

Arbitraje en Latinoamérica: Un recorrido por la región

Edson Ovidio López Ortiz* y Giuseppe Luigi Mazzocca Carrasquero**

Principia No. 9–2023 pp. 73-85

Resumen: El indudable crecimiento del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias por excelencia para el comercio internacional nos invita a explorar la situación de Latinoamérica, los retos y oportunidades que se presentan y el alcance que puedan tener para el desarrollo de la región. Ante estas cuestiones, resulta relevante hacer una revisión a algunos de los casos en Latinoamérica de arbitrajes por defecto de ley, la revisión del sistema dualista en algunas jurisdicciones y cuáles son las oportunidades con las que cuentan los centros arbitrales para dicho crecimiento. Este artículo desarrolla algunas de esas oportunidades y explora transversalmente como el arbitraje tiene un potencial crecimiento para la práctica en la región.

Abstract: The undoubted growth of arbitration as an alternative means of dispute resolution par excellence for international trade invites us to explore the situation in Latin America, the challenges and opportunities that arise and the scope they may have for the development of the region. In view of these issues, it is relevant to review some of the cases of default arbitration in Latin America, the review of the dualist system in some jurisdictions and the opportunities that arbitration centers have for such growth. This article develops some of those opportunities and explores transversally how arbitration has a potential growth potential for the practice in the region.

Palabras Claves: Arbitraje | Jurisdicciones | Latinoamérica

Keywords: Arbitration | Jurisdiction | Latin America

* Abogado egresado de la Universidad Rafael Landívar. Director de Arbitraje para ECIJA Centroamérica y Co-líder del Grupo Global de Arbitraje.

** Abogado egresado de la Universidad Rafael Urdaneta y profesor de las cátedras de Arbitraje Comercial y Tutela de los Derechos Humanos en la misma casa de estudios. Asociado en ECIJA Guatemala.

Sumario: I. Introducción, II. Arbitrajes por defecto de ley, una oportunidad única, A. Guatemala y el arbitraje de los contratos de distribución, B. Honduras y los arbitrajes que derivan de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, C. Perú y sus particularidades en la contratación pública y otros asuntos, D. Ecuador y los arbitrajes por conflictos laborales y de otras índoles, III. La aplicabilidad material del sistema dualista en algunas jurisdicciones, A. Costa Rica y sus particularidades en los arbitrajes de inversión, IV. Centros arbitrales: Una oportunidad para afianzar la transparencia, A. La relevancia que toma para las partes de un arbitraje, B. Ejemplos de casos de éxito: Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la London Court of International Arbitration (LCIA), IV. Conclusiones

I. Introducción

Con el transcurso del tiempo el arbitraje se ha afianzado cada vez más como el mecanismo por excelencia para resolver todas aquellas controversias que se derivan del comercio internacional. El éxito con el que se ha desarrollado este mecanismo como regla común, obtenido resultados pragmáticos y eficientes versus los retos y complejidades que cada vez se acrecientan más en la justicia ordinaria, han hecho que la confianza en el primero no solo se vuelva una constante a considerar sino más bien un *must to have* al momento de contratar.

Latinoamérica ha sido participe clave en el desarrollo del arbitraje a nivel internacional, la tendiente conflictividad de las relaciones contractuales en esta región ha dado lugar a que progresivamente se haya ido trasladando la confianza del sistema de justicia ordinaria hacia el arbi-

traje. Algunas muestras indudables de lo anterior son que (i) Las disputas administradas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) cuentan con una alta intervención de partes latinoamericanas, las cuales representan el segundo porcentaje más alto de casos en función a la nacionalidad, con un 15,8 % de todas las disputas que administró dicho centro en el período 2015-2020¹; (ii) esa misma suerte se sigue en función de la nacionalidad de los árbitros de las disputas, donde Latinoamérica también tiene la segunda participación más importante para los casos que se disputan en ante la CCI y cuyo porcentaje es de un 15,5%² y, (iii) ante la alta presencia de miembros de Latinoamérica, en un precedente histórico, el Club Español del Arbitraje transformó su identidad a la del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje³.

¹ ICC Dispute Resolution 2020 Statistics. 2020. International Chamber of Commerce. Véase sección denominada “Parties” y sus “geographical origins”. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-2020-icc-dispute-resolution-statistics>

² Ídem. Véase sección denominada “Parties” y sus “geographical origins”. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-2020-icc-dispute-resolution-statistics>

³ El Derecho. Junio de 2023. Club Español e Iberoamericano renueva identidad Visual. Véase: <https://el-derecho.com/club-espanol-e-iberoamericano-arbitraje-renueva-identidad-visual>

A partir de todo lo anterior, es que toma especial interés observar el crecimiento y algunas de las oportunidades que Latinoamérica brinda en materia de arbitraje, las cuales se vislumbran desde las dimensiones de: (i) los arbitrajes por defecto de ley en algunas jurisdicciones; (ii) consideraciones de algunos de los sistemas dualistas del arbitraje en algunas jurisdicciones, y (iii) las oportunidades con las que cuentan los centros arbitrales en Latinoamérica para incidir transversalmente en la transparencia de esta materia.

II. Arbitrajes por defecto de ley, una oportunidad única

A. Guatemala y el arbitraje de los contratos de distribución

Como punto de partida, los arbitrajes por defecto de ley han tomado una parti-

cular relevancia en la escena latinoamericana, de cara a que, por una parte: (i) ofrecen una oportunidad de crecimiento constante para la práctica arbitral; y (ii) por la otra, ofrecen una serie de retos con relación al carácter voluntario del arbitraje y el manejo de los casos donde no medie un acuerdo arbitral escrito entre las partes.

Para el caso de Guatemala, el artículo 10 de su Ley de Arbitraje (“LAG”)⁴ –la cual contiene una similar estructura y esencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas (UNCITRAL)⁵– establece que el acuerdo arbitral debe constar por escrito mediante distintas formas: En el mismo contrato, a través de intercambio de correspondencia o bien mediante el intercambio de escritos de demanda y contestación de demanda.

⁴ Decreto 67-95 Ley de Arbitraje de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala. 16 de noviembre de 1995. Artículo 10:

“1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un “compromiso” o de una “cláusula compromisoria”, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.

3) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: “ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE”.

⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional. 1985 con enmienda de 2006. Artículo 7: *Definición y forma del acuerdo de arbitraje*.

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un docu-

A pesar de que lo anterior resulta ser un requisito y elemento fundamental en la mayoría de las jurisdicciones, el caso de Guatemala adopta una especial particularidad, ya que, da origen que aún ante la inexistencia de una cláusula arbitral escrita y, consecuentemente, plasmada de esa manera la voluntad de las partes, el arbitraje puede prevalecer como el mecanismo para la resolución de controversias directamente de una disposición legal. Esta regulación a la que se hace referencia es: el artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala (“CCG”)⁶.

El artículo 291 contiene una determinación relevante para el arbitraje, pues establece que para los casos de los contratos de agencia, distribución y/o representación, en los cuales las partes no se pongan de acuerdo en el monto de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados por la terminación derivada de tal relación/contratación, dicha indemnización se determinará en arbitraje salvo que haya pacto en contrario. Al respecto, el artículo 291 del CCG expresamente establece que:

Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieren de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que

deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse en proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial. En caso que la controversia se resuelva en proceso judicial en la vía sumaria, el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

Es menester traer a colación que dicho texto de esta disposición legal proviene de una modificación en el año 2006, a partir de fijación y aplicación de los múltiples compromisos que fueron asumidos por Guatemala en el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y la República Dominicana (por sus siglas en inglés “DR-CAFTA”) de modificar algunas leyes internas, para fomentar la atracción de inversiones.

A partir de lo anterior, Guatemala en un hito histórico, privilegió el arbitraje sobre la jurisdicción ordinaria, aun para los casos en los que no se hubiese acordado

mento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

⁶ Decreto Número 2-70 Código de Comercio de Guatemala. 1942. Artículo 291.

un pacto arbitral por escrito. La lógica novedosa utilizada por el legislador guatemalteco fue que, se entendía que el arbitraje era el mecanismo adoptado por las partes para resolver sus conflictos, salvo que existiera un pacto en contrario –de acudir a la jurisdicción ordinaria–. A nuestro entender, la lógica fue muy similar a la aplicada en los arbitrajes derivados de contratación pública en Perú, pero con la diferencia que no obligó a las partes a pactar una cláusula arbitral, sino “la instauró” en defecto de una manifestación en contrario.

Se debe de traer a colación que, producto de esta particularidad normativa, el artículo 291 del CCG fue impugnado mediante una inconstitucionalidad general⁷, sin embargo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala la rechazó al considerar que dicha disposición no limitaba la posibilidad de acudir a la vía judicial y en cualquier caso, como los contratos de agencia, distribución y representación son de carácter mercantil, la voluntad de las partes debe prevalecer –que en este caso, ante el silencio, se desprende de la ley–. Es decir, si las partes no plasman de forma explícita la forma en que desean dirimir sus controversias, se entiende que han optado la aplicación del artículo 291 y en consecuencia, el arbitraje.

A pesar de que puede resultar un tanto lógico, este tipo de controversias para la práctica arbitral conllevan de alguna ma-

nera, una serie de complejidades implícitas en un tipo de arbitraje de esta especialidad. Para los casos en los que ni siquiera hay un contrato plasmado por escrito, el 291 del CCG surte plenos efectos jurídicos por ser de naturaleza mercantil. En ese sentido, cuando se está en el caos de un arbitraje en el que, además de la inexistencia de cláusula arbitral *per se*, tampoco existe un contrato que regule de forma clara las obligaciones de las partes, tendientemente para la determinación del arbitraje se suelen agregar ciertos elementos adicionales de complejidad, que lo convierten en un arbitraje único en su clase.

Por supuesto que en la práctica la aplicación del referido artículo 291 implica ciertos retos y complejidades, pues al no tener una cláusula escrita que contemple el número de árbitros, el tipo de arbitraje y sobre todo las reglas procedimentales, nos encontramos ante un vacío que el legislador dejó, pero que es perfectamente llenado por las previsiones contenidas en la LAG.

Probablemente el reto más grande que implica esta disposición legal es que la falta de un acuerdo arbitral *per se*, puede ser la razón para que se deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo en una jurisdicción distinta a Guatemala, pues tanto la Convención de New York y la Convención de Panamá sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, exigen como requisito la existencia de un

⁷ Corte de Constitucionalidad. República de Guatemala. 2012. Expediente 1316-2012.

acuerdo arbitral. Las preguntas que hasta este momento no han sido respondidas porque no ha existido un caso similar –al menos no conocido por quienes redactan el presente artículo– son ¿Cuál será el tratamiento que le darán jurisdicciones arbitrales más sofisticadas y desarrolladas? ¿Para un tribunal judicial extranjero será suficiente la previsión contenida en el artículo 291 del CCG en sustitución de un acuerdo arbitral escrito?

El arbitraje entonces es la vía en la que inexorablemente muchísimas disputas de esta naturaleza serán resueltas. Ante este escenario, la observación obvia es cuando menos, conocer las particularidades de este tipo de arbitraje y saber cómo abordarlas de forma apropiada, para incrementar las probabilidades de obtener un resultado favorable.

B. Honduras y los arbitrajes que derivan de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones

Corriendo la misma suerte que en Guatemala, el DR-CAFTA dio pie que en Honduras se estableciera por defecto de ley, al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias para el pago de indemnizaciones de los contratos de representación, distribución y/o agencia. El compromiso de Honduras surgió y se consolidó según lo establecido en el anexo 11.13 (sección e: Honduras) (5) (i): “Honduras deberá proveer que: (...) (i) las partes pueden convenir resolver cualquier disputa sobre tal pago en el

Centro de Conciliación y Arbitraje de Honduras, o si las partes acuerdan lo contrario, llevarlo a otro centro de arbitraje (...)”.

En ese mismo sentido, el artículo 29 (4) de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones (Decreto 51-2011 del Congreso Nacional de la República de Honduras) concretizó precisamente ese aspecto del defecto de ley de los arbitrajes al establecer que:

Para efectos de garantizar a los inversionistas una mayor seguridad jurídica serán conocidas por la vía arbitral, haya o no convenio arbitral negociado entre las partes, los conflictos relacionados con las disputas siguientes: (...) 4) Disputas relacionadas con contratos de representación, agencia o distribución (...)

De manera que, Honduras, al igual que en Guatemala, establece el arbitraje por defecto en los casos de disputas, con relación a los contratos ya mencionados. No obstante, cabe mencionar que el artículo *ciusdem* también comprende otra gama de disputas que de igual forma son sometidas al arbitraje por defecto.

Concretamente con lo anterior, el mismo artículo 29 de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones señala que el arbitraje se aplicará por defecto en los casos de: disputas entre accionistas (numeral 1); disputas entre inversionistas entre sí (numeral 2); disputas en materia de Propiedad Intelectual (numeral 3); disputas relativas a prácticas anticompetitivas y/o competencia desleal entre inversionistas sin menos-

cabo de lo dispuesto en la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (numeral 5); y aquellas disputas sobre “Propiedad Raíz” (numeral 6). Lo más interesante a estos respectos es el párrafo final del mismo artículo, el cual establece que: “*Se entenderá en estos casos que el arbitraje es la vía de solución primigenia por lo que no se requerirá la celebración de convenio arbitral para llevar a cabo el proceso en los casos arriba mencionados (...).*”

Siendo así lo anterior, el establecimiento del arbitraje por defecto de ley, así como su correspondiente presunción en los casos señalados, también convierten a Honduras en una jurisdicción tendiente a ser cada vez más pro-arbitraje, lo que nuevamente reitera la necesidad de desarrollar la especialidad del campo, debido a las implicaciones que son tendientes a desarrollar en materia de arbitraje en dicha jurisdicción.

C. Perú y sus particularidades en la contratación pública y otros asuntos

Ahora bien, el trayecto que recorre Perú con relación al desarrollo legislativo del

arbitraje es sumamente relevante, no solamente para su propia jurisdicción, sino también para la práctica a nivel de Latinoamérica. Por solamente tomar una muestra de tales circunstancias, la Ley General de Arbitraje de Perú (“LGAP”)⁸ habilita, por una parte, a cualquier persona, que pacte contractualmente la resolución de controversias que se deriven de estatutos de sociedades civiles y/o mercantiles (artículo 12 de la LGAP)⁹. Por la otra parte, también se habilita la posibilidad de que una persona fije dentro de su testamento una cláusula arbitral para resolver las diferencias que se deriven de los temas vinculados al acervo hereditario (artículo 13 de LGAP)¹⁰.

Perú destaca por la amplia gama de materias arbitrales cuya frecuencia no es tan elevada en otras jurisdicciones de la región. Esto ha dado lugar para posicionar a Perú como una sede cuyo volumen de casos llega a ser bastante pronunciado y sobre todo a ser una sede arbitral importante en Latinoamérica. Y ello tiene especial incidencia en una modalidad de arbitrajes que si bien, no se pactan por el carácter de “defecto de ley” –como en el

⁸ Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572). Congreso de la República de Perú. 1996

⁹ Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572). Congreso de la República de Perú. 1996. Artículo 12: Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social.

¹⁰ Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572). Congreso de la República de Perú. 1996. Artículo 13: Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas.

caso de Guatemala u Honduras-, si devienen en una obligación legal de colocar una cláusula arbitral –es decir, a diferencia del caso de Guatemala, las partes no tienen posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria como mecanismo alternativo al arbitraje-. Esa modalidad tiene que ver con los contratos con la administración pública, es decir, los arbitrajes administrativos.

En ese sentido, el artículo 41, literal b de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (“LCAE”)¹¹ establece precisamente que:

Artículo 41o.- Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:

(...)

Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley 26572. El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados, en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de este será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

De manera que, para los casos de los contratos administrativos en Perú el arbitraje es el único y obligatorio mecanismo para resolver disputas, que resulta como un requisito obligatorio para efectivamente lograr la celebración de dicha contratación. El resultado de la aplicación de una previsión legal de esta naturaleza ha causado entre otras tantas cuestiones positivas, el desarrollo de una práctica arbitral única en Latinoamérica, que ha sido aplaudida por expertos practicantes del arbitraje a lo largo y ancho del mundo.

D. Ecuador y sus arbitrajes por conflictos laborales y de otras índoles

En el caso de Ecuador, el arbitraje por defecto de ley toma una especial relevancia distinto a todos los anteriores casos ya que, la imposición legal deviene de la norma de la más alta jerarquía. Es decir, la Constitución de la República de Ecuador (“Constitución de Ecuador”)¹² establece en su artículo 326, numeral 12 que para los casos de conflictos colectivos de trabajo, estos “serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”. Específicamente la norma *ciusdem* establece: “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán so-

¹¹ Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Decreto Supremo N° 082-2019-EF. 2019.

¹² Constitución de la República de Ecuador. Asamblea Nacional de la República de Ecuador. 2008 con última reforma del 2022.

metidos a tribunales de conciliación y arbitraje.”

De manera que, para los casos de los conflictos, de carácter colectivo y laboral, la Constitución de Ecuador impone, sin ningún tipo de excepción, que los mismos serán resueltos ya sea mediante arbitraje o mediante conciliación. Ahora bien, siguiendo esa línea, la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores (“CRCNV”)¹³, en su artículo 71, numeral 8¹⁴ establece que uno de los requisitos para poder celebrar contratos de mandatos que derivan de contratos de reporto¹⁵, tienen que obligatoriamente contener una cláusula arbitral.

Precisamente estas imposiciones por defecto de ley que se presentan en Ecuador, así como las que hemos podido visitar para los casos de Guatemala, Honduras y Perú, son sin lugar a dudas foros ideales para el aprovechamiento del arbitraje como mecanismo de resolución de

controversias, que deben de reforzarse sobre aquellos aspectos donde aún se presenten retos y deficiencias y de la misma manera, que se incentive al desarrollo académico y jurisprudencial de dichas áreas.

III. La aplicabilidad material del sistema dualista en algunas jurisdicciones

A. *Costa Rica y sus particularidades en los arbitrajes de inversión*

Costa Rica tiene un sistema dualista de arbitraje, en el sentido de que el arbitraje internacional y el doméstico se rigen por leyes distintas. Mientras que la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (“LACI”)¹⁶ es de aplicación al arbitraje internacional, y la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (“Ley RAC”)¹⁷,

¹³ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Consejo Nacional de Valores. 2007 con última reforma del 2013.

¹⁴ Ídem. Artículo. 71.- Celebración obligatoria del contrato del reportado o reportante con sus comitentes.- Los reportados o reportantes en forma previa a la realización de operaciones de reporto, deberán suscribir con cada uno de sus comitentes por cada operación un contrato de mandato que contenga al menos las siguientes estipulaciones:
(...)

8. Cláusula de sometimiento de las controversias que puedan surgir entre las partes a la decisión de árbitros, de conformidad con lo previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

¹⁵ El Contrato de Reporto es un contrato bilateral, por el cual el “reportado” transfiere en propiedad al “reportador” títulos de crédito de una especie determinada (bonos, pagaré, acciones, letras, etc), por un precio también determinado, asumiendo el reportador la obligación de transferir al reportado, cuando transcurre el plazo acordado en el contrato, la propiedad de los mismos u otros títulos de la misma especie, contra el pago del mismo precio más un premio.

¹⁶ Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). No. 8937. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 2011.

¹⁷ Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 1998.

de aplicación residual, es aplicable a todo arbitraje que no se rija por la LACI.

Se ha señalado que la Ley RAC es aplicable al arbitraje doméstico, lo que es correcto, pero siendo que la Ley RAC no delimita su alcance a un tipo de arbitraje específico, resulta de aplicación a todo arbitraje que no esté cobijado por la LACI, que es ley especial para el arbitraje internacional, de acuerdo a la delimitación de su ámbito de aplicación contenido en su artículo 1.

Costa Rica es un caso sumamente interesante con relación a su sistema dualista para los arbitrajes nacionales vs los internacionales. A partir de ello, en el caso de los arbitrajes internacionales (dentro de los cuales se podría pensar encuadra los arbitrajes de inversión), lo lógico sería pensar que la legislación aplicable en Costa Rica es la LACI.

No obstante, a pesar de que la intuición lógica es la que debería de reinar para todos los escenarios, el legislador costarricense determinó, en cierta medida, que la LACI no debe ser la legislación aplicada para los casos en los que se está frente a disputas inversionista – Estado, como lo prevé su Art. 1(5):

5) La presente ley no afectará a ninguna otra ley de Costa Rica en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley. Tampoco será de aplicación en las disputas entre inversionista-Estado

reguladas en los acuerdos internacionales.

De esta manera, Costa Rica fijó medianamente en esta norma, un evidente obstáculo para la aplicación de dicha normativa para los efectos de los casos de arbitrajes de inversión en los que Costa Rica sea sede. Por ende, accionar pretendiendo cualquier tipo de requerimiento (como la nulidad del laudo) basados en esta normativa, la hacen improcedente por su mera incompatibilidad. El legislador dejó plasmada su voluntad manifiesta de excluir la aplicación de la LACI al haber introducido una modificación expresa a la Ley Modelo.

Costa Rica, sin duda está dando pasos importantes para convertirse en una sede arbitral cada vez más atractiva, tan es así que al día de hoy ya ha sido sede de un arbitraje de inversión. Por esta razón, es importante conocer que aún cuando la LACI excluya su aplicación al arbitraje inversor-estado, no significa que este tipo de disputas queden “huérfanas” de la aplicación de un régimen local que las cobije a través de la Ley RAC.

IV. Centros arbitrales: Una oportunidad para afianzar la transparencia

A. La relevancia que toma para las partes de un arbitraje

En la práctica profesional de aquellos que se dedican al arbitraje, siempre ha habido una constante que se contrapone según el lado de la balanza sobre el que se busque inclinar. En ese sentido, la transparencia y la confidencialidad son

conceptos que para muchos podrán representar severos elementos opuestos, que implicarían –aparente y consecuentemente– el sacrificio de uno para garantizar el cumplimiento del otro. De ello, algunos consideran que la confidencialidad tiene un mayor peso selectivo frente a la transparencia, esta hipótesis también se ha visto sustentada en las encuestas realizadas por parte de White & Case LLP y la Queen Mary University of London¹⁸.

Ahora bien, la contrapuesta a la confidencialidad, es decir, la transparencia, está vinculada intrínsecamente al acceso de la información, a pesar de no ser exactamente iguales:

El acceso público y la transparencia se unen al facilitar el derecho del público a asistir a los procedimientos, así como al permitir el escrutinio de la actuación del juez. Si bien es tentador hacer una amalgama de estos dos conceptos, son sin embargo distintos entre sí en el contexto del arbitraje: el acceso del público es un derecho individual mientras que la transparencia se refiere al sistema en su conjunto. Existe una discrepancia notable en el tratamiento de la transparencia y el acceso público en el arbitraje comercial internacional, dado que el primero se considera a menudo un imperativo mientras que el segundo se considera prescindible. Esta diferencia de trato se deriva de los objetivos

que cada concepto trata de alcanzar. Por consiguiente, aunque el acceso público es un instrumento para estimular la transparencia, no es una característica esencial de la transparencia”¹⁹.

Ahora cabe preguntarse ¿cuál es la razón por la cual la transparencia resulta relevante para las partes? De alguna manera, esto va intrínsecamente relacionado a la validación con la que se confía en el arbitraje como mecanismo para resolver las controversias por quienes estén interesados en buscar resolver una disputa.

Y no solo lo anterior, la capacidad de contar con políticas de transparencia por parte de los centros arbitrales permiten una doble oportunidad práctica: (i) se genera un incentivo con relación al desarrollo de la práctica arbitral en tales centros, en función de mostrar manejo de casos, volumen, tipos de materias trabajadas, entre otras variables, pero además; (ii) esto representa una única oportunidad para los centros de desarrollar académicamente los espacios de mercado que visibilicen al exterior la capacidad técnica con la que dicha institución maneja sus casos y por ende, puedan generar más confiabilidad en partes que estén interesadas en manejo de asuntos sobre materias y temas específicos.

En Latinoamérica existe una gran cantidad de centros de arbitraje que cada vez

¹⁸ White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, p. 6. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf

¹⁹ AVINASH, Poorooye & FEEHILY, Ronán. Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance. Harvard Negotiation Law Review, 2017, p. 283.

administran mayor cantidad de casos con alto grado de complejidad. Publicar sus decisiones sin dejar de lado la confidencialidad de los procesos, se puede convertir en una herramienta fundamental para generar mayor confianza y predictibilidad en las decisiones, que a su vez hagan cada vez más atractivas sedes arbitrales en la región.

B. Ejemplos de casos de éxito: Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la London Court of International Arbitration (LCIA)

A pesar de que la confidencialidad sigue marcando una presencia relevante para el mundo del arbitraje, sobre todo para los grandes actores económicos que buscan que sus controversias se mantengan fuera de la vista de la escena global, no es menos cierto que la transparencia ha venido tomando cada vez más presencia con relación a ciertas instituciones arbitrales que buscan ofrecer un espectro más amplio, sobre la realidad que circunscribe al arbitraje año tras año y los resultados que de la gestión de dichos centros se derivan. Precisamente lo anterior es una oportunidad clave con la que cuentan las instituciones arbitrales en Latinoamérica para acrecentar la presencia y atracción por este medio de resolución de controversias (el arbitraje).

Y es que materializar este tipo de elementos como la transparencia no es un imposible para la práctica y consecuente obtención de casos, existen múltiples casos de éxitos sobre estos aspectos. En ese orden de ideas, se toman como referencia a dos ejemplos concretos: (i) La Cámara de Comercio Internacional (CCI); y (ii) la London Court of International Arbitration (LCIA).

Sobre el primer caso, es decir con mayor detalle, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), esta institución siempre ha sido pionera en la dirección y ejecución de iniciativas que pueden ser replicables por otros centros arbitrales. A partir de ello, la CCI ya tiene más de 6 años implementando políticas dirigidas a: (i) promover la transparencia del arbitraje, permitiendo destacar elementos como la cualidad de los tribunales arbitrales y que consecuentemente se genere un incentivo adicional de promocionar el arbitraje a nivel regional²⁰ y; (ii) las consecuencias económicas derivadas de la injustificada entrega de laudos arbitrales²¹.

En el otro caso, es decir, la London Court of International Arbitration (LCIA), esta sigue la misma corriente que la CCI, a través de su “Annual Casework Report” en el cual incluyen una variedad pronunciada de información (como la referente a sectores/industrias,

²⁰ ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency. International Chamber of Commerce. 2016. Véase: <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

²¹ Ídem.

acuerdos, normas aplicables, intervención de múltiples partes, entre otros), manteniendo los estándares mínimos de la confidencialidad y no transgrediendo el acuerdo de las partes²².

V. Conclusiones

Sin lugar a dudas, el arbitraje avanza a pasos agigantados para los grandes actores que intervienen en el comercio internacional. Por suerte, Latinoamérica cada vez más se hace presente en esa ola, desde los arbitrajes por defecto de ley, hasta la revisión de los sistemas dualistas de arbitraje y pasando por las oportunidades que existen para los centros arbitrales a día de hoy. Se está ante un momento único para el crecimiento de esta área en la región.

En ese sentido, los retos y barreras también están presentes, por lo que es indispensable ser conscientes que aún hay mucho camino por recorrer y aún más cuestiones por aprender e implementar.

²² Reports. The London Court of International Arbitration. Véase: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>