 80(bis), 26 de abril de 2002.

³⁸ Sobre este tema, ver EMMANUEL GAILLARD, *LEGAL THEORY OF INTERNATIONAL ARBITRATION* 135-43 (2010).

³⁹ Wayar explicó que, por ejemplo, la legislación de Austria y de Reino Unido son legislaciones que permiten ejecutar laudos que han sido anulados en otras jurisdicciones.

⁴⁰ *Eiser Infrastructure Ltd. v. España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, Decisión sobre anulación (11 de junio de 2020).



procedimiento arbitral. El comité de anulación determinó que dicha relación entre el árbitro y los peritos pudo haber tenido un efecto material en el laudo, por lo que hizo lugar al pedido de nulidad del Reino de España.

El segundo caso es un procedimiento llevado a cabo bajo las reglas del CNUDMI y anulado bajo la legislación de Francia, pues fue la sede electa por las partes. El laudo en cuestión fue el emitido en el caso *García Armas v. Venezuela*,⁴¹ en donde el *quid* de la disputa giraba en torno al hecho de que los demandantes, ciudadanos venezolanos, ostentaban también la nacionalidad española, y reclamaron indemnización por la expropiación ilegal de sus activos. El Estado venezolano objetó la jurisdicción argumentando que los demandantes no podían demandar internacionalmente por tener nacionalidad venezolana, a lo cual el tribunal falló acorde y declinó su jurisdicción porque habían adquirido la nacionalidad española después de realizar la inversión correspondiente y por tanto no podían ser beneficiarios del tratado de inversión aplicable. Posteriormente, los García Armas plantearon un recurso de anulación en donde una corte de apelaciones neerlandesa rechazó sus argumentos. Luego, la familia García Armas fue a instancias mayores, en donde la Corte Suprema neerlandesa también rechazó sus pretensiones, pues determinó que el inversionista sí debió haber tenido la nacionalidad española al momento al que realizó la inversión. Es un caso muy controvertido y motivo de debate en el ámbito internacional, como lo es el tema de la doble nacionalidad en tratados bilaterales de inversión.

Como conclusión, el panelista resaltó cuán importante es que el estado escoja a sus árbitros cautelosamente y que sean los estados mismos quien los nombre, no los abogados. El Estado debe pedir la evaluación del árbitro, la justificación de sus recomendaciones, y activamente debe estar metido en el proceso de nombramiento para evitar eventuales nulidades por situaciones previsibles.

IV. CONCLUSIÓN

De este evento se resalta una vez más que el arbitraje continúa siendo una

⁴¹ *García Armas v. Venezuela*, Caso CPA No. 2016/08, Laudo sobre jurisdicción (13 de diciembre de 2019).



herramienta idónea para la resolución eficiente de disputas, incluyendo a casos que involucran al estado como parte. Su capacidad para ofrecer decisiones rápidas, especializadas y eficientes se traduce en beneficios significativos no solo para los involucrados, sino también para la promoción de la inversión y el comercio internacional. Además, el arbitraje garantiza a las partes un proceso de revisión de cualquier decisión emitida por el tribunal, a través del recurso de nulidad, que es tomado con extrema y meticulosa cautela. En conclusión, los panelistas expusieron que el estado sí puede pactar arbitraje y además es recomendable que lo haga, considerando los numerosos beneficios que este ofrece.



MARÍA PAULA PÉREZ es estudiante de derecho en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y actualmente cursa el quinto año de la carrera. Desde marzo de 2024, se desempeña como Paralegal en Altra Legal en el departamento corporativo y el departamento de arbitraje. Tiene experiencia en el sector público, habiéndose desempeñado como dactilógrafa en un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Asunción, así como también en el sector privado, específicamente en derecho corporativo y de libre competencia.

MARÍA PAULA PÉREZ is a law student at Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” and is currently in her fifth year of law school. She works as a Paralegal at Altra Legal since March of 2024, in the Corporate and Arbitration departments. She has experience in the public sector, having worked as a typist in a Civil and Commercial Court of First Instance of Asuncion, as well as in the private sector, in corporate and antitrust law.

INSTITUTE FOR TRANSNATIONAL ARBITRATION OF THE CENTER FOR AMERICAN AND INTERNATIONAL LAW

The Institute for Transnational Arbitration (ITA) provides advanced, continuing education for lawyers, judges and other professionals concerned with transnational arbitration of commercial and investment disputes. Through its programs, scholarly publications and membership activities, ITA has become an important global forum on contemporary issues in the field of transnational arbitration. The Institute's record of educational achievements has been aided by the support of many of the world's leading companies, lawyers and arbitration professionals. Membership in the Institute for Transnational Arbitration is available to corporations, law firms, professional and educational organizations, government agencies and individuals.

I. MISSION

Founded in 1986 as a division of The Center for American and International Law, the Institute was created to promote global adherence to the world's principal arbitration treaties and to educate business executives, government officials and lawyers about arbitration as a means of resolving transnational business disputes.

II. WHY BECOME A MEMBER?

Membership dues are more than compensated both financially and professionally by the benefits of membership. Depending on the level of membership, ITA members may designate multiple representatives on the Institute's Advisory Board, each of whom is invited to attend, without charge, either the annual ITA Workshop in Dallas or the annual Americas Workshop held in a different Latin American city each year. Both events begin with the Workshop and are followed by a Dinner Meeting later that evening and the ITA Forum the following morning - an informal, invitation-only roundtable discussion on current issues in the field. Advisory Board Members also receive a substantial tuition discount at all other ITA programs.

Advisory Board members also have the opportunity to participate in the work of



the Institute's practice committees and a variety of other free professional and social membership activities throughout the year. Advisory Board Members also receive a free subscription to ITA's quarterly law journal, *World Arbitration and Mediation Review*, a free subscription to ITA's quarterly newsletter, *News and Notes*, and substantial discounts on all ITA educational online, DVD and print publications. Your membership and participation support the activities of one of the world's leading forums on international arbitration today.

III. THE ADVISORY BOARD

The work of the Institute is done primarily through its Advisory Board, and its committees. The current practice committees of the ITA are the Americas Initiative Committee (comprised of Advisory Board members practicing or interested in Latin America) and the Young Arbitrators Initiative Committee (comprised of Advisory Board members under 40 years old). The ITA Advisory Board and its committees meet for business and social activities each June in connection with the annual ITA Workshop. Other committee activities occur in connection with the annual ITA Americas Workshop and throughout the year.

IV. PROGRAMS

The primary public program of the Institute is its annual ITA Workshop, presented each year in June in Dallas in connection with the annual membership meetings. Other annual programs include the ITA Americas Workshop held at different venues in Latin America, the ITA-ASIL Spring Conference, held in Washington, D.C., and the ITA-IEL-ICC Joint Conference on International Energy Arbitration. ITA conferences customarily include a Roundtable for young practitioners and an ITA Forum for candid discussion among peers of current issues and concerns in the field. For a complete calendar of ITA programs, please visit our website at www.cailaw.org/ita.

V. PUBLICATIONS

The Institute for Transnational Arbitration publishes its acclaimed Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties, a comprehensive, regularly-updated report on the status of every country's adherence to the primary



international arbitration treaties, in ITA's quarterly newsletter, News and Notes. All ITA members also receive a free subscription to *ITA in Review*, ITA's law journal edited by ITA's Board of Editors and published in three issues per year. ITA's educational videos and books are produced through its Academic Council to aid professors, students and practitioners of international arbitration. Since 2002, ITA has co-sponsored KluwerArbitration.com, the most comprehensive, up-to-date portal for international arbitration resources on the Internet. The ITA Arbitration Report, a free email subscription service available at KluwerArbitration.com and prepared by the ITA Board of Reporters, delivers timely reports on awards, cases, legislation and other current developments from over 60 countries, organized by country, together with reports on new treaty ratifications, new publications and upcoming events around the globe. ITAFOR (the ITA Latin American Arbitration Forum) a listserv launched in 2014 has quickly become the leading online forum on arbitration in Latin America.

Please join us. For more information, visit ITA online at www.cailaw.org/ita.



Institute for Transnational Arbitration
ITA IN REVIEW

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

A LOOK AT THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT
OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID) BASED ON A CONVERSATION WITH
AN ELECTED ICSID SECRETARY-GENERAL, MARTINA POLASEK, AND A
REVIEW OF THE ICSID CONVENTION AND ARBITRATION RULES

Ekaterina Long

WHEN ACCESS TO JUSTICE LEADS TO ABUSE OF JUSTICE:
A LAW AND ECONOMICS ANALYSIS OF THIRD-PARTY FUNDING
IN INVESTMENT ARBITRATION

Nicolás Cely Bustacara

UPHOLDING ARBITRAL INTEGRITY: A CASE FOR COURT-ORDERED
ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN AID OF ENFORCING FOREIGN-SEATED
ARBITRATION AGREEMENTS

Chris Lai

ITA AMERICAS INITIATIVE EN ASUNCIÓN: EL ARBITRAJE Y EL ESTADO

Maria Paula Pérez

AND MUCH MORE. VISIT US ON WWW.ITAINREVIEW.ORG

www.itainreview.org

The Institute for Transnational Arbitration
A Division of The Center for American and International Law

5201 Democracy Drive
Plano, Texas, 75024-3561
USA