

INFORME

INSTITUCIONES FINANCIERAS Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

© Cámara de Comercio Internacional
(ICC) 2018
Todos los derechos reservados.

La versión española de este informe es una traducción del original en inglés titulado *Financial Institutions and International Arbitration*.

Los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual de esta obra colectiva son propiedad exclusiva de la Cámara de Comercio Internacional. Ninguna parte de este trabajo puede reproducirse, distribuirse, comunicarse, traducirse o adaptarse en forma alguna o por medio alguno, salvo en los casos permitidos por la ley, sin un permiso previo por escrito de la Cámara de Comercio Internacional.

Puede solicitar el permiso enviando un mensaje a copyright.drs@iccwbo.org.

Las opiniones y recomendaciones contenidas en la presente publicación están emanadas por un grupo de trabajo creado en el seno de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI. No debe considerarse que representan las opiniones y recomendaciones del Centro Internacional de ADR de la CCI o de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y no son vinculantes de manera alguna para ninguno de estos órganos.

ICC, el logotipo ICC, CCI, International Chamber of Commerce (incluyendo las traducciones al español, francés, portugués y chino), World Business Organization, International Court of Arbitration e ICC International Court of Arbitration (incluyendo las traducciones al español, francés, alemán, árabe y portugués) son marcas de la CCI registradas en varios países.

Fecha de publicación: marzo 2018

Índice

Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional

I	INTRODUCCIÓN	2
A	Descripción general	2
B	Ámbito	2
C	Estructura del Informe	3
II	RECOMENDACIONES	3
III	EL ENTORNO CAMBIANTE DE LAS CONTROVERSIAS FINANCIERAS	6
IV	EXPERIENCIA DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	8
A	Preferencias en la gestión y el desarrollo del arbitraje	9
	(i) <i>Políticas y directrices</i>	9
	(ii) <i>Arbitraje institucional frente arbitraje ad hoc</i>	9
	(iii) <i>Selección de árbitros</i>	9
	(iv) <i>Cláusulas específicas (escalonadas, asimétricas, de apelación)</i>	9
B	Ventajas percibidas del arbitraje	9
C	Limitaciones percibidas del arbitraje	10
V	DERIVADOS	11
VI	FINANCIACIÓN SOBERANA	12
VII	ARBITRAJE DE INVERSIÓN	13
VIII	CUESTIONES REGULATORIAS	16
IX	FINANCIACIÓN INTERNACIONAL	17
X	CONTROVERSIAS FINANCIERAS ISLÁMICAS	19
XI	INSTITUCIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES, INSTITUCIONES FINANCIERAS DE DESARROLLO Y ENTIDADES DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN	20
XII	ASUNTOS DE CONSULTORÍA	21
XIII	GESTIÓN DE ACTIVOS	22
	Anexo I - Cuestionario presentado a las instituciones financieras entrevistadas para el propósito del Informe	24
	Anexo II - Listado de las Instituciones Financieras Entrevistadas	29
	Reconocimientos	30

Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional

Informe de la Comisión de la CCI sobre Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR) Grupo de Trabajo sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional

I INTRODUCCIÓN

A Descripción general

- 1 La Comisión de la CCI sobre Arbitraje y ADR (en adelante la "Comisión") reconoció la necesidad de estudiar cuáles eran las percepciones y la experiencia de las instituciones financieras en relación con el arbitraje internacional.¹ Este Informe es el resultado del Grupo de Trabajo de la Comisión sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional (en adelante el "Grupo de Trabajo").
- 2 Los miembros del Grupo de Trabajo llevaron a cabo entrevistas con aproximadamente 50 instituciones financieras y abogados especialistas en derecho bancario del mundo entero.² Las entrevistas, junto con un análisis de la doctrina relevante, políticas internas, laudos arbitrales pertinentes y datos recibidos de las 13 instituciones arbitrales participantes, son la base de las conclusiones y recomendaciones recogidas en este Informe.
- 3 El Grupo de Trabajo concluyó que el uso y las expectativas del sector bancario y financiero sobre el arbitraje internacional son únicos en muchos aspectos - y está evolucionando. Las instituciones financieras utilizan el arbitraje en una amplia variedad de transacciones bancarias y financieras, aunque no lo hacen de manera sistemática ni a gran escala. Existe una falta general de conocimiento de los potenciales beneficios del arbitraje comercial internacional y del arbitraje de inversión en asuntos bancarios y financieros y existen ciertas percepciones generales erróneas sobre el proceso.
- 4 Históricamente, las instituciones financieras han preferido los tribunales nacionales de los principales centros financieros (esto es;

Nueva York, Londres, Frankfurt y Hong Kong), pero han tratado de evitar los tribunales en países de mercados emergentes. Sin embargo, el carácter cambiante del entorno regulador y la naturaleza de las controversias financieras, surgidos a consecuencia de la crisis financiera mundial de 2008, han llevado a las instituciones financieras a considerar cada vez más al arbitraje internacional como una alternativa importante al procedimiento judicial.

B Ámbito

- 5 El Grupo de Trabajo examinó una amplia gama de actividades bancarias y financieras, ya fueran realizadas por bancos debidamente autorizados o por fondos (de capital, de inversión o soberanos).³ El Grupo de Trabajo examinó el arbitraje en derivados, préstamos soberanos, asuntos regulatorios, financiación internacional, financiación comercial, controversias financieras islámicas, asuntos de consultoría, gestión de activos y controversias interbancarias.
- 6 El estudio abarcó muchos tipos de instituciones financieras, incluyendo instituciones financieras de desarrollo multilateral y bilateral y entidades de crédito a la exportación, que ofrecen instrumentos de mejora de las condiciones de crédito o de mitigación del riesgo, en la medida en que esas instituciones en ocasiones recurren al arbitraje y a menudo ejercen un papel persuasivo, proponiendo el arbitraje como una opción para los préstamos sindicados en los que participan o garantizan.
- 7 El Grupo de Trabajo analizó tanto el arbitraje comercial internacional como el arbitraje de inversión. Este último es una opción relativamente nueva en el panorama bancario y financiero, con una serie de laudos de inversión que sostienen

1 En este Informe, la expresión "institución financiera" debe entenderse de manera amplia, según se explica en los párrafos 5 y 6.

2 Las instituciones financieras entrevistadas se listan en el Anexo II, a menos que se haya solicitado el anonimato. Las preguntas que se les formularon se exponen en el Apéndice I.

3 El Grupo de Trabajo no consideró los créditos al consumo e hipotecarios, en los que el arbitraje es menos atractivo, ni el seguro y financiación de litigios o arbitraje por parte de terceros, lo cual constituye un área especializada con sus propias reglas y enfoques particulares, que por lo general tienen una jurisdicción específica y están en constante cambio.

que los instrumentos financieros, que van desde simples préstamos hasta instrumentos negociables, valores y coberturas de petróleo, deben ser considerados como inversión, conforme a los tratados relevantes. Estos laudos amplían enormemente el espectro de posibles reclamaciones al amparo de tratados de inversión, lo que podría tener un efecto catalizador en la receptividad del sector bancario y financiero al arbitraje en general.

C Estructura del Informe

- 8 El Informe está estructurado de la siguiente manera:
- La Sección II expone las recomendaciones del Grupo de Trabajo, para diseñar el procedimiento arbitral adecuado para cubrir las necesidades del sector bancario y financiero.
- La Sección III examina el carácter cambiante del entorno de las controversias financieras.
- La Sección IV describe la experiencia de las instituciones financieras con el arbitraje, incluyendo sus preferencias en la gestión de los procedimientos arbitrales, y las ventajas y limitaciones percibidas sobre el arbitraje en controversias bancarias y financieras.
- Las Secciones V a XII abordan cuestiones relacionadas con el uso del arbitraje en sectores especializados de la práctica financiera y bancaria:
- La Sección V analiza el arbitraje de controversias de derivados.
- La Sección VI analiza el arbitraje de controversias de financiación soberana.
- La Sección VII analiza el arbitraje de inversión aplicado a controversias bancarias y financieras.
- La Sección VIII analiza el arbitraje de controversias relacionadas con asuntos regulatorios.
- La Sección IX analiza el arbitraje de controversias financieras internacionales.
- La Sección X analiza el arbitraje de controversias financieras islámicas.
- La Sección XI analiza el uso del arbitraje por instituciones financieras internacionales, instituciones financieras de desarrollo y entidades de crédito a la exportación.
- La Sección XII aborda el arbitraje de controversias relacionadas con asuntos de consultoría.
- La Sección XIII analiza el arbitraje de controversias relacionadas con la gestión de activos.
- 9 Materiales adicionales que abordan algunos de estos temas con mayor detalle están disponibles *online* en www.iccwbo.org.

II RECOMENDACIONES

- 10 Uno de los principales beneficios del arbitraje internacional es la flexibilidad que ofrece a las partes para adaptar el procedimiento arbitral a sus necesidades, tanto en el momento de redacción de la cláusula de solución de controversias, como durante el proceso. El Grupo de Trabajo ofrece las siguientes recomendaciones generales, para adaptar el procedimiento arbitral a las necesidades del sector bancario y financiero. El debido asesoramiento jurídico ha de solicitarse para cada caso concreto.
- 11 Gestión del caso/reducción de tiempo y costes. El Grupo de Trabajo señala que las técnicas para la gestión del caso enumeradas en el Apéndice IV del Reglamento de Arbitraje de la CCI (en adelante "Reglamento de la CCI"), pueden ser utilizadas por el tribunal arbitral y las partes para reducir el tiempo y los costes. En particular, el artículo 24 del Reglamento de la CCI establece que, tras la constitución del tribunal, tan pronto como sea posible, este convocará a las partes a una conferencia sobre la gestión del procedimiento, en la que serán consultadas sobre las medidas procesales a adoptar, incluyendo una o más de las mencionadas técnicas para la administración del caso y descritas en el Apéndice IV.
- 12 Además, el Grupo de Trabajo se refiere a la guía de la Comisión *Conducción Efectiva del Arbitraje: Una Guía para Abogados Internos y Otros Representantes de Parte*, incluyendo en particular:
- Ficha Temática 5 sobre la posibilidad de limitar el número de rondas de alegaciones y presentaciones de escritos evitando así repeticiones y reduciendo costes;
- Ficha Temática 6 sobre la exhibición de documentos y la posibilidad de no contar con este trámite o limitarlo a categorías de documentos específicos o restringidos, que sean relevantes y pertinentes para el resultado de la controversia;
- Ficha Temática 7 sobre testigos de hecho y la opción de no presentar testigos de hecho o de identificar cuestiones sobre las cuales se presentará prueba de hechos;
- Ficha Temática 8 sobre el uso de declaraciones de testigos y la opción de limitar su alcance;
- Ficha Temática 9 sobre peritos y la opción de, ya sea no tener prueba pericial o de tener un perito designado por el tribunal; y,
- Ficha Temática 10 que señala las opciones respecto a las audiencias, las cuales incluyen eliminarlas o limitar su duración.
- 13 Si las partes desean reducir el tiempo permitido, conforme a la práctica establecida por el Reglamento de la CCI para constituir el tribunal, formular alegaciones o para que el tribunal emita un laudo, podrán especificar estos plazos reducidos en la cláusula de resolución de controversias. Antes de hacerlo, se les aconseja no sólo buscar asesoramiento jurídico sobre la viabilidad de los plazos propuestos, sino también contactar con la Secretaría de la Corte

Internacional de Arbitraje de la CCI, para verificar que el procedimiento establecido para la solución de la controversia pueda llevarse a cabo de la manera en que viene previsto en la cláusula arbitral, cuando de hacerlo se pueda esperar una resolución más eficiente del caso.

- 14 **Resoluciones anticipadas.** El Apéndice IV (Técnicas para la Gestión del Caso) del Reglamento de la CCI fomenta expresamente bifurcar el procedimiento o dictar uno o más laudos parciales sobre cuestiones clave, si al hacerlo realmente puede esperarse que resulte en una resolución del caso más eficiente. No obstante, si las partes desean aclarar que los árbitros están facultados para abordar cuestiones dispositivas, pueden expresamente disponerlo en su cláusula de solución de controversias.⁴
- 15 **Resoluciones sumarias.** La capacidad de obtener en los tribunales de Nueva York y Londres una resolución en un juicio sumario, por ejemplo, es una de las razones por las que las instituciones financieras han optado tradicionalmente por litigar en esos lugares, sobre todo cuando no existe controversia sobre la falta de pago. Cuando las partes deseen otorgar al tribunal arbitral facultades para considerar reclamaciones o defensas de manera sumaria o desestimar sumariamente las reclamaciones o las defensas que carezcan de fundamento jurídico, podrán incluir esas disposiciones en la cláusula arbitral.
- 16 **Confidencialidad.** A menos que el derecho aplicable disponga lo contrario, el arbitraje CCI no es en sí mismo confidencial. Cuando la confidencialidad sea importante, las partes pueden especificar en su cláusula de solución de controversias que el arbitraje deberá mantenerse confidencial. La confidencialidad también se puede acordar en el Acta de Misión. Además, el artículo 22(3) del Reglamento de la CCI establece que: "A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial". De manera alternativa, las partes pueden acordar una mayor transparencia, como por ejemplo posibilitando que el laudo, el procedimiento o las presentaciones de las partes se hagan públicos. Esta opción puede tener trascendencia para las entidades del sector público sujetas a obligaciones de transparencia.
- 17 **Experiencia de los árbitros.** Las partes pueden acordar en su cláusula de solución de controversias que los árbitros tengan una experiencia particular en el sector financiero en general o en un instrumento financiero específico. Dicho esto, la experiencia demuestra que cuanto
- 18 **Medidas cautelares y provisionales.** Antes de constituirse el tribunal, las partes tienen dos opciones para obtener medidas cautelares o provisionales. En primer lugar, conforme al artículo 28(2) del Reglamento de la CCI, podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. En segundo lugar, conforme al artículo 29 del Reglamento de la CCI, una parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución de un tribunal arbitral, podrá solicitar tales medidas en base a las Reglas del Árbitro de Emergencia. Como ejemplos se incluyen la necesidad de solicitar una orden para prohibir la presentación de una demanda de pago de una garantía a primer requerimiento o una medida de protección para salvaguardar una garantía perdedera. De conformidad con el artículo 28(1) del Reglamento de la CCI, una vez que el tribunal arbitral haya sido constituido, podrá, a solicitud de parte, ordenar cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. Si las partes desean limitar su capacidad para obtener medidas cautelares y provisionales, podrán modificar estas disposiciones en la cláusula de solución de controversias.
- 19 **Acumulación y Consolidación.** El Reglamento de la CCI contiene disposiciones específicas con respecto a arbitrajes con multiplicidad de partes y multiplicidad de contratos en los artículos 7 a 10. Con respecto al arbitraje con multiplicidad de contratos, si las partes están dispuestas a que todas las controversias que surjan de varios contratos relativos a un proyecto se traten conjuntamente, puede ser deseable que acuerden de forma expresa tratar las controversias derivadas de contratos relacionados en un solo procedimiento. Un acuerdo-marco de arbitraje para un proyecto en particular también puede lograr este objetivo. Por otro lado, si una entidad financiera desea evitar ser atraída a un procedimiento que cubra las controversias derivadas de contratos diferentes en los que sea parte, deberá considerar si excluir expresamente la posibilidad de que reclamaciones derivadas de distintos contratos con la misma parte sean conocidas en un solo arbitraje. Con respecto al arbitraje con multiplicidad de partes, las partes deben asegurarse que todas están sujetas a la cláusula arbitral.
- 20 **Inversión de costes.** En el arbitraje internacional, ninguna parte tiene un derecho automático a recuperar los costes del arbitraje. El artículo 38(4) del Reglamento de la CCI señala que el laudo final fijará los costes del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción

4 En *Travis Coal v. Essar Global Fund*, la Corte Suprema de Inglaterra reconoció que los procedimientos sumarios pueden estar disponibles para los tribunales en ciertos casos, observando en particular que el artículo 22 del Reglamento de la CCI requiere al tribunal "conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costes" y faculta al tribunal para adoptar tales medidas procesales si las considera apropiadas.

deben ser asumidos por las partes.⁵ Las partes que busquen certeza en cuanto a la asignación de costes podrán establecer expresamente que el tribunal otorgará a la parte vencedora los honorarios de los abogados y costes; de manera alternativa, las partes podrán estipular expresamente que cada parte es responsable de sus propios honorarios y costes, siempre que esta disposición esté permitida por el derecho aplicable.

- 21 **Procedimientos de apelación.** Una minoría de instituciones financieras manifestaron interés en un procedimiento de apelación en el arbitraje. Dado que el arbitraje es contractual, podría ser posible incluir un procedimiento de apelación en la cláusula de solución de controversias, aunque esto rara vez ocurre porque tal procedimiento necesitaría ser cuidadosamente elaborado para abordar, entre otras cuestiones, el alcance de la revisión a ser realizada por el tribunal de apelación y se debería tener en cuenta que tal disposición puede no ser ejecutable en ciertas jurisdicciones. Un procedimiento de apelación también aumentaría necesariamente el tiempo y los costes involucrados para la obtención de un laudo final.
- 22 **Sometimiento al arbitraje después de que surja una controversia.** Si bien la mayoría de los acuerdos arbitrales se celebran antes de surgir una controversia, las partes pueden decidir someterse a arbitraje sólo una vez surgida la controversia, aunque tal acuerdo puede ser difícil de lograr en ese momento.
- 23 **Arbitrajes que involucran a partes soberanas.** Comprender las perspectivas y recomendaciones sobre cómo los acuerdos arbitrales y el procedimiento pueden adaptarse para permitir la participación de una parte soberana, las instituciones financieras y los órganos soberanos deberán remitirse al informe de la Comisión *Estados, Entidades Estatales y Arbitraje CCI (States, State Entities and ICC Arbitration)* (2012).
- 24 **Evaluar las vías de acción disponibles conforme a los tratados de inversión.** Antes de realizar una inversión, las instituciones financieras deben determinar si los tratados de inversión aplicables les brindan protección. Después de que un estado haya enablado una acción, una institución financiera deberá determinar si un tratado de inversión le proporciona una vía de acción a través del arbitraje que de otra manera no estaría disponible en sus relaciones contractuales.⁶

5 Para un debate completo sobre este tema, ver el informe de la Comisión acerca de las Decisiones sobre Costes en el Arbitraje Internacional.

6 Según el informe de la Comisión de 2012, *Estados, Entidades Estatales y Arbitraje CCI (States, State Entities and ICC Arbitration)* (párrafo 11), el 18% de los TBIs conocidos permiten la aplicación del Reglamento de la CCI. El Reglamento de la CCI de 2012 incluyó cambios para asegurar su compatibilidad con el arbitraje de tratados de inversión. En particular, el artículo 1(2) se refiere simplemente a las "controversias" y no a las "diferencias en el ámbito de los negocios", como en el artículo 1(1) del Reglamento de 1998; el artículo 13(4) prevé el nombramiento directo de un árbitro por la Corte de la CCI (de ser necesario) cuando se trate de un Estado o entidad estatal; y el artículo 21(2) acerca del derecho aplicable al fondo, sustituyó al artículo 17(2) del Reglamento de 1998, el cual señalaba que el tribunal

25 **Derivados.** La Guía de Arbitraje de 2013 de la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (*International Swaps and Derivatives Association "ISDA"*) está disponible para ayudar en la redacción de las cláusulas de solución de controversias que involucran derivados. Para facilitar un cambio gradual hacia el arbitraje de las controversias sobre derivados, las instituciones financieras pueden utilizar el arbitraje como medio inicial para resolver tipos específicos de controversias sobre derivados, sujeto a la posibilidad de excluirlo en casos particulares (en lugar de tener que optar por él, como suele ocurrir hoy en día). Se podría hacer hincapié en el uso del arbitraje para las controversias relacionadas con derivados para una *commodity* en particular, o para controversias que involucren a contrapartes de una localidad particular.

26 **Financiación islámica.** La financiación islámica sigue siendo un área inexplorada cuando se trata del arbitraje internacional. Para ayudar con una evaluación preliminar de cualquier transacción u operación que involucre una financiación islámica que pueda dar lugar a una controversia, las instituciones financieras podrían optar por designar a profesionales con experiencia en solución de controversias en transacciones financieras islámicas y de controversias en sus consejos de cumplimiento de la fatwa o la sharia. Además, se alienta a las instituciones financieras que se dedican a las transacciones financieras islámicas, así como a las que ofrecen productos financieros islámicos, a desarrollar y fortalecer sus conexiones mundiales y regionales para fomentar debates e intercambios sobre cuestiones de cumplimiento de la sharia y sobre consejos de la sharia y de la fatwa. Esto facilitará el desarrollo de usos y prácticas comunes, que pueden constituir la base de las normas de derecho aplicables.

27 **Políticas internas.** Se recomienda que las instituciones financieras desarrollen sus propias políticas internas sobre el uso del arbitraje internacional y los contenidos preferidos de un acuerdo arbitral, adaptados a las circunstancias y características particulares de su negocio.

28 **Continuar el diálogo con las asociaciones comerciales.** Las instituciones financieras podrían continuar evaluando cómo hacer un uso óptimo del arbitraje a través de sus relaciones con las asociaciones comerciales, universidades, despachos de abogados e instituciones arbitrales. Las asociaciones comerciales que representan a instituciones financieras, las cuales incluyen a la Asociación de Banqueros para las Finanzas y el Comercio (BAFT), la Asociación de Operadores de Mercados Emergentes (EMTA), la Asociación Internacional de Mercados de Capital (ICMA), la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA), la Asociación de Mercado de Préstamos (LMA), y la Asociación de Préstamos Sindicados y Comercialización (LSTA), pueden participar de manera útil en las instituciones de arbitraje en

"atenderá a las disposiciones del contrato", con la redacción que el tribunal "deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato entre las partes, si lo hubiere", lo que reconoce la posible ausencia de contratos entre las partes en un procedimiento de arbitraje de inversión.

nombre de sus miembros, para identificar formas apropiadas de estandarizar las cláusulas de arbitraje en sus respectivos sectores.

III EL ENTORNO CAMBIANTE DE LAS CONTROVERSIAS FINANCIERAS

- 29 El arbitraje forma parte, cada vez más, de las opciones estratégicas que se tienen en cuenta para la resolución de controversias bancarias y financieras transfronterizas. Por ejemplo, los mercados bursátiles organizados, como Euronext, acuden al arbitraje como un método de solución de controversias relacionadas con operaciones de mercado.⁷ Los contratos/documentación relativos al comercio, exportación y financiación de proyectos a veces establecen acuerdos de arbitraje, especialmente cuando se trata de organismos estatales en países emergentes. En casos en los que el arbitraje no se ha contemplado inicialmente, éste podría considerarse a posteriori tras el ejercicio de derechos de intervención o la cesión de cuentas por cobrar que surjan de contratos que prevean el arbitraje.
- 30 Recientemente, ha habido un aumento en el número de iniciativas relativas al arbitraje en sectores especializados, incluyendo la introducción en 2013 de las cláusulas de arbitraje opcional “/SDA^fied” en el Acuerdo Marco de la ISDA. Estas iniciativas complementan las entidades y normativa existentes que tienen por objeto específicamente la utilización del arbitraje en el sector bancario y financiero, tales como PRIME Finance en La Haya (en colaboración con la Corte Permanente de Arbitraje), el Centro de Solución de Controversias Financieras de Hong Kong (FDRC), la Autoridad Reguladora de la Industria Financiera de los Estados Unidos (FINRA) y las Reglas de Arbitraje de Controversias Financieras de la CIETAC. Además, un sinnúmero de conferencias, artículos y trabajos académicos se han dedicado recientemente a este tema.⁸
- 31 Cabe señalar que los reguladores bancarios a veces toman la iniciativa de proponer mecanismos de arbitraje en el sector bancario. Un ejemplo es el FDRC, creado a raíz de la caída de Lehman Brothers como una iniciativa conjunta del regulador de bancos locales (la Autoridad Monetaria de Hong Kong) y la institución local de arbitraje (el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong). En otros lugares, la iniciativa emanó de asociaciones bancarias nacionales. Un ejemplo es el DIRIBAN español, un mecanismo cuasi arbitral creado por la Asociación Bancaria Española con el apoyo del banco central que tiene como objetivo resolver las controversias entre sus miembros.⁹

- 32 El Grupo de Trabajo determinó que el arbitraje internacional en los sectores bancario y financiero existe – en formas y líneas de negocio variadas – pero no se usa a su máximo potencial. El uso limitado del arbitraje parece deberse a la falta de conocimiento de los beneficios del arbitraje internacional en los círculos bancarios, combinado con la opinión tradicional de que el arbitraje no es adecuado para ciertos segmentos del sector bancario.

- 33 **Especificidades del sector bancario y financiero.** El sector bancario y financiero contempla operaciones que no están sujetas a un enfoque de “talla única”. La financiación de exportaciones, por ejemplo, es diferente del arbitraje de valores en el mercado secundario. El enfoque sobre la ponderación de riesgos en la financiación de proyectos con organismos estatales difiere considerablemente del que implica un crédito hipotecario. Además, una gran parte de la industria bancaria no involucra préstamos, como es el caso de los bancos y los fondos especializados que ofrecen servicios de asesoramiento en reestructuración corporativa, préstamos soberanos, cotización de valores y privatización.
- 34 Las instituciones financieras a menudo participan en transacciones comerciales como cualquier otra entidad corporativa. Compran productos, prestan servicios, invierten en participaciones en otras sociedades, acuerdan participar en proyectos de asociaciones en participación con otras partes, juegan con la diferencia de valor de su cartera de instrumentos financieros, descuentan sus cuentas por cobrar a largo plazo o emiten acciones al público, todo lo cual constituyen transacciones comerciales comunes con algunas características peculiares de la banca. El conocido arbitraje del *Banco de Pagos Internacionales* en 2003 sirve de ejemplo.¹⁰ Se espera que las controversias que surjan en el contexto de tales operaciones sean resueltas por árbitros de la misma manera que lo harían entre partes no bancarias. Por el contrario, existe una amplia gama de operaciones bancarias específicas que requieren un entendimiento profundo de las regulaciones bancarias, las prácticas y los modelos de organización utilizados por las instituciones financieras. Por ejemplo:

comercial. Las decisiones del DOCDEX se dictan en inglés, generalmente dentro de dos a tres meses y son confidenciales. Sólo son vinculantes para las partes si todas ellas lo han acordado expresamente. Sin embargo, una decisión del DOCDEX no es un laudo arbitral.

- 10 El Banco de Pagos Internacionales (BIS) fue establecido en 1930 para facilitar la cooperación entre los bancos centrales. En virtud de sus estatutos, las controversias entre el banco y sus accionistas están sujetas a arbitraje. En 2001, una asamblea general de los accionistas del BIS decidió restringir la propiedad de las acciones a los bancos centrales y cancelar todos los certificados de acciones de propiedad privada que existían. Los accionistas excluidos impugnaron el precio fijado por el BIS para el reembolso obligatorio de sus acciones. En el procedimiento arbitral subsiguiente administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, el tribunal se pronunció sobre la cuestión de la valoración adecuada de las acciones canceladas. El Laudo Parcial del 22 de noviembre de 2002 y el Laudo Final del 19 de septiembre de 2003 están publicados íntegramente en la página web de la Corte Permanente de Arbitraje (www.pca-cpa.org).

7 Euronext Rule Book, *Book 1: Harmonised Rules*, Regla 1701 (Grupo Euronext, 1 de julio de 2016).

8 El Grupo de Trabajo ha compilado una bibliografía sobre arbitraje de asuntos bancarios y financieros, la cual estará disponible en línea en www.iccwbo.org.

9 A través de su Centro Internacional de ADR, la CCI también ofrece un procedimiento confidencial, expedito y eficaz en término de costes, conocido como DOCDEX (Peritaje para la Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios), para la solución de controversias relacionadas con los productos de financiación

- (a) Los documentos de transporte presentados en virtud de un crédito del comprador no se examinan, en cuanto a su conformidad documental, necesariamente de acuerdo con los mismos estándares que los aplicables a los créditos documentarios.
- (b) Las garantías bancarias y las contragarantías se conciben como instrumentos independientes, pero atentaría contra la racionalidad económica de la cadena indirecta de garantía, si los tribunales tomaran decisiones irreconciliables (por ejemplo, una que exija al fiador que pague al beneficiario y otra que prive al garante de la oportunidad de solicitar el reembolso del contra garante).
- (c) Localizar una inversión de un proyecto de infraestructura con el propósito de determinar si un tratado de inversión es aplicable, es diferente de localizar valores o swaps desmaterializados. En este último caso, podría ser necesario considerar factores de conexión específicos con el estado receptor, para determinar si la inversión financiera está territorialmente vinculada a ese estado.
- (d) La posición de los acreedores de bancos en dificultades en procedimientos de resolución es diferente de la posición de los acreedores corporativos que tienen deudas aparentemente similares conforme al régimen general de insolvencia. Si bien la recapitalización interna debe ser justa, no discriminatoria y respetuosa del derecho al debido proceso de los acreedores y de los accionistas, conlleva la realización de quitas obligatorias y medidas de conversión, que deben ser analizadas a la luz de su importancia para proteger el sistema bancario del país y evitar la financiación pública del banco en dificultades.
- (e) La decisión de si se aplican sanciones económicas extranjeras a actividades bancarias puede requerir un análisis diferente del que se adopta cuando una regulación similar se dirige a entidades corporativas de otros sectores. El razonamiento debe tener en cuenta la necesaria liquidación de los pagos bancarios en moneda extranjera únicamente a través de bancos corresponsales extranjeros. Este es el caso, independientemente de la nacionalidad y domicilio del beneficiario, de la red internacional de sucursales de los bancos mundiales y de la exigencia en muchos países que los bancos posean un capital de disponibilidad limitada ("ring-fenced capital"), lo que los hace más vulnerables a las exacciones y las ejecuciones locales.
- (f) Las técnicas financieras modernas de financiación islámica dependen del compromiso de las partes de respetar las reglas dictadas por la sharia. Algunos tribunales estatales han expresado inquietud por la aplicación de normas de carácter religioso a la hora de regir las transacciones financieras. El arbitraje internacional ha sido pionero en admitir que normas extralegales puedan ser consideradas como derecho aplicable en el ámbito de los contratos internacionales. Las instituciones experimentadas, incluyendo la CCI, pueden ofrecer un foro más adecuado, combinando la sofisticada experiencia de sus árbitros con el compromiso de ofrecer a las partes el pleno beneficio del entorno legal que seleccionaron originalmente, cuando celebraron su transacción conforme a la sharia.
- 35 En todos estos ejemplos, así como en muchos otros, el arbitraje en el sector bancario y financiero necesita ajustarse a las circunstancias específicas de la operación en cuestión. Las recomendaciones para lograrlo se incluyen más adelante.
- 36 **Arbitraje de inversión e instrumentos financieros.** El Grupo de Trabajo encontró no menos de 47 casos de arbitraje de inversión en las últimas tres décadas (tanto dentro como fuera del sistema CIADI) que tenían relación con instituciones financieras o productos financieros. Estos casos involucraron demandantes o demandados de Europa, África, Asia y América. Los tratados de inversión típicamente se refieren a instrumentos bancarios y financieros y su creciente importancia parece ser la principal causa del mayor interés que está suscitando el arbitraje en el ámbito bancario. Los inversores bancarios no solo pueden buscar la reparación ante tribunales internacionales neutrales (a pesar de que en sus contratos con el estado receptor exista una cláusula de jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales locales), sino que también pueden exigir a los reguladores bancarios que respondan por el trato discriminatorio dispensado al banco inversor regulado, alegando que se le ha denegado el derecho a un trato justo y equitativo.¹¹ Las últimas normas europeas sobre recuperación y resolución bancaria pueden dar lugar a reclamaciones que confirmen el potencial del arbitraje de inversión para reivindicar los derechos de los acreedores y accionistas afectados por las medidas de recapitalización interna.
- 37 En los últimos años, una serie de laudos arbitrales de inversión concluyeron que varios tipos de instrumentos financieros han de ser calificados como inversiones que pueden beneficiarse de la protección prevista en el tratado correspondiente. Los instrumentos financieros que se consideran inversiones incluyen préstamos directos, instrumentos negociables, bonos soberanos y coberturas de precios de petróleo,¹² aunque la determinación de lo que califica como inversión depende tanto de los términos del tratado como de los hechos del caso. Los bonos soberanos se consideraron como una inversión calificada en tres casos CIADI, pero no en un cuarto
- 11 Ver *Deutsche Bank AG v. República Democrática Socialista de Sri Lanka* (Caso CIADI ARB/09/2), Laudo (31 de octubre de 2012) [*Deutsche Bank*]; *Antoine Goetz v. República de Burundi* (Caso CIADI ARB/95/3), Laudo (10 de febrero de 1999). Para un caso en donde el tribunal CIADI sostuvo su jurisdicción *ratione materiae* sobre una reclamación en contra de un banco central regulador pero no otorgó daños, ver *Levy de Levi v. República del Perú* (Caso CIADI ARB/10/17), Laudo (26 de febrero de 2014).
- 12 *Oko Pankki Oyj v. República de Estonia* (Caso CIADI ARB/04/6), Laudo (19 de noviembre de 2007); *Fedax N.V. v. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI ARB/96/3), Laudo (9 de marzo 1998); *Abaclat v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto de 2011) [*Abaclat*]; *Deutsche Bank*.

caso.¹³ Asimismo, se consideró que una garantía bancaria calificaba como inversión en un caso de la CPA conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pero se negó ese beneficio en un caso CIADI.¹⁴

- 38 **La crisis financiera mundial.** La crisis financiera mundial de 2008 trajo consigo una ola de reclamaciones sin precedentes, tanto por parte de las instituciones financieras como contra ellas. Las causas de estas reclamaciones iban desde la recuperación de deudas y acciones de ejecución sobre garantías, hasta reclamaciones por parte de los deudores y sus accionistas contra las instituciones financieras por motivos de negligencia y reclamaciones alegando incumplimiento del deber de diligencia de los prestamistas y asesores financieros. Muchas de esas reclamaciones se agruparon como demandas colectivas. En medio del revuelo provocado por la crisis, pocas instituciones financieras, particularmente en el extranjero, agradecieron la perspectiva de enfrentarse al veredicto de un jurado. Además, se creía que el impacto de esas reclamaciones masivas, alimentaría el interés de las instituciones financieras por el arbitraje.
- 39 Los casos registrados ante instituciones arbitrales entre 2008 y 2010 sugieren un ligero incremento en el número de reclamaciones, probablemente provocadas por la crisis financiera. En sus respuestas a nuestro cuestionario, las instituciones arbitrales no informaron de un cambio notable en el porcentaje de casos que involucraban a instituciones financieras. Consideramos que esto se debe principalmente al hecho que muchas de las instituciones arbitrales encuestadas no tienen un método sistemático para dar seguimiento a este tipo de reclamaciones.
- 40 La crisis financiera mundial también tuvo un impacto considerable en las controversias regulatorias y se espera que este impacto aumente en el futuro. Las medidas de rescate financiero que los gobiernos tuvieron que implementar, para evitar que los bancos globales de importancia sistémica (G-SIBs) se desplomaran, a menudo llevaron aparejadas supuestas expropiaciones o medidas discriminatorias con, en ciertos casos, posibles infracciones de las normas sobre ayudas estatales y del principio de trato justo y equitativo de las inversiones extranjeras. Titulares de bonos y depositantes afectados por recapitalizaciones internas, acreedores no garantizados y accionistas de instituciones financieras nacionalizadas (algunos de los cuales eran ellos

mismos instituciones financieras) han presentado demandas ante tribunales arbitrales de inversión, así como numerosas reclamaciones en tribunales nacionales en relación con esas medidas estatales.¹⁵ La institucionalización de medidas de recapitalización interna tras la entrada en vigor de la Directiva sobre Recuperación y Resolución de Bancos de la UE¹⁶ podría también generar reclamaciones de acreedores y accionistas afectados por una recapitalización interna ante tribunales arbitrales de inversión.

IV EXPERIENCIA DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

- 41 Las entrevistas llevadas a cabo por el Grupo de Trabajo, revelan que la mayoría de las instituciones financieras no tienen experiencia sustancial en el arbitraje internacional: el 70% de los entrevistados no tenían conocimiento acerca de si sus instituciones financieras habían participado en algún procedimiento arbitral en los últimos 5 años; el 24% de las instituciones financieras entrevistadas habían participado en un número reducido de procedimientos de arbitraje internacional en los últimos cinco años, que representan el 5%, o menos, de todas las controversias de la institución financiera; y el 6% de las instituciones financieras entrevistadas habían participado en un mayor número de procedimientos arbitrales.¹⁷
- 42 Las instituciones financieras tienden a favorecer al arbitraje cuando: (i) la operación es importante o particularmente compleja; (ii) la confidencialidad es de gran importancia; (iii) la contraparte es una empresa estatal; y (iv) la contraparte está en una jurisdicción en donde el reconocimiento de sentencias extranjeras es problemático o donde se espera que la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio de Nueva York sería mucho más sencilla que la ejecución de una sentencia de un tribunal.
- 43 Una institución financiera respondió que es más probable someter una controversia a arbitraje, cuando las partes consideran que la confidencialidad que ofrece puede fomentar el llegar a una transacción respecto al tema objeto de la controversia, antes de que el laudo sea emitido. Como ejemplo se citó una controversia que surgió de la adquisición por parte de un fondo de cobertura de una participación en una empresa sujeta a un *squeeze-out*.

13 *Abaclat; Ambiente Ufficio S.p.A. v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/08/9), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (8 de febrero de 2013); *Giovanni Alemanni v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/07/8), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (17 de noviembre de 2014); *Poštová banka, a.s. e ISTROKAPITAL SE v. República Helénica* (Caso CIADI ARB/13/8), Laudo (9 de abril de 2015) [Poštová].

14 *Joy Mining Machinery Ltd. v. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI ARB/03/11), Laudo sobre Jurisdicción (6 de agosto de 2004).

15 *Poštová; Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos v. República de Chipre* (Caso CIADI ARB/13/27).

16 Directiva 2014/59/EU del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de mayo de 2014 que establece el marco para la recuperación y liquidación de instituciones de crédito y firmas de inversión.

17 Una de las instituciones financieras entrevistadas indicó que había estado involucrada en alrededor de 100 procedimientos arbitrales, y que tales procedimientos excedieron el número de sus procedimientos ante tribunales nacionales, particularmente en los Estados Unidos.

A Preferencias en la gestión y el desarrollo del arbitraje

(i) Políticas y directrices

44 La mayoría de las instituciones financieras entrevistadas no tenían políticas internas ni directrices precisas sobre el recurso al arbitraje, pero varias mencionaron que adoptan enfoques diferentes según la región o regiones en cuestión. Por ejemplo, una institución financiera indicó que, por razones de costes, seleccionaría el arbitraje sólo cuando su contraparte se encuentre en una jurisdicción que no reconozca sentencias extranjeras, o cuando la contraparte sea una entidad soberana.

(ii) Arbitraje institucional frente arbitraje *ad hoc*

45 La mayoría de las instituciones financieras entrevistadas prefirieron el arbitraje institucional, ya que las instituciones han establecido reglas procesales y suelen estar acostumbradas a manejar controversias complejas y de alto valor. La CCI, LCIA, HKIAC y SIAC son las instituciones cuyos reglamentos son más frecuentemente seleccionados, aunque ocasionalmente se han elegido procedimientos *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

46 Las sedes de arbitraje que más se escogen normalmente son, en orden alfabético, Ginebra, Hong Kong, Londres, Nueva York, París, y Singapur.

47 El idioma que más se elige normalmente es el inglés.

(iii) Selección de árbitros

48 Las instituciones financieras generalmente prefieren tribunales de tres miembros, con el presidente nombrado por los dos co-árbitros. Sin embargo, se acepta que en asuntos más sencillos pueda ser adecuado un árbitro único. Los criterios que consideran importantes a la hora de seleccionar árbitros incluyen: pericia y experiencia en la industria, disponibilidad y capacidad de respuesta, sentido común, habilidades lingüísticas e independencia e imparcialidad.

(iv) Cláusulas específicas (escalonadas, asimétricas, de apelación)

49 Las cláusulas escalonadas (en donde un método alternativo de solución de controversias como la negociación o la mediación precede al arbitraje) son poco utilizadas en acuerdos que involucran a las instituciones financieras. Sin embargo, la mediación se utiliza frecuentemente aunque sin un compromiso contractual anterior.

50 Las cláusulas asimétricas o de opción unilateral, las cuales permiten a una de las partes elegir una jurisdicción competente (incluso arbitraje), mientras que la otra parte está vinculada a una jurisdicción exclusiva predeterminada, anteriormente se utilizaban con regularidad pero hoy en día son menos comunes en las regiones

donde su ejecución ha sido impugnada.¹⁸ Sin embargo, esas cláusulas siguen siendo vistas con respeto por varias instituciones financieras, que consideran que el procedimiento judicial les proporciona mayor seguridad jurídica.

51 La mayoría de las instituciones financieras perciben como una ventaja del arbitraje en comparación con el procedimiento judicial, el carácter final de un laudo arbitral y los motivos limitados para su impugnación. Sin embargo, algunas instituciones financieras desean disponer de un medio de apelación en el arbitraje, siempre que ello no menoscabe la certidumbre y exista un acuerdo inicial entre las partes, sobre las circunstancias en las que una parte pueda apelar un acuerdo en cuanto a la duración del procedimiento.

B Ventajas percibidas del arbitraje

52 **Ejecución.** Al igual que con el arbitraje en general, una consideración importante en la mayoría de los casos bancarios y financieros es la cuestión de la ejecución transfronteriza. Varias instituciones financieras encuestadas consideraron la obligatoriedad de cumplir con la Convención de Nueva York como una ventaja clave del arbitraje comparado con el procedimiento judicial. Es mucho más probable que un laudo arbitral sea ejecutado, y que esta ejecución sea sencilla, a que lo sea una sentencia judicial. Sin embargo, algunos bancos indicaron que se enfrentan a dificultades a la hora de ejecutar los laudos arbitrales, incluso en los países que son parte de la Convención de Nueva York. Para los préstamos y la financiación en los mercados emergentes, una institución informó que las agencias se muestran más favorables ante documentación de la operación que contiene un acuerdo de arbitraje, en lugar de una cláusula de jurisdicción sometiendo las controversias a los tribunales estatales.

53 **Experiencia técnica.** La capacidad de nombrar árbitros con experiencia en sectores específicos se percibe como una ventaja clave del arbitraje en asuntos bancarios y financieros. Varias instituciones financieras opinaron que los árbitros deberían tener experiencia y conocimiento del sector financiero en cuestión. Aunque los tribunales en la jurisdicción de la propia institución financiera pueden encontrarse en condición de dictar sentencias sólidas, los tribunales de la jurisdicción de una contraparte pueden carecer de experiencia o pueden suscitar inquietudes con respecto a la neutralidad.

18 Ver e.g. Corte Suprema de Bulgaria, 2 de septiembre de 2011, sentencia 71, caso 1193/2010; Corte Suprema Mercantil rusa (Arbitrazh), 19 de junio de 2012, *CJSC Russian Telephone Company v. Sony Ericsson Mobile Communications Rus LLC*, No.1831/12, Resolución (19 de junio de 2012); Corte de Casación francesa, 1ª Sala Civil, 26 de septiembre de 2012, *Mme X v. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe*, No. 11-26.022 (aunque una decisión francesa reciente confirmó que las cláusulas de jurisdicción asimétrica son válidas siempre y cuando la opción contenga un criterio objetivo para determinar los tribunales competentes: Corte de Casación, 1ª Sala Civil, No. 14-16898 (7 de octubre de 2015); ver en general G. Affaki & H. Grigera Naón, *Opciones Jurisdiccionales en Tiempos de Problemas* (Jurisdictional Choices in Times of Trouble) (CCI, 2015).

- 54 **Flexibilidad.** Otra ventaja del arbitraje para las instituciones financieras, a la hora de satisfacer sus necesidades, es la flexibilidad procesal, incluyendo la facultad de diseñar los procedimientos, el idioma del arbitraje, la selección de los árbitros y la presentación de pruebas. Sin embargo, pocas de las instituciones financieras entrevistadas mostraron plena conciencia de la inmensa flexibilidad que ofrece el arbitraje o de la variedad de cuestiones procesales que las partes pueden acordar antes o durante el procedimiento. Las instituciones financieras que estaban convencidas de las ventajas del arbitraje dijeron que sería bien recibida una reformulación de las posibilidades que el arbitraje permite (esto es, un manual del usuario). Como señaló una institución financiera que favorece el arbitraje, “el Banco quiere procedimientos y reglas claramente definidas para sus transacciones corporativas”.
- 55 **Confidencialidad.** La confidencialidad con frecuencia es un factor determinante en la preferencia de una institución financiera por el arbitraje internacional, ya en la medida en la que sea reconocida por la *lex arbitri*, ya sea impuesta conforme a las reglas de la institución administradora o incorporada en el acuerdo de las partes. Sin embargo, la confidencialidad también se considera indeseable en el contexto de determinadas actividades bancarias, como los derivados y los préstamos sindicados, en los que se busca un alto grado de estandarización. La necesidad de precedentes supera las ventajas de la confidencialidad en aquellas áreas bancarias y financieras donde estos son de importancia. El arbitraje conforme al Reglamento de la CCI es privado, pero no expresamente confidencial, por lo que si se requiere confidencialidad se debe incluir una disposición a tal efecto en la cláusula de solución de controversias.
- 56 **Finalidad.** La capacidad limitada de las partes para apelar un laudo arbitral se percibe generalmente como otra ventaja del arbitraje internacional. Una institución financiera concluyó que permitir que la parte perdedora tuviera acceso a un mecanismo de apelación similar al de los tribunales privaría al proceso de su carácter final. Otra observó que el carácter final del arbitraje es deseable, siempre que el proceso se haya realizado de una forma adecuada. Haciéndose eco de los recientes acontecimientos, tanto en el arbitraje de inversión como en el arbitraje comercial, algunas instituciones financieras expresaron interés en explorar la posibilidad de incluir un mecanismo de apelación en el arbitraje, sujeto al consentimiento expreso de todas las partes de la controversia.
- 57 **Neutralidad.** La neutralidad política percibida respecto del arbitraje se considera ventajosa para el sector bancario, en particular para las organizaciones multinacionales y otras instituciones que prestan o asesoran a las partes en los países en desarrollo. El sometimiento de controversias al arbitraje en una sede neutral, aunque se rija por la ley local de la empresa del cliente o un cuerpo legal neutral, representa una propuesta menos controvertida que la sumisión a tribunales ingleses o de Nueva York, por ejemplo.
- C Limitaciones percibidas del arbitraje**
- 58 **Medidas cautelares y provisionales.** Pocas instituciones financieras tienen conocimiento de que el Reglamento de la CCI, como el reglamento de la mayoría de instituciones arbitrales, establece un procedimiento para el nombramiento de un árbitro de emergencia, el cual examina las solicitudes de medidas cautelares y provisionales antes de que se constituya un tribunal. Se ha percibido como una desventaja del arbitraje dentro del sector bancario la necesidad de recurrir a los tribunales nacionales para obtener medidas cautelares y provisionales antes de que un tribunal arbitral sea constituido, por lo que la existencia del procedimiento de árbitro de emergencia mitigará esta preocupación. Las instituciones financieras parecen estar adaptando sus cláusulas de arbitraje para abordar la cuestión de las medidas cautelares y provisionales. Una institución financiera informó que su práctica consistía en elegir sedes de arbitraje como Nueva York, Londres, París, Hong Kong y Singapur, donde puede estar segura de acceder a los tribunales nacionales para conseguir medidas cautelares y provisionales.
- 59 **Laudos sumarios/dictados en rebeldía.** La ausencia de resolución sumaria en el arbitraje (a menos que las partes así lo hayan acordado), la cual permitiría la rápida consideración de las reclamaciones en casos evidentes y susceptibles de decisión inmediata, sigue siendo vista como desfavorable por el sector bancario. Del mismo modo, la creencia de que un tribunal arbitral es incompetente para dictar una sentencia en rebeldía, incluso si una de las partes no comparece en el procedimiento, se considera una desventaja tanto en términos de costes como de eficiencia. Sin embargo, esta cuestión puede remediarse si las partes autorizan expresamente al tribunal arbitral la facultad de decidir las reclamaciones, o parte de ellas, de forma sumaria. Alternativamente, en ausencia de un acuerdo, una parte puede solicitar al tribunal arbitral que use sus facultades, según lo confiera el derecho aplicable o las reglas institucionales, para tratar una reclamación de manera expedita o limitada. Generalmente se entiende que un tribunal puede continuar con un procedimiento incluso si una parte no participa, siempre que esa parte haya sido debidamente notificada de la existencia del arbitraje.
- 60 **Acumulación.** En relación con transacciones complejas que involucren multiplicidad de contratos, las instituciones financieras han expresado su preocupación por el riesgo de verse involucradas en varios procedimientos paralelos, aunque relacionados. El arbitraje CCI permite que una parte solicite la acumulación de los arbitrajes pendientes por separado en las condiciones establecidas en el Artículo 10 del Reglamento de la CCI. Sin embargo, la acumulación no será impuesta o requerida, cuando la lógica

económica subyacente a la operación bancaria milita a favor de aislar la operación del grupo de contratos relacionados. Este sería el caso, por ejemplo, en el contexto de una financiación de proyectos, cuando no se espera que la obligación de la empresa encargada del proyecto de reembolsar a los prestamistas se vea, salvo acuerdo o circunstancias específicas en contrario, afectada por la ejecución del contrato.

- 61 **Sentar precedentes.** Excepto para las áreas de fusiones y adquisiciones, gestión de activos y servicios de consultoría bancaria, donde la confidencialidad es de suma importancia, en el resto de áreas algunas instituciones financieras consideran la falta de precedentes como una desventaja del arbitraje. El establecimiento de precedentes con respecto a los formatos estándar internacionalmente reconocidos, tales como los acuerdos marco de la Asociación de Mercado de Préstamos (LMA) o el Acuerdo Marco de la ISDA, es de gran importancia. Si las partes lo acuerdan, se podrá publicar un laudo que de otro modo sería confidencial (con la posibilidad de utilizar cierta censura para evitar la divulgación de información confidencial). En las industrias secundarias donde el establecimiento de precedentes es importante, se podría acordar un estándar en toda la industria, obligando a las instituciones a publicar los laudos revisados con el acuerdo de las partes. La CCI y otras instituciones de arbitraje publican periódicamente los laudos revisados, a menos que las partes lo prohíban expresamente.
- 62 **Costes.** En algunas jurisdicciones (aquellas en las que los procedimientos judiciales son mínimos, es decir, audiencias cortas, sin examen de testigos), el arbitraje se considera más caro que el litigio. A fin de conducir eficazmente el procedimiento y reducir los costes, las partes pueden adoptar una o más de las técnicas sugeridas en el informe de la Comisión sobre *Control del Tiempo y los Costes en el Arbitraje (Controlling Time and Costs in Arbitration)*.
- 63 **Falta de transparencia.** Algunos de los entrevistados expresaron cierta preocupación sobre la falta de transparencia en el arbitraje y más específicamente, sobre la percepción del arbitraje como un club exclusivo. Algunos admitieron que no se sentían cómodos al “navegar” en este mundo. Sin embargo, ha de señalarse que el objetivo de las recientes reformas en la CCI ha sido la transparencia, decidiendo, por ejemplo, publicar los nombres de todos los árbitros que actúan en casos presentados después del 1 de enero de 2016, siempre y cuando las partes no se opongan a ello.
- 64 **Insolvencia y ejecución de garantías.** Un tribunal arbitral no puede iniciar un procedimiento de insolvencia ni dejar de acatar una orden judicial relativa al inicio de dicho procedimiento. Tampoco tiene derecho a nombrar a un administrador de la empresa en insolvencia, ni a considerar si la reclamación de un acreedor ante el tribunal arbitral lo exime de la necesidad de presentar su crédito ante el administrador de la empresa en

insolvencia designado por el tribunal. Del mismo modo, un tribunal arbitral no puede imponer una sanción a un deudor, que está protegido por un procedimiento de insolvencia pendiente, por falta de pago de una cantidad establecida en una orden provisional o un laudo. Sin embargo, las reclamaciones contractuales que no se ven afectadas por la suspensión impuesta por el procedimiento de insolvencia son claramente arbitrables, incluso si el laudo afectara a la validez o al monto de tales reclamaciones. Por ejemplo, un tribunal arbitral tiene jurisdicción para decidir si la reclamación de un banco contra un prestatario debe ser pagada, incluso si el prestatario está sujeto a un procedimiento de insolvencia. También es competente para decidir si la apertura de un procedimiento de insolvencia contra una parte activa una cláusula de incumplimiento cruzado en el contrato de préstamo o a un contrato derivado con una parte relacionada. En esencia, un tribunal arbitral puede hacer valer su jurisdicción sobre todos los asuntos que no están específicamente dentro de la jurisdicción exclusiva del tribunal de la insolvencia.

- 65 Las leyes modernas sobre garantías proporcionan al acreedor garantizado un medio extrajudicial para hacer valer su derecho sobre la garantía, ya sea mediante auto-apropiación o venta extrajudicial, si así lo acuerdan el otorgante y el acreedor. Si bien un tribunal arbitral no puede sustituir a un tribunal nacional en asuntos de ejecución que son atribuidos exclusivamente a ese tribunal por el derecho aplicable, sí puede arbitrar disputas privadas de ejecución, según lo acordado entre las partes y siempre que lo permita el derecho aplicable. El Grupo de Trabajo señala (aprobatoriamente) el artículo 67 de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (2002), que dispone lo siguiente: “Cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de mutuo acuerdo y de conformidad con la legislación de este Estado”.

V DERIVADOS

- 66 Los derivados se negocian tanto en mercados de derivados especiales (mercados regulados de derivados o *ETD*) como mercados extrabursátiles (*over-the-counter* o *OTC*). El comercio de derivados OTC representa la mayor parte del comercio de derivados. A finales de 2014, el mercado de OTC tenía un valor nominal total pendiente de aproximadamente USD 630 trillones. Se trata de un área importante de la actividad financiera y, por lo tanto, resulta interesante examinar las opciones de solución de controversias sobre derivados para, en lo posible, mejorarlas en beneficio de los participantes.¹⁹

¹⁹ Las cuestiones relevantes del arbitraje sobre controversias de derivados también se aplican a otras esferas de los mercados de capitales, tales como capital y deuda en los mercados capitales. Sin embargo, dada la importancia de las controversias sobre derivados, y las cuestiones similares que surgen en ambos contextos, nos hemos centrado en los primeros.

- 67 Las transacciones de derivados dan lugar a una multitud de controversias, incluidas aquellas que involucran: (a) ventas abusivas y asesoramiento incorrecto en materia de inversión; (b) cálculos de flujos de pago y liquidaciones; (c) incidencia de eventos específicos o cálculo de fechas; (d) cantidad y calidad de los productos; y (e) diversos derechos y obligaciones impuestos por los Acuerdos Marco de la ISDA que rigen la mayoría de las transacciones de derivados OTC.
- 68 El marco internacional del arbitraje de controversias de derivados ha ido evolucionando. Los Acuerdos Marco de la ISDA tradicionalmente preveían la vía judicial para la resolución de controversias de derivados en tribunales ingleses o de Nueva York, pero el arbitraje se ha presentado cada vez más como una alternativa viable al litigio. La Guía de Arbitraje de la ISDA (2013) proporciona información y orientación acerca del arbitraje de controversias de derivados y ofrece a las partes una serie de cláusulas arbitrales modelo que pueden ser incorporadas en sus Acuerdos Marco de la ISDA.²⁰ Las controversias pueden resolverse conforme a una serie de reglamentos de instituciones arbitrales, algunas de las cuales ofrecen normas procesales especiales diseñadas para controversias financieras.
- 69 El conocimiento del arbitraje también ha crecido. Las entrevistas realizadas por el Grupo de Trabajo a representantes de bancos e instituciones financieras involucrados en operaciones de derivados indican que su familiaridad con el arbitraje y la disposición de utilizarlo ha ido en aumento, pero también se indica que se puede hacer más para seguir fomentando esta tendencia. Los entrevistados también precisaron que mientras el arbitraje sobre derivados es un sistema alternativo de resolución de conflictos menos utilizado en Europa, sí destaca su uso en las disputas en las que las contrapartes provienen de mercados emergentes. Esto se debe en gran medida a: (a) la dificultad de ejecutar decisiones judiciales en un cierto número de jurisdicciones en mercados emergentes, y (b) la satisfacción general, hasta ahora, con la ejecución de las decisiones de los tribunales estatales en Europa.
- 70 Además, dada la complejidad inherente a muchos productos de derivados, los entrevistados enfatizaron que la experiencia y el conocimiento financiero de quienes toman las decisiones es crítica para el resultado de una controversia. En este sentido, el arbitraje puede ofrecer una ventaja sobre el litigio, en donde las partes no pueden seleccionar a los jueces que resolverán su controversia. Del mismo modo, la ejecución de los laudos arbitrales puede persuadir a las partes a optar por el arbitraje para reducir los gastos y la incertidumbre asociada con los procedimientos de ejecución. Aunque los participantes del mercado en el sector financiero valoran la predictibilidad y los precedentes disponibles al público, la confidencialidad y la posibilidad
- de un procedimiento expedito de solución de controversias son factores importantes que podrían conducir a las partes a elegir el arbitraje sobre el litigio cuando las circunstancias lo justifiquen.²¹
- 71 Si bien los entrevistados tenían diversos puntos de vista sobre los méritos del arbitraje en las controversias de derivados, generalmente estaban dispuestos a someter a arbitraje tales controversias cuando las contrapartes así lo sugirieran. Esto es crucial porque una de las razones principales por las que el arbitraje es menos utilizado en el contexto europeo parece ser el hecho de que todavía no se considera una opción “por defecto” para la solución de controversias, sino más bien una opción que los bancos e instituciones financieras considerarían si se les presentara en ciertas operaciones.
- 72 El Acuerdo Marco de la ISDA ya ofrece un marco para un mayor uso del arbitraje por parte de bancos e instituciones financieras. La cuestión es cómo llevar esto aún más lejos, es decir, cómo ese marco puede ser realmente aplicado y utilizado con mayor facilidad y frecuencia.

VI FINANCIACIÓN SOBERANA

- 73 Las instituciones financieras y los soberanos tienen muchos tipos de acuerdos para los cuales el arbitraje puede usarse como un mecanismo de solución de controversias. Esta sección se centra en los bonos y los instrumentos de mercado de capital, que son ampliamente utilizados por los soberanos y que documentan cientos de miles de millones de dólares de crédito extendido a soberanos. El arbitraje también estaría disponible como un mecanismo de solución de controversias cuando los soberanos celebren contratos de préstamo, garantías de préstamo, contratos de custodia, contratos de administración de inversiones, contratos de derivados, contratos de adquisición, acuerdos de accionistas, contratos de productos básicos y contratos de servicios financieros como banca de inversión. Otras secciones de este Informe examinan muchas de estas relaciones y, junto con esta sección, pueden ser ilustrativas cuando un soberano esté involucrado.²²
- 74 Para determinar el uso actual del arbitraje internacional en el contexto de la financiación islámica, el Grupo de Trabajo revisó la documentación de los bonos emitidos por

21 Se le informó al Grupo de Trabajo que los abogados que se especializan en controversias relacionadas con derivados consideran que debido a que las operaciones de derivados con frecuencia involucran un riesgo sistémico, existen algunas controversias que las instituciones financieras quieren resolver fuera del dominio público para evitar cualquier impacto en el mercado y en tal circunstancia optan por un acuerdo posterior a la controversia para someterse al arbitraje.

22 Otra fuente útil con respecto al arbitraje internacional que involucra a partes soberanas es el informe de la Comisión Estados, Entidades Estatales y Arbitraje CCI (*States, State Entities and ICC Arbitration*) (2012).

92 gobiernos soberanos.²³ De los 92 bonos soberanos,²⁴ 82 se emitieron entre 2010 y 2015. El arbitraje estaba disponible como medio de solución de controversias en 18 de los 92 bonos soberanos. Con estos 18 bonos que representan el 20% de la muestra de 92 bonos, la elección del arbitraje como medio de solución de controversias en el contexto de la financiación soberana es más frecuente de lo que generalmente se percibe.

- 75 De los 18 bonos soberanos que previeron el uso de arbitraje, 16 pusieron a disposición el arbitraje a los titulares de bonos y al emisor, mientras que los otros dos pusieron a disposición el arbitraje a los titulares de bonos solamente. De los mismos 18 bonos soberanos, siete pusieron el litigio a disposición de los titulares de bonos solamente, seis pusieron a disposición el litigio a ambas partes y cinco dispusieron el arbitraje como único método de solución de controversias.
- 76 De las más de 50 instituciones financieras entrevistadas por el Grupo de Trabajo, 33 respondieron a la pregunta sobre si la institución financiera estaría más o menos inclinada a elegir el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el contexto de un contrato con una contraparte soberana.²⁵ De estas 33 instituciones, 22 (67%) indicaron que estarían más dispuestas a seleccionar el arbitraje, mientras que sólo cinco (15%) indicaron que estarían menos dispuestas a seleccionar el arbitraje. Las seis instituciones financieras restantes (18%) indicaron que estarían igualmente inclinadas a seleccionar el arbitraje, o que su inclinación dependería de las circunstancias fácticas del contrato.
- 77 Algunos entrevistados hicieron comentarios adicionales sobre los factores que les llevarían a ser más propensos a seleccionar el arbitraje como el medio preferido para la solución de controversias en el contexto de acuerdos con una contraparte soberana. El factor más comúnmente citado fue la neutralidad, a saber, la capacidad de evitar el litigio de controversias ante tribunales en la jurisdicción de la contraparte soberana, así como la capacidad de nombrar árbitros que están fuera del ámbito de influencia de la contraparte soberana. Los otros factores mencionados reflejan las ventajas comúnmente percibidas acerca del arbitraje a nivel general: la flexibilidad en el procedimiento arbitral, la confidencialidad, la capacidad de nombrar árbitros con la experiencia pertinente y la ejecución de los laudos arbitrales.
- 78 En el contexto de la financiación soberana, la falta de pago es la causa más común por la que se suscitan controversias. En tal caso, la experiencia del adjudicador puede ser un factor menos

importante, mientras que la capacidad de ejercer control sobre la duración de un procedimiento puede ser de una mayor importancia para las instituciones financieras. En el contexto de las controversias financieras soberanas sobre la falta de pago, el arbitraje entre inversores y estados puede ofrecer menos beneficios potenciales en comparación con los beneficios que podría ofrecer en otros contextos.²⁶ Sin embargo, para controversias financieras más complicadas que involucren soberanos (por ejemplo, controversias sobre procesos utilizados para la reestructuración de la deuda soberana), pueden resultar más pertinentes varias características del arbitraje inversionista-estado, incluyendo el trato nacional y las obligaciones de nación más favorecida.

VII ARBITRAJE DE INVERSIÓN

- 79 El arbitraje de inversión ha crecido exponencialmente en los últimos 20 años. Existen más de 3,000 tratados bilaterales de inversión (TBIs), que involucran a prácticamente todos los países y que otorgan protecciones sustantivas a los inversores extranjeros que pueden ser efectuadas a través del arbitraje. El arbitraje sobre controversias de inversión sigue siendo un tema importante en la negociación de tratados multilaterales entre la región de América y Asia-Pacífico (el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP)), los Estados Unidos y la Unión Europea (la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP)) y la Unión Europea y Canadá (el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA)). Dichos tratados o acuerdos internacionales de inversión (AIs) incluyen generalmente el derecho a un trato justo y equitativo, al trato nacional y al trato de nación más favorecida, la prohibición del trato arbitrario o discriminatorio, la indemnización obligatoria por expropiación y el derecho a la libre transferencia de fondos a través de las fronteras del estado receptor.
- 80 El Grupo de Trabajo analizó las protecciones conferidas por los AIs y los mecanismos de solución de controversias inversionista-estado (ISDS) y consideró: (i) si las instituciones financieras contemplan las protecciones otorgadas por estos mecanismos en el momento en que se realizan inversiones o sólo ex post facto; (ii) si las instituciones financieras y los estados están satisfechos con los niveles actuales de protección de los AIs en vista de la reciente redacción de tratados como el CETA, TPP o TTIP; y (iii) si se considera o no que los tribunales de inversión son suficientemente sofisticados para llegar a decisiones adecuadas. Estas preguntas son muy pertinentes porque los AIs podrían o deberían ser herramientas útiles para las instituciones financieras ya que ofrecen protecciones sustantivas y procesales a los actores económicos extranjeros en un determinado estado receptor.

23 El Grupo de Trabajo encontró relativamente poca evidencia de procedimientos de arbitraje comercial que involucran financiación a soberanos, en contraposición a organismos soberanos (por ejemplo, empresas estatales).

24 A efectos de esta evaluación, los bonos emitidos por Abu Dhabi y Hong Kong, así como un *sukuk* expedido por Malasia, se incluyeron como bonos soberanos.

25 Ver Anexo I, pregunta 16. La pregunta abarcaba contratos y, por lo tanto, no se limitaba a bonos.

26 La Sección VII de este Informe revisa el arbitraje inversionista-estado dentro de un contexto más amplio del sector financiero internacional.

- 81 En primer lugar, el Grupo de Trabajo examinó las cinco cuestiones jurisdiccionales clave que surgen en los casos de ISDS que involucran a instituciones financieras o sus accionistas y/o instrumentos financieros.
- (a) Cuestiones *ratione materiae*: este tipo de cuestiones han sido planteadas en por lo menos 18 procedimientos de arbitraje de inversión que involucran a instituciones financieras, 16 de las cuales resultaron en un laudo o decisión sobre jurisdicción,²⁷ o en un laudo combinado sobre jurisdicción y fondo.²⁸ La abrumadora mayoría de los tribunales mantuvieron su jurisdicción sobre el tema de la controversia.
- (b) Cuestiones *ratione personae*: se han formulado objeciones sobre esta base en no menos de 13 controversias de inversión, dos de las cuales aún están pendientes.²⁹ En muchos casos, las objeciones se referían a si el inversionista era realmente un inversionista extranjero o simplemente un inversionista nacional,³⁰ pero también se plantearon argumentos sobre la viabilidad de una reclamación cuando la parte demandante estaba controlada por un estado y no por un inversionista privado.³¹
- (c) Cuestiones *ratione temporis*: se formularon objeciones en al menos siete controversias de inversión³² en relación con reclamaciones que supuestamente habían surgido antes de la entrada en vigor del instrumento jurídico pertinente o después de que las protecciones invocadas hubieran dejado de ser vinculantes para el estado parte en la controversia.
- (d) Cuestiones *ratione loci*: éstas han sido planteadas en al menos siete procedimientos de arbitraje de inversión.³³ Se trataba de determinar si la inversión estaba protegida y, en particular, si el instrumento o actividad económica podía considerarse como una inversión “en el territorio” del estado receptor con fines jurisdiccionales. En el caso de los instrumentos financieros, la determinación de si las inversiones se hacen realmente dentro del territorio del estado receptor puede implicar una evaluación de hechos y derecho ambiguos. Los tribunales adoptaron de manera consistente un enfoque completamente funcional a fin de determinar en qué medida la inversión tendría realmente un impacto en el estado receptor, centrándose más en el resultado final que en la evaluación de la naturaleza de la propia inversión. Se trata de un test hecho a la medida para los instrumentos financieros y resulta muy favorable a la retención de la jurisdicción.
- (e) Cuestiones *voluntatis causae*: cinco casos que involucran a instituciones financieras o intereses en instituciones financieras abordaron una objeción de que no había acuerdo para someterse a arbitraje,³⁴ pero ningún tribunal ha resuelto una controversia de inversión que involucre a entidades financieras en donde se haya declinado la jurisdicción sobre esta base hasta la fecha.
- 82 En segundo lugar, el Grupo de Trabajo analizó las cuestiones sustantivas. Los dos estándares principales invocados por los inversores en casos concernientes a la interferencia del estado con respecto a las instituciones financieras son: (a) trato justo y equitativo y (b) prohibición de la expropiación.
- (a) El trato justo y equitativo (TJE), específicamente bajo la forma de la protección de expectativas legítimas,³⁵ es el estándar principal que los
- 27 En el lenguaje del arbitraje de inversión, una decisión sobre jurisdicción se denomina normalmente “decisión sobre jurisdicción” si alguna de las objeciones presentadas se desecha y el caso continúa en el fondo, y “laudo sobre jurisdicción” si alguna objeción a la jurisdicción se admite y por lo tanto el caso no procede al fondo.
- 28 Ver *ABCI Investments Limited v. República Tunecina* (Caso CIADI ARB/04/12) [*ABCI Investments*]; *Alex Genin y otros v. República de Estonia* (Caso CIADI ARB/99/2), Decisión sobre Jurisdicción (18 de febrero de 2011); *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI ARB/12/20), Laudo (25 de junio de 2001) [*Blue Bank*]; *British Caribbean Bank Ltd v. Gobierno de Belice* (Caso CPA 2010-18, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo (19 de diciembre de 2014); *Československa obchodní banka, a.s. v. República Eslovaca* (Caso CIADI ARB/97/4), Laudo (29 de diciembre de 2004) [*Československa obchodní banka*]; *Continental Casualty Company v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/03/9), Laudo (5 de septiembre de 2008) [*Continental Casualty*]; *Daimler Financial Services AG v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/05/1), Laudo (22 de agosto de 2012) [*Daimler Financial Services*]; *Deutsche Bank AG v. República Democrática Socialista de Sri Lanka* (Caso CIADI ARB/09/2), Laudo (31 de octubre de 2012) [*Deutsche Bank*]; *Fireman's Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI ARB(AF)/02/1), Laudo (17 de julio de 2006); *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. República de Indonesia* (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo Final (15 de diciembre de 2014) [*Hesham Talaat M. Al-Warraq*]; *Invesmart BV v. República Checa* (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo (26 de junio de 2009) [*Invesmart*]; *KT Asia Investment Group B.V. v. República de Kazajistán* (Caso CIADI ARB/09/8), Laudo (26 de junio de 2009) [*KT Asia Investment Group*]; *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/03/5), Decisión sobre Jurisdicción (27 de abril de 2006), Laudo sobre el Fondo (6 de junio de 2008) [*Metalpar*]; *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG y Sampo Bank Plc v. República de Estonia* (Caso CIADI ARB/04/6), Laudo (19 de noviembre de 2007); *Poštová banka, a.s. y ISTROKAPITAL SE v. República Helénica* (Caso CIADI ARB/13/8), Laudo (9 de abril de 2015) [*Poštová*]; *Rafat Ali Rizvi v. República de Indonesia* (Caso CIADI ARB/11/13), Laudo sobre Jurisdicción (16 de julio de 2013); *Renee Rose Levy de Levi v. República del Perú* (Caso CIADI ARB/10/17), Laudo (26 de febrero de 2014) [*Renee Rose Levy de Levi*]; *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI ARB/12/18) [*Valle Verde*]. Los casos *Blue Bank* y *Valle Verde* se encuentran pendientes.
- 29 Ver *ABCI Investments*; *Blue Bank*; *Československa obchodní banka*; *Continental Casualty*; *Daimler Financial Services*; *Deutsche Bank*; *Hesham Talaat M. Al-Warraq*; *Invesmart*; *KT Asia Investment Group*; *Renee Rose Levy de Levi*; *Saluka Investments v. República Checa* (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo Parcial (17 de marzo de 2006) [*Saluka*]; y *Valle Verde*. Los casos *Blue Bank* y *Valle Verde* se encuentran pendientes.
- 30 Ver *Renee Rose Levy de Levi y Valle Verde*.
- 31 Ver *Československa obchodní banka y Blue Bank*.
- 32 Ver *ABCI Investments*; *Blue Bank*; *Continental Casualty*; *Daimler Financial Service*; *Metalpar*; *Poštová*; y *Valle Verde*. De estos, los casos *Blue Bank* y *Valle Verde* se encuentran pendientes.
- 33 Ver *Fedax N.V. v. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI ARB/96/3), Laudo (9 de marzo de 1998) [*Fedax*]; *British Caribbean Bank*; *Československa obchodní banka*; *Deutsche Bank*; *Abaclat y otros v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto de 2011); *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/08/9), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (8 de febrero de 2013) [*Ambiente*]; *Giovanni Alemanni y otros v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/07/8), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (17 de noviembre de 2014) [*Alemanni*].
- 34 Ver *ABCI Investments*; *Československa obchodní banka*; *Continental Casualty*; *Hesham Talaat M. Al-Warraq*; y *Metalpar*.
- 35 *Invesmart*, Laudo (26 de junio de 2009) párr. 202.

inversores invocaron para proteger sus derechos en casos que involucraron a instituciones financieras. El inversionista no debería esperar estabilidad jurídica absoluta (por supuesto, a menos que el estado se haya comprometido en particular con el inversionista); generalmente, el derecho de regular atribuido al estado no deberá ser obstaculizado de forma irrazonable.³⁶ Además, con respecto al TJE: (i) las expectativas deben ser razonables, (ii) deben emanar del entorno empresarial correspondiente al tiempo de realizarse la inversión, (iii) la propia conducta del inversionista se tiene en cuenta al analizar la obligación del inversionista de llevar a cabo su propia *due diligence* en el momento de la inversión (como es la práctica común para las instituciones financieras),³⁷ (iv) las expectativas pueden derivar de un compromiso directo por parte del estado, (v) el inversionista no debe ser discriminado (lo cual es particularmente importante en casos de emergencia financiera), y (vi) los estados deben abstenerse de hacer declaraciones oficiales que puedan alarmar a los depositantes y agravar severamente la situación financiera de la inversión.

- (b) Las reclamaciones por expropiación de los inversores en instituciones financieras se han invocado en un nivel secundario, principalmente porque las reclamaciones de TJE parecen ser más exitosas para las inversiones en instituciones y productos financieros. Un obstáculo característico para los demandantes es que, para reclamar la expropiación, los inversores deben demostrar que se les privó sustancialmente del valor económico de sus inversiones como resultado de la interferencia del estado;³⁸ al mismo tiempo, es extremadamente difícil distinguir entre la reducción en el valor de la inversión causada por dicha interferencia y la disminución del valor causada por las crisis financieras en general.

83 En tercer lugar, el Grupo de Trabajo estableció exactamente qué clasifica como una inversión. En esencia, sólo ha habido cinco arbitrajes de tratados de inversión relativos a productos de deuda soberana que han llegado a la etapa de una decisión vinculante sobre cuestiones importantes para este Informe. *Fedax* fue durante 15 años una decisión aislada sobre los instrumentos negociables en el mercado secundario, hasta que *Abaclat* consideró el mismo tema en relación con los bonos del estado desmaterializados. *Abaclat* fue seguido por tres laudos sobre este mismo tema: *Ambiente, Alemanni y Poštová*.

84 Si bien estas decisiones han causado un intenso debate, el argumento se reduce esencialmente a dos cuestiones, las cuales son: primero, si un bono soberano en forma de valores desmaterializados está comprendido dentro del sentido corriente de "inversión" como se define en un TBI típico; y en segundo lugar, si dicho producto, en particular cuando se adquiere en el mercado secundario,

también debe satisfacer un test objetivo, que implica determinar si la inversión posee el carácter de una "inversión".

- 85 En cuanto a los acuerdos de cobertura de productos básicos (un derivado), parece que sólo un caso, *Deutsche Bank*, ha abordado el tema de si estos acuerdos pueden ser calificados bajo la categoría de inversiones protegidas.
- 86 En cuarto lugar, el Grupo de Trabajo analizó cuándo la actividad reguladora puede dar lugar a una reclamación relativa a arbitraje de inversión. Este es un desarrollo relativamente reciente y que ha atraído el interés de la comunidad bancaria. Algunos factores clave deben tenerse en cuenta aquí:
- (a) Las entidades financieras están sujetas a una regulación nacional sustancial en prácticamente todos los países debido a la magnitud de sus balances contables, su actividad de recepción de depósitos y el importante papel que desempeñan en la economía. Por lo tanto, determinar cuándo la actividad reguladora puede dar lugar a una reclamación de arbitraje de inversión casi inevitablemente implica un equilibrio entre intereses regulatorios legítimos e intereses que se perciben como no legítimos.³⁹
- (b) Las entidades financieras suelen cargar con el peso de estar sometidas a las regulaciones no destinadas específicamente a éstas, sino a la economía en general. Este es el caso, por ejemplo, de los controles de divisas impuestos en un país determinado.
- (c) Hay una superposición en algunas situaciones entre las actividades reguladoras y la venta de activos financieros por parte de las autoridades estatales. Aunque frecuentemente relacionadas con la regulación, tales situaciones no están cubiertas por este análisis.⁴⁰
- 87 En vista del interés público que presta la regulación financiera, los tribunales de arbitraje de inversión han mostrado, en general, una deferencia a lo que se considera una actividad reguladora legítima con respecto a las instituciones financieras.⁴¹ No obstante, hay circunstancias en las que un Estado puede ser considerado responsable de las actividades reguladoras impropias y discriminatorias de los organismos estatales.⁴²
- 88 En quinto lugar, el Grupo de Trabajo señala cambios recientes en la conveniencia del ISDS para la solución de controversias entre instituciones financieras y el impacto que esos

36 *Saluka*, Laudo Parcial (17 de marzo de 2006) párr. 305.

37 *Invesmart*, Laudo (26 de junio de 2009) párr. 254.

38 R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2a ed. (Oxford, 2012), página 67.

39 Ver *Renée Rose Levy de Levi*, Laudo (14 de febrero de 2014) párrs. 157ff.

40 Para un ejemplo, ver *Československa obchodni banka*, Laudo (29 de diciembre de 2004)

41 Ver e.g. *Continental Casualty; Renée Rose Levy de Levi; Invesmart*; y, con respecto a ciertos asuntos, en particular para la negociación de valores, *Saluka*.

42 Ver e.g. *Antoine Goetz et consorts v. República de Burundi* (Caso CIADI ARB/95/3); *Valeri Belokon v. República de Kirguistán* (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI); y, para ciertas decisiones regulatorias, en particular el enfoque del regulador para abordar deudas incobrables en instituciones financieras, *Saluka*.

cambios pueden haber tenido en la probabilidad de recurrir al arbitraje. Debido a que muchos (si no es que todos) los AIs se celebraron en un momento en que los estados importadores de capital estaban dispuestos a atraer inversión extranjera directa, los tipos de inversiones extranjeras directas que gozan de protección en virtud de los AIs han evolucionado desde los sectores tradicionales de la minería, el petróleo y gas, y sectores de producción (industrias tradicionales) para incluir inversiones en instituciones financieras y productos financieros.

- 89 Como resultado, los inversores en instituciones financieras y sus productos no están inequívocamente sujetos a las protecciones ofrecidas en los TBIs y TLCs pertinentes. La definición vaga y poco clara de una inversión no ha disuadido a los inversores de presentar sus reclamaciones; pero sí ha creado incertidumbre, especialmente cuando se trata de la previsibilidad de la protección de la inversión para las instituciones financieras y sus productos.
- 90 Se ha abierto una nueva era de negociaciones de tratados, lo que puede ayudar a resolver las incertidumbres. La jurisprudencia reciente y el trasfondo de las crisis financieras han llevado a los redactores de varios AIs a referirse específicamente a los instrumentos financieros. Los estados parecen ser cada vez más escépticos en lo que respecta a la reestructuración de la deuda soberana y permitir a los tribunales arbitrales internacionales decidir sobre este tipo de cuestiones tras las acciones de los estados soberanos. De hecho, existe una tendencia notable a restringir el alcance de los TBIs y TLCs cuando se trata de instrumentos financieros.
- 91 Como conclusión, se observa que la mayoría de los laudos revisados en esta sección se emitieron durante los últimos tres a cinco años. Muchas de las cuestiones aún se están decidiendo (como Grecia y Chipre) y se espera que otras generen un número significativo de controversias que pueden ser admisibles para ISDS (posiblemente como resultado de la aplicación incorrecta de una decisión de resolución en relación con la Directiva de la Unión Europea por la que se establece un marco para la reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión). La normativa en este área no está aún del todo estabilizada, sino que continúa evolucionando, por lo que ha de realizarse un seguimiento adecuado.

VIII CUESTIONES REGULATORIAS

- 92 El término “cuestiones regulatorias” abarca, en el contexto de las instituciones financieras, una amplia gama de materias, incluyendo la aplicación y ejecución de normas de conducta para hacer negocios, la regulación de productos y mercados financieros y la supervisión prudencial. Al examinar el arbitraje de cuestiones regulatorias que involucran a instituciones financieras, el Grupo de Trabajo se centró en tres áreas: (i) la arbitrabilidad de las controversias entre,

por un lado, clientes o inversores y, por otro, instituciones financieras sobre infracciones regulatorias; (ii) el uso del arbitraje de inversión por las instituciones financieras o sus accionistas para buscar soluciones en respuesta a acciones presuntamente indebidas por parte de los reguladores; y (iii) instituciones arbitrales especializadas que administran procedimientos de solución de controversias entre clientes e instituciones financieras.

- 93 **Resultados empíricos.** Pocas instituciones financieras tenían experiencia en el arbitraje sobre cuestiones regulatorias o cuestiones de arbitrabilidad. Una posible explicación es que las cuestiones regulatorias a menudo se refieren a cuestiones de política pública y tradicionalmente han sido abordadas por los propios reguladores o en el contexto de reclamaciones presentadas ante los tribunales. No obstante, las respuestas recibidas por el Grupo de Trabajo sugieren una voluntad de las instituciones financieras de considerar el arbitraje en relación con las controversias relacionadas con las consecuencias civiles y financieras de las violaciones regulatorias.
- 94 **Arbitrabilidad.** Generalmente, las controversias derivadas de acuerdos entre partes en los que una es una institución financiera deben poder ser objeto de arbitraje, como las que se refieren a otros acuerdos comerciales. Sin embargo, las reclamaciones basadas en incumplimientos de disposiciones legales que implican derechos públicos o intereses de terceros, como las leyes sobre valores, han dado lugar en el pasado a cuestiones de arbitrabilidad. Más recientemente, la tendencia en muchas jurisdicciones ha sido considerar arbitrables las consecuencias financieras de disputas relacionadas con incumplimientos regulatorios. Esta afirmación general está, no obstante, sujeta a algunas excepciones, que varían de jurisdicción a jurisdicción, y por lo general no se aplican exclusivamente a las controversias que involucran a las instituciones financieras. Estas excepciones pueden incluir cuestiones como la protección al consumidor, las situaciones de insolvencia, y también pueden incluir consideraciones de política pública.
- 95 **Arbitraje de inversión.** A la luz del importante interés público que subyace a la regulación de las instituciones financieras, se espera que las regulaciones sean rigurosas y exhaustivas. En consecuencia, las reclamaciones de arbitraje de inversión relativas a acciones reguladoras tienden a requerir el equilibrio entre intereses legítimos e intereses percibidos como ilegítimos. La línea divisoria entre los dos aún no está claramente definida, pero puede observarse cierto grado de deferencia por parte de los tribunales arbitrales hacia el ejercicio de los “poderes de policía”. Sin embargo, los tribunales arbitrales han mostrado mucha menos deferencia hacia los estados en los que las medidas discriminatorias o arbitrarias parecen haber sido adoptadas por los reguladores en relación con entidades financieras extranjeras o entidades financieras sujetas a control extranjero.

- 96 **Instituciones especializadas.** Por lo general, el arbitraje no se considera que sea el mecanismo adecuado de solución de controversias para determinar si una institución financiera ha incumplido con disposiciones regulatorias.⁴³ Esas determinaciones se hacen normalmente en procedimientos judiciales o administrativos. Sin embargo, el arbitraje puede constituir un foro eficaz para abordar las consecuencias civiles de esos incumplimientos y puede ser especialmente beneficioso para resolver controversias entre clientes e instituciones financieras. Dos mecanismos que ofrecen una alternativa al litigio tradicional ilustran este punto:
- 97 Primero, la Autoridad Reguladora de la Industria Financiera (FINRA) en los Estados Unidos es una organización no gubernamental autorregulada que, entre otras cosas, prevé un foro para la adjudicación de controversias a través de su reglamento de arbitraje. Los clientes pueden iniciar (e inician) procedimientos de arbitraje ante FINRA en relación con reclamaciones basadas en incumplimientos regulatorios, algunos de los cuales involucran firmas de intermediación que forman parte de los principales bancos. FINRA ha delineado y simplificado los procedimientos de arbitraje, los cuales dependen del tamaño de la reclamación. Para reclamaciones de más de USD 100.000, FINRA requiere una audiencia presencial conducida por un panel de tres árbitros. En el caso de reclamaciones de menor cuantía (entre USD 50.000 y USD 100.000), generalmente hay una audiencia que se lleva a cabo por un árbitro único. Los casos que involucran reclamaciones de hasta USD 50.000 están sujetos a un Proceso de Arbitraje Simplificado en el cual el árbitro decide el caso en base a las presentaciones de las partes, sin una audiencia. Se exime de los pagos a quienes muestren dificultades financieras, y las reclamaciones que han sido resueltas (o retiradas) más de 10 días antes de la fecha de audiencia pueden ser elegibles para un reembolso parcial. Por lo que los procedimientos simplificados de FINRA son sensibles a los costes, lo que los hace adecuados para resolver controversias de pequeños inversores.
- 98 En segundo lugar, el Centro de Solución de Controversias Financieras de Hong Kong (FDRC) ofrece servicios de mediación y arbitraje para ciertas reclamaciones de clientes pequeños (que no superan los 500.000 HKD, intereses incluidos) contra instituciones financieras de Hong Kong. El Reglamento de Mediación y Arbitraje aplicado por FDRC está dirigido a resolver conflictos previos a la etapa del arbitraje.⁴⁴ Las controversias que

cumplen con los requisitos de elegibilidad⁴⁵ son primero remitidas a mediación. Si la mediación falla, sólo el cliente puede decidir iniciar procedimientos de arbitraje contra la institución financiera correspondiente, y no se requiere el consentimiento de la institución. Las normas aplicadas por FDRC prevén un procedimiento de arbitraje simplificado dentro de un plazo abreviado. Las controversias son resueltas por un árbitro único. La mayoría de los casos se basan únicamente en documentos. El árbitro puede ordenar una audiencia en persona, pero sólo si las circunstancias la justifican y las partes acuerdan asumir los costes adicionales asociados con una audiencia. Estas características del arbitraje FDRC resultan en una reducción de costes, lo que hace al arbitraje accesible para los inversores que no pueden permitirse financiar largos procesos ante un tribunal nacional o ante un tribunal arbitral. Las amplias obligaciones de confidencialidad que se aplican en el arbitraje FDRC pueden ser atractivas para muchas instituciones financieras, en particular aquellas que desean evitar establecer/ crear un precedente, o donde hay riesgo de reputación involucrado.

IX FINANCIACIÓN INTERNACIONAL

- 99 La financiación internacional se refiere a operaciones a través de préstamos y acuerdos de facilitación (excluyendo valores de deuda) o de mecanismos de garantía sin fondos, donde las partes y/o activos están ubicados en varios países.
- 100 La financiación internacional incluye:
- préstamos bilaterales o sindicados no garantizados, en los que participan varios prestamistas representados por un banco agente, posiblemente con varios niveles de financiadores cuyos derechos respectivos se recogen en los acuerdos entre acreedores;
 - préstamos bilaterales o sindicados garantizados, que impliquen garantías sobre activos o garantías de una matriz o filial;
 - financiación de proyectos, que incluye préstamos sin recurso a una empresa del proyecto (es decir, no crean derechos contra los patrocinadores y están garantizados principalmente por los flujos de efectivo y los activos físicos del proyecto), y los prestamistas tienen el derecho de intervenir y asumir el proyecto en caso de no poder hacerlo adecuadamente el prestatario; y

43 En la sección de arbitraje de inversión, este Informe aborda varios casos en donde las reclamaciones fueron presentadas por bancos o sus accionistas en relación con el trato discriminatorio u otras violaciones a las obligaciones por los reguladores del banco central en el curso de realizar sus funciones regulatorias.

44 De acuerdo con el Informe Anual de 2015, desde el inicio de sus operaciones, FDRC ha administrado 103 solicitudes de mediación, y sólo ocho de arbitraje. Parece que la muy alta tasa de solución de las reclamaciones mediante el uso de la mediación ha dado como resultado a la fecha pocas reclamaciones hayan sido remitidas a arbitraje.

45 Para ser elegible, una controversia debe satisfacer, entre otras cosas, los siguientes criterios: (i) tener carácter monetario; (ii) involucrar una reclamación que no exceda 500.000 HKD (incluyendo intereses); y (iii) se derive de un contrato entre un Demandante Elegible y una institución financiera que se celebró o surgió en Hong Kong, o el acto u omisión de la institución financiera en relación con la prestación de un servicio financiero al Demandante Elegible, donde la institución financiera actuó como agente. Un "Demandante Elegible" se define como un individuo o propietario único que tiene o ha tenido una relación de cliente con una institución financiera o que ha sido provisto de un servicio financiero. Ver los Términos de Referencia del Centro de Solución de Controversias Financieras (FDRC) en relación con el Mecanismo de Solución de Controversias Financieras (FDRS), febrero de 2014, disponible en el sitio web de FDRC (www.fdr.org.hk)

- (d) financiación comercial, la cual normalmente incluye:
- operaciones financieras comerciales de corto plazo (por ejemplo, cartas de crédito (LCs), incluidas las LCs documentales y *standby*), y cartas de indemnidad (LOIs);
 - acuerdos de financiación de *factoring/forfaiting*/cuentas por cobrar, obligaciones de pago bancario;
 - operaciones financieras comerciales a medio plazo (por ejemplo, emisión de LC renovables, créditos/garantías de comprador/vendedor, financiaciones previas a la exportación, participaciones y confirmaciones silenciosas); y
 - instrumentos financieros comerciales complejos: acuerdos de intercambio y de compensación.
- 101 El Grupo de Trabajo observó una reticencia marcada por parte de las instituciones financieras a utilizar el arbitraje en las operaciones financieras internacionales, por lo que favorecen el procedimiento judicial. Esa reticencia es más fuerte en los préstamos sindicados y en la financiación de activos que en la financiación de proyectos internacionales en mercados emergentes. Sin embargo, últimamente se han podido ver indicios de que está produciéndose un cambio de mentalidad. Cabe destacar que tanto los prestamistas multilaterales como comerciales tienen cada vez más experiencia arbitral en regiones del mundo donde este suele utilizarse en operaciones de financiación de proyectos y en el contexto de préstamos garantizados/no garantizados.
- 102 En particular, las instituciones financieras prefieren el arbitraje a un procedimiento judicial cuando una parte o un activo se encuentra en una jurisdicción donde los tribunales son percibidos como poco fiables y no se puede llegar a un acuerdo sobre la elección de un tribunal que ambas partes consideren aceptable.
- 103 En la financiación de proyectos, el arbitraje atrae un interés considerablemente mayor que en otras áreas de la financiación internacional como la financiación comercial, porque la financiación de proyectos a menudo involucra a partes y activos ubicados o sujetos a la jurisdicción de tribunales percibidos por los prestamistas como inadecuados para resolver las controversias que puedan surgir en tales operaciones. Este es también el caso en el que el incumplimiento del préstamo del proyecto por parte del prestatario es el resultado directo de acciones u omisiones por parte de otros participantes del proyecto (por ejemplo, contratista, adquirente).
- 104 Aunque los contratos de préstamo estén separados de los contratos con otros participante(s) del proyecto, la implementación de un mecanismo único de solución de controversias puede resultar beneficioso para los prestamistas cuando la elección como foros potenciales de tribunales estatales distintos conduciría a la fragmentación de la unidad del proyecto y un retraso en soluciones eficaces. El arbitraje ofrece a los prestamistas la posibilidad de acordar la solución de controversias con multiplicidad de partes en un único foro de arbitraje. Al mismo tiempo, también les permite conservar el derecho a aislar las acciones de reembolso de las cuestiones relacionadas con contratos comerciales celebrados por la empresa del proyecto.
- 105 En la financiación comercial, ha dejado de existir una preferencia clara por el litigio judicial tradicional como por el arbitraje entre los actores del mercado. En cambio, la preferencia a largo plazo de las instituciones financieras por el litigio tradicional parece haber sido reemplazada por el reconocimiento de que el litigio puede no responder a sus mejores intereses en todos los casos.
- 106 En las operaciones garantizadas, se ha cuestionado la idoneidad del arbitraje como medio para resolver controversias relativas a la ejecución de garantías reales sobre bienes muebles, ya que se considera que no puede evitarse la intervención de un tribunal nacional. Sin embargo, la creencia de que las controversias relativas a los contratos de garantía no son arbitrables carece de fundamento. Sólo pocos tipos de procedimientos para ejecutar una garantía requieren la intervención de un tribunal (si no se ejecuta voluntariamente) y, por lo general, no tendrá sentido elegir el arbitraje en estos casos. Sin embargo, cuando la garantía controvertida sea auto ejecutable, no existe ninguna razón inherente para que las controversias derivadas de dicha garantía sean sometidas a un tribunal nacional en oposición a un tribunal arbitral.
- 107 La cuestión de si el arbitraje es atractivo en una operación determinada dependerá de las circunstancias específicas (es decir, de la calidad de los tribunales nacionales disponibles como alternativa al arbitraje, de la conveniencia de garantizar que cualquier litigio se presente ante un tribunal nacional específico o de evitar un tribunal nacional específico). En asuntos que involucren procedimientos de insolvencia, la decisión del tribunal arbitral sobre la ejecución sigue estando sujeta al cumplimiento de las decisiones del tribunal de la insolvencia en materias que sean de su competencia exclusiva y obligatoria (por ejemplo, la validez de la garantía emitida durante el período sospechoso, la aprobación de la lista de créditos garantizados), y con el calendario del procedimiento de insolvencia (es decir, la suspensión de la ejecución de activos). Por lo tanto, los derechos de terceros acreedores no están en modo alguno amenazados por la elección del arbitraje.
- Por lo tanto, la cuestión no es si las controversias relativas a la adopción o ejecución de garantías reales son arbitrables, sino más bien si la elección de arbitrar tiene sentido en las circunstancias y a la luz de cualquier particularidad de la legislación aplicable.

X CONTROVERSIAS FINANCIERAS ISLÁMICAS

- 108 El crecimiento exponencial que ha experimentado en los últimos años la materia de las finanzas islámicas ha llevado a un aumento en la amplitud y sofisticación de la oferta de productos en las finanzas internacionales. Sin embargo, el potencial del arbitraje internacional en el contexto de las operaciones financieras islámicas permanece completamente inexplorado.
- 109 La financiación islámica puede definirse como una suerte de intermediación financiera basada en los principios islámicos fundamentales. Estos principios se articulan en la sharia (ley islámica) que establece los medios por los cuales se puede lograr la intermediación financiera. La intermediación financiera islámica se contempla como una sociedad en la que todos los participantes asumen un riesgo y participan de los beneficios y pérdidas. El cumplimiento con la sharia debe mantenerse durante todo el ciclo de vida de la operación financiera islámica, no sólo con respecto a la recaudación y puesta en común de los fondos disponibles, sino también durante la inversión y la distribución de los rendimientos.
- 110 La financiación islámica opera en la esfera de los mercados financieros internacionales y, en consecuencia, debe ofrecer productos financieros que cumplan con la sharia y con las exigencias de los mercados financieros globales para las operaciones que en ellos se llevan a cabo. Por lo tanto, el cumplimiento simultáneo con la sharia y las leyes seculares que rigen la intermediación financiera es necesario para todos los productos financieros islámicos. Esto puede presentar desafíos no sólo para la adecuación de capital, la gestión de riesgos, el gobierno corporativo, la transparencia y la divulgación, sino también para la solución de controversias. El cumplimiento se verifica de forma inicial, con la ayuda de los comités o consejo de la sharia. Sin embargo, aún pueden surgir algunas cuestiones, como ocurre en cualquier procedimiento de solución de controversias. Los posibles resultados pueden ilustrarse yuxtaponiendo dos decisiones, una emitida por los tribunales ingleses y otra dictada en un arbitraje.
- 111 En el primer caso, que involucraba un acuerdo de financiación *murabaha*,⁴⁶ el tribunal inglés debía interpretar una cláusula de derecho aplicable que disponía lo siguiente: “Sujeto a los principios de la Gloriosa Sharia, el presente Contrato se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de Inglaterra”.⁴⁷ El tribunal consideró que la disposición “sujeto a los principios de la Gloriosa Sharia” era inadecuada para el propósito de incorporar los principios de la ley islámica al acuerdo de las partes y, por lo tanto, el derecho inglés, y no la sharia, regirían la operación.
- 112 Esta decisión fue respaldada por el Tribunal de Apelación,⁴⁸ que confirmó que la referencia a la sharia no era una disposición ejecutable:
- [...] las palabras [de la disposición] pretenden simplemente reflejar los principios religiosos islámicos según los cuales el Banco se presenta como un negocio en lugar de un sistema de derecho destinado a “impedir” la aplicación del derecho inglés como la ley a ser aplicada en la determinación de la responsabilidad de las partes conforme a los términos del contrato.
- 113 En el segundo caso,⁴⁹ referido a un acuerdo de financiación *istisna'a*, el arbitraje fue elegido como el mecanismo para resolver la controversia, el lugar escogido para el arbitraje era Londres, y el derecho sustantivo aplicable se determinó de la siguiente manera: “Esta controversia se regirá por las Leyes de Inglaterra, excepto en la medida en que pueda entrar en conflicto con la Sharia islámica, caso en el que prevalecerá esta última”.
- 114 El laudo arbitral, ejecutado en Inglaterra, cumpliendo con la elección de las partes aplicó el derecho inglés, sujeto a su compatibilidad con la sharia. El árbitro, experto en derecho islámico, emitió un laudo pecuniario tanto de capital como de ganancias, pero rechazó reclamaciones por daños adicionales porque, a pesar de que tales reclamaciones eran legítimas de acuerdo al derecho inglés, serían contrarias a los principios de la sharia.
- 115 El riesgo potencial de que los tribunales ingleses puedan ignorar la elección de las partes de regir su controversia por las reglas de la sharia no llevará a la totalidad de los participantes en las operaciones financieras islámicas a rechazar los beneficios de someter sus controversias a los tribunales ingleses. Sin embargo, la incertidumbre sobre la actitud de los tribunales ingleses fomenta el uso del arbitraje, en particular para aquellos participantes cuya religión es la principal fuerza impulsora de su participación, esto es, para los depositantes.
- 116 A largo plazo, se debe establecer un marco legal global para la financiación islámica, a través de la convergencia y codificación del derecho contractual islámico. A corto plazo, una opción alternativa es prever la solución de controversias mediante arbitraje cuando las partes deseen que los principios obligatorios de la sharia prevalezcan. Esto también permitiría a las partes asegurar que no se permite nada durante la fase de solución de controversias que esté prohibido por la sharia. Por consiguiente, resulta interesante que los depositantes sean conscientes de las ventajas del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la financiación islámica. También sería importante informar debidamente en esta materia a los profesionales que pudieran estar involucrados en la solución de controversias financieras islámicas.

46 *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2003] EWHC Comm 2118

47 *Ibid.*, página 1, párr. 5.

48 *Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain*, [2004] EWCA Civ 19, párr. 54.

49 *Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCSB (Kuwait)*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 480.

- 117 En los últimos años, dos instituciones arbitrales se han promocionado a sí mismas como instituciones específicamente adecuadas para la resolución de controversias financieras islámicas. En 2007, varias instituciones financieras islámicas ubicadas principalmente en la región del MENA [Medio Oriente y Norte de África] establecieron el Centro Islámico Internacional para la Reconciliación y la Mediación (IICRA), con sede en Dubai, Emiratos Árabes Unidos. Según informes, IICRA ha administrado un pequeño número de procedimientos arbitrales, pero no ha logrado una aceptación generalizada en la comunidad financiera islámica. En 2012, el Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur (KLRCA) publicó sus Reglas de Arbitraje para las controversias derivadas de acuerdos comerciales basados en los principios de la sharia. Estas reglas permiten a las partes designar a cualquier país como sede del arbitraje. Sin embargo, esto sigue siendo un desafío en la práctica porque no se ha recibido un grado de aceptación significativa fuera de Asia sudoriental. Cabe señalar que el Reglamento de la CCI es adecuado para el arbitraje de controversias financieras islámicas, como lo es para cualquier otra controversia que involucre a instituciones financieras.
- 118 La mayoría de los defensores del arbitraje de controversias financieras islámicas consideran que el arbitraje es adecuado para asegurar que la industria financiera islámica satisfaga las expectativas de sus clientes sobre el cumplimiento de la sharia. En general, censuran la costumbre de la industria de designar el derecho inglés o de Nueva York (con exclusión de la sharia) como la ley que rige los contratos, argumentando que esta práctica tendrá un impacto negativo en el crecimiento de la industria a medida que sus clientes se vuelvan cada vez más escépticos acerca de la conformidad de sus contratos con la sharia. Estas personas abogan por resolver las controversias financieras islámicas a través del arbitraje conducido por árbitros encargados de decidir la controversia de las partes de acuerdo con la sharia y la ley (i.e. secular) nacional.
- 119 Existen precedentes para este tipo de arbitraje, como lo demuestra la sentencia del Tribunal Comercial de Inglaterra que negó una solicitud de anulación de laudo de un árbitro en *Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait)*.⁵⁰ Además, tanto el KLRCA como el IICRA ofrecen procedimientos que contemplan específicamente que el contrato de las partes se regirá por la sharia además de la legislación nacional.
- 120 Sin embargo, el impulso para promover el arbitraje de controversias financieras islámicas parece haber ganado muy poca aceptación entre los principales bancos e instituciones financieras islámicas. Esto se puede atribuir muy probablemente a la posible falta de interés de que sus controversias sean decididas de acuerdo con la sharia.
- 121 El arbitraje secular también es una opción para las operaciones financieras islámicas. En este caso, las partes de una operación financiera islámica prevén en su contrato que cualquier controversia será sometida a arbitraje, pero requieren que los árbitros apliquen solamente la legislación inglesa o de Nueva York (con exclusión de la sharia). Esta opción puede, en la actualidad, parecer ventajosa, porque: (1) las partes pueden acordar llevar a cabo un arbitraje en una jurisdicción que les resulte favorable y sea geográficamente conveniente; (2) las partes pueden seleccionar árbitros con experiencia general en controversias financieras; (3) un laudo arbitral puede ser más fácil de ejecutar internacionalmente que una sentencia judicial; y (4) el arbitraje es un proceso flexible que puede adaptarse a las circunstancias específicas de la controversia.
- 122 En 2010, la ISDA y el Mercado Financiero Internacional Islámico (IIFM) respaldaron la opción de arbitraje secular cuando lanzaron el Acuerdo Maestro Tahawwut (*Hedging*) de la ISDA/IIFM. La Sección 13(c) del acuerdo otorga a las partes la opción de elegir el arbitraje CCI con sede en Londres o Nueva York y de establecer como derecho aplicable la legislación inglesa o de Nueva York. Para disipar cualquier duda, la sección 1(d) dispone específicamente que el derecho aplicable no incluye la sharia islámica.

XI INSTITUCIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES, INSTITUCIONES FINANCIERAS DE DESARROLLO Y ENTIDADES DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN

- 123 Las instituciones financieras internacionales (IFIs), las instituciones financieras bilaterales de desarrollo (DFIs) y los entidades de crédito a la exportación (ECAs) son agentes importantes en el mundo financiero. Las IFIs, DFIs y ECAs a menudo trabajan estrechamente con financiadores del sector privado (como bancos comerciales) en financiación de proyectos y exportaciones. Como resultado directo, ejercen una influencia significativa sobre la documentación financiera, incluyendo los mecanismos de solución de controversias que se utilizan en las transacciones financieras internacionales.
- 124 Las entrevistas con las IFIs, DFIs y ECAs apoyan la hipótesis original de que estos organismos demuestran a menudo un interés muy fuerte en usar el arbitraje internacional como medio de solución de controversias dentro de su negocio. Sin embargo, el arbitraje internacional no es bajo ningún concepto el único remedio utilizado. Su elección también puede depender del asesoramiento jurídico recibido en relación con un proyecto específico o incluso un contrato específico.
- 125 El hecho de que la mayoría de estas instituciones no tengan una política escrita sobre el uso del arbitraje internacional en oposición al litigio tradicional, o viceversa, refleja y subraya este enfoque flexible. Por otra parte, los resultados sugieren que estos organismos tienen una

50 Ver nota *supra* 49 y texto incluido.

- idea clara de las características específicas del arbitraje que prefieren seleccionar, esto es, arbitraje institucional en lugar de procedimientos ad hoc, tres árbitros en lugar de uno solo, y preferencia por árbitros con experiencia en la materia por encima de aquellos que no la posean.
- 126 Cada IFI, DFI y ECA tiene distintos objetivos, características operativas, cobertura geográfica y estructura institucional. Por lo tanto, es importante no estereotiparlos o utilizar el mismo enfoque para todos ellos. Las conclusiones clave de las entrevistas demuestran que:
- (a) IFIs, DFIs y ECAs tienden a tener operaciones más grandes en los países emergentes, lo que a menudo conduce a una preferencia por el arbitraje internacional como un medio de solución de controversias, especialmente si el estado receptor no reconoce sentencias extranjeras, o las sentencias extranjeras están sujetas a una revisión *ex novo* sobre el fondo;
- (b) IFIs, DFIs y ECAs tienden también a prestar mayor atención a la neutralidad del foro, especialmente si la contraparte es un soberano o una entidad de propiedad estatal y se considera que el arbitraje internacional es un proceso neutral en comparación con el litigio en tribunales nacionales; y
- (c) para algunas IFIs, su condición de instituciones multilaterales que gozan de privilegios e inmunidades en sus países miembros juega un papel importante en su elección de someterse a arbitraje, porque lo ven como una forma de proteger sus privilegios e inmunidades y de evitar someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales.
- 127 La ausencia de un mecanismo de apelación también se considera una ventaja ya que las decisiones finales se alcanzan antes. Muchas IFIs, DFIs y ECAs parecen tener cláusulas estándar de solución de controversias que reflejan sus preferencias. Las cláusulas a menudo contienen cláusulas asimétricas de solución de controversias que prevén el arbitraje, al mismo tiempo que permiten a la institución financiera seleccionar el procedimiento judicial como una alternativa. Esto puede suponer ventajas bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, en casos de ejecución de garantías.
- 128 En resumen, si bien las IFIs, las DFIs y ECAs no parecen tener muchos arbitrajes internacionales (ni litigios, en su caso), estos grupos de instituciones financieras están relativamente abiertos (en comparación con las instituciones financieras puramente privadas) a aceptar el arbitraje internacional como el mecanismo de solución de controversias a aplicar por las diversas razones anteriormente discutidas.
- 129 Una característica específica de los préstamos internacionales con un impacto sustancial en la elección de un mecanismo de solución de controversias es el hecho de que las controversias suelen involucrar reclamaciones monetarias tras el incumplimiento del pago del prestatario y raramente plantean cuestiones jurídicas complejas. Esto puede ayudar a explicar la tradición profundamente arraigada dentro de algunas instituciones financieras, incluidas algunas IFIs, DFIs y ECAs, de acudir a un procedimiento judicial en los tribunales de Inglaterra o Nueva York para resolver controversias derivadas de sus operaciones y transacciones de préstamos internacionales.

XII ASUNTOS DE CONSULTORÍA

- 130 Los bancos de inversión, generalmente a través de sus divisiones de finanzas corporativas, prestan servicios de asesoramiento a sus clientes en dos áreas principales: M&A (fusiones y adquisiciones) y mercado de capitales. En términos simples, una transacción de M&A es la venta o adquisición de un negocio o empresa por otro.⁵¹ Desde el punto de vista jurídico, estas transacciones pueden adoptar diversas formas, como una venta o compra directa, una fusión, un canje de activos, una oferta pública o una privatización.
- 131 Estos servicios incluyen asistir al cliente durante todo el proceso de M&A hasta (con suerte) su conclusión exitosa. Para ello, el banco realiza una serie de tareas, que pueden incluir, por ejemplo, la valoración del objetivo, la preparación de los documentos de comercialización (por ejemplo, perfil ciego o “teaser”, memorándum de información), la supervisión de la *data room*, dar asesoramiento al cliente durante el curso de las negociaciones, asistir en la comunicación/contacto con los reguladores, o actuar como el banco patrocinador en el contexto de una oferta pública de adquisición.
- 132 Sin embargo, la práctica de M&A no se detiene ahí. Las instituciones financieras también actúan como vendedores y compradores en su propio nombre. Aquí, utilizan las prácticas de M&A y las operaciones al comprar o vender partes de sus negocios o filiales. Los bancos también pueden actuar como inversores para una cartera interna. Emplean los mismos métodos y habilidades en estas operaciones como lo hacen para las operaciones de fusiones y adquisiciones dirigidas por clientes.

⁵¹ El valor de las transacciones en cuestión es muy alto: la actividad global de fusiones y adquisiciones (valor de las operaciones) ascendió aproximadamente a USD 3,2 billones en 2014 y USD 1,7 billones en la primera mitad de 2015 (*Nota traductores: en el original se habla de un “trillion” que en lengua española equivale a un billón o millón de millones*).

- 133 Las actividades en el mercado de capitales consisten principalmente en la preparación y ejecución de ofertas públicas iniciales (hacer cotizar a una empresa por primera vez, operación conocida como OPI o OPV) o en la emisión de valores cotizados (por ejemplo, instrumentos de capital o deuda) en los mercados regulados, lo cual permite al emisor recaudar fondos. Las privatizaciones pueden llevarse a cabo de esta manera.
- 134 En todos estos contextos, una entidad financiera celebrará una serie de contratos ya sea con su cliente (principalmente mediante el uso de una carta de encargo, a la que se denomina mandato en este entorno, que cubre su función de asesor financiero) o su contraparte (en el caso de una transacción realizada por cuenta propia, por ejemplo, un acuerdo de compraventa de acciones o un acuerdo de accionistas), y todos estos contratos contendrán, como es de esperar, una cláusula de solución de controversias.
- 135 El arbitraje internacional parece idóneo para las fusiones y adquisiciones y el asesoramiento dada la complejidad de las cuestiones que plantean, la frecuente necesidad de la confidencialidad, su carácter generalmente sensible en términos de costo y reputación y la posible dificultad de hacer cumplir las sentencias judiciales. La limitada experiencia de las instituciones financieras en el uso del arbitraje en este contexto puede atribuirse al costo (al menos en algunas jurisdicciones) y a su falta de familiaridad con el proceso.
- operaciones. En la gestión de activos, el banquero privado suele tratar con una o más personas (a veces incluso con un patrimonio familiar), PYMES y/u organizaciones sin fines de lucro que normalmente tienen menos experiencia en inversiones financieras. En la Unión Europea, la tendencia a favor de la protección de los consumidores se codifica en las repeticiones consecutivas que de ellos realiza la Directiva sobre Mercados en Instrumentos Financieros, que generan una amplia gama de obligaciones para las entidades de crédito (firmas de inversión) y se basan esencialmente en la distinción entre "contrapartes", "clientes profesionales" y "clientes minoristas". Estas circunstancias tienen un impacto significativo en las cuestiones que se examinan aquí.
- 138 La encuesta a las instituciones financieras realizada por el Grupo de Trabajo demostró que el arbitraje se utiliza menos en la industria de la gestión de activos. En algunos casos, la existencia del arbitraje era completamente desconocida para los entrevistados. Sin embargo, esto no es necesariamente el caso con respecto a todas las instituciones y actores dentro del sector de la gestión de activos (por ejemplo, fondos de inversión, casas de inversión y gerentes, clientes privados). Las fuentes doctrinarias y los materiales jurídicos sobre este tema son escasos y la jurisprudencia es limitada.
- 139 El uso del arbitraje para resolver controversias relacionadas con la gestión de activos parecía despertar en las instituciones entrevistadas los mismos temores y preocupaciones que se expresan en relación con el arbitraje en general. Para algunos entrevistados, los principales factores disuasivos fueron el costo, la falta de rapidez y la ausencia de *stare decisis* (es decir, la falta de un sistema de precedentes legales establecidos). Sin embargo, para otros, el arbitraje presentó algunas ventajas significativas, incluyendo confidencialidad, conocimiento y experiencia, costes y rapidez razonable, sin mecanismo de apelación y ejecución a nivel mundial.

XIII GESTIÓN DE ACTIVOS

- 136 La gestión de activos puede definirse como una actividad llevada a cabo por personas físicas y jurídicas que gestionan inversiones por cuenta de terceros o asesoran sobre sus inversiones. Dependiendo de las circunstancias y del papel desempeñado, pueden tener facultades discrecionales. La gestión de activos en materia bancaria y financiera apunta a ampliar sustancialmente la cartera financiera del cliente mediante un proceso que combina investigación, entrevistas y análisis estadísticos de empresas, mercados y tendencias. También incluye la evaluación de opciones de financiación de activos y métodos de contabilidad de activos con el fin de maximizar el valor de la cartera financiera de un cliente.
- 137 La gestión de activos generalmente se realiza a través de unidades de negocio (o compañías) sustancialmente distintas a otras actividades bancarias (por ejemplo, M&A). Los tipos de partes involucradas también pueden variar. En las fusiones y adquisiciones y la financiación comercial, las partes son generalmente sociedades mercantiles (es decir, bancos u otras empresas del sector financiero), por un lado, y empresas industriales, comerciales (cotizadas, grandes o PYMES), por otro. Este tipo de relación entre empresas se caracteriza por facultades y responsabilidades relativamente similares en la negociación, ejecución y desempeño de las
- 140 Las controversias relacionadas con la gestión de activos por lo general implican cuestiones de reembolso, declaraciones falsas, falta de consideración, error, inducción falsa, apropiación indebida, fuerza mayor/*fait du prince*, cambios inesperados en circunstancias y un cambio en las regulaciones. Al mismo tiempo, se pueden plantear preguntas difíciles de contestar. Por ejemplo, cabe preguntarse si, con base en el sentido corriente del acuerdo leído conjuntamente con los usos comerciales y/o con instrucciones especiales del cliente, las acciones del banco en un caso dado entraban en el ámbito del acuerdo entre la institución y el cliente. Si el mandato se restringe a "instrumentos comunes de inversión bancaria", ¿qué instrumentos se consideran como tales? Otras preguntas que pueden surgir son: ¿cuándo es razonable una inversión? ¿Ha habido una monitorización suficiente de los activos? ¿El cliente aceptó o proporcionó instrucciones válidas para una

transacción o conjunto de transacciones en particular? ¿Cuáles fueron las repercusiones negativas y positivas de las transacciones ejecutadas incorrectamente y cuál habría sido el impacto de esas operaciones si la institución las hubiera llevado a cabo con diligencia o no las hubiera llevado a cabo?

- 141 Estas cuestiones refuerzan la idea de que solucionar controversias en la gestión de activos requiere de decisores con un nivel suficiente de habilidad(es) y experiencia, que puede no encontrarse disponible en los tribunales de muchas jurisdicciones del mundo. El arbitraje tiene el potencial de proveer un decisor que tiene la experticia que las partes determinan que es la deseable para una transacción o controversia en particular. El arbitraje también busca asegurar que quien decide sea neutral, lo cual es singularmente importante para controversias de gestión de activos relacionadas con dos o más jurisdicciones.
- 142 El arbitraje es ideal para salvaguardar la confidencialidad de los procedimientos y de la controversia misma, lo cual es especialmente importante para los proveedores de gestión de activos que no desean que se revele su identidad, especialmente en caso de incumplimiento o error, y para los clientes que no quieren que sean expuestas sus posiciones financieras. Como se discutió anteriormente, la confidencialidad puede ser protegida y preservada mediante un cuidadoso análisis del marco regulatorio legal e institucional aplicable al procedimiento arbitral, así como mediante la elaboración de cláusulas arbitrales y otros acuerdos para asegurar que todas las etapas del procedimiento y todos los participantes cumplen con los deberes y requisitos de confidencialidad.

Anexo I

Cuestionario presentado a las instituciones financieras entrevistadas para el propósito del Informe

NOTAS INTRODUCTORIAS

El propósito de la encuesta/entrevista no es específicamente para promocionar el arbitraje CCI sino para determinar los puntos de vista y experiencias de las instituciones financieras en el arbitraje para varios tipos de acuerdos.

Reconocemos que las respuestas pueden ser diferentes para distintas áreas de negocio y esperamos que puedan captar los diversos enfoques.

A ANTECEDENTES/INTRODUCCIÓN

- 1 Indique, por favor, el nombre de su institución, su nombre y rol/función.
 - (a) ¿Puede su respuesta ser compartida con los miembros del Grupo de Trabajo o debe ser anónima?
 - (b) ¿Puede el nombre de su institución estar en la lista del Informe como participante de la encuesta (sin atribución respecto de ciertos comentarios específicos)?

B ENFOQUE GENERAL HACIA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

- 2 ¿Tiene su institución políticas o directrices relativas a los mecanismos de solución de controversias para contratos transfronterizos? En caso afirmativo, ¿cuáles son y se registran en un documento que se puede compartir? ¿Han cambiado las políticas/directrices en los últimos cinco años? ¿Ha tenido la crisis financiera mundial algún impacto en ellas?
- 3 Para instituciones multilaterales/internacionales/estatales: ¿su calidad de institución multilateral/internacional/estatal desempeña un papel en su elección en favor o en contra del arbitraje o de ciertas jurisdicciones?
- 4 ¿En qué circunstancias el arbitraje internacional es utilizado por su institución o propuesto por su contraparte cuando se trata de su institución?
 - (a) Si la opción de arbitraje versus litigio depende de la naturaleza del contrato, ¿qué factores se consideran relevantes para determinar qué método de solución de controversias (litigio o arbitraje) es más apropiado?

- (b) ¿Su decisión de incluir una cláusula de arbitraje (o elegir una institución arbitral particular o una forma de cláusula de arbitraje) es dependiente o influenciada por terceros que desempeñan un papel en la operación (garantes, aseguradores, proveedores de mitigación de crédito, etc.)?

- (c) ¿Cuáles son, en su opinión, las ventajas clave del arbitraje en oposición al litigio, y viceversa?

C. REDACCIÓN DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL

- 5 ¿Prefiere usted el arbitraje institucional o ad hoc?
- 6 ¿Sus políticas internas prevén que una institución arbitral en particular sea escogida de forma prioritaria? ¿Por qué?
- 7 ¿Tiene preferencia sobre un método de seleccionar árbitros: recomendaciones de abogados, su propio conocimiento, una lista impuesta por una firma, directorios, etc.?
- 8 ¿Considera que se debe alentar a las instituciones arbitrales a que mantengan listas de árbitros con experiencia en el sector bancario?
- 9 ¿Prefiere uno o tres árbitros?
- 10 ¿Cómo escoge la sede del arbitraje?
- 11 ¿Utiliza cláusulas de solución de controversias escalonadas y, en caso afirmativo, cuáles son los mecanismos que elige previos al arbitraje (por ejemplo, mediación)?
- 12 ¿Tiene alguna preocupación sobre el acceso a tribunales para medidas provisionales si usted eligiera el arbitraje?
- 13 ¿Tienen preferencia por cláusulas asimétricas que otorguen a la institución financiera la posibilidad de someter controversias a arbitraje o a los tribunales de un determinado estado (suponiendo que la cláusula asimétrica sea aplicable en la jurisdicción pertinente)?
- 14 ¿Estaría interesado en un mecanismo de apelación en el arbitraje?
- 15 ¿Sus respuestas a las preguntas anteriores cambiarían en caso que el contrato en cuestión fuera con una contraparte soberana? De ser el caso, ¿en qué aspectos? En particular:

- 16 ¿Estaría usted más o menos inclinado en tal caso a elegir el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias?
- 17 ¿Sería probable que modificara el contenido o la naturaleza de la cláusula arbitral en cualquier aspecto debido al hecho de que el contrato era con una contraparte soberana?
- 18 ¿Algún otro comentario sobre la redacción de una cláusula de solución de controversias?

D ADMINISTRACIÓN/PARTICIPACIÓN EN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

- 19 ¿En cuántos procedimientos arbitrales ha participado su institución en los últimos tres a cinco años? ¿Cómo se compara esto con el litigio judicial?
- 20 En su puesto actual, ¿ha tenido oportunidad de participar en un arbitraje como representante de una parte? ¿Ha actuado alguna vez como testigo o como perito? En puestos anteriores, ¿ha trabajado como abogado en un arbitraje? En caso afirmativo (en cualquiera de los anteriores):
- (a) ¿Qué ha aprendido de su experiencia con el arbitraje que podría influir en la forma en que redactaría una cláusula arbitral en el futuro?
- (b) Si usted es capaz de participar en la selección de un árbitro, ¿cuáles son sus expectativas de ese árbitro?
- (c) ¿En los casos en que usted ha estado involucrado, el procedimiento para el caso se adaptó a las necesidades del caso específico (por ejemplo, divulgación documental, declaraciones de testigos y audiencias orales con interrogatorios cruzados como procedimiento habitual, o se consideró en cada ocasión aquell. realmente necesario para resolver la controversia en particular)?
- (d) ¿Cuál es su experiencia con la ejecución de laudos arbitrales?
- 21 ¿Algún otro comentario sobre la administración de un proceso arbitral?

E CONSIDERACIONES FUTURAS

- 22 ¿Cuáles son los obstáculos más importantes que, a su juicio, podrían impedir que su institución (o las instituciones financieras en general) utilicen el arbitraje internacional?
- 23 ¿De qué manera se puede cambiar o mejorar el proceso de arbitraje para que sea más atractivo para su institución?
- 24 ¿Existen opciones específicas que su institución desearía tener disponibles en el procedimiento arbitral (por ejemplo, procedimientos sumarios o expeditos, procedimiento de mediación previo a un procedimiento arbitral, normas sobre la incorporación de terceras partes/acumulación de procedimientos) y cuáles aumentarían las

posibilidades de que su institución incluya una cláusula de arbitraje en un acuerdo o serie de acuerdos?

- 25 ¿Alguna otra observación que considere importante para recomendar el arbitraje a fin de resolver las controversias transfronterizas de su institución?

F FINANCIACIÓN COMERCIAL

- 26 En sus acuerdos de gestión de garantías y acuerdos de depósito con depositarios terceros, ¿tiene su institución preferencia entre el arbitraje y los procedimientos judiciales? ¿Por qué o por qué no?
- 27 ¿Tiene otros comentarios que considere podrían ayudar a entender la actitud/conocimiento actual de su institución respecto del arbitraje como un mecanismo de solución de controversias en asuntos de financiación comercial que involucren a su institución?

G ARBITRAJE DE INVERSIÓN CONFORME A TRATADOS (INCLUYENDO TRATADOS DE LIBRE COMERCIO)

- 28 ¿Su institución es de propiedad estatal, o de propiedad privada? ¿Opera en una o más jurisdicciones distintas de la nacionalidad de sus accionistas controladores?
- 29 Desde el punto de vista de su institución, ¿la regulación de las entidades financieras puede (o debería) verse afectada por las protecciones otorgadas por el derecho de inversión a los inversores extranjeros?
- 30 Desde el punto de vista de su institución, ¿sería beneficioso o perjudicial para el sistema financiero en el que ésta opera que ciertas controversias con inversores extranjeros relacionados con la regulación financiera sean sometidas a tribunales internacionales de inversión después de haberse emitido una decisión por tribunales locales?
- 31 ¿Consideraría que los tribunales internacionales de inversión que se ocupan de las controversias sobre regulación financiera son más propensos a resolver a favor de los inversores extranjeros o en favor de los soberanos?
- 32 ¿Consideraría que los tribunales internacionales de inversiones son lo suficientemente sofisticados para llegar a decisiones justas y adecuadas sobre cuestiones relacionadas con la regulación financiera? ¿Podrían estar mejor preparados los tribunales CIADI que otros tribunales para ocuparse de esas cuestiones, tomando en cuenta la posición del CIADI como parte del Grupo del Banco Mundial?

33 Indique, por favor, cualquier comentario o sugerencia que desee compartir sobre la conveniencia o inconveniencia de someter controversias entre estados e inversores extranjeros sobre asuntos de regulación financiera a arbitraje de inversión.

H CONTROVERSIAS REGULATORIAS

34 ¿Considera usted que el arbitraje desempeñará un papel relevante en la solución de controversias derivadas de incumplimientos (o presuntos incumplimientos) de las disposiciones regulatorias en el sector de los servicios financieros?

35 En caso afirmativo, ¿se limitaría esto a las consecuencias civiles o financieras de un incumplimiento regulatorio para un cliente o inversionista, o podría ser más amplio que eso?

36 ¿Se ha enfrentado con cuestiones de arbitrabilidad en relación con controversias en el sector bancario y de servicios financieros? En caso afirmativo, ¿en relación con qué temas?

37 ¿Tiene alguna experiencia en arbitraje en relación con tales controversias?

38 De ser el caso, ¿se inició el arbitraje con base en una cláusula arbitral en un contrato o en una cláusula compromisoria celebrada después que la controversia hubiera surgido?

39 ¿Fue el arbitraje institucional o ad hoc? Si el arbitraje fue institucional, ¿qué institución administró el procedimiento?

40 ¿Fue este arbitraje un método satisfactorio para resolver este tipo de controversia?

41 ¿Qué ventajas y desventajas había en el arbitraje, en contraposición al litigio judicial, en este contexto? (Por favor, considere cuestiones tales como el nivel de conocimiento y experiencia de los árbitros, la idoneidad y conveniencia del procedimiento, el tiempo y los costes, la disponibilidad de medidas provisionales, la ejecución del laudo).

I CONTROVERSIAS INTERBANCARIAS

42 Cuando su institución celebra un contrato con otra institución financiera (otro banco o fondo de inversión, un fondo de capital privado, un fondo soberano, etc.), ¿usted (o sus homólogos) elegirían normalmente arbitraje como mecanismo de solución de controversias? De no ser el caso, ¿por qué? En caso afirmativo:

43 ¿Su institución tiene una política general vigente sobre el uso del arbitraje en controversias con otras instituciones financieras? De lo contrario, ¿las decisiones para utilizar el arbitraje se toman caso por caso?

44 ¿Cuáles son los factores relevantes que usted considera para determinar el mecanismo adecuado para resolver controversias entre instituciones financieras?

45 ¿Normalmente escogería arbitraje institucional o ad hoc como mecanismo de solución de controversias?

46 ¿Cuáles son los obstáculos más importantes que impiden que el arbitraje sea el método preferido para resolver las controversias entre instituciones financieras?

47 ¿Consideraría acuerdos de arbitraje bilaterales o multilaterales entre su institución y otras instituciones financieras que estipulen que todas las controversias entre las instituciones signatarias se resolverán mediante arbitraje a menos que se opte por otra opción [*opt-out*] específicamente en una transacción determinada?

48 ¿Considera que hay alguna controversia entre instituciones financieras que usted cree no son aptas para el arbitraje?

49 ¿Tiene alguna otra consideración que estime importante al recomendar el arbitraje para resolver controversias entre instituciones financieras?

J DERIVADOS Y PRODUCTOS ESTRUCTURADOS

50 ¿Utiliza su institución los Acuerdos Marco de la ISDA u otros acuerdos marco domésticos relevantes para participar en operaciones de productos derivados y estructurados?

51 ¿Los documentos contractuales de su institución para derivados y productos estructurados incluyen un requisito u opción para que las controversias se resuelvan mediante arbitraje? ¿Por qué?

52 ¿Para qué tipo de derivados o productos estructurados incluye su institución cláusulas de arbitraje?

53 ¿Está el arbitraje incluido en contratos sólo con categorías específicas de clientes? En caso afirmativo, ¿con qué tipo de contrapartes, incluyendo su lugar de procedencia, firma cláusulas de arbitraje?

54 ¿Está basada la cláusula en una cláusula de arbitraje modelo (por ejemplo, de la Guía Modelo de Arbitraje de la ISDA de 2013)?

55 ¿Cómo está estructurada la cláusula? ¿Obligatoria u opcional? ¿Escalonada? ¿Cuáles reglas arbitrales y de cuál institución(es)? ¿Sede?

56 ¿Hay algún factor o cuestión específico que haga que su institución considere el arbitraje como una opción favorable?

57 ¿Tiene usted conocimiento de la Guía de Arbitraje Modelo de la ISDA y las cláusulas de arbitraje opcional modelo de la ISDA (que reemplazan la Sección 13(b))?

58 ¿Ha participado su institución alguna vez en procedimientos de arbitraje relacionados con derivados o productos estructurados similares? ¿En aproximadamente cuántos casos?

- 59 ¿Con qué derivados o productos estructurados se relacionó el arbitraje? ¿Conforme a qué reglas se llevó a cabo el arbitraje? ¿Dónde fue la sede?
- 60 ¿Cuál fue su opinión sobre el proceso (rapidez del procedimiento, experticia de los árbitros, costo del arbitraje y cualquier otro aspecto del proceso)?
- 61 ¿Sometería a arbitraje una controversia relacionada con derivados o productos estructurados?
62. ¿Considera que el procedimiento arbitral es útil para resolver controversias relacionadas con derivados y productos estructurados en general?
- 63 ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del arbitraje en tales controversias?
- 64 ¿Existen derivados específicos o productos estructurados para los que usted considera el arbitraje particularmente útil (por ejemplo, swaps, opciones, contratos a plazo, futuros, derivados de crédito)? ¿De ser el caso, cuáles son y por qué? ¿Preferiría que su próxima controversia relacionada con derivados/financiación estructurada fuera resuelta en arbitraje o a través de un procedimiento arbitral?
- 68 En el contexto de préstamos sindicados, ¿considera que el aspecto multiparte del sindicato podría explicar la resistencia de los prestamistas al arbitraje?
- 69 ¿Sería más atractivo el arbitraje en el contexto de (i) transacciones de préstamos garantizados y/o (ii) transacciones de financiación de proyectos si se desarrollaran ciertas características (en la medida en que existan características específicas para las transacciones de préstamo garantizado y financiación de proyectos que no han sido cubiertas en la discusión general anterior), por ejemplo:
- (a) Proyecto de acuerdo de arbitraje que obligaría a todas las partes, o subconjuntos de partes que participan en los diversos acuerdos subyacentes a la operación de financiación.
- (b) ¿Cláusulas arbitrales que dispongan un arbitraje expedito?
- (c) ¿Cláusulas arbitrales que dispongan la apelación del laudo arbitral? ¿De ser el caso, apelación completa (de hecho y de derecho) o una apelación de derecho únicamente?
- (d) ¿Cláusulas arbitrales que dispongan la publicación del laudo?
- (e) ¿Cláusulas arbitrales unilaterales?

K PRÉSTAMOS GARANTIZADOS Y FINANCIACIÓN DE PROYECTOS

Esta sección del cuestionario se centra en los préstamos garantizados y el financiación de proyectos (financiación de proyectos y sindicación, financiación de activos, financiación garantizado de productos básicos, financiación de adquisiciones apalancadas (LBO), es decir, transacciones que toman la forma de acuerdos de préstamo en lugar de instrumentos de deuda o instrumentos de cuotas de mercado monetario).

- 65 En su experiencia, ¿cuánto se utiliza realmente el arbitraje como medio de solución de controversias en:
- transacciones de préstamo garantizado
 - transacciones de financiación de proyectos?
- 66 ¿Existen circunstancias específicas (naturaleza de la transacción, ubicación del proyecto o de las partes, naturaleza/ubicación de la garantía otorgada, etc.) que haya visto o pueda imaginar que justifiquen referir las controversias a arbitraje sobre:
- préstamos garantizados
 - transacciones de financiación de proyectos?
- 67 En su opinión, ¿qué explica la resistencia al uso del arbitraje más ampliamente en:
- transacciones de préstamo garantizado
 - transacciones de financiación de proyectos (en la medida en que existan razones específicas para tales transacciones y que no hayan sido cubiertas en la discusión general anterior)?

L GESTIÓN DE ACTIVOS Y BANCA PRIVADA

- 70 ¿Considera que el carácter especial y la naturaleza de la gestión de activos y de la banca privada tienen una influencia significativa en el tipo de solución de controversias seleccionado, es decir, litigio judicial nacional o arbitraje?
- 71 ¿Plantean los servicios de consultoría y discrecionales en la gestión de activos/banca privada alguna preocupación especial y juegan un papel al decidir si se utiliza el arbitraje para resolver controversias en lugar de litigio?
- 72 ¿Recomendaría el arbitraje como un sistema adecuado de solución de controversias para una controversia de gestión de activos/banca privada:
- entre las empresas de inversión o con un cliente profesional o una contraparte elegible
 - entre una empresa de inversión y un cliente minorista?
- 73 ¿Tiene alguna experiencia en arbitraje en relación con cualquiera de las siguientes cuestiones derivadas de las especificidades de la gestión de activos/banca privada:
- unidades de negocio (o empresas) gestionadas separadamente de otras actividades bancarias (por ejemplo, fusiones y adquisiciones);
 - "murallas chinas" para evitar conflictos de intereses, o cualquier otra medida para garantizar la confidencialidad de las operaciones;

- facultades y responsabilidades desequilibradas en la negociación, celebración y ejecución de acuerdos entre bancos u otras empresas del sector financiero, por un lado, y por otro lado empresas industriales o comerciales (cotizadas, grandes o PYMES)?

¿Tienen las preocupaciones por la protección de la parte potencialmente desfavorecida alguna relación con la inclusión de cláusulas de arbitraje opcionales unilaterales o cláusulas de selección de foro opcionales unilaterales?

Anexo II

Listado de las Instituciones Financieras Entrevistadas

ABN AMRO
African Development Bank (AfDB)
Asian Development Bank (ADB)
Banco de Sabadell
Bank of Tokyo - Mitsubishi UFJ
BAWAG
BNP Paribas Fortis
Central American Bank for Economic Integration
Commerzbank
Corporación Andina de Fomento
Crédit Agricole
Crédit Suisse
Deutsche Bank
DZ Bank
HSBC
ING Belgium
Islamic Finance Council UK Ltd (IFC)
Japan Bank for International Cooperation (JBIC)
JP Morgan Chase
Lazard Frères
MIGA
Morgan Stanley
Netherlands Development Finance Company (FMO)
Nomura
Oesterreichische Entwicklungsbank AG (OeEB,
Development Bank of Austria)
Overseas Private Investment Corporation (OPIC)
Rabobank
Rothschild Cie
Société de Promotion et de Participation pour la
Coopération Economique (Proparco)
Société Générale
Swedbank
UniCredit SpA

Numerosas otras instituciones financieras fueron entrevistadas pero prefirieron permanecer anónimas.

RECONOCIMIENTOS

Este Informe es un producto del Grupo de Trabajo de la Comisión sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional y sus grupos de trabajo constitutivos, compuesto de la siguiente manera:

Copresidentes del Grupo de Trabajo:

Georges Affaki
Claudia Salomon

Líderes del Grupo de Trabajo:

Jean-François Adelle
Arnaud de la Cotardière
Whitney Debevoise
Carine Dupeyron
Christian Duve
Julien Fouret
Beata Gessel-Kalinowska
Sara Hall
Grant Hanessian
Samaa Haridi
Duarte Henriques
Henri-Paul Lemaître
Timothy Lindsay
Charles Nairac
Patricia Peterson
Heinz Rindler
Daniel Schimmel
Kenji Tagaya
Daniel Valls Figueras
Fred Vroom
Mohamed S.E. Abdel Wahab

Miembros del Grupo de Trabajo:

Cecil W.M. Abraham
Ziya Akinci
Shamlan Al Sawalehi
Mauricio Almeida Prado
Thomas Altenbach
José I. Astigarraga
Howard Beal
Marie Berard
Klaus Peter Berger
Philippe Berta
Damian M. Bissek
Dominique Borde
Nicolas Brooke
Michael Bühler
Sally Burke
Daniel Busse
Jean Cattaruzza
Thomas Carl Christoph Childs
Monica Chow
Bernardo M. Cremades
Adolfo Diaz-Ambrona Moreno
Hagit Elul
Fabrice Fages
José Rafael Fernández Quesada
François Funck-Brentano
Diego Brian Gosis
Anne-Karin Grill
Gaby El Hakim
Arwen Handley Johnson
Bernard Hanotiau
Walid Hassouna
Thomas Heather

Thomas Heintzman
Kevin J. Heiser
Marc Henry
Yves Herinckx
Bernard Ten Hove Jansen
Robert Hunter
Elaine Hyland
Shadi Karam
Marcus Keane
David Kreider
Herbert Kronke
Michael Kutschera
Christoph Liebscher
Philip Linton
Anthony Lo Surdo
Gerardo Lozano Alarcón
Ian Mahoney
Roman V. Marchenko
John Lorn McDougall
Wendy Miles
Albert Monichino
Christopher Moore
Simon Morgan
Susan Munro
Patricia Nacimiento
Aisha Nadar
Toshiaki Nakahara
John L. Oberdorfer
Hiroshi Oda
Jorge Ogarrio Kalb
Eduardo Ortega Martin
Stephanie Pagni
Alice Pezard
Hélène Piet
Lorenzo Prats Albentosa
Francisco G. Prol Perez
John D. Roesser
Anibál M. Sabater
Anke Sessler
E.M. Snijders
Thomas Shiu Tsung So
Albert So
Christophe Soulard
Xiuming Tao
Andrew Tetley
Hiroyuki Tezuka
Wilson Thorburn
Edward Turan
Job van Heemskerck van Beest
Miguel Virgós Soriano
Fabian von Schlabrendorff
Abdelgadir Warsama Ghalib
Stefan Weber
Thomas H. Webster
Henry Weisburg
Marius Welling
Peter M. Werner
Andrew White

Los siguientes funcionarios de la Comisión también participaron en el trabajo del grupo de Trabajo:
Christopher Newmark, Chairman
Annet van Hooft, Vice-Chair
Hélène van Lith, Secretary
Anne Secomb, former Secretary

La CCI también reconoce la contribución de Daria Astakhova durante su pasantía en la CCI, y a Johanne Brocas por su trabajo en la bibliografía.

La CCI reconoce el trabajo de Gabriela Álvarez Ávila, Cecilia Flores Rueda, Mariana Gómez Vallin y Carlos McCadden (ICC Mexico) como traductores del presente documento al castellano.

COMISIÓN DE ARBITRAJE Y ADR DE LA CCI

La Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI es el órgano normativo y de investigación de la CCI en materia de servicios de resolución de controversias y constituye un grupo de reflexión único sobre la resolución de controversias internacionales. La Comisión redacta y revisa los diferentes reglamentos de la CCI referentes a la resolución de controversias, incluyendo el arbitraje, la mediación, los dispute boards, la propuesta y el nombramiento de peritos y la administración de procedimientos de peritaje. También elabora informes y directrices relacionados con los aspectos legales, procedimentales y prácticos de la resolución de controversias. En su calidad de investigador, propone nuevas políticas destinadas a asegurar una resolución de controversias eficaz y económica y brinda recursos útiles para llevar a cabo la resolución de controversias. Los productos de la Comisión se publican regularmente tanto de manera impresa como en línea.

La Comisión reúne a expertos en el ámbito de la resolución de controversias internacionales de todas partes del mundo y de numerosas jurisdicciones. Actualmente cuenta con más de 850 miembros procedentes de unos 100 países. La Comisión celebra dos sesiones plenarias anuales en las que se discuten, se debaten y se someten a votación los reglamentos propuestos y otros productos. Entre estas sesiones, el trabajo de la Comisión suele realizarse en grupos de trabajo más pequeños.

Los objetivos de la Comisión son:

- Promover a escala mundial la resolución de controversias internacionales mediante el arbitraje, la mediación, el peritaje, los dispute boards y otras técnicas de resolución de controversias.
- Proporcionar orientación sobre una variedad de temas de actualidad en materia de resolución de controversias internacionales con vistas a mejorar los servicios de resolución de controversias.
- Crear una relación entre los árbitros, los abogados y los usuarios para permitir que la resolución de controversias de la CCI pueda responder eficazmente a las necesidades de los usuarios.

Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI

www.iccwbo.org/commission-arbitration-ADR
commission.arbitrationADR@iccwbo.org
T +33 (0)1 49 53 30 43

