

# **Reseña de “Rethinking the Paradigms of International Arbitration”, ed. por Bernardo M. Cremades y Patricia Peterson, Dossier XX, ICC Institute of World Business Law, International Chamber of Commerce, París, 2023**

**JOSÉ MARÍA BENEYTO**

ABOGADO. ÁRBITRO. CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

Este volumen recoge una serie de contribuciones de destacados expertos en el arbitraje internacional, y tiene como objetivo, tres años después del anuncio por parte de la OMS, el 11 de marzo de 2020, de la propagación del virus del COVID-19, el examen de las importantes innovaciones en el mundo del arbitraje que la pandemia trajo consigo. Como detalla Bernardo Cremades en su comentario introductorio, con este volumen se busca dar un paso atrás y reflexionar sobre cómo la pandemia desplazó determinados presupuestos procedimentales implícitos en el arbitraje internacional y condujo a abogados y árbitros a repensar técnicas habituales en la gestión de los casos. Esta reflexión constituye en definitiva una oportunidad para analizar determinados usos procedimentales del arbitraje internacional con el fin de llevar a cabo una mejora en la conducción del arbitraje y facilitar así un mecanismo más efectivo y eficiente en la resolución alternativa de disputas.

Ya en su breve, pero enjundioso prólogo, el presidente del Instituto de Derecho de los Negocios de la CCI, Eduardo Silva Romero, plantea las cuestiones que, posteriormente, se abordan en profundidad en los sucesivos capítulos, referidas, por ejemplo, a la experiencia con las audiencias virtuales: ¿resulta necesario, una vez superada la crisis, celebrar las audiencias en persona? ¿están los costes de las audiencias y los viajes físicos justificados? ¿sería posible limitar los desplazamientos, y de esa manera, también contribuir a la preservación del

medio ambiente? ¿es un interrogatorio cruzado tan efectivo como uno realizado en persona? ¿es posible para los árbitros interactuar virtualmente de forma igualmente efectiva que en las reuniones físicas?

De esta manera, en el planteamiento desarrollado por el profesor Cremades en su introducción en realidad lo que se está examinando es nada menos que los efectos de la digitalización en el arbitraje internacional, manifestado en fenómenos como la emergencia de un buen número de plataformas digitales para la gestión de los casos puestas a disposición por parte de diferentes Cortes Arbitrales, la modificación de los Reglamentos de las Cortes con el fin de otorgar al tribunal la autoridad de decidir la conducción del procedimiento de forma virtual o en persona, los problemas de *due process* asociados con las audiencias virtuales (“¿existe un derecho a la audiencia física en el arbitraje internacional?”), o la profusión de guías institucionales, protocolos de audiencias virtuales, y otros instrumentos de *soft law* de mejoras prácticas.

Otras problemáticas surgidas con estos nuevos desarrollos, como la credibilidad y la confidencialidad de los testimonios en remoto de los testigos, o la posible influencia de un abogado sobre un testigo en remoto, se han ido resolviendo en gran medida gracias a la aplicación de nuevas técnicas y herramientas.

Adicionalmente, se ha convertido ya en un lugar común para las partes y el tribunal acordar un protocolo para las audiencias virtuales en el que se traten cuestiones logísticas, incluyendo la ciberseguridad y las especificaciones técnicas, con el fin de proteger la integridad del procedimiento.

La experiencia con las audiencias virtuales también ha servido para examinar la eficacia de las intervenciones orales de los abogados, y, en particular, de los interrogatorios cruzados. Las audiencias virtuales han obligado a los abogados a sintetizar los puntos de sus intervenciones, con la finalidad prioritaria de clarificar cuestiones controvertidas y guiar a los miembros del tribunal en la comprensión y deliberación del caso. Una colaboración estrecha con el tribunal desde el inicio y a lo largo del procedimiento se demuestra en este sentido una ayuda eficaz para que el tribunal se muestre más proactivo a la hora de dirigir, y limitar, en su caso, el examen de los testigos durante las audiencias.

Así mismo, la producción de documentos puede beneficiarse de una colaboración más intensa entre las partes y el tribunal desde el inicio del procedimiento. Una de las opciones que debería ser discutida en la primera conferencia de *case management* es permitir el uso de diferentes tecnologías de búsqueda y acceso a la información. También se replantea el paradigma tradicional de la solicitud de

producción de documentos, la función de los testigos de parte, y la conveniencia de que las partes y el tribunal acuerden una lista de cuestiones comunes y puntos centrales que deban ser planteados a los peritos nombrados de parte.

Obviamente, todo este conjunto de cuestiones está así mismo siendo re-examinado en la perspectiva de una mayor aplicación y el progresivo avance de la Inteligencia Artificial generativa, situación que está produciendo ya un buen número de análisis en el seno de una muy activa comunidad global del arbitraje internacional.

En definitiva, detrás de la apariencia de una preocupación por aspectos prácticos del procedimiento, lo que los diferentes capítulos del volumen llevan a cabo, es, tal como anuncia el título del mismo, un “repensar” los paradigmas tradicionales del arbitraje internacional gracias a la irrupción de las nuevas tecnologías, la digitalización, y la celebración virtual de audiencias e interrogatorios.

Este amplio menú de cuestiones es desarrollado de forma sistemática en los capítulos que firman Catherine Kessedjian (“Los poderes inherentes y discrecionales de los árbitros”), David W. Rivkin (“La tecnología y el arbitraje: revisitando los paradigmas del case management”), Gonzalo Stampa (“Refreshando Redfern: el esquema de producción de documentos”), Kathryn Khamsi (“Cumplimiento de las órdenes de producción de documentos”), Xavier Favre-Bulle y Christopher Newmark (“El uso y abuso de los testigos factuales”), Doug Jones y Robert Turnbull (“Declaraciones y memoriales de los testigos”), Doug Jones (“Redefiniendo el papel y el valor de los testimonios periciales”), Stephanie Cohen y Jason Chan (“Reflexiones sobre las audiencias efectivas y el poder permanente de las audiencias virtuales”), Mouhamed Kebe (“La implementación de las audiencias remotas: desafíos y evolución desde una perspectiva africana”), así como un buen resumen final de la mano de la co-editora Patricia Peterson.

En definitiva, una utilísima publicación, de destacada calidad, que pone sobre la mesa una gran parte de las cuestiones más candentes que hoy en día atañen al arbitraje internacional, con las contribuciones elaboradas de una variedad de expertos de diversas procedencias geográficas, coordinados por la sabia batuta de Bernardo Cremades. Una lectura obligatoria para todo árbitro y abogado en estos tiempos de acelerada transformación. Si hubiera que hacerle una crítica al libro, señalaríamos la relativa pobreza de la edición, cuyos contenidos hubieran sin duda merecido una presentación más ornamentada, y, en particular, el pequeño tamaño de los tipos de la impresión, que dificulta lo que, dado el interés intrínseco de la obra, merece ser una lectura entusiasta.



## **Lavranos, N., Castagna, S. (Eds.), International Arbitration and Eu Law, 2<sup>a</sup> Ed., Edward Elgar Publishing, 2024**

**HUGO CARDONA**

MCIARB, PROFESOR ASOCIADO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL & ADR, UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO, MADRID

La segunda edición del libro *International Arbitration and EU Law*, editada por Nikos Lavranos y Stefano Castagna, se publica menos de cuatro años después de la aparición de su primera edición. Esto se debe a los constantes desarrollos en la compleja interacción entre el derecho de la Unión Europea (“derecho de la UE”) y el arbitraje comercial y de inversiones. Además, otras áreas transversales han influido en la práctica arbitral en los últimos años, tales como los derechos humanos, la protección del medio ambiente y las cuestiones impositivas. Estos aspectos mantienen hoy una relación intrínseca con el derecho de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje internacional.

En esencia, la política jurídica de las instituciones europeas (cristalizada a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) ha reaccionado de manera acelerada frente a una expansión exorbitante del derecho comunitario, con el fin de limitar el ámbito de acción del mecanismo arbitral en controversias transnacionales relativas a inversiones y, en ciertos casos, con conflictos contractuales comerciales. Es posible que el problema de la interacción natural entre ramas del derecho, que no deberían ser necesariamente contrapuestas, se haya convertido en una confrontación con el objetivo de restringir la protección arbitral mediante decisiones derivadas de la aplicación autónoma del derecho europeo. Estos elementos han sido objeto de un análisis detallado y actualizado en la obra que reseñamos.

A lo largo de 490 páginas y dieciocho capítulos, treinta y dos reconocidos especialistas analizan los puntos clave de la intersección entre el arbitraje internacional y el derecho de la UE, destacando las decisiones judiciales y arbitrales de mayor impacto en los últimos años, además de un exhaustivo índice bibliográfico dividido por capítulos sobre esta nueva área de especialización y central importancia.

La obra que nos ocupa, publicada en 2024 por Edward Elgar Publishing en su serie *Elgar Arbitration Law and Practice*, se divide en tres secciones principales. La primera está compuesta por siete capítulos y se encarga de la intersección del arbitraje comercial internacional y el derecho europeo. La segunda parte está compuesta por seis capítulos y analiza el debate de fondo sobre la intersección entre el derecho internacional de inversiones y el derecho de la UE. La tercera parte, compuesta por cinco capítulos, aborda cuestiones transversales, como los aspectos impositivos y su impacto en la protección de inversiones, el cálculo de daños en el arbitraje comercial y de inversiones, la consideración de elementos ambientales, el impacto del derecho de la UE en la mediación y la incorporación de mecanismos de prevención de disputas sobre inversiones.

Dentro de la primera sección de la obra, en capítulo inicial Piotr Wilinski analiza cómo, gracias al Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY) y a las decisiones europeas de no interferir con el régimen del arbitraje comercial internacional, ambos campos lograron desarrollarse sin obstáculos. No obstante, ante las actuales tendencias es importante que los tribunales arbitrales identifiquen con cautela las ocasiones en que el derecho de la UE resulta relevante para la resolución del litigio arbitral, tanto en la fase jurisdiccional como en la fase de fondo.

En el segundo capítulo, Juan Manuel Sánchez y Richard Hansen abordan el impacto del derecho europeo en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales. Este capítulo se centra en una evaluación de los regímenes domésticos de los Estados miembros de la UE en relación con los procedimientos de anulación y ejecución de laudos, puesto que pueden existir inconsistencias procesales que influyan en la aplicación y prueba del derecho de la UE ante los tribunales nacionales.

En el tercer capítulo, Sophie Lamb, Bryce Williams y Robert Price analizan las medidas anti-demanda (*anti-suit relief* *anti-suit injunctions*) y su relación con el derecho de la UE y la CNY. El capítulo aborda los procesos paralelos y la utilidad de las órdenes anti-demanda como mecanismo para evitarlos. En el contexto del derecho de la UE, esta cuestión se ha manifestado en varios casos

que abordan la interacción entre la medida anti-demanda, el arbitraje, la CNY y el régimen del Reglamento de Bruselas I y Bruselas I bis, incluyendo casos como *Marc Rich*, *Van Uden*, *Turner*, *West Tankers*, *Gazprom* y *Achmea*.

En el cuarto capítulo, la profesora Stacie Strong analiza la compensación colectiva (*collective redress*); una cuestión que ha cobrado creciente relevancia en la UE. El capítulo ofrece una visión general de las formas existentes y anticipadas de arbitraje de compensación colectiva en Europa, y ofrece una orientación sobre cómo la UE y sus Estados miembros podrían avanzar en esta área del derecho. En el siguiente capítulo, Luís Capiel y Oliver Cojo analizan el impacto de la Directiva 2014/24/UE, que regula la Contratación Pública en la UE, en el arbitraje de construcción en Europa. El capítulo señala que muchos contratos de construcción sujetos a esta Directiva pueden incluir acuerdos arbitrales, lo que, junto con la creciente interacción transfronteriza, podría fomentar el arbitraje en el sector de la construcción a nivel de la UE.

En el sexto capítulo, Niuscha Bassiri y Emily Hay abordan la protección al consumidor en el arbitraje y el derecho europeo. La protección al consumidor en el derecho de la UE limita el uso del arbitraje para resolver disputas sobre consumidores, creando obstáculos para la validez del acuerdo de arbitraje y la ejecución del laudo arbitral. En respuesta, la UE ha propuesto diversas iniciativas para facilitar la resolución extrajudicial de disputas *business to consumer* (B2C). Este capítulo explora el marco legislativo de la UE, la jurisprudencia del TJUE y los desafíos sustantivos y procesales del arbitraje en disputas B2C, así como otros métodos de resolución de disputas.

En el séptimo capítulo de la obra objeto de esta reseña, Patricia Zivkovic y Toni Kalliokoski analizan las cláusulas de arbitraje y su relación con aspectos de defensa de la competencia. Recientemente, los tribunales nacionales intra-UE habrían emitido decisiones posiblemente contradictorias sobre el alcance de aplicación de las cláusulas de arbitraje en casos relacionados a daños por conductas contrarias al derecho de la competencia.

Ingresando a la segunda sección del libro que reseñamos, en el octavo capítulo el Prof. George Bermann examina el actual estado de situación del arbitraje inversor-Estado en la UE. Se analiza la tensión del derecho internacional de inversiones, proveniente del derecho internacional público, con el derecho de la UE, especialmente en cuanto a los tratados bilaterales intra-UE y la sentencia del caso *Achmea*. El capítulo también aborda la política exterior de inversiones de la UE, destacando el acuerdo *Comprehensive Economic and Trade Agreement*

(CETA) y los avances del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la posible reforma del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados. En la misma línea, en el noveno capítulo Doricke Overduin profundiza sobre la política de inversión de la UE, destacando el nuevo enfoque introducido en 2015 que marca un contraste con los tratados bilaterales de inversión tradicionales.

El décimo capítulo, de Isabelle Van Damme y Tyrajan Shipley, aborda el arbitraje de inversión bajo Tratados intra-UE, un tema central tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El TJUE ha declarado que los BITs intra-UE son incompatibles con el derecho de la UE, generando incertidumbre sobre cómo resolver esta situación. La mayoría de los Estados miembros firmaron un acuerdo para terminar estos BITs, pero aún pueden surgir problemas transitorios.

En el capítulo undécimo, David Ingle y Jeffrey Sullivan analizan las disputas bajo el Tratado de la Carta de la Energía (TCE), concluyendo que los tribunales arbitrales erigidos bajo el TCE tendrían jurisdicción sobre las controversias intra-UE y que el derecho de la UE juega un papel limitado en aspectos de jurisdicción, generándose así un importante margen para que los tribunales arbitrales ingresen a valorar los aspectos jurídicos de fondo. En el capítulo doceavo de *International Arbitration and EU Law*, Olivier Van der Haegen y María Van den Bossche se centra en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversión, abordando desafíos procesales y la interacción entre el derecho de la UE y los sistemas nacionales. Se destacan los casos *Micula* y *Achmea*, que involucran la validez de los laudos arbitrales de inversiones intra-UE.

Friedrich Rosenfeld, en el capítulo treceavo, discute la propuesta de la UE para crear un tribunal multilateral de inversiones; un paso hacia una reforma crítica en la resolución de disputas inversionista-Estado, aunque enfrenta desafíos en su implementación. El capítulo catorceavo, de Stefano Castagna, explora los problemas relacionados con los impuestos internacionales y la protección de inversiones extranjeras, analizando los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la forma en que estos impactan los derechos de los inversores en el contexto de la tributación internacional.

En el capítulo quinceavo del libro, Herfried Woss y Adriana San Román estudian la determinación y cálculo de daños en el arbitraje fundamentado en tratados de inversión, explorando el principio de reparación integral y el valor de mercado, además de nuevos enfoques en la valoración. Se hace referencia al

seminal caso *Chorzów Factory* y la fórmula de cálculo de daños propuesta en dicho asunto, presentado en 1927 ante la Corte Permanente Internacional de Justicia; predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ). Posteriormente, en el capítulo siguiente, Kabir Duggal y Dianne Lake analizan las tensiones entre la sostenibilidad ambiental y el arbitraje de inversiones, discutiendo las reformas emergentes para integrar objetivos climáticos y de sostenibilidad en el contexto jurídico transnacional del derecho de protección de inversiones.

En el capítulo decimoséptimo de la obra, Anne-Karin Grill y Emanuela Martin destacan las ventajas de la mediación en la resolución de disputas comerciales y de inversiones, promoviendo su uso a través de la Directiva Europea de Mediación y otros instrumentos internacionales. Finalmente, en el capítulo dieciocho, Fahira Brodlija propone un enfoque de prevención de disputas relativas a inversiones como parte integral, y en ocasiones ignorada, de la reforma del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, sugiriendo la importancia de mecanismos de comunicación y prevención para reducir conflictos antes de que estos escalen a disputas de carácter jurídico.

En definitiva, *International Arbitration and EU Law* es una obra de gran relevancia en el contexto actual del arbitraje internacional sobre un tema complejo que ya se ha consolidado como una subespecialidad. La consideración de los elementos que se abordan en la segunda edición del libro que aquí reseñamos son de absoluta necesidad tanto en la práctica arbitral comercial como en la de inversiones e incluso en la aplicación de otros mecanismos internacionales de resolución alternativa de disputas (ADR). Por ello, este exhaustivo volumen puede considerarse una referencia recomendable para quienes deseen encontrar, en un solo texto, los elementos esenciales de la compleja relación entre el derecho europeo y el arbitraje internacional. El libro será de interés particularmente para árbitros, abogados, académicos y funcionarios del Estado.

En cuanto a los editores, Nikos Lavranos es profesor visitante en la Universidad de Leiden y la Universidad de Viena, secretario general de EFILA (*European Federation for Investment Law and Arbitration*) y fundador de NL investment consulting. Stefano Castagna es investigador en la Universidad WU (*Viena University of Economics and Business*).

