

LATINOAMÉRICA

EL ARBITRAJE EN LATINOAMÉRICA: BALANCE DEL AÑO

Introducción

Las estadísticas publicadas por las diferentes instituciones arbitrales muestran algunos datos reveladores: mientras el volumen de arbitrajes internacionales se mantiene en tasas normales de crecimiento, en el área Latinoamericana aumentan significativamente. Así, en 2006, por primera vez desde la constitución de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en los arbitrajes administrados por su Corte Internacional de Arbitraje, el número de partes Latinoamericanas (203) es mayor que el número de partes de EEUU y Canadá juntas (192). Este dato confirma, aunque indirectamente, algo que las encuestas entre empresas con actividad comercial internacional ponen de manifiesto: que estas empresas optan para sus negocios internacionales por la vía arbitral como mecanismo para resolver sus diferencias, con preferencia al recurso a los tribunales nacionales. La idea de neutralidad del juzgador juega un papel importante en esta elección.

Hablar de Latinoamérica representa hablar de un mundo dinámico, diverso y siempre complejo, donde las generalizaciones no convencen. Sin embargo, es cierto que muchas cosas han evolucionado en el campo del arbitraje internacional en los últimos años. En términos generales, en la región se ha ido produciendo, con mayor o menor rapidez, una evolución en la actitud de legisladores y tribunales frente al arbitraje: hostilidad, tolerancia y promoción son tres conceptos que se corresponden con las fases de esta evolución en curso. Este tránsito debe sonarnos familiar, pues por estas mismas fases ha pasado el Derecho español. Las sucesivas leyes españolas de arbitraje de 1953, 1988 y 2003 simbolizan perfectamente este pasaje, así como el distinto *tempus* que las reformas legislativas y las jurisprudencias nacionales requieren, siempre más rápidas las primeras y más pausadas y menos lineales las segundas.

El arbitraje general

En estos últimos años, los cambios legislativos han ido acercando progresivamente los estándares regionales, si es que cabe hablar de ellos, al estándar internacional que representa la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Inter-

nacional (más conocida por su acrónimo inglés UNCITRAL). Aproximarse a este estándar es siempre una garantía de caminar en la dirección correcta, pues ese estándar garantiza a los operadores del tráfico uno de sus bienes más preciados: la previsibilidad.

Así, la Ley Modelo se ha implementado, con diverso grado de fidelidad, en varios países Latinoamericanos: Guatemala (Ley de Arbitraje 1995), Perú (Ley General de Arbitraje de 1996), México (Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997), Paraguay (Ley de Arbitraje y Mediación de 2002), y, más recientemente, en Chile (Ley Arbitraje Comercial Internacional de 2004) y en Nicaragua (Ley de Mediación y Arbitraje de 2005). Asimismo, Bolivia (Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997) adoptó una ley de arbitraje en sintonía con este estándar.

Brasil (Ley de Arbitraje y otros Procedimientos de Solución de Controversias Comerciales de 1996), Costa Rica (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 1997), Venezuela (Ley de Arbitraje Comercial de 1998), Panamá (Decreto Ley de 1999 sobre Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación), Honduras (Ley de Conciliación y Arbitraje de 2000) y Ecuador (Ley de Arbitraje y Mediación de 2005) también modernizaron sus leyes sobre arbitraje, aunque han mantenido ciertas particularidades diferenciales en su régimen. Por último es de destacar la reforma llevada a cabo en Cuba por el Decreto Ley de 2007 sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, que actualiza el régimen del arbitraje internacional con sede en ese país.

Por su parte, Colombia y Argentina están en fase de modernización de sus normas. En Colombia el Proyecto de Ley de Arbitraje presentado en 2007, que se basa en la Ley Modelo, busca unificar las dispersas normas sobre arbitraje de su legislación y fortalecer el desarrollo del arbitraje en Colombia. Este proyecto no aborda los problemas de la participación del Estado en el arbitraje, capítulo aún en proceso de discusión. Argentina, a su vez, lleva varios años intentando reformar su legislación sobre arbitraje. El último Proyecto de Ley, también basado en la Ley Modelo, ingresó oficialmente en el Senado de la Nación el día 2 de agosto de 2007. Este mismo proceso se había intentado ya en los años 2003 y 2005, y otra vez se ciernen nubes oscuras sobre su posible aprobación, debido al efecto negativo que sobre una parte de la opinión pública han tenido algunos de los laudos pronunciados contra Argentina en arbitrajes de inversiones, en casos que la oponían a inversores que se sentían perjudicados por las leyes

y normas de emergencia aprobadas en el contexto de la crisis que sufrió ese país entre 1999 y 2002.

En el año 2005 y 2006, Brasil y Colombia modificaron sus normas en relación con la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias relativas a contratos en los que sea parte la Administración Pública. En efecto, la Ley colombiana de 2005 de Estabilidad para los Inversio-nistas prevé, en su artículo séptimo, la posibilidad de incluir convenios arbitrales en los citados contratos; no obstante en esos casos «se designarán tribunales de arbitramento nacionales que se regirán, exclusiva-mente, por las normas nacionales». Este artículo fue confirmado por la Corte Constitucional de Colombia en el año 2007 (sentencia 7 de marzo de 2007). De la misma manera, Brasil mediante el art. 120 de su Ley n.º 11.196 de 2005 modifica la Ley sobre el régimen de concesiones y permisos de prestaciones de servicios públicos (Ley n.º 8.987 de 1995) al añadir, entre otros, el art. 23-A que dispone que en los contratos de con-cesiones se podrán prever mecanismos privados de resolución de conflictos siempre que el arbitraje se desarrolle en Brasil y en lengua portuguesa.

En el terreno de los convenios internacionales, en los últimos años adhesión a tratados internacionales en materia de arbitraje ha pasado en la región de la escasez al exceso, de modo que la seguridad que debían traer estos tratados se ve afectada por los problemas que plantean los conflictos e interrela-ciones entre ellos. Un ejemplo lo representa la Con-vención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional hecha en Panamá en 1975 («Conven-ción de Panamá»), que reproduce con variaciones el modelo del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, por lo que una vez ratificada ésta por todos los países de la región no tiene sentido man-tener vigente aquella generando dudas aplicativas. Así, por señalar alguna de las diferencias, la Con-vención de Panamá no reproduce el mandato con-tenido en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York, que obliga a los Tribunales nacionales a remi-tir, a instancia de parte, el litigio al tribunal arbitra-les; ni la regla de la aplicación de la norma más favorable establecida en el artículo VII.1 del Conve-nio de Nueva York de 1958. En este sentido, en 2007 y por primera vez se comienzan a oír voces autorizadas sugiriendo la denuncia de la Conven-ción de Panamá y una reconsideración de la políti-ca de acumulación de tratados en la región.

En el terreno jurisprudencial, las cosas han discurrido por cauces relativamente tranquilos y las decisiones que han alcanzado mayor notoriedad son secuela de

casos de años anteriores. La normalidad con la que se aceptan y ejecutan laudos arbitrales en la región no es noticia, por eso, tras advertir que lo normal son las luces, haremos mención de algunas sombras.

Así, podemos recordar el criticado caso TermoRío SA E.S.P. y Grupo LeaseCo, LLC c. Electranta SP, et al. en el que tribunal arbitral dictó un laudo en favor de esta empresa condenando a la compañía Electranta, controlada en un 87% por el Estado colombiano, al pago de 60 millones de dólares por incumplimiento contractual. Electranta se dirigió entonces a los tribunales colombianos y el Consejo de Estado anuló el laudo, considerando que el con-venio arbitral sometiéndose a las reglas del regla-mento de arbitraje de la CCI no era válido: el proce-dimiento en un arbitraje doméstico debía regirse por el Derecho colombiano. Decisiones posteriores del propio Consejo ponen en duda la justificación de esa decisión. En este sentido, TermoRío intentó ejecutar el laudo en Estados Unidos aprovechando el precedente sentado por el caso *In Re Chromalloy Aeroservices* [939 F.Supp. 907 (D.D.C. 1996)], en que se ejecutó en EEUU un laudo anulado en su país de origen por razones poco aceptables. En esta ocasión, sin embargo, sus tribunales rechazaron el reconocimiento y ejecución del laudo colombiano (sentencia de 25 de mayo de 2007 de la US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit), sen-tando la siguiente doctrina: cuando un tribunal competente ha anulado el laudo en el país extranje-ro en que fue dictado, ese laudo, salvo circunstan-cias extraordinarias, no será reconocido y ejecutado en EEUU (sobre esta cuestión, vid. M. Virgós, en *Actualidad Jurídica* UM 2006, número extraordina-rio en Homenaje al Prof. Rodrigo Uría, pág. 32).

Por otra parte, en Argentina se observan todavía secue-las del fallo en el caso *José Cartellone Construcciones Civiles SA v. Hidroeléctrica Norpatagónica SA* que resuelve una disputa sobre un contrato de obras públi-cas concluido entre una constructora privada y una empresa del Estado, que incluía una cláusula de remi-sión a arbitraje y contenía una renuncia al derecho de apelar. El laudo, favorable a Cartellone, fue recurrido ante la los tribunales argentinos. El 1 de junio de 2004, la Corte Suprema de Justicia dictó un fallo que permi-tía a los tribunales argentinos examinar ciertas cuestio-nes de fondo pese a que las partes hubieran renunciado al derecho a apelar. El fallo indicaba lo siguiente: «*Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impug-narse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o*

irrazonable» (el subrayado es nuestro). Posteriormente, en un reciente pronunciamiento de 8 de agosto de 2007 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (asunto *Mobil Argentina SA c. Gasnor SA*), ésta, confrontada con un recurso frente a un laudo dictado en aplicación del reglamento de arbitraje de la CCI cuyo artículo 28.6 indica que las partes, al sujetarse a él, renuncian a cualesquiera vías de recurso a las que puedan válidamente renunciar, decidió continuar adelante y analizó si se encontraba ante un laudo inconstitucional, ilegal o irrazonable, para tomar su decisión de rechazar la apelación. Esta decisión no ha aprovechado la ocasión para despejar las dudas en cuanto a la respuesta jurisprudencial en cuanto a las vías y la extensión del control judicial sobre laudos arbitrales.

La globalización se hace sentir en todos los aspectos del arbitraje y las diferentes armas procesales pro o contra un procedimiento arbitral se comunican rápidamente de unos sistemas a otros. En este sentido, los tribunales argentinos no han dudado en «importar» el modelo de las *antisuit injunctions* originarias del mundo anglosajón y emitir órdenes antiproseso, o anti arbitraje mejor dicho. Así en el arbitraje bajo reglamento UNCITRAL con sede en Washington que oponía a National Grid Transco contra Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (decisión de 3 de julio de 2007 en el asunto *Procuración del Tesoro c. Cámara de Comercio Internacional*) ordenó a los árbitros suspender el procedimiento arbitral y a la demandante abstenerse de proseguir con su sustanciación, hasta que se resolviera sobre la nulidad de la decisión de la Corte de Arbitraje de la CCI, a quien se había encomendado esta específica cuestión, de no admitir la recusación del Presidente del tribunal arbitral formulada por la República Argentina. Los árbitros decidieron seguir adelante en este caso y cobra interés el ver si y cómo esta circunstancia puede afectar al reconocimiento y ejecución de un eventual laudo, en la hipótesis, que no prejuzgamos, de que fuera desfavorable para Argentina.

Por último, no hay que ocultar que, en ocasiones, la simplicidad y potencial rapidez del procedimiento arbitral se ha visto contagiada por las complejidades de los Derechos procesales locales, lo que pone de manifiesto la continuada relevancia de la sede del arbitraje y la atención que las partes deben poner en su elección en su convenio arbitral. El caso de *Infred* contra *Radio Centro*, en un arbitraje CCI con sede en México es paradigmático. El laudo arbitral condenó a *Radio Centro* al pago de 21 millones de dólares. *Radio Centro* planteó juicio de nulidad y el juez competente del distrito Federal declaró nulo el laudo. A partir de ahí se suceden los recursos de las

partes con sucesivas decisiones en uno y otro sentido y una compleja discusión sobre la «vía adecuada» para resolver la controversia (amparo, amparo indirecto, etc.) hasta llegar a la Suprema Corte, que a su vez devuelve en 2007 al tribunal civil la cuestión al considerar que no se trataba de un problema de constitucionalidad, sino de legalidad.

El arbitraje de inversión

En el año 2007, los casos implicando un país Latinoamericano siguen representando un porcentaje elevado de los casos concluidos y pendientes en las estadísticas de CIADI (una lista de casos concluidos y casos pendientes se puede encontrar en la página oficial de la institución www.worldbank.org/icsid). En otras secciones de esta revista hemos ido dando puntual información sobre decisiones relevantes en esta materia y a esa sección (Crónica de legislación y jurisprudencia) nos remitimos. Asimismo, se siguen concluyendo tratados de protección recíproca de inversiones. Así, en lo que concierne a España, Colombia aprobó el tratado recíproco de inversiones, que incluye, como es usual, el recurso al arbitraje en caso de diferencias entre inversores y el Estado receptor de la inversión, tras haber evaluado el encaje de ese tratado en su marco constitucional.

Sin embargo, lo que importa ahora destacar es que el año 2007 ha sido especialmente convulso en el área del arbitraje de inversiones, donde un grupo de Estados se han declarado a sí mismos «rebeldes» frente al modelo establecido. Esto quizás merezca una explicación previa.

Los Convenios de promoción y protección recíproca de inversiones (APRIs) tienen como cometido proporcionar una especie de «seguro normativo» al garantizar a los inversores un estándar mínimo de tratamiento de sus inversiones: básicamente que no serán expropiados sino por causa de interés público y con indemnización, que no serán objeto de medidas injustificadas o discriminatorias y que recibirán un trato justo y equitativo. La dificultad es que estos tratados utilizan cláusulas generales cuyo contenido requiere una concreción que sólo puede venir dada por vía jurisprudencial. El problema es que corresponde a los árbitros esta concreción y que ésta ha sorprendido en ocasiones a los países firmantes.

Así, por poner un ejemplo, los tratados exigen a los Estados dispensar un «tratamiento justo y equitativo» a la inversión extranjera. Esta regla se caracteriza por dos notas: la configuración absolutamente abierta de su supuesto de hecho y el reenvío que hace a criterios de decisión no positivizados, sino

metajurídicos, como lo justo y equitativo. Su estructura jurídica es la de una «cláusula general». Las cláusulas generales son directivas legales que renuncian a supuestos de hecho fijos o a consecuencias determinadas de modo preciso, pero que imparten una directiva para la búsqueda de la norma de decisión y en este sentido implican una delegación a los tribunales (Esser).

Pues bien, los tribunales arbitrales podrían haber optado por una interpretación limitativa de esta regla, asimilándola al «estándar mínimo» de tratamiento establecido por el Derecho Internacional consuetudinario. El test a aplicar seguiría probablemente el parámetro establecido en el caso *Neer Claim* por la Comisión General de Reclamaciones creada por Estados Unidos de América y México: «[...] *the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards ...the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency*» (1926, United Nations, Reports of International Arbitrations IV. 60). Si nos atenemos a este estándar sólo comportamientos extremos podrían ser excluidos del concepto de trato justo y equitativo.

Sin embargo, la interpretación que diversos tribunales arbitrales han seguido es la de dar a este concepto un contenido «autónomo» más amplio, deducido del objeto y fin del tratado. Esta tesis se basa en el carácter de norma convencional de la cláusula y en las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados. En principio, la lógica de los tratados, como normas pactadas, es «autorreferencial». Por eso el artículo 31 de esa Convención dispone que un tratado internacional debe interpretarse «conforme al *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos del tratado en el *contexto* de éstos teniendo en cuenta su *objeto y fin*» (énfasis añadido). Salvo que el tratado disponga otra cosa, no hay razones para separarse del sentido normal y ordinario de los términos y entender que la expresión contiene una remisión oculta a un cuerpo legal preestablecido (el Derecho Internacional consuetudinario) que sería, de hecho, el aplicable. Resulta difícil de explicar que se suscriba un tratado si el mismo resultado se puede obtener sin él. La falta de precisión resultante del concepto autónomo lejos de ser un obstáculo sería precisamente su virtud, porque promovería la flexibilidad en el tratamiento de las inversiones extranjeras protegidas por el Tratado.

Esta interpretación amplía las obligaciones de los Estados. Basta comparar la decisión antes citada con el texto del laudo dictado en el asunto Tecmed Técnicas medioambientales [Tecmed SA v. México, caso ARB(AF)/00/2]: «[El estándar de tratamiento justo y equitativo exige] *brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el extranjero decidió realizar la inversión. Como parte de tales expectativas aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de una manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparentes en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas y reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que le son relevantes*».

Algunos Estados consideran que la jurisprudencia arbitral está llevando la interpretación de los tratados más allá de las obligaciones que contemplaban cuando los concluyeron y que esta extensión, por definición, favorece a los inversores frente al Estado receptor de la inversión (aunque una autolimitación del poder público en términos de lo que es «justo y equitativo» parece saludable también frente a sus propios ciudadanos). Este sentimiento encuentra su expresión máxima en el grupo de países que han constituido ALBA, la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América, que es una iniciativa impulsada por el presidente de Venezuela. Tras la V cumbre del ALBA, que tuvo lugar los días 28 y 29 de abril de 2007, los países del ALBA manifestaron su intención de renunciar a la jurisdicción de Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el Convenio de Washington: «*los Estados parte del ALBA acordaron retirarse y denunciar de manera conjunta la convención del CIADI, garantizando el derecho soberano de los pueblos a regular la inversión extranjera en su territorio*». El 2 de mayo de 2007, Bolivia notificó la denuncia del Convenio, de acuerdo con su artículo 71. A esta denuncia siguió Ecuador, que hizo uso del artículo 25.4 del Convenio para sustraer a la jurisdicción de CIADI, mediante notificación de 4 de diciembre de 2007, las diferencias que surjan sobre recursos naturales, en materia de inversión. Un periodo de incertidumbre se abre pues sobre el rumbo que tomará el arbitraje de inversiones en la región.

MIGUEL VIRGÓS (*)

(*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).