

## PARCIALIDAD EN ARBITRAJES INTERNACIONALES CUANDO UNA DE LAS PARTES PERTENECE A PAÍSES EN DESARROLLO

*Lic. Miguel Ruiz Herrera*

### ***Introducción: De la teoría a la realidad – Lo que 15 años nos dicen.***

Hace más de cuatro décadas nos graduamos. Pero no fue sino hasta hace unos 15 años que pensé en arbitraje. Fue una escogencia obligada ante largos años de defensa a ultranza de un litigio difícil: Batallaba en contra de un país –lo que siempre es difícil- y de algo más difícil: una “gesta” internacional de un movimiento ecologista solapadamente peligroso, inclusive para el país. Acudí entonces al primer arbitraje internacional que Costa Rica conoció en los pasados cien años.

Lo hice sin experiencia, abrumado por problemas económicos –míos y de mis clientes- y enfrentando vergonzosas decisiones judiciales. Pero al menos –pensaba- un arbitraje internacional mitigaría el consistente favoritismo de los jueces contenciosos hacia su patrón: el Estado.

Propios y extraños me han alabado por ese arbitraje. Pero siempre he dicho que fue una ingrata solución.

Este artículo trata de apartarse de esa experiencia. Pero no logra disimularla. Intenta contribuir con algunos consejos prácticos para que el arbitraje –del cual sigo conven-

cido de sus virtudes- sea más equitativo y contribuya a solucionar los problemas de nuestros clientes en un medio internacional cada vez más difícil. Trataré de dar sugerencias de solución (las que llamaré “*Tips*”) para cada problema comentado, centrándome en los que más me ha tocado presenciar.

### **1. La escogencia de la legislación de fondo. La parcialidad reversada.**

Nos ha tocado enfrentar la imposición por parte de empresas extranjeras de cláusulas que piden la aplicación de legislación internacional, y que piden que el arbitraje se celebre en otros países, **a pesar de que el contrato deba ejecutarse en Costa Rica**. Los contratos de representación de productos fabricados en el extranjero son el ejemplo más común. La desesperación de nuestro cliente local por ser nombrado representante nos pone entre la espada y la pared. Nuestro cliente querrá aceptar cláusulas como ...“*Cualquier diferendo se resolverá de conformidad con la legislación de Japón en un arbitraje que se celebrará en Japón*”. Cláusula totalmente injusta. Se olvida que esos contratos no son contratos de manufactura del producto. El fabricante lo fabrica a su antojo, muchas veces ni siquiera en su país donde se siente más cómodo. Estamos frente a un contrato de distribución,

de representación, un contrato que se **ejecutará** en Costa Rica. Pero contestarán: *“Nuestra casa matriz ha decidido que dicha cláusula deba respetarse como ha sido redactada”*.

**TIP:** He logrado convencer en una mayoría de los casos a los abogados de la casa matriz con el siguiente argumento: La Convención de New York sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, en el Capítulo V, Sección 2(b), establece que un laudo no será ejecutado o reconocido cuando violente “Public Policies” del país receptor. Nuestra legislación de representantes de casas extranjeras es calificada “de orden público” y las decisiones de la Sala reconocen como irrenunciable dicha legislación costarricense. El eventual laudo dictado con base en legislación extranjera, entonces, no será ejecutable.

**Algo peor: Parcialidad Reversada:** En muchos países en desarrollo, sus gobiernos desconfían de su propia legislación y se dejan impresionar por consejos de sus asesores internacionales que los llevan a descartar la propia legislación y pedir la aplicación de “normas internacionales”. En ocasiones, también lo hacen pues conocen que la legislación internacional es más acomodaticia (y siempre se podrá encontrar algún precedente que refuerce el caso) aún en contra de clara legislación nacional. Pero el resultado no es correcto: Por ejemplo, en expropiaciones, normas internacionales en boga hace una docena de años pedían la determinación del precio del bien expropiado de acuerdo a la fecha del acto de expropiación, desechando la fecha en que se realizaría el avalúo o la fecha en que se produciría la compensación. Esas normas se daban por la influencia de expropiaciones en Irán, en donde el bien expropiado valía varias veces

más años antes, mientras el Sha gobernaba, que el ridículo valor posterior producto de los desmanes del Ayatola Jomeini. Pero... ¿en Costa Rica? ¿Habría descendido tanto el valor de un inmueble producto del gobierno actual para justificar que se tome en cuenta el valor de anteriores gobiernos?

**TIP:** La influencia de un país sobre los integrantes de un tribunal arbitral internacional es menor que sobre jueces locales de dicho país. Pero siempre existirá. El consejo que doy es lo que NO hice en el pasado: Debí haber montado un buen berrinche, un buen escándalo, denunciar fuertemente el intento del país de sustraerse de su propia legislación. El impacto de ese berrinche sobre cualquier defensa de los gobernantes ante dicha actuación, con seguridad, habría tenido sus frutos. Un buen y sonoro berrinche, en ese caso, vale la pena.

**2. La escogencia de la sede para el arbitraje y de la legislación aplicable al procedimiento.** Parecido al tema anterior, en este caso la defensa es diferente: No hay mandato de sede local en la legislación. El tema, sin embargo no es menos importante. Un arbitraje, en Tokio, por ejemplo, posiblemente arruinará a la empresa costarricense y hará nugatoria esa alternativa.

**TIP:** Durante la negociación del contrato, se debe apelar insistente y consistentemente a la racionalidad, brindando datos de Naciones Unidas sobre costos de un procedimiento de arbitraje en diferentes países. No se debe insistir en sede local, pues será tomado como un “pulso” entre las dos partes, pero se deben dar alternativas de otras sedes más cercanas y más económicas (a todos nos gusta irnos de compras a Miami, por ejemplo).

### 3. La influencia de los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados Bilaterales de Comercio.

Los países desarrollados –al presentar un atractivo mercado para las exportaciones de nuestros países y, asimismo ser buscada fuente de inversión en nuestros países, tienen una ventaja natural a la hora de negociar tratados bilaterales de inversión o de comercio. Ello ha traído la automática cláusula que obliga a nuestros países a atender arbitrajes internacionales, especialmente en el campo de inversiones. He defendido dicho acceso a arbitrajes internacionales. Evita lo que sucedía antes: esfuerzos desmedidos – por parte del sufrido y engañado inversionista – para que un país atienda a sus obligaciones –que se determinarían en un arbitraje lejos de jueces proteccionistas del país. Inversionistas hasta habían tenido que acudir a trucos para convencer al gobernante de turno a acudir al arbitraje. Y ahora al menos sufren menos el embate por la prensa de supuestas presiones políticas ejercidas desde países foráneos por su nacional inversionista que requería la presencia del país en un arbitraje. Esa supuesta presión política, ya no se justifica.

Pero ello ha trasgredido el justo medio y ha devenido en un abuso por parte de ciudadanos de países desarrollados, quienes –conociendo dichas cláusulas- demandan a los países en desarrollo, con pompa y escándalo internacional, ante cualquier desavenencia, multiplicando para ello exponencialmente el monto de sus reclamos, precisamente para ser objeto de atracción en los medios de opinión, desesperados por crear escandalitos.

Hasta el momento, al menos en el caso de Costa Rica, el Gobierno ha sabido enfrentar dichas demandas y se han logrado descartar a varias de ellas. Se anuncian nuevas y multimillonarias, algunas de ellas que no su-

cederían si no se abusa de dichas cláusulas.

**TIP:** No soy asesor de Gobierno, pero externo una sugerencia: Debe existir un constante y permanente esfuerzo por hacer prevalecer el Régimen de Derecho, tanto en beneficio del Estado como en beneficio del inversionista particular, sea éste nacional o extranjero. Lamentablemente en ya demasiadas ocasiones nos encontramos ante decisiones judiciales en donde el Juez no puede olvidar que es parte del Estado, y claramente lo favorece descaradamente. No en vano, el recordado Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, maestro y genio administrativista, en su libro “Expropiación y Responsabilidad Pública”, página 113, afirma: “...*la solidaridad del Juez contencioso con el Estado, como empleado público que es. Es un problema de solidaridad gremial con el gobernante y el administrador... ... El Juez contencioso está siempre mucho más cerca del Estado, y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable*”.

Esas vergonzantes decisiones judiciales producen la mayoría de los casos en que un Gobierno sea demandado internacionalmente. Esa “ayudita judicial” es –además de incorrecta- éticamente fatal y le trae el país consecuencias nefastas. Una parte muy importante de la educación de nuestros jueces debe ser dirigida a erradicar esta equivocada solidaridad del Juez con su país.

### 4. La posible intervención de tribunales comunes – la percepción sobre los tribunales de los países en desarrollo.

“*Cría fama y échate a dormir*”. El cine nos muestra constantemente a jueces vulgarmente solidarios con su ambiente local. Desde jueces de pequeños pueblos sureños de Estados Unidos. No podremos

olvidar a Fred Gwynne enfrentando a Joe Pesci, salvado por la brillante intervención de la “testigo perito” Marisa Tomei en “My cousin Vinnie”) o los casos de jueces mexicanos apresando al “bueno de la película”, vaquero estadounidense que se internó en México en su gesta por salvar a la doncella secuestrada.

Ello arrastra a casos de costosos arbitrajes internacionales, mucho más gravosos económica y profesionalmente que un juicio local. Si el arbitraje tiene como una de sus partes a un país, el problema no es tan grave pues se supone que el país tendrá recursos para enfrentarlo. El problema mayor surge cuando la parte local es una empresa privada, caso en el que los costos de dicho arbitraje harán que la empresa desista de sus pretensiones y se pliegue al pedido de la empresa extranjera, normalmente con más recursos que la local.

**TIP:** Aparte del esfuerzo constante para que el Régimen de Derecho prevalezca a toda costa y así sea percibido local e internacionalmente –pues, como aquí se nota, sus propios ciudadanos son quienes más son dañados- hay más cosas que se deben hacer: (a) atención extrema, paciente, insistente y constante, a la negociación de la cláusula contractual que eventualmente llevará a un arbitraje, con especial atención en los aspectos de la radicación del arbitraje y de la legislación de fondo aplicable, como se ha comentado arriba, y (b) destacar el apoyo que los tribunales comunes costarricenses –liderados por algunas integrantes de la Sala Primera Civil- han dado al surgimiento y desarrollo de arbitraje en Costa Rica, tanto en el caso de medidas de apoyo (medidas cautelares solicitadas por los árbitros) como el su objetiva y cuidadosa función revisora en caso de recursos de nulidad de los laudos.

## 5. La selección de los Árbitros: la “Independencia de los Árbitros”, concepto casi inalcanzable y tal vez ineficaz.

Internacionalmente se promulga la necesidad de la “independencia” de los árbitros. Este es un concepto ideal, pero inalcanzable en nuestros países. En nuestro medio es imposible conseguir a un árbitro que sea totalmente independiente. Siempre existirá un vínculo (haber llevado un caso a la suegra del mensajero de la tía del primer marido de la secretaria de la empresa actora). Y en arbitrajes internacionales –que se supondría ello no existe- se tiene el mismo problema en razón de la revolución de la internacionalización de relaciones y comunicaciones, ante el exceso de “disclosures” que están en boga, convirtiendo la escogencia de árbitros en un costoso ejercicio en donde los más honorables y mejores conocedores del tema en discusión son dejados de lado.

El concepto por el que hemos luchado es el concepto de “imparcialidad”. Un árbitro, más que “independiente” debe ser **imparcial**. Pero no es fácil lograr que se acepte un árbitro sugerido por la empresa de uno de los países en desarrollo que no sea totalmente independiente. Los abogados de la contraparte resaltarán, para intentar descartar a un árbitro correcto y conocedor, hasta el hecho de que el árbitro haya pasado una semana de vacaciones en la playa en Costa Rica. Y, asimismo, gesta tal vez más difícil resulta lograr que un árbitro de un país en desarrollo se comporte digna e imparcialmente por el simple hecho de no tener vínculos. Su deseo de aparentar no ser localista, lo lleva a decisiones funestas. Por ejemplo, véase el triste desempeño de otro tipo de árbitros, como el árbitro salvadoreño que dirigió el nevado y congelado juego de

nuestra selección de fútbol contra Estados Unidos de América, evento tan nevado que las camisetas blancas de los estadounidenses no podían ser reconocidas en medio de la blanca nieve, evento que –en condiciones mucho más favorables –fue suspendido por nórdicos árbitros en el resto del mundo.

**TIP:** Habrá que hacer un esfuerzo investigativo para encontrar posibles vínculos en los árbitros internacionales. Siempre los habrá. NO habrá más remedio que jugar el mismo juego. Para comenzar, valerse de “Google” para investigar a candidatos de países desarrollados. Google le encontrará alguna travesura. Y luego así demostrar –magnificando dichos otros vínculos- la necesidad de centrarse en la imparcialidad, más que en la independencia, del posible árbitro.

## 6. La selección de los abogados de parte en arbitrajes internacionales.

Los procesos de arbitraje internacional en la mayoría de los casos se llevan a cabo en los centros designados por los tratados, que generalmente son centros localizados en países de “Common Law” –contrarios a nuestro sistema civilista- o en centros que han logrado adquirir fama para esos efectos, de iguales características. Ello lleva a la aparente necesidad de contratar con imponentes firmas de abogados de Washington, cuyos honorarios –por la manera en que los cobran- son suficientes para financiar varias bodas de princesas árabes hasta con presencia de elefantes elegantemente vestidos para la ocasión. Y no necesariamente la intervención de dichos abogados significará el éxito del arbitraje. Todo lo contrario. Los abogados de esos foros nunca podrán entender la importancia de pequeños pero vitales temas, y se dejarán

impresionar por “internacionalismos” (como el caso de permitir la aplicación de “normas internacionales” descartando la legislación local de donde el diferendo tuvo lugar).

**TIP:** Otorgar a una firma de abogados locales la responsabilidad de ese arbitraje. Ya hay algunas que han alcanzado esa experiencia y sabrán como enfrentar el proceso mucho mejor que las extranjeras no familiarizadas con el tema local. Ciertamente es aconsejable que dicha firma se asesore por un abogado radicado en el lugar donde se celebrarán las audiencias del arbitraje (o de sistema judicial similar), que también haya tenido experiencia importante en esos procesos. Esta es una alternativa mucho más racional, profesionalmente efectiva y mucho más económica para el cliente. De lo contrario la experiencia no será grata: aún teniendo éxito en el arbitraje, una parte muy importante del monto obtenido en el laudo caerá en las arcas de dichas firmas extranjeras. Y si no se tuvo éxito, pues habrá que enfrentar con dignidad hasta la compra de medicamentos para salvar el hígado y no llorar por la leche derramada.

## 7. Decisiones percibidas como parcialidad durante el arbitraje:

(a) **Pacta Sunt Servanda – la evolución de tratados internacionales a casos locales.** Los contratos son ley entre las partes. Este principio, reconocido desde el Derecho Romano (“Pacta Sunt Servanda”), tiene diferente reconocimiento en derecho anglosajón, que en nuestro derecho civilista. En nuestro régimen, el contrato como ley entre las partes se origina en la existencia de ese contrato. En derecho anglosajón, existe el criterio de “Contrato en Equity”,

lo que ha llevado a tribunales arbitrales a reconocer la existencia de contratos en países en desarrollo que realmente no existían como tales. Las diferencias con nuestro sistema no son tan marcadas (por ejemplo, acuerdo entre cosa y precio como determinante de una compraventa) pero en arbitrajes internacionales los árbitros se han fijado en la existencia de dicho principio en ciertos ordenamientos legales como el Artículo 38 (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (que llama a considerar “normas internacionales” y olvida citar el texto de la ley del lugar donde la disputa tuvo lugar), o el verdadero significado del 26 de la Convención de Viena (“Pacta Sunt Servanda”), dejando de lado la verificación de la existencia del contrato en ciernes y, consecuentemente, se ha arrastrado a terceras partes no suscriptoras de la cláusula arbitral que aparece en un contrato, al haberlas incorporado “en Equity” (por ejemplo en el caso AMCO vs Indonesia).

**Tip:** Debe incluirse en los contratos, en la redacción de la cláusula arbitral, texto en el que las partes definan claramente cuál es su intención: tener como partes en el diferendo únicamente a las contratantes, o extender dicha categoría de parte a alguna otra parte relacionada con la transacción.

**(b) Cambio de Circunstancias – países sin legislación que regule cambios en el equilibrio financiero de los contratos.** En muchos países no existe legislación que proteja al inversionista contra el incremento de costos que sobreviene después de la firma del contrato, lo que denominamos “cambio de circunstancias”. El equilibrio

financiero de los contratos se afecta, en muchos casos, en razón de las políticas económicas del país receptor de la inversión, o por evidentes circunstancias ocurridas a nivel internacional (precios de petróleo, precio del acero en razón de mega construcciones en China, etc.), cambios causados por los atrasos en la ejecución de las obras (cambios de los que una de las partes, la adquirente de la obra, es generalmente la responsable de dichos atrasos). Estos temas, que son comunes en nuestros países, son de difícil reconocimiento en tribunales compuestos por integrantes de países desarrollados, lo que produce daños irreparables a la parte así lesionada.

**Tip:** Como asesores de inversionistas, debemos asegurar que el derecho al equilibrio financiero quede debidamente documentado. Inclusive, hemos logrado intervenir desde la fase de los carteles licitatorios, por medio de consultas a la entidad respectiva, por medio de alternativas en donde la Iniciativa Privada se permita, o por medio de objeciones al cartel. Debe quedar registro claro y contundente de la existencia de la facultad de equilibrar el contrato, para que así los tribunales compuestos por árbitros no familiarizados con estos temas, le otorguen el debido respeto a ese equilibrio. Y debe documentarse cada día de atraso en la ejecución del contrato que sea responsabilidad de la parte que recibirá esas obras. La ausencia de documentación de atrasos ha llevado, en muchos casos internacionales, a eximir a la parte que deba pagar la indemnización, del pago de intereses por el tiempo transcurrido, revertiendo el principio que obliga a condenar en costas de manera genérica (admitiendo su perdón en casos en donde haya existido buena fe evidente de perdidoso).

**CONCLUSION:** La parcialidad aquí denunciada existe y en dimensiones importantes. En muchos casos, la culpa la tenemos los mismos países en desarrollo. No ayuda, por ejemplo, la actitud de la señora Fernández de Kitchner, en Argentina, en donde ha desconocido laudos por miedo a reacciones antipopulares. Eso no es un atentado contra

el orden público. Ni ayuda tampoco la familia que tienen nuestros países de localismos injustificados en las decisiones judiciales. Nuestra tarea para evitar esta situación debe comenzar por casa, domésticamente. Mientras tanto, los consejos dados pueden asistir a mitigar para nuevos casos los daños que nos ha tocado presenciar.