

Boletín de Novedades sobre Resolución de Controversias de Latinoamérica

Los más recientes desarrollos en cuanto a controversias transfronterizas involucrando a los Estados Unidos y América Latina

El futuro del TLCAN Parece Cada vez Más Incierto

Los Estados Unidos, México y Canadá han completado la quinta ronda de negociaciones sobre la negociación del TLCAN, y el futuro del tratado parece cada vez más incierto.

En un [memorando previo](#) sobre las negociaciones del TLCAN, Skadden advirtió que “reducir el déficit comercial de mercancías de EE. UU.” se incluyó como el “primer objetivo de negociación del Representante de Comercio el 17 de julio de 2017,” un objetivo que posiblemente requiera cambios significativos en el tratado. México y Canadá, por su parte, han buscado que las negociaciones se centren en la modernización del TLCAN, como abordar el comercio electrónico y cuestiones existentes relacionadas con las normas de origen (entre otras).

La tensión entre estos objetivos competitivos se hicieron evidente durante la cuarta ronda de negociaciones del tratado, que se llevaron a cabo desde el 11 de octubre de 2017 al 17 de octubre de 2017. En esa ronda, Estados Unidos propuso una serie de cambios aparentemente “proteccionistas” en el TLCAN, incluyendo un requisito para que el 50 por ciento del valor de todos los automóviles, camiones y motores grandes producidos bajo el TLCAN provengan de Estados Unidos;¹ un aumento de los requisitos regionales de contenido automotriz del TLCAN de 62.5 por ciento a 85 por ciento; una cláusula de extinción que requeriría la renegociación del tratado en cinco años; el fin de la disposición sobre solución de controversias antidumping del Capítulo 19; protecciones reducidas para las firmas canadienses y mexicanas que buscan contratos de adquisiciones del gobierno de los Estados Unidos; y la posibilidad de adoptar o no las disposiciones de solución de controversias entre inversionistas y estados del Capítulo 11.² Estas posiciones adoptadas por Estados Unidos podrían ser miradas con desagrado por los gobiernos de Canadá y México. Algunos comentaristas incluso llegaron al punto de sugerir que los Estados Unidos habrían introducido “píldoras de veneno” para socavar las negociaciones del TLCAN, y también sugirieron que existe una probabilidad razonable que el presidente Donald Trump elija retirarse del tratado por completo.³

¹ Ver Dave Graham & David Lawder, “Grim Reality of NAFTA Talk Sets in After Tough US Demands,” Reuters.com (Oct. 14, 2017).

² Ver Katie Simpson, “US Wants Power Taken Away From Panel Handling NAFTA Disputes,” CBCNews.com (Oct. 14, 2017).

³ Ver Paul Wiseman, “NAFTA in Jeopardy as Fourth Round of Talks Gets Underway,” PressHerald.com (Oct. 11, 2017).

Decisiones de Interés del Tribunal de los Estados Unidos

La Corte Suprema de los Estados Unidos se Dirige a la Inmunidad Soberana Extranjera

La Ley de Inmidades Soberanas Extranjeras de los Estados Unidos (FSIA, por sus siglas en inglés) otorga inmunidad judicial en Estados Unidos a soberanos extranjeros y entidades soberanas, a menos que se aplique una excepción específica. El 1 de mayo de 2017, la Corte Suprema de EE. UU. emitió una decisión sosteniendo que un caso contra un soberano no debería continuar a menos que el demandante haya demostrado más que una base “no frívola” que se aplica una excepción específica a la inmunidad soberana. Ver *Venezuela v. Helmerich & Payne International Drilling Co.*, 136 S.Ct. 2539 (2017). Al hacerlo, la Corte Suprema hizo hincapié en la importancia de confirmar, al comienzo de un caso, que existe una base firme para proceder contra el soberano.

En *Helmerich*, los demandantes se basaron en una excepción a la inmunidad soberana en el FSIA que establece que un tribunal de los EE. UU. tendrá jurisdicción en cualquier caso “en el que los derechos sobre bienes tomados en violación del derecho internacional estén en cuestión y esa propiedad ... es propiedad u operado por una agencia o instrumentalidad del estado extranjero ... involucrado en una actividad comercial en los Estados Unidos.” 28 U.S.C. 1605 (a) (3) (énfasis añadido).

continúa en la página 2

Boletín de Novedades sobre Resolución de Controversias de Latinoamérica

Durante la quinta ronda, que se cerró el 21 de noviembre de 2017, los tres países tuvieron poco progreso en lo que respecta a estas disposiciones controversiales.⁴

Si bien no está claro jurídicamente si el presidente Trump posee la sola y unilateral autoridad para retirarse del TLCAN (*i.e.* sin la aprobación del Congreso), es probable que la incertidumbre causada por la amenaza de un retiro presidencial puede bien precipitar ajustes a las establecidas cadenas de suministro en México y Canadá. Mientras tanto, varios grupos comerciales y otros grupos han estado cabildeando para mantener el estado actual del tratado. Asimismo es probable que el estado del tratado se complique con las próximas elecciones nacionales de 2018 en México y la política de las elecciones intermedias de 2018 en los EE. UU. (así como la reforma de la legislación tributaria).

Arbitraje de Inversión: Perú Enfrenta Nuevos Reclamos del CIADI

En el 2017, Perú se ha enfrentado a nuevos reclamos bajo los tratados de inversión suscritos, con varios surgidos en el sector transporte. El 1 de febrero de 2017, Metro de Lima Línea 2 S.A., una compañía peruana de propiedad de un consorcio de empresas italianas y españolas, inició un reclamo de \$260 millones ante el Centro Internacional para la Solución de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), alegando que Perú habría violado el contrato de concesión al haber fallado en proveer oportunamente las tierras necesarias para comenzar la construcción de las líneas del metro en Lima.⁵ El 5 de abril de 2017, la empresa española Lidercón, S.L. también presentó un reclamo ante el CIADI, reclamando daños por \$100 millones por una presunta violación por parte de Perú de obligaciones de exclusividad en virtud del contrato de Lidercón para proporcionar las revisiones técnicas de los vehículos en Lima.⁶

Dos reclamos adicionales también se están gestando contra Perú. En julio de 2014, Perú suscribió un contrato de concesión con el consorcio argentino Kuntur Wasi, conforme al cual Kuntur Wasi diseñaría, financiaría, construiría y operaría el segundo aeropuerto en la ciudad de Cusco, el Aeropuerto Internacional de Chincheros. Después de tres años de incertidumbre, Perú optó por terminar el contrato en junio de 2017. Perú fue duramente criticado en febrero de 2017 cuando asumió el 80 por ciento del financiamiento del proyecto, citando el supuesto fracaso de Kuntur Wasi en cumplir sus obligaciones financieras. Asimismo, recientemente Perú alega haber iniciado investigaciones contra Kuntur Wasi por supuestas conductas ilegales.

En otra disputa separada, en enero de 2017 Perú terminó unilateralmente el contrato suscrito con el consorcio compuesto por la empresa peruana Graña y Montero, la compañía española Enagas y la compañía brasileña Odebrecht para la construcción de un gasoducto en el sur de Perú, y procedió a requerir la garantía de fiel cumplimiento ascendiente a \$262 millones. El gobierno sustentó la terminación del contrato en el fracaso de Odebrecht para obtener suficiente financiamiento requerido, luego de que bancos nacionales e internacionales supuestamente cancelaron su relación crediticia con Odebrecht (lo cual supuestamente ocurrió como consecuencia de las acusaciones pendientes en Brasil). Si bien Odebrecht se

continuado de la página 1

La Corte Suprema sostuvo que los tribunales solo pueden proceder al fondo de un caso si hacen una determinación preliminar donde “la propiedad en la que el partido alega tener derechos era en realidad ‘propiedad tomada en violación del derecho internacional.’” El Tribunal tomó nota de la importancia de hacer esta determinación al principio del caso como un umbral jurisdiccional, en lugar de más adelante como parte de una moción de desestimación, porque las denegaciones de mociones de desestimación no dan lugar a los mismos derechos de apelación inmediata que las denegaciones de una defensa jurisdiccional. El Tribunal reconoció que una decisión sobre algunos o todos los méritos del caso puede ser requerida a fin de decidir la cuestión jurisdiccional.

En otro caso a prestar atención, la Corte Suprema de EE. UU. está considerando conocer una apelación de una decisión sobre los medios adecuados para prestar servicios a un estado extranjero en virtud de la FSIA en la *República del Sudán v. Harrison*, Expediente No. 16-1094. El peticionario (Sudán) solicita una revisión de una decisión del Tribunal de Apelaciones de los EE. UU. por el Segundo Circuito que sostiene que los demandantes que demandan a un estado extranjero pueden enviarla por correo y enviarla al jefe del ministerio de relaciones exteriores del estado extranjero “vía” o al “cuidado de” la misión diplomática del estado extranjero en los Estados Unidos, que según Sudán contraviene de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Litigios de Valores Contra Empresas Latinoamericanas

Múltiples empresas latinoamericanas han sido blanco de varias demandas colectivas de alto perfil presentadas ante los tribunales federales de los Estados Unidos en el Distrito Sur de Nueva York alegando violaciones de las leyes federales de valores estadounidenses. Estas demandas han sido presentadas luego de que los precios

continúa en la página 3

⁴ Ver Ana Swanson and Elizabeth Mallon, “Nafta Round Closes With Talks Bugged Down by Conflict,” *New York Times* (Nov. 21, 2017).

⁵ *Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/17/3).

⁶ *Lidercón, S.L. v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/17/9).

Boletín de Novedades sobre Resolución de Controversias de Latinoamérica

encuentra actualmente en negociaciones con el Estado peruano, esta ha anunciado públicamente que acudirá a un arbitraje CIADI (previsto en el contrato de las partes) si esas negociaciones no tienen éxito.⁷

La Crisis de la Deuda Soberana de Venezuela

El 13 de noviembre de 2017, S&P declaró que Venezuela estaría “técnicamente en situación de incumplimiento (“default”)” por no haber hecho \$200 millones en pagos de cupones con vencimiento en 2019 y 2024 (los Bonos 2019/24).⁸ Se informa que hay otros \$420 millones de deuda externa que pueden estar prontos a vencer (y/o estar atrasados) a partir de la fecha de este artículo, y pueden estar en incumplimiento pronto. Se ha reportado que Venezuela ya está negociando con los acreedores para reestructurar su deuda y así evitar lo que podría ser el segundo impago soberano más grande de la historia (sólo superado por el incumplimiento de Grecia en 2012), implicando hasta unos \$150 mil millones en deuda externa.⁹

¿Qué es lo próximo? Los Bonos 2019/24 contienen las hoy típicas “cláusulas de acción colectiva” (CACs), que permiten a los titulares de un 75 por ciento de una serie de bonos en circulación para modificar los términos (como por ejemplo el principal, interés o fecha de pago) para todos los titulares, incluso aquellos que no acuerden expresamente tales enmiendas. Dependiendo de si Venezuela logra convencer a una supra mayoría para que se reestructure, estas CACs pueden permitir que Venezuela evite el tipo de litigio de acreedores “holdout” que Argentina enfrentó después del incumplimiento de las deudas de bonos soberanos 2001/02.

Una situación de incumplimiento o aceleración de los bonos puede también gatillar situaciones de incumplimiento en otras “deudas públicas externas” de Venezuela. Los bonos contienen cláusulas interdependientes entre sí (“cross-default”) lo que significa que de generarse la aceleración de pagos respecto de estos bonos, automáticamente se gatilla la aceleración de pagos y una situación de incumplimiento en cualquier otra deuda externa pública.

A cualquier situación de incumplimiento es probable que también la sigan disputas, incluyendo posibles intentos para embargar activos de Venezuela. Los Bonos 2019/24 se rigen por la ley de Nueva York, y contienen el consentimiento de Venezuela (en forma no exclusiva) para ser demandada en los temas relacionados a los Bonos 2019/24 en Londres y en las cortes federales y estatales de Manhattan.

Si bien los bonos contienen renuncias de inmunidad soberana para ser demandado, lo que puede permitir a los acreedores obtener un juicio contra Venezuela en las cortes inglesas o de Nueva York – y si bien los Bonos 2019/24 contienen una renuncia de inmunidad soberana para que se puedan embargar bienes del estado – cualquier intento para embargar bienes de propiedad de Venezuela igual presentará problemas de inmunidad soberana. En los Estados Unidos, la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras, impone diversas restricciones a la capacidad de vincular los activos de un estado extranjero, incluso cuando se ha suscrito una renuncia, incluyendo sobre que los bienes en cuestión “se utilizan para actividades comerciales” en los Estados Unidos.

⁷ Ver “[Odebrecht Podría Buscar Arbitraje Internacional Para Recuperar Inversión en GSP](#),” *Gestión* (July 8, 2017).

⁸ El monto principal de estos bonos emitidos en el 2009 alcanzaban los \$5 billones.

⁹ Nuestra discusión se centra en los bonos de la República de Venezuela y no en los valores de PDVSA, la empresa de producción de petróleo estatal de Venezuela.

continuado de la página 2

de las acciones de las mismas cayeron como consecuencia de las noticias que se difundieron sobre investigaciones de situaciones de corrupción y soborno en los que dichas compañías estarían involucradas. Los accionistas demandantes han típicamente alegado que estas empresas no cumplieron con revelar prácticas de corrupción que estaban ocurriendo y presentaron indebidamente la calidad de sus controles de anti corrupción.

En decisiones recientes, tres jueces de tribunales federales han emitido decisiones que tratan la cuestión sobre si los reclamos en dichas demandas son suficientes para alegar un reclamo de fraude de valores. Cada corte reconoció que la compañía no tiene una obligación general de revelar que se ha involucrado en conductas ilegales donde no ha realizado declaraciones engañosas. Donde sin embargo la compañía realizó declaraciones sobre la causa de sus ventajas competitivas o éxitos pero no reveló que prácticas de corrupción ocupaban un lugar sustancial en ello, las cortes han determinado que dicha omisión puede ser cuestionada. Las cortes también consideraron que podría demandarse cuando una empresa niega haber cometido conductas indebidas o realiza declaraciones engañosas en el marco de una investigación del gobierno. Con respecto a las declaraciones sobre control interno, las cortes determinaron que las alegaciones son insuficientes si se trata únicamente de declaraciones generales respecto del mantenimiento de la empresa de políticas de anticorrupción o códigos de conducta. Pero si determinaron que puede ser demandable indebidas declaraciones cuando la empresa comento sobre la efectividad de sus mecanismos de control para reasegurar a sus inversionistas luego de las noticias sobre posibles situaciones de corrupción, o cuando afirmó el debido cumplimiento de sus trabajadores con políticas de anticorrupción cuando ello era falso.

Véase In re Banco Bradesco SA Securities Litigation, No. 1: 16-cv-4155-GHW, 2017 WL 4381407, at * 1 (S.D.N.Y., 29 de septiembre de 2017); *In re Braskem S.A. Securities Litigation*, 246 F. Supp. 3d 731 (S.D.N.Y. 2017); *In re Eletrobras Securities Litigation*, 245 F. Supp. 3d 450 (S.D.N.Y. 2017).

Boletín de Novedades sobre Resolución de Controversias de Latinoamérica

Es también posible que los bonistas buscaran incorporar los bienes de la entidades de propiedad del Estado (como ya ha sucedido en el caso de un acreedor), en cuyo caso se discutirá sobre si se trata en realidad de entidades separadas del Estado o “alter egos” del propio Estado.

Los Países de América Latina Son Los Más Sancionados Por la FIFA

Los países latinoamericanos recibieron la mayor cantidad de multas y sanciones por parte de la FIFA por mala conducta disciplinaria durante los partidos de clasificación para la Copa Mundial de la FIFA 2018 en Rusia. Liderando el camino estaba Chile, que fue multado por la federación internacional de fútbol en al menos 12 ocasiones, seguido por México, Argentina y Honduras, con 10, 9 y 8 sanciones, respectivamente.

Según el Artículo 67 del Código Disciplinario de la FIFA, las asociaciones nacionales son responsables de la conducta de sus fanáticos. Por lo tanto, muchas de las multas impuestas por la FIFA se relacionan con la mala conducta de los fanáticos de los equipos nacionales, y no de los propios jugadores. Por ejemplo, como resultado de un supuesto canto homofóbico dirigido al portero contrario durante los partidos clasificatorios para la Copa Mundial de México, la FIFA impuso sanciones disciplinarias contra la Federación Mexicana de Fútbol Asociación A.C. (la asociación nacional mexicana, FMF) en varias ocasiones. La FMF apeló algunas de esas multas.

El Código Disciplinario de la FIFA prevé un proceso de apelación confidencial de dos pasos: una apelación interna al Comité de Apelaciones de la FIFA y, si cualquiera de las partes no está satisfecha con la decisión del Comité de Apelaciones, una apelación externa a la Corte de Arbitraje Deportivo (“CAD”)—en Lausana, Suiza. El 16 de Noviembre de 2017, la CAD anunció que un tribunal arbitral había aceptado parcialmente dos apelaciones interpuestas por la FMF. El tribunal determinó que el alegado canto homofóbico constituye una “conducta impropia” bajo el Artículo 67 del Código Disciplinario de la FIFA. Sin embargo, el tribunal también reconoció de acuerdo a una decisión del 2014 emitida por el Comité Disciplinario de la FIFA que había decidido previamente que dicho canto no califica de homofóbico, la FMF tiene legítima razón para creer que el referido canto no vulnera el Código Disciplinario de la FIFA y por lo tanto no hay razón para tomar alguna acción que prevenga a los aficionados de cantar dicho canto durante los partidos. El tribunal por lo tanto reemplazó las multas con advertencias, dejando entrever que futuras vulneraciones al Código Disciplinario de la FIFA pueden acarrear penalidades más severas.

No queda claro si al momento, países latinoamericanos distintos a México han apelado las recientes sanciones disciplinarias de la FIFA.

Estados Unidos Impone Nuevas Sanciones a Venezuela, Rigidiza las Sanciones en Cuba

En agosto de 2017, el gobierno de EE. UU. aumentó drásticamente las sanciones al gobierno de Venezuela. Las nuevas medidas apuntan a restringir el acceso del gobierno de Venezuela a los mercados de deuda y acciones de los EE. UU. Estos incluyen restricciones sobre tres categorías de deuda venezolana: (i) cualquier nueva deuda o financiamientos por parte de la petrolera estatal venezolana, Petróleos de Venezuela, SA (PdVSA) con un vencimiento superior de 90 días (deuda de menos de 90 días no es restringida); (ii) otra deuda nueva del gobierno de Venezuela que no sea deuda nueva de PdVSA con un vencimiento mayor de 30 días (deuda de menos de 30 días no es restringida); y (iii) ciertos bonos existentes emitidas por el gobierno de Venezuela antes del 25 de agosto de 2017. Además, las nuevas medidas imponen ciertas restricciones a la equidad del gobierno de Venezuela, incluida la de PdVSA y otras de propiedad estatal o entidades controladas, restricciones en el pago de dividendos del gobierno de Venezuela, y restricciones en la compra de valores del gobierno de Venezuela. Skadden emitió un memorándum sobre las nuevas sanciones el 30 de agosto de 2017.

El 9 de noviembre de 2017, el gobierno estadounidense tomó acciones para implementar partes del Memorándum Presidencial de Seguridad Nacional de fecha 16 de junio de 2017 sobre la política de Estados Unidos respecto a Cuba. Estos cambios regulatorios implican un quiebre de los últimos dos años de sanciones limitadas en Cuba iniciadas por la administración de Obama. Las regulaciones modificadas incluyen (i) modificaciones de la Oficina de Control de Bienes Extranjeros (OFAC por sus siglas en inglés) regulaciones del Control de Bienes Cubanos para prohibir ciertas transacciones financieras con ciertas entidades específicas asociadas a las fuerzas armadas de Cuba y los servicios de inteligencia y seguridad; (ii) una definición expandida de los oficiales prohibidos del gobierno de Cuba; (iii) cambios en el Departamento de Comercio sobre las regulaciones y políticas de licencias para restringir las exportaciones y re exportaciones consistentes con las modificaciones de OFAC para ampliar las excepciones a las licencias disponibles para las actividades del sector económico privada; y, (iv) cambios en ciertos requerimientos para viajar a Cuba. Skadden emitió un memorándum sobre estas nuevas regulaciones el 29 de noviembre de 2017.

Boletín de Novedades sobre Resolución de Controversias de Latinoamérica

Contactos en los grupos de litigio internacional y arbitraje

Julie Bédard

Socia
São Paulo / New York
55.11.3708.1849
julie.bedard@skadden.com

John L. Gardiner

Socio
New York
212.735.2442
john.gardiner@skadden.com

Lea Haber Kuck

Socia
New York
212.735.2978
lea.kuck@skadden.com

Gregory A. Litt

Socio
New York
212.735.2159
greg.litt@skadden.com

Timothy G. Nelson

Socio
New York
212.735.2193
timothy.g.nelson@skadden.com

Marco E. Schnabl

Socio
New York
212.735.2312
marco.schnabl@skadden.com

Betsy A. Hellmann

Counsel
New York
212.735.2590
betsy.hellmann@skadden.com

Jennifer Permesly

Counsel
New York
212.735.3723
jennifer.permesly@skadden.com

Esta comunicación es proporcionada por Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP y sus afiliados solo con fines educativos e informativos y no está prevista y no debe ser interpretada como asesoramiento jurídico. Esta comunicación se considera publicidad bajo las leyes estatales aplicables.

Four Times Square / New York, NY 10036
212.735.3000

Av. Brigadeiro Faria Lima, 3311 - 7º andar
04538-133 / São Paulo, SP, Brazil
55.11.3708.1820