

ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA: ¿HACIA DÓNDE SE VA?

VALERIA GALÍNDEZ

Abogada*

Arbitraje en América Latina: ¿hacia dónde se va?

A partir de 1989, América Latina vivió una verdadera revolución en materia de arbitraje con la puesta en marcha de reformas en los marcos legales de los principales países de la región y la celebración de tratados de protección de inversión. Después de algunos años de euforia, las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela sonaron como el presagio del regreso de la antigua hostilidad latinoamericana hacia al arbitraje. Con todo, las estadísticas muestran crecimiento en la práctica de países como México, Brasil, Perú y Colombia. Nuevas revisiones legislativas tuvieron lugar y otras están en marcha. Así, puede parecer que, pese a algunos percances, no hay crisis en el arbitraje latinoamericano.

Arbitration in Latin America: where is it heading for?

As of 1989, Latin America witnessed a true revolution in the field of arbitration with the implementation of reforms in the legal framework of most of the significant countries of the region and the execution of investment protection treaties. However, within a few years of euphoria, the denunciation of the ICSID Convention by Bolivia, Ecuador and Venezuela, sounded as the prelude of the return of the old Latin American hostility towards arbitration. Yet, statistics show growth in the practice of other countries, such as Mexico, Brazil, Peru and Colombia. New legislative revisions took place, whilst other are currently in progress. Therefore, in spite of some setbacks, it seems that arbitration in Latin America is not going through a crisis.

1 · INTRODUCCIÓN

Hace poco más de 10 años, se alardeaba del fin de la “hostilidad” latinoamericana hacia el arbitraje¹. A partir de entonces, la región se puso “de moda”. La situación económica, y política de los países de América Latina permitió que tanto el arbitraje comercial como el de inversión florecieran, y en muy poco tiempo la región pasó de usuario ocasional y reticente a uno de los principales “consumidores” de arbitraje.

Este fenómeno produjo una verdadera euforia en el medio arbitral. La práctica del arbitraje en Latinoamérica se transformó, del día a la noche, en tema de interés generalizado y creó un nuevo nicho para árbitros, instituciones y despachos de abogados. Si bien la jurisprudencia en materia de arbitraje producida por las Cortes locales era aún insipiente, y, algunas veces, equivocada, el balance era positivo y las previsiones para el futuro del arbitraje en Latinoamérica se mostraban bastante optimistas².

Sin embargo, esta visión respecto a la evolución del arbitraje en América Latina pasó a ser cuestionada a partir de 2007, con la primera denuncia por Bolivia³ del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante el “Convenio CIADI”), seguida por Ecuador, en 2009⁴, y Venezuela en 24 de enero de 2012⁵. Las promesas por parte de los Gobiernos de Argentina y Nicaragua en el sentido de adoptar una medida similar a la de esos dos países, aliada a la agudización de las crisis políticas, económicas y sociales vividas en ciertos Estados, fomentaron en algunos la sensación de desconfianza respecto a la estabilidad del sistema arbitral en la región y generaron rumores sobre un posible retroceso⁶.

* Destacada en la oficina de São Paulo de Uría Menéndez.

1 V. H. A. Grigera Naón: “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”, *Arbitration International*, vol. 5, n.º 2, 1989, pp. 137-172; y B.M. Cremades: “Latin American Courts and International Arbitration”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, 2004, pp. 20-46.

2 V. F. Mantilla-Serrano: “Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America”, *Journal of International Arbitration*, vol. 17, n.º 1, 2000, pp. 13-142; y N. Blackaby y S. Noury: “International Arbitration in Latin America”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 11, 2011, pp. 106-117.

3 V. Notificación de Bolivia a la Secretaría General del CIADI, 2 de mayo de 2007, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsRelease&PageName=Announcement3>.

4 V. Notificación de Ecuador a la Secretaría General del CIADI, 6 de julio de 2009, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsRelease&PageName=Announcement20>.

5 V. Notificación de Venezuela a la Secretaría General del CIADI, 24 de enero de 2012, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&PageName=Announcement100>.

6 V. F. Mantilla-Serrano: “¿Existe hostilidad hacia el arbitraje de inversión en América Latina?”, en M.A. Fernández-Ballesteros y D. Arias (eds.): *Liber Amicorum Bernardo Cremades*,

Así, parecía que la aceptación del arbitraje, al igual que otros fenómenos ocurridos en América Latina, había sido intensa y, lamentablemente, efímera.

Con todo, ¿es posible que esa percepción no fuera real? En otras palabras, ¿sería posible que las adversidades detectadas no hayan producido los efectos vaticinados y persistieran las perspectivas de evolución y sedimentación para el arbitraje en Latinoamérica?

Para responder a las preguntas planteadas, es necesario, primero, analizar cuáles fueron los avances que erigieron América Latina a *rising star* del mundo del arbitraje internacional a fines de la década de los 90 e inicio del siglo XXI (parte II), para luego identificar los eventuales desarrollos posteriores a esa primera fase (parte III), así como los hechos potencialmente negativos que tuvieron lugar (parte IV). Finalmente, examinaremos la situación actual (parte V).

2 · 1975-2001: LA REVOLUCIÓN LATINOAMERICANA EN MATERIA DE ARBITRAJE

Se puede decir que hasta 1975 los países latinoamericanos eran, en su mayoría, totalmente reacios al arbitraje. La llamada “Doctrina Calvo” era evocada como la justificante para que los Estados no aceptaran someterse a ese medio de solución de conflictos en casos relativos a inversiones extranjeras. Asimismo, prevalecía la noción de que la actividad jurisdiccional era privativa del Estado, lo que implicaba la existencia de legislaciones internas obsoletas y que, en muchos casos, no estimulaban el uso del arbitraje para la resolución de disputas comerciales.

Ante ese escenario, no sorprende que, a esas alturas, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (en adelante la “Convención de Nueva York”) hubiese sido ratificada por tan solo dos países: Ecuador (1962) y México (1971).

Los primeros pasos hacia la aceptación del arbitraje se dieron gracias a la Organización de los Estados Americanos (la “OEA”), que obró en favor de la promulgación de la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional de 1975 (en adelante la “Convención de Panamá”).

En los cinco primeros años de su existencia, siete países latinoamericanos la habían ratificado⁷. Sus principales contribuciones al desarrollo del arbitraje en la región fueron, en ese momento, el establecimiento de la validez del acuerdo arbitral, cuando casi todas las legislaciones locales no le reconocían dicho efecto, y la obligatoriedad de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en otros países signatarios.

Los pasos siguientes fueron la ratificación de la Convención de Nueva York y la adopción de marcos regulatorios más modernos por las principales economías de la región.

A fines de la década de los 90, catorce de los dieciocho principales países de América Latina habían ratificado la Convención de Nueva York. Los últimos en hacerlo fueron Honduras (2001), Brasil (2002), República Dominicana (2002) y Nicaragua (2003)⁸.

La oleada de nuevas leyes de arbitraje fue impulsada por la publicación, en 1985, de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje internacional (en adelante la “Ley Modelo”).

México fue el primero en reformar su sistema, adoptando, en 1993, la Ley Modelo⁹. Los otros cambios legislativos que sucedieron al de México se dieron en Colombia (1989/91/93/96/98)¹⁰, Guatemala (1995)¹¹, Perú (1996)¹², Brasil (1996)¹³, Bolivia (1997)¹⁴, Costa Rica (1997)¹⁵, Ecuador (1997)¹⁶, Venezuela (1998)¹⁷ y, por último, Panamá (1999)¹⁸. Es de notar que, de todos esos países, únicamente Guatemala y Venezuela han optado por adoptar igualmente la Ley Modelo. Los demás utilizaron proyectos propios e híbridos, mezclando algunos de los elementos de la Ley Modelo con conceptos y prácticas ya existentes en sus respectivos sistemas.

7 Para la evolución de la ratificación por los países latinoamericanos de las Convenciones de Panamá y Nueva York, v. J.C. Hamilton: “Three Decades of Latin American Commercial Arbitration”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, p. 1103.

8 V. *supra* nota 7.

9 V. Decreto de 22 de julio de 1993, que modificó los artículos 1415 a 1463 del Código Comercial.

10 V. Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998; y Ley 315 de 1996 sobre arbitraje internacional.

11 V. Decreto 67-95 de 1995.

12 V. Ley 26572 de 1996.

13 V. Ley 9307 de 1996.

14 V. Ley 1770 de 1997.

15 V. Decreto Legislativo 7727 de 1997.

16 V. Ley del 4 de septiembre de 1997.

17 V. Ley de 7 de abril de 1998.

18 V. Decreto Legislativo 5 de 1999.

Madrid, 2010, pp. 789-806; y J. Briones y A. Tagvoryan: “Is International Arbitration in Latin America in Danger?”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 16, pp. 131-136.

A pesar de las particularidades de cada reforma y de algunas críticas por parte de la doctrina¹⁹, los principios esenciales garantes del arbitraje fueron introducidos en los marcos legales de esos países. La validez del convenio arbitral ha sido, por fin, confirmada y su autonomía respecto al contrato principal, prevista. Los poderes de los árbitros han sido reconocidos, y la actuación de las Cortes minimizada, con la supresión de la revisión judicial del fondo y limitación de las causales de nulidad.

Pudiera no parecer gran cosa en los días de hoy y tampoco daba la impresión de ser algo revolucionario en ese momento respecto a otros países de mayor tradición en el uso del arbitraje, los cuales ya estaban revisando sus legislaciones; sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias entonces existentes en América Latina, esos 25 años han representado un enorme y radical salto, imprescindible para países que estaban en pleno proceso de implantación de políticas económicas más agresivas y, en algunos casos, bastante ambiciosas, tras años de dictaduras, mercados cerrados y gran endeudamiento.

3 · 2001-2007: LA CONSOLIDACIÓN DE LAS REFORMAS

Con los cambios en los marcos legales, las atenciones —y aprehensiones— se volcaron hacia la conducta de las instituciones y Cortes locales. La manera como serían interpretadas y aplicadas las reglas recién introducidas era una incógnita, principalmente en virtud de la falta de práctica y conocimiento de los que pasarían a conducir, manejar y controlar los casos.

Tampoco era muy claro el panorama respecto a la efectividad de las medidas tomadas por varios países latinoamericanos para fomentar el uso del arbitraje. Se temía que las comunidades jurídicas locales estuviesen aún demasiado arraigadas a viejas prácticas, y que los inversores extranjeros, al igual que importantes empresas locales, no se sintieran suficientemente seguros para arriesgarse a experimentar sistemas aún no testados.

En suma, la ausencia de una “cultura arbitral” podría ser el gran obstáculo para la concreción de

los planes de incentivo al arbitraje estratégicamente implementados por América Latina.

Con todo, no tardó mucho en que los recelos se disiparan y fuesen substituidos por euforia.

Partes latinoamericanas e inversores extranjeros pasaron a confiar en el sistema y a celebrar convenios arbitrales, en muchos casos impulsados por las graves y ya conocidas deficiencias de los sistemas judiciales locales. En 2002, el 10,8% de las partes involucradas en demandas presentadas durante ese mismo año ante la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) provenían de Latinoamérica²⁰. En años anteriores, ese porcentaje nunca había sido superior al 7,3%²¹. En 2003 ese número ascendió al 12,12% y se mantuvo en ese mismo nivel en los años siguientes²².

La búsqueda de una alternativa a la jurisdicción estatal también se tradujo en la creación de instituciones locales. Más del 53% de las principales instituciones latinoamericanas se estableció entre 1997 y 2002²³. En Brasil, ese fenómeno tuvo lugar un poco después a consecuencia de la discusión que llevó años, ante el Supremo Tribunal Federal, sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley Brasileña de Arbitraje (Ley 9307/96), y que tan solo se resolvió, en favor del arbitraje, en 2001²⁴.

Asimismo, las reglas de procedimiento de algunas de las instituciones locales persistieron en reproducir las propias del procedimiento civil de sus respectivos países de origen. Ello jugó durante mucho tiempo en contra de la práctica arbitral nacional y terminó por ahuyentar los casos internacionales. No obstante, los números de casos administrados por dichas instituciones aumentaron significativamente en los años que siguieron a las reformas legislativas²⁵.

¹⁹ Ver *supra* nota 1, así como F. Mantilla-Serrano: “Le traitement législatif de l’arbitrage en Amérique latine”, *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, n.º 3, 2005, pp. 561-602.

²⁰ V. ICC *International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 13, n.º 1, 2002, p. 7.

²¹ V. ICC *International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 7, n.º 1, 1996, p. 5.

²² V. ICC *International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 15, n.º 1, 2002, p. 9.

²³ V. The Inaugural Survey of Latin American Arbitral Institutions, Institute for Transnational Arbitration, 2011, p. 11, disponible en <http://www.whitecase.com/files/upload/fileRepository/LAL-itasurvey.pdf>.

²⁴ V. *supra* nota 23. Para el fallo del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre la constitucionalidad de Ley 9307, v. *Agravo Regimental em Sentença Estrangeira*, n.º 5206-7, 12 de diciembre de 2001, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n.º 11, enero-marzo 2001, p. 361.

²⁵ V. *supra* nota 23, p. 12.

En paralelo, entre 2001 y 2002, Argentina pasó por una de sus más profundas crisis políticas y económicas, y en 2003 se transformó en protagonista de casos administrados por el CIADI, con más de 17 casos iniciados ese mismo año en contra del Estado²⁶. Las medidas tomadas por otros Gobiernos también alimentaron el incremento de la participación de países de América Latina en el CIADI. En el año 2007, la mayoría de los casos que administraba la institución involucraba a una parte de América Latina²⁷.

En 2004, Chile logró por fin modernizar su legislación (Ley 19.971), inspirándose en parte en la Ley Modelo, y con el claro objetivo de convertirse en una sede importante de arbitraje en Latinoamérica.

Por otro lado, los tribunales latinoamericanos no fueron demasiado exigidos durante ese período. Las principales cuestiones en las cuales se produjo cierta inseguridad respecto a la eficacia del sistema estuvieron relacionadas con la participación de entidades públicas o estatales en procedimientos arbitrales y la intervención judicial en arbitrajes.

De hecho, las repetidas excepciones de jurisdicción y algunos precedentes negativos en países relevantes, como Brasil y Colombia, han producido un impacto bastante negativo en la comunidad arbitral internacional, hasta el punto de que se recomendó evitar elegir ciudades de Latinoamérica como sede de arbitraje en contratos con entidades públicas o estatales latinoamericanas²⁸.

Los argumentos más utilizados por dichas entidades para justificar objeciones o hasta la toma de medidas judiciales, como las llamadas *anti-suit injunctions*, fueron todas de orden interno, más precisamente la necesidad de autorización legal expresa para someterse al arbitraje y la indisponibilidad del interés público, que implicaría la inarbitrabilidad de todas las disputas en las que el Estado, o sus entidades, fuera parte.

En el caso específico de Brasil, el debate que se generó alrededor del tema, la existencia de decisiones judiciales contradictorias y, sobre todo, el interés político hicieron que en 2005 se reformara la

Ley de Concesiones (Ley 8.987 de 1995), para incluir una disposición expresa otorgando a las entidades públicas y estatales la facultad para pactar la cláusula arbitral en contratos de concesión (art. 23-A). Es de notar que los convenios arbitrales previstos en ese tipo de contratación deben observar algunos requisitos obligatorios para su validez: el idioma del arbitraje debe ser el portugués, la sede debe establecerse en alguna ciudad brasileña y el derecho aplicable al fondo del litigio debe ser el brasileño²⁹.

Acto seguido, en 2004, se promulgó en Brasil la Ley de las Asociaciones Público-Privadas (Ley 11.079), con contenido similar al de la Ley de Concesiones en lo que se refiere al arbitraje (art. 11, III).

Asimismo, se han detectado en varios países actuaciones de jueces contrarias al arbitraje en casos puramente comerciales. Argentina tuvo dos casos célebres. En el caso *Cartellone*³⁰, los tribunales estatales decidieron revisar el fondo de un laudo arbitral, y, en el caso *Yaciretá*³¹, se ordenó la suspensión de procedimiento con sede en el país. En Colombia, el caso *AFA*³² ha sido bastante criticado en función de la decisión de la Corte Constitucional de aceptar rediscutir el fondo de un laudo arbitral dictado en un arbitraje nacional, por medio del llamado recurso de *tutela*, originalmente concebido para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales cuando estos resultan vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Sin embargo, las malas experiencias se consideraron meros percances que no afectaban ni a la credibilidad ni al potencial de crecimiento del arbitraje en América Latina.

26 V. la lista de casos registrados bajo el Convenio del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>.

27 V. *supra* nota 26.

28 V. E. Silva-Romero: "América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales", *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 1, 2004, pp. 88-99.

29 Si bien la Ley de Concesiones no explicita que se deba aplicar el derecho brasileño al fondo de la disputa, la mayoría de la doctrina lo ha interpretado de esa forma, por tratarse de contratos de concesión pública.

30 V. E. Baldwin, M. Kantor, et al.: "Limits to Enforcement of ICSID Awards", *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n.º 1, 2006, pp. 1-23.

31 V. V. H.A. Grigera Naón: "Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks, Arbitration International", *Kluwer Law International*, vol. 21, n.º 2, 2005, pp. 127-176.

32 V. Sentencia T-920/04 - Acción de tutela de AFA Consultores y Constructores S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento conformado por Jairo Morales Navarro, Iris Crismatt Mouthon y Norberto Gari García, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-920-04.htm>.

4 · 2007-2008: LAS PRIMERAS SEÑALES NEGATIVAS

Fueron necesarios hechos más graves y, en realidad, de orden político para que se creyera que el arbitraje en la región estaba en peligro.

En abril de 2007, se anunció la aprobación por parte de Nicaragua, Bolivia y Venezuela, durante la V Cumbre de los países miembros de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (el "ALBA"), de la propuesta hecha por Bolivia para que, de manera conjunta, dichos países se retiraran y denunciaran el Convenio CIADI.

Los fundamentos presentados para dicho acuerdo fueron las "*presiones jurídicas, mediáticas y diplomáticas de algunas empresas transnacionales [...] que se resisten a la aplicación de decisiones soberanas de los países amenazando e iniciando demandas de arbitraje internacional contra los Estados Nacionales en instancias como el CIADI*"³³.

En 2 de mayo de 2007, Bolivia fue el primer país en llevar a cabo la decisión de presentar denuncia del Convenio CIADI, que se hizo efectiva el 3 de noviembre de ese mismo año³⁴. En paralelo, en diciembre de 2007, la Asamblea Constituyente de Bolivia aprobó la disposición que restringiría el recurso al arbitraje por los inversores extranjeros. El texto se aprobó en el referéndum que tuvo lugar en enero de 2009³⁵.

A su vez, el 4 de diciembre de 2007, Ecuador, que participó como oyente de la V Cumbre del ALBA, optó por restringir la clase o tipo de disputas para las cuales otorga su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, de conformidad con el artículo 25(4) de la Convención³⁶. Asimismo, dio inicio a discusiones, en el ámbito de la Asamblea Constituyente, para la adopción de reformas constitucionales contrarias al arbitraje con el Estado y sus entidades³⁷.

Venezuela y Nicaragua, si bien llegaron a comunicar su intención en actuar en el mismo sentido, no tomaron en ese momento ninguna medida al respecto.

Los efectos que producirían los actos entablados por Bolivia y Ecuador no podían ser aún definidos, sea porque Bolivia fue el primer caso de denuncia en la historia del Convenio CIADI, sea porque había muy pocos precedentes respecto a la interpretación que se debería dar a la restricción bajo el artículo 25(4) del Convenio CIADI.

No obstante, el hecho de que estas medidas hubiesen tenido motivaciones eminentemente políticas repercutieron de forma bastante negativa en las comunidades arbitral y económica internacionales. La inestabilidad, que durante tantos años fue la marca característica de la región, volvió a preocupar a todos y a refrenar los ánimos respecto al futuro del arbitraje en Latinoamérica. Adicionalmente, las dificultades económicas globales vividas en ese momento, tras la crisis financiera norteamericana, contribuyeron a que el pesimismo se difundiera.

5 · EL ESCENARIO ACTUAL: DOS REALIDADES DISTINTAS

La postura de los países latinoamericanos después de las decisiones boliviana y ecuatoriana ha sido contradictoria.

Por un lado, algunos Gobiernos cumplieron sus promesas de denunciar el Convenio CIADI. Ecuador notificó al CIADI su decisión el 6 de julio de 2009, que se tornó efectiva el 7 de enero de 2010³⁸. Venezuela lo hizo el 24 de enero de 2012, con lo cual la denuncia se tornó efectiva el 25 de julio de 2012³⁹. El Gobierno de Argentina ya hizo pública en más de una oportunidad su intención de seguir los pasos de Bolivia, Ecuador y Venezuela y dejar de someterse al arbitraje CIADI⁴⁰. No obstante, hasta el momento, Argentina no ha tomado ninguna medida en ese sentido.

Es de señalar que Venezuela logró substituir varios de los contratos que habían sido firmados en la

33 V. Declaración política de la V Cumbre de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América, disponible en <http://www.embavenelibano.com/v000156s.html>.

34 V. *supra* nota 3.

35 V. Resultados finales del Referéndum Constituyente publicado en febrero 2009 por la Vicepresidencia de la República Plurinacional de Bolivia Unidad de Información para la Participación Ciudadana, disponible en http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/referendum_constituyente.pdf.

36 V. *supra* nota 4.

37 V. artículo 422 de la Constitución Política del Ecuador de 2008, disponible en <http://www.mmrree.gob.ec/ministerio/constituciones/2008.pdf>.

38 V. *supra* nota 5.

39 V. *supra* nota 6.

40 V. N. Boeglin: "Argentina: ¿hacia una próxima denuncia del CIADI?", *La Nación*, 24 de abril de 2012, disponible en http://www.nacion.com/archivo/Argentina-proxima-denuncia-CIADI_0_1264473694.html.

década de los 90 con inversores extranjeros en el sector de hidrocarburos. Con ello, el Estado pasó a ser socio de los proyectos y se eliminó el recurso al arbitraje para la resolución de disputas resultantes de las nuevas *joint ventures*.

Asimismo, tanto Venezuela como Ecuador han iniciado trámites legales para denunciar algunos tratados bilaterales de inversión, con el objetivo declarado de dejar definitivamente de someter la resolución de sus conflictos a tribunales arbitrales internacionales.

En el caso de Venezuela, las medidas no han evitado que en los años 2011 y 2012 el Estado fuese demandado ante el CIADI en 19 nuevos casos⁴¹.

Por otro lado, Perú, Costa Rica y, más recientemente, Colombia revisaron su legislación sobre el arbitraje modernizando aún más los sistemas vigentes y, por ende, fortaleciendo el arbitraje.⁴²

Actualmente, en Brasil se discute una reforma legislativa con el objetivo de reforzar la política de fomento a la utilización del arbitraje como modo de resolución de disputas incluso en contratos con el Estado y entidades públicas⁴³.

Además, México, Brasil, Perú y Colombia han sido en los últimos años algunos de los principales receptores de inversión extranjera, y el arbitraje ha desempeñado, sin lugar a dudas, un rol muy importante en la atracción de la inversión. Por tanto, hay expectativas de incremento de la práctica arbitral relacionada con esos países, aunque Brasil no haya aún ratificado ningún tratado de protección de inversión.

Si bien se ha discutido el riesgo de la utilización de mecanismos considerados impropios con la finalidad de intervenir en procedimientos arbitrales o anular laudos, como el amparo, en México⁴⁴, y el

mandado de segurança, en Brasil⁴⁵, no se puede inferir a partir de esos precedentes la existencia de un comportamiento sintomático por parte de los nacionales de dichos países que pudiera poner en riesgo el desarrollo del arbitraje.

6 · EL FUTURO: CAMINO A LA MADUREZ

No parece haber duda de que, en aquellos países de América Latina cuyas economías y políticas se encuentran más consolidadas, se han dado todos los pasos esenciales para la creación de un ambiente favorable al arbitraje.

Los principales tratados internacionales en materia de arbitraje han sido ratificados y las legislaciones nacionales, modernizadas. Si bien es cierto que Brasil no ha ratificado la Convención del CIADI ni los tratados de protección de inversión que firmó con algunos países, se han previsto otras formas de garantías para las inversiones hechas en el país. Ello permitió que el flujo de ingresos en Brasil fuese hasta hace pocos años uno de los más impresionantes de su historia, sobre todo en el sector de las infraestructuras.

Asimismo, se ha logrado superar la barrera del preconceito y desconfianza en el seno de la comunidad jurídica local. Existe ya un número importante de árbitros y abogados latinoamericanos especializados y con experiencia. La inclusión creciente de cláusulas de arbitraje en contratos, especialmente de construcción, compraventa de acciones y *joint ventures*, es prueba de ello. El incremento de casos nacionales corrobora igualmente esa constatación.

Es de destacar que hay un número cada vez mayor de jóvenes latinoamericanos que buscan especializarse en universidades y firmas de abogados europeas y norteamericanas. Este fenómeno confirma la percepción positiva del arbitraje que existe dentro de determinados países de América Latina, y denota el interés por parte de los extranjeros en la región.

El número de casos de anulación de laudos y de pedidos de reconocimiento y ejecución no ha acompañado el aumento de arbitrajes. Ello indica el

41 V. *supra* nota 27.

42 V. En el caso del Perú, el Decreto Legislativo n.º 1071, publicado el 28 de junio de 2008; en Costa Rica, la Ley 8937, publicada el 25 de mayo de 2011; y en Colombia, la Ley 1563, publicada el 12 de julio de 2012.

43 V. Anteprojeto da Lei de Arbitragem (9.307/1996) - Projeto de Lei do Senado N.º 406 de 2013, disponible en http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=87989.

44 V. M. A. Gómez: "The 'Amparization' of the Justice System in Latin America and International Arbitration", disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/11/01/the-amparization-of-the-justice-system-in-latin-america-and-international-arbitration>.

45 V. Caso Companhia do Metropolitano de São Paulo v. Tribunal Arbitral do Procedimento N.º 15.283/JRF da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (Mandado de Segurança N.º 053.10.017261-2), fallo disponible en http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=25214.

cumplimiento voluntario de la mayoría de los laudos dictados. Además, como mencionamos, tampoco hubo un número significativo de precedentes negativos. Así, se puede intuir que los jueces latinoamericanos están adoptando, al menos en los casos a los cuales han sido confrontados, una postura pro arbitraje.

El impacto efectivo de las denuncias hechas al Convenio CIADI y otras medidas tomadas en contra del arbitraje CIADI todavía es incierto. Además, parece que esos países están más bien en contra del sistema CIADI —por las razones que sean— y no necesariamente en contra del arbitraje como medio de resolución de diferencias. Cabe destacar que, en 2009, se propuso en el seno de UNASUR la creación de un centro de arbitraje regional que permitiera a Latinoamérica ofrecer alternativas regionales para la resolución de disputas, tanto de inversiones como comerciales⁴⁶. Este centro sería específicamente latinoamericano, con sede o sedes en países de Latinoamérica, y sus idiomas de trabajo serían el español y el portugués.

Asimismo, el origen reconocidamente político de las decisiones de los Gobiernos boliviano, venezolano y ecuatoriano y de las declaraciones de Argentina hace que las consecuentes medidas tomadas puedan no ser definitivas. La economía de esos países está pasando por un momento delicado, y el ciclo histórico demuestra que circunstancias críticas suelen llevar a soluciones inesperadas.

La amenaza al progreso del arbitraje en Latinoamérica podría estar más bien en otros elementos locales.

En primer lugar, si bien han adquirido mucha experiencia en los últimos años y más conocimiento en materia de arbitraje internacional, hay un gran grupo de practicantes que no ha logrado todavía desprenderse de algunas costumbres del procedimiento civil. Ello conlleva, muchas veces, arbitrajes más complicados, lentos y, por ende, más costosos.

No se quiere decir con eso que las prácticas locales no deban ser consideradas o aplicadas a los arbitrajes, especialmente los nacionales. Con todo, la

experiencia de otros países con práctica consolidada debe servir, al menos, de orientación, sin que haya, como se ve en algunos casos, una resistencia ciega a todo lo que es extraño a la realidad local. Lo ideal es que se puedan combinar técnicas, buscándose siempre una mayor eficiencia. La rigidez o, como le dicen en Brasil, la *processualização* del arbitraje no aporta absolutamente nada de positivo al sistema. Por el contrario, desestimula su utilización por parte de las empresas, cuyas expectativas son de tener acceso a un medio más flexible y ágil.

Los reglamentos de muchas instituciones locales alimentaban esa costumbre, ya que se nota todavía una fuerte tendencia en ellos a regularizar demasiado los procedimientos arbitrales con inspiración en el proceso civil. Ello chocaba especialmente con la práctica del arbitraje internacional.

En segundo lugar, el recurso a tácticas procesales que añaden complejidad y que muchas veces son puramente dilatorias, casos que involucran a partes latinoamericanas, es innecesario decir lo nocivo que puede ser ese tipo de conducta para el arbitraje como método, principalmente porque les exige a los árbitros precauciones extras que terminan por comprometer la duración del procedimiento y causar desgastes.

En tercer lugar, el número de árbitros actuantes no crece al mismo ritmo que los arbitrajes. En algunos países, se nota cierta resistencia a nombrar árbitros extranjeros, incluso de otros países de América Latina, bajo el argumento de que es necesario que el árbitro conozca el derecho aplicable y la realidad del país.

Más allá, la renovación del grupo de árbitros locales es la mayor diseminación de la cultura arbitral y, puede generar situaciones de conflicto respecto de las cuales no se sabe aún cómo podrán decidir las Cortes locales.

También podría jugar en contra de la ampliación del grupo de árbitros latinoamericanos actuantes una práctica que era bastante difundida en las instituciones locales de utilización de listas de árbitros⁴⁷. Muchas de las instituciones que utilizaron listas lo justifican con el argumento de que les aporta credibilidad y tienen un carácter didáctico para aquellos que no están familiarizados con el arbitraje. Sin embargo, al menos con relación a

46 V. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (30 de agosto de 2013). Ecuador constituirá en corto plazo el Centro de Solución de Controversias de UNASUR, disponible en <http://cancilleria.gob.ec/ecuador-constituira-en-corto-plazo-el-centro-de-solucion-de-controversias-de-unasur/>.

47 V. *supra* nota [-], p. 15.

aquellas instituciones que ya adquirieron el reconocimiento del mercado, las listas pasaron a no ser más obligatorias.

Finalmente, a pesar de que no se puede aún afirmar que exista una jurisprudencia consolidada en materia de arbitraje, sobre todo respecto al arbitraje internacional.

Cuestiones actuales y delicadas como el deber de revelación de los árbitros, la responsabilidad de las instituciones en la administración de casos, las reglas de conducta aplicables a los representantes de parte y la extensión de los poderes del árbitro no han sido testadas ante las Cortes de América Latina.

Además, hay muy pocas decisiones judiciales en América Latina que hagan referencia a la Convención de Nueva York. Parece existir desconocimiento del contenido de dicha convención y una preferencia por fundamentar los racionamientos en dispositivos de las leyes locales.

Del mismo modo, no se encuentran con facilidad en el repertorio jurisprudencial latinoamericano decisiones que traten del concepto de orden público internacional. Persiste una tendencia a la simplificación del debate transponiéndose el concepto de orden público interno a casos internacionales.

Esta carencia jurisprudencial puede ser una de las principales razones por las cuales Latinoamérica no ha logrado aún ser sede de muchos arbitrajes internacionales. Las estadísticas de la CCI indican dicha deficiencia muy claramente⁴⁸. En 2012, la CCI fijó

únicamente en dos casos una ciudad de América Latina (una en México y otra en Brasil) para sede del arbitraje. Asimismo, ambos países escogidos por la CCI tienen un volumen importante de casos nacionales bajo las reglas de dicha institución, con lo cual se podría pensar que las indicaciones de la CCI no se dieron en el ámbito de arbitrajes internacionales.

7 · CONCLUSIÓN

Los contratiempos ocurridos a partir de 2007 han sido, hasta el momento presente, puntuales e incapaces de determinar el retorno de la hostilidad latinoamericana hacia al arbitraje.

Los países que, por motivos políticos, se oponen al sistema CIADI de arbitraje siguen siendo bastante activos en materia de arbitraje de inversión, y todo indica que lo seguirán siendo por algún tiempo, ya que las medidas que tomaron no surtieron efectos inmediatos. Además, nunca estuvieron en el rol de los mayores usuarios de la región respecto al arbitraje comercial.

El momento económico y político de otros países importantes de Latinoamérica, como México, Brasil, Colombia y Perú, permite que se concluya que el arbitraje todavía crece en la región y tiene perspectivas de más desarrollo en el futuro.

Por ende, para que la evolución siga teniendo lugar, será necesario un esfuerzo de mayor apertura y educación por parte de los practicantes y jueces latinoamericanos. Los regionalismos tienen que ser matizados, y los mecanismos creados y consagrados para asegurar un orden jurídico internacional para el arbitraje deben ser finalmente aplicados.

⁴⁸ V. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 24, n.º 1, 2013, p. 14.