

EXECUTIVE SUMMARY

CONSULTORIA PARA LA EVALUACION DE LOS PRIMEROS TRES AÑOS DE PROGRAMAS DE MEDIACION Y ARBITRAJE COMERCIAL APROBADOS POR EL FONDO MULTILATERAL DE INVERSIONES (FOMIN)

Fernando Mantilla-Serrano (Consultor)

INTRODUCCION

Países de Referencia y Objetivo de este Informe

Grupo de países que sirvió de muestra:

PAIS	Fecha Aprobación Proyecto	Estado
- Perú	1994	Terminado 12 / 1997
- Colombia	1995	Terminado 09 / 1999
- Uruguay	1995	En curso (fin 12 / 1999)
- Costa Rica	1996	Terminado 09 / 1999
- Honduras	1996	En curso (fin 12 / 1999)
- Panamá	1996	En curso (fin 03 / 2000)
- Ecuador	1996	En curso (fin 04 / 2000)

Aunque la experiencia de los programas patrocinados en los países mencionados fue la base concreta de partida, no se persiguió con la Consultoría (ni es parte del objeto de este Informe) hacer una evaluación individual de cada uno de los programas apoyados por el BID-FOMIN en los países citados.

La Consultoría se diseñó para capitalizar la experiencia adquirida, evaluar los logros alcanzados y reunir elementos para el diseño de una estrategia hacia el futuro.

- I -

PANORAMA DE LOS MASC/ADR ANTES DEL BID

TESIS:

DE UNA TRADICIONAL APATIA HACIA LOS MASC/ADR¹ SE ESTABA PASANDO POR UNA TRANSICION QUE PONIA EN EVIDENCIA LAS CARENCIAS DE LOS METODOS TRADICIONALES DE SOLUCION DE DISPUTAS

DESARROLLO:

Antes del inicio de los programas BID-FOMIN en la región, el ambiente de los MASC/ADR tenía las siguientes características:

A- Una tradicional apatía explicada por:

1. Hostilidad debido a malas experiencias históricas
2. Cultura jurídica excesivamente formalista y devota de los procedimientos y solemnidades
3. Proteccionismo económico que inhibió el comercio internacional y omnipresencia del Estado en el ámbito interno

¹ MASC (Métodos Alternos de Solución de Conflictos), ADR (Alternate Dispute Resolution).

- B- Un período de transición, en el que las nuevas realidades económicas (abandono de políticas proteccionistas, aparición de bloques económicos, globalización de la economía) comenzaban a manifestarse
- C- Un alto grado de conflictividad que no encontraba solución en los instrumentos institucionales y, en algunos casos, desembocaba en violencia o corrupción.
- D- Una toma de conciencia por parte del Estado, que se da cuenta de la crisis en que se encuentra su sistema judicial, y por parte de los particulares, que buscan alternativas a la solución judicial de sus controversias

En resumen, el BID-FOMIN se encuentra ante una tarea titánica: producir un cambio de mentalidad y legislativo y al mismo tiempo crear una infraestructura autosostenible capaz de poner en marcha y mantener dicho cambio.

- II -

LOS PROYECTOS BID-FOMIN

TESIS:

GRACIAS A UN DISEÑO CON GRANDES ACIERTOS Y SOLO MENORES FALLOS SE PUDO CUMPLIR EL OBJETIVO FIJADO: CREAR Y FORTALECER UN SISTEMA DE MASC/ADR EN LA REGION

DESARROLLO:

A- Los grandes aciertos:

1. Se identificaron los cuatro componentes claves para el desarrollo de los MASC/ADR

(i) Marco Legal

(ii) Creación/Fortalecimiento de Centros

(iii) Capacitación de Arbitros y de Mediadores/Conciliadores

(iv) Difusión y Ambientación

2. Se encontraron excelentes ejecutores, en su mayoría Cámaras de Comercio que colaboraron activamente con los proyectos
3. Se trató de adaptar el diseño a las realidades propias de cada país
4. Se fomentó la utilización de expertos como Consultores y la capitalización de la experiencia adquirida en países con mayor trayectoria en el uso de MASC/ADR

B- Los fallos menores

1. Se persiguieron, simultáneamente y bajo los mismos parámetros de ejecución, objetivos de corto plazo (p.ej. capacitar un numero determinado de Mediadores/Conciliadores, crear sistemas de gestión), con índices de éxito fácilmente medibles; y de largo plazo (establecer un sistema estructurado de MASC/ADR, crear un marco legal favorable) cuyos índices de éxito no pueden medirse sino después de mucho tiempo. **Recomendación:** Se hubiere podido establecer prioridades y tiempos de ejecución sucesivos (no simultáneos) para ciertos componentes. Por ejemplo, en aquellos países que no disponían de una legislación adecuada o cuyas leyes en materia de MASC/ADR necesitaban mejoras importantes (p.ej. Honduras, Costa Rica, Uruguay y Panamá) se ha debido privilegiar la adecuación del marco legal como prioridad.
2. Los objetivos (aún los específicos) tienden a ser bastante generales. **Recomendación:** una mayor determinación en los objetivos concretos perseguidos hubiere permitido mejor control de la ejecución de los proyectos.
3. Se asumió que el fortalecimiento de los MASC / ADR es parte de la solución al problema de la justicia en los países latinoamericanos. Esto produjo la falsa

creencia de que los MASC/ADR tenían que producir como resultado una relativa descongestión de los sistemas judiciales. **Recomendación:** Se ha debido dar mayor relieve al carácter de instrumento comercial de los MASC/ADR y a la necesidad de manejar los Centros con criterio de empresa prestataria de servicios.

4. Se partió de una equiparación entre Arbitraje y Conciliación/Mediación, cuando el mercado y las técnicas de difusión y necesidades de capacitación son diferentes para cada uno de ellos. **Recomendación:** Darles tratamiento diferente.
5. Se privilegió de manera casi exclusiva una visión nacional en aspectos relacionados con Marco Legal y Reglamentario y Estructura del Centro. Lo cual puede terminar por privar al Centro o al País del beneficio de las tendencias mundiales en la materia. **Recomendación:** mayor intercambio regional e internacional.
6. La totalidad de los proyectos tuvieron que ser prolongados. Todos los ejecutores concuerdan en que los plazos de ejecución no correspondían con las metas que se pretendían alcanzar. **Recomendación:** adecuar los plazos a la realidad local y a las metas perseguidas.
7. Algunos productos tales como los denominados “Manuales de Procedimientos” y los sistemas administrativos, financieros, de gestión de casos y de evaluación no fueron percibidos como de mucha utilidad por algunos de los Centros. **Recomendación:** reconsiderar la necesidad de esos productos y presentar más claramente su utilidad para los usuarios.
8. Dificultades en la ejecución:
 - (i) Problemas en la consecución de Coordinador General/Consultor de Largo Plazo

- (ii) Los Centros ejecutores de los proyectos tuvieron dificultades en establecer prioridades en relación con el tipo de servicio que querían dar (arbitraje, conciliación/mediación, capacitación, etc.), el “nicho” de mercado que querían ocupar y la misión que querían cumplir en el contexto de su país.
- (iii) Existió una tendencia en algunos ejecutores de los programas a ver los MASC/ADR como un sistema de “justicia al alcance de todos”, y se descuidó así el aspecto de control de costos de operación y de fijación de tarifas apropiadas para garantizar la autosostenibilidad del Centro.
- (iv) Dificultad en encontrar consultores expertos en los temas
- (v) El BID-FOMIN debió efectuar un mayor seguimiento en la ejecución de los proyectos. Los expertos del BID-FOMIN hubieron debido participar más activamente en la selección de los consultores.

En conclusión, no obstante los fallos citados, que deberán tenerse en cuenta para futuros proyectos, los aciertos en el diseño y ejecución fueron tales que permitieron que se alcanzara el objetivo de fortalecer los MASC/ADR en aquellos países que participaron en los proyectos BID-FOMIN. Además, se generó un movimiento regional de apoyo, consolidación y utilización de los MASC/ADR en la región que se ha traducido en reformas legislativas, aparición de nuevos Centros y mayor utilización de los mismos.

- III -

UNA MIRADA HACIA EL FUTURO

A- NUEVOS PROYECTOS

En los países donde el BID-FOMIN no ha actuado aún, se debe partir del diseño utilizado hasta ahora pero poniendo especial atención en remediar los fallos anotados y en los siguientes puntos:

1. Prioridad a la adecuación del marco legal, incluyendo los medios necesarios (aún el concurso del gobierno y de la correspondiente entidad legislativa) para “garantizar” que dicha adecuación se produzca rápidamente y sin sobresaltos.
2. Plazos de ejecución realistas y acordes con lo que las experiencias de los anteriores proyectos indican (p.ej. por lo menos un año para sacar adelante la reforma legislativa –si fuere necesaria- y para “concientizar” a los jueces sobre la importancia de su apoyo a los MASC/ADR, y un año para ejecución de los otros componentes)
3. Utilización de productos generados por otros proyectos, siempre y cuando sean adaptados y convengan a la realidad y necesidad del país receptor de los mismos (p.ej. “software”, cartillas informativas y folletos publicitarios).
4. Tan pronto el marco legal lo permita, redacción de Reglamentos de Arbitraje y de Mediación/Conciliación que doten de flexibilidad a los MASC/ADR y prevean un proceso que no requiera una gran infraestructura del Centro ni contenga costos innecesarios (p.ej. eliminar la obligatoriedad de usar Secretarios, permitir que se realicen reuniones y audiencias sin necesidad de reunirse físicamente, prever aranceles de honorarios y tasa de administración acordes a la realidad, etc.).
5. La capacitación debe también orientarse hacia los Directores y Sub-directores del Centro mediante pasantías en Centros que operen con éxito a juicio de los expertos.
6. La difusión deberá ser gradual, teniendo en cuenta que una verdadera campaña de promoción debería organizarse una vez todo el servicio esté montado y goce de sustento legal.

7. Los expertos del BID-FOMIN, directamente o por medio de Consultores internacionales especialistas en MASC/ADR, deberían ejercer un seguimiento más cercano y presente de la ejecución de los proyectos. El BID-FOMIN debería analizar con mayor detenimiento los informes parciales de cada proyecto y participar activamente con los ejecutores en la selección de los consultores.

B- PROYECTOS DE “SEGUNDA GENERACION”

Para aquellos países que ya hayan participado en proyectos MASC/ADR del BID-FOMIN y tengan interés por proyectos de “segunda generación” se debe evitar repetir los componentes de capacitación, de difusión de tipo general (no deben patrocinarse campañas masivas de difusión) ni de fortalecimiento de la infraestructura de los Centros (i.e. equipos, “software” y manuales).

En esos proyectos de “segunda generación” se sugiere:

1. Reformas Legislativas

Razón: Fuera de México y Guatemala que adoptaron la Ley Modelo de la UNCITRAL, los demás países han adoptado leyes que requieren en mayor o menor grado un esfuerzo adicional para poder considerarlas como modernas o adaptadas a la realidad actual de los MASC/ADR.

Socio: Para esta labor habría que asociarse con el gobierno para que dicha reforma sea eficaz, con los Centros y, sobre todo, con verdaderos expertos en la materia (que conozcan las tendencias mundiales y los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de Europa y Estados Unidos) para evitar que estas iniciativas se conviertan en meras compilaciones de prácticas puramente locales.

Cómo: El BID/FOMIN debería colaborar con la armonización, al rededor de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Los países Latinoamericanos necesitan un

marco legal de los MASC/ADR (especialmente en materia de arbitraje) que se identifique con las tendencias mundiales y así, en el ámbito doméstico, permita a sus nacionales disfrutar de los progresos en la materia, y en el ámbito internacional, constituya un sistema conocido que facilite su aceptación en las negociaciones internacionales.

2. Adopción de Convenciones Internacionales

Razón: En un mundo globalizado, es importante que los países formen parte del marco legal internacional que permite el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. Existen aún países latinoamericanos (v.gr. Brasil) que no han adoptado la Convención de las Naciones Unidas sobre la ejecución y reconocimiento de Laudos Extranjeros (Convención de Nueva York de 1958).

Socio: Gobierno y Cámaras de Comercio.

Cómo: Concientizando al gobierno sobre la importancia de aprobar la Convención de New York. Trabajando con las Cámaras de Comercio y aún el congreso para obtener dicha aprobación.

3. Capacitación de Directores de Centros

Razón: Los Directores son quienes decidirán sobre la administración del Centro y de los casos, sobre la redacción, interpretación y aplicación de los Reglamentos y sobre la difusión requerida. Es importante que los Directores tengan la posibilidad de visitar Centros de amplia trayectoria fuera de la región.

Socios: Centros de Arbitraje Nacionales e Internacionales de reconocido prestigio (*International Chamber of Commerce - ICC* y *American Arbitration Association - AAA*, principalmente, pero también el *ICSID* – adscrito al Banco Mundial y la *World Intellectual Property Organization - WIPO*).

Cómo: Mediante la realización de pasantías en Centros nacionales e internacionales de reconocida experiencia y de probada eficacia. Procurando así que los directores de Centros conozcan varios Centros y formas de administración diferentes, para evitar la simple repetición de modelos de administración.

4. Concientización del Poder Judicial

Razón: Del juez depende en gran medida el éxito de un sistema de MASC/ADR. Es el juez quien debe aplicar las leyes y, en muchos casos, actuar como auxiliar en materia de MASC/ADR. Un poder judicial hostil o ignorante puede causar un daño enorme a la evolución de los MASC/ADR.

Socios: los organismos estatales encargados de la formación de los jueces, y las Cortes de máxima jurisdicción.

Cómo: se deben ofrecer cursos a jueces que les sean reconocidos como parte del programa obligatorio de formación continuada que deben seguir, y realizar “round tables” con los magistrados de las Cortes más altas.

5. Programas de apoyo con las Universidades

Razón: el cambio cultural y de mentalidad que se requiere para el fortalecimiento de un sistema de MASC/ADR debe comenzar a nivel de la formación de los estudiantes, especialmente de los estudiantes de derecho quienes serán los llamados a influir (como jueces, asesores y abogados) en la utilización de los MASC/ADR.

Socios: Universidades

Cómo: Realización de pasantías de formación o Becas de estudios para profesores. Asistencia y colaboración en el diseño de diplomados en MASC/ADR.

6. Desarrollo de Reglamentos de Arbitraje especializados

Razón: existen mercados que requieren el diseño de sistemas específicos para ellos. Cuando el mercado exista y sea rentable, es importante apoyar la redacción de reglamentos encaminados a satisfacer un sector determinado, p.ej., reglamentos de arbitraje acelerado (AAA y WIPO), reglamentos que prevean un procedimiento menos costoso para litigios de muy poco monto (Stockholm Chamber of Commerce).

Socios: Centros de Arbitraje

Cómo: Colaborando con el estudio de mercado y la redacción de los Reglamentos. Colaborando con la modernización de Reglamentos en aquellos Centros que no tuvieron dicho componente en el proyecto inicial.

Recomendación General

Tanto en los nuevos proyectos, como en los proyectos de “segunda generación” es importante tanto por parte del BID-FOMIN como de los ejecutores, establecer nuevos criterios de evaluación y seguimiento que vayan más allá de los simples criterios cuantitativos empleados hasta ahora (p.ej. número de casos administrados, número de seminarios-taller realizados, número de árbitros y conciliadores/mediadores capacitados).

El éxito de un Centro no solo depende del número de casos. El Centro debe Establecer nuevos criterios de evaluación que privilegien la rentabilidad (autosostenibilidad) del Centro, la rapidez y eficacia en la ejecución de las tareas que le incumben al Centro (p.ej. eliminando formalidades innecesarias en el inicio y notificación de la solicitud de Arbitraje o Conciliación/Mediación, agilizando los trámites puramente administrativos, pasando el caso rápidamente a la decisión de los árbitros o a la consideración del Mediador/Conciliador).

Se debe, por lo tanto, asesorar a los Centros para que puedan valorar los casos y el mercado donde desean operar y así privilegiar calidad y rentabilidad por encima de cantidad de casos. Se le debe también asesorar para que a través de sus Reglamentos (modificándolos si fuere necesario) aprovechen la libertad que les conceda la legislación local para llegar a un proceso flexible, rápido y de bajo costo para el Centro.

CONCLUSION

En poco tiempo los proyectos del BID-FOMIN han actuado como catalizadores de un movimiento de MASC/ADR en Latinoamérica.

Al analizar el pasado reciente de hostilidad hacia los MASC/ADR en la región, el movimiento generado por los proyectos adquiere una relevancia particular.

Gracias a los proyectos BID-FOMIN se ha recorrido un largo camino. La inversión en recursos humanos y económicos, como lo percibe este consultor, no obstante las pequeñas fallas de diseño y ejecución que experimentaron algunos proyectos, ha producido enormes logros y avances en la creación y fortalecimiento de un sistema de MASC/ADR en la región.

Sin embargo, por lo reciente del cambio y la velocidad con que se ha producido, es de suma importancia que el impulso que se ha dado tenga una continuidad. Si el BID-FOMIN abandona los MASC/ADR en la región, su impulso quedaría exclusivamente en manos de los Centros locales (en su mayoría aún en fase de consolidación) y de los grandes Centros internacionales (AAA, CCI y LCIA).

En la opinión de este consultor, el BID-FOMIN debería aprobar nuevos proyectos en aquellos países donde aún no ha estado presente en materia de MASC/ADR y embarcarse en una nueva etapa (proyectos de “segunda generación”) para consolidar los logros obtenidos y continuar acercando la región a las tendencias mundiales en materia de MASC/ADR. De lo contrario, es de temer que el esfuerzo desplegado hasta ahora y los efectos producidos se desvanezcan reduciendo considerablemente el impacto que en la modernización de los MASC/ADR en la región ha tenido el BID-FOMIN.