

Reglas del arbitraje local:

Un termómetro de la estabilidad empresarial en América Latina

Por Carlos Ortega, Senior Director, Soluciones para la Construcción.



En 2007, Goldman Sachs declinó la oportunidad de realizar muchas inversiones en América Latina. Hoy, tan solo 10 años más tarde, la banca de inversión entró pisando fuerte. En 2016, sus ingresos en Latino América aumentaron 50%, en comparación con los resultados de los años anteriores.

¿A qué obedece este viraje de Goldman? Ciertamente los avances importantes en las regulaciones del mercado financiero en América Latina y la estabilidad tributaria en la región jugaron un papel importante. Pero hubo otro factor igualmente importante que es un termómetro de la inversión segura en los mercados en desarrollo: la estabilidad del sistema jurídico, tal y como lo demuestran las empresas extranjeras que depositan su confianza en el arbitraje local cuando surgen las disputas. Es importante que las empresas confíen en los prospectos de inversión, pero también necesitan saber que en caso de disputa, podrá resolverse de una manera justa y transparente.

Muchos gobiernos latinoamericanos están en el proceso de construir esta confianza, imparcialidad y transparencia, reforzando la efectividad del arbitraje local. La confianza en el arbitraje es de vital importancia para los gobiernos de América Latina, dado que son conscientes de la necesidad de atraer bancos de inversión y fondos de cobertura globales para financiar los proyectos de infraestructura cada vez más grandes y vitales para el crecimiento económico. La bonanza de Goldman Sachs en 2016 en América Latina, por ejemplo, se derivó principalmente de un gran acuerdo de financiación de infraestructura y de la venta de estrategias de cobertura.

Los proyectos de infraestructura en América Latina con frecuencia son de gran envergadura y en consecuencia, los gobiernos no están en capacidad de financiarlos totalmente. Por ejemplo:

- A raíz de un terremoto de gran magnitud en 2010, Chile tiene proyectados \$28.000 millones de dólares en infraestructura que incluyen carreteras, embalses y aeropuertos.

- La Agencia Nacional de Energía de Brasil está destinando \$9.200 millones de dólares para la construcción de una planta de energía hidroeléctrica.

- Colombia asignó \$7.500 millones de dólares para construir el sistema de metro en Bogotá y está en proceso de invertir más de \$8.000 millones para la construcción de carreteras a lo largo de todo el país.

- Perú está invirtiendo más de \$5.000 millones para desarrollar un nuevo sistema de metro en Lima.

Cambios de actitud

A pesar de que los gobiernos de países en desarrollo a menudo se resisten a la transparencia empresarial con el fin de cubrir prácticas cuestionables en las que los funcionarios del gobierno se enriquecen, en muchos países latinoamericanos, cada vez más, los funcionarios están respaldando los conceptos de imparcialidad y transparencia en los procedimientos de arbitraje. No es extraño entonces, que los funcionarios de estas naciones se encuentren en posiciones profesionales y legales mucho más sólidas.

Un escenario demasiado común en América Latina se está convirtiendo en algo del pasado. Previamente, al surgir una disputa sobre un contrato entre una empresa extranjera y una agencia gubernamental, un funcionario de la agencia recibiría instrucciones de un superior de pagar a la empresa extranjera los daños establecidos por el gobierno. El funcionario a cargo de realizar el pago podía ser objeto de auditorías e investigaciones onerosas para determinar si el pago estaba en regla. En caso de cuestionarse la legitimidad del pago, el funcionario a cargo de realizarlo sería inculpado de la misma forma que el superior que lo ordenó. Si por el contrario, árbitros confiables establecen el pago, el funcionario del gobierno a cargo de realizarlo está en un terreno seguro y sería juzgado simplemente por acatar la ley.

A medida que los tribunales de arbitraje de América Latina construyen una reputación de ser transparentes e imparciales, se corre la voz. Y mientras lo hace, las empresas privadas están más dispuestas a resolver las disputas localmente. La Cámara de Comercio Internacional (ICC) informa que los arbitrajes locales en América Latina aumentaron 230% entre 2005 y 2015. Muchos de estos casos son en contra de los gobiernos; ahora se están adjudicando las disputas a los tribunales locales de arbitraje, pero no hace mucho hubieran sido llevadas a las cortes internacionales como la Corte Internacional de Arbitraje en París o el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés) en Nueva York.

Por ejemplo:

- En un caso aún por resolver presentado en Colombia en 2016, Cosigo Resources, empresa minera con base en Estados Unidos, recurrió al arbitraje local con una demanda por \$16.500 millones de dólares contra el gobierno colombiano. Su argumento se basa en que en 2009 el gobierno colombiano aprobó una resolución que determinó que una gran región en el sureste del país fuera considerada parque natural, prohibiendo así la minería y la excavación. El acuerdo de exploración y explotación de minas de oro firmado por Cosigo, ahora prácticamente no tiene ningún valor.



- También en Colombia, la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, recurrió al arbitraje local contra Odebrecht, conglomerado brasilero de la construcción, por casos de corrupción y otras disputas relacionadas con el proyecto. Luego de que Odebrecht admitió haber pagado más de \$11 millones de dólares en sobornos a funcionarios colombianos, la ANI desea anular un contrato otorgado a la empresa por la concesión de una autopista.

Puertos seguros y tempestuosos

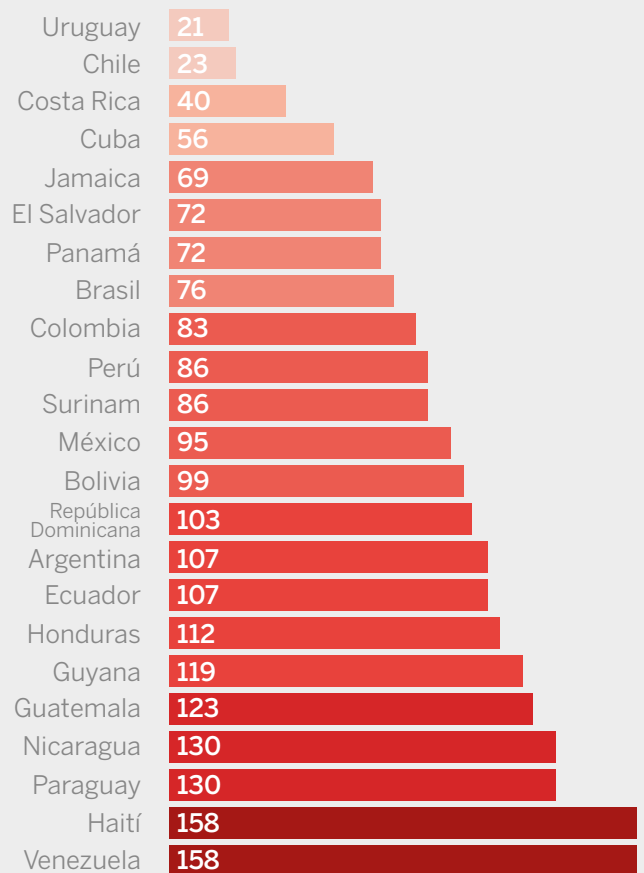
No todos los países latinoamericanos ofrecen el mismo nivel de sofisticación en el arbitraje local y las cosas pueden cambiar y mejorar rápidamente. La Corte Internacional de Arbitraje - ICC, en 2017 anunció que abrirá oficinas para atender casos en Brasil. A pesar de los muchos escándalos de corrupción en el gobierno, la ICC considera que Brasil está listo para desarrollar un proceso transparente de resolución de disputas mediante el arbitraje local.

Colombia, Perú y Chile han liderado el cambio hacia procesos sólidos de arbitraje local. No es coincidencia que estos tres países estén entre los que más invierten en infraestructura en América Latina. También, de acuerdo con InSight Crime, tienen niveles de corrupción más bajos que otros países latinoamericanos. [Véase Figura 1, "Índice de Percepción de Corrupción para América Latina 2015"]. Estos menores niveles de corrupción van de la mano con las competencias sofisticadas para el arbitraje, a medida que los gobiernos buscan ganar la confianza de los líderes empresariales.

- Gramercy Funds Management, con base en Estados Unidos, está en proceso de arbitraje con el gobierno peruano debido a los cambios realizados por este último en el esquema de reembolso por los Bonos de Reforma Agraria en Perú. De los bonos, emitidos en los años 60 a los ciudadanos peruanos cuyas tierras fueron expropiados para la agricultura, Gramercy adquirió 10.000, y reclama que con el nuevo esquema su valor se reduce de \$1.6 mil millones a \$1.100 millones.

- Por la construcción de un nuevo sistema de metro en Lima, la capital del país, una gran empresa de construcción recurrió al arbitraje contra el gobierno peruano. El objeto del contrato era la excavación de túneles y la construcción de estaciones de metro. Sin embargo, después de un año y medio el gobierno no ha declarado la disponibilidad del terreno necesario y la empresa desea finalizar el proyecto o ser compensada por los costos irre recuperables.

Índices de Percepción de la Corrupción en América Latina 2015



Fuente: [Transparencia internacional, Índice de percepción de la corrupción 2015](#)

Los esfuerzos de estos tres países por ser destinos estables para las inversiones incluyen el desarrollo de competencias respetables en el arbitraje local. En Colombia, la mayor parte de los arbitrajes, aún los casos de grandes reclamaciones, son atendidos en la Cámara de Comercio de Bogotá. En Chile, la Cámara de Arbitraje de Santiago se rige por las normas de la ICC y ha llegado a ser una sede alterna importante para la resolución de disputas.

De igual manera, la Cámara de Comercio de Lima ha establecido nuevas reglas para mejorar la eficiencia de los procedimientos de arbitraje en Perú, con base en estándares internacionales.

Historia de dos ciudades

Cuando se trata de resolver disputas en América Latina, la diferencia entre el pasado y el presente es impactante. Antes de la llegada del arbitraje transparente y confiable, era muy difícil para los árbitros y los expertos obtener acceso a la información y la posible evidencia, haciendo que la verdadera naturaleza y los detalles de las disputas fuesen prácticamente imposibles de descubrir. Los expertos legales y financieros se veían obligados a responder preguntas sin haber tenido la oportunidad de investigar a fondo. Para empeorar las cosas, a menudo los expertos eran contratados por el tribunal de arbitraje y no por los litigantes. Por consiguiente, las dos partes de las disputas consideraban a los expertos como terceros y por consiguiente limitaban la cantidad de información que las partes estaban dispuestas a presentar.

Un caso presentado en 2012 por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, agencia gubernamental local, contra una empresa privada ilustra el problema. El gobierno reclamaba que la empresa privada no realizó el trabajo para el cual fue contratada, que incluía la operación y mantenimiento de la red de servicio de agua y la instalación de nuevos hidrantes y medidores. Al perder la empresa liquidez, no volvió a pagar los salarios a sus empleados. El gobierno quería recuperar el valor que costaría contratar una empresa diferente para terminar el contrato.

Serví de investigador para el tribunal de arbitraje. Dado que no existía un proceso formal de presentación de pruebas, cada parte revelaba toda la evidencia que pretendía usar y así tuve que solicitar documentos específicos, pero ninguna de las partes se sentía obligada a entregarlos, especialmente cuando consideraban que los documentos podrían debilitar su caso. Solicité 24 documentos que incluían minutas de reuniones entre la empresa y la agencia y los registros de los cronogramas de trabajo acordados entre las dos partes.

De los 24 documentos que solicité, recibí tan solo ocho. La empresa privada me invitó a una bodega donde me permitirían revisar miles y miles de documentos con el fin de encontrar la proverbial aguja en un inmenso pajar. A pesar de ser evidente que la empresa privada era probablemente la culpable, era casi imposible obtener los documentos para establecer los hechos. Eventualmente demostré que la empresa no había pagado a su personal durante aproximadamente un año como tampoco había cumplido con sus obligaciones contractuales. Adicionalmente, el proceso de arbitraje permitió al gobierno liquidar los activos de la empresa privada para pagar los salarios retroactivos y compensarse por las pérdidas.

Avancemos a 2017. En un caso aún por cerrar, una gran empresa a cargo de la construcción de puentes y carreteras en Colombia, está solicitando pagos adicionales debido a problemas geotécnicos descubiertos que no formaban parte del acuerdo inicial. En lugar de ocho documentos y una invitación a escudriñar en una bodega, recibí cientos de carpetas de documentos de una de las partes, con una tabla detallada de los contenidos para referencia, permitiendo así que el análisis fuese más fácil, profundo y efectivo.

En Colombia, para estar a nivel de organizaciones como la CCI, el tribunal local de arbitraje ha ido adoptando los estándares del arbitraje internacional. Por ejemplo, el experto es contratado por cada una de las partes y no por la corte de arbitraje. Por lo tanto, estos expertos gozan de la confianza de la parte que los contrató; y más importante aún, los investigadores obtienen toda la información que necesitan al tiempo que mantienen su independencia - y objetividad - durante el caso.

Conozca el sistema de arbitraje del lugar donde desea hacer negocios.

Las economías en desarrollo en América Latina tienen necesidad de inversionistas extranjeros, especialmente bancos de inversión y fondos de cobertura. Para crear confianza entre los inversionistas extranjeros, muchos países latinoamericanos están estabilizando sus sistemas tributarios y cumpliendo con los estándares reglamentarios internacionales de los mercados de capitales. Pero la sofisticación del arbitraje local es una variable crítica y no siempre está en el radar de los líderes empresariales occidentales. Debería estar. Además de Colombia, Chile y Perú, países de América Latina como Ecuador y Argentina están ahora en el proceso de crear fuertes competencias y prácticas de arbitraje local.

Es de vital importancia poder confiar que cuando hacemos negocios en un país, existe una manera transparente y confiable para resolver las disputas que inevitablemente surgirán. Los estándares del arbitraje local son un termómetro exacto de la estabilidad empresarial y una forma importante de medir la seguridad de invertir en un determinado país.