

Algunas consideraciones prácticas sobre el arbitraje internacional.

Fernando Aguilar.

I- El ámbito del arbitraje

El arbitraje internacional y local está desarrollándose en esta parte del Mundo con dinamismo¹. Brasil ha ingresado como estado miembro a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, y en Argentina se ha afirmado una consistente línea de decisiones de los jueces que sostienen la validez de los fallos arbitrales como verdaderas sentencias.²

Personalmente veo al arbitraje como una oportunidad de revitalizar la utilidad social de la profesión de abogado.

En último análisis, si nuestros clientes están dispuestos a pagar nuestros servicios es porque la solución más eficiente y justa de los conflictos que surgen en la actividad comercial, tiene en sí misma un rol económico ciertamente cuantificable sobre la base de la magnitud económica del costo del

¹ El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires ha pasado de una media histórica de 7 arbitrajes simultáneos a cerca de 50 en los últimos años.

² CNCom Sala D, Bear Service c. Cervecería Modelo, ED, Diario 13.06.2002, p.7, convalidó la cláusula arbitral cuya nulidad era solicitada sobre la base de tratarse de un contrato de adhesión, ya que la cláusula es clara, y no fue afectado el consentimiento de la parte que la firmó.

conflicto, y sus repercusiones sobre los activos de cada una de las partes involucradas.

El arbitraje gana espacios rápidamente. No solamente es admitido en muchos países ahora que el Estado y sus reparticiones pueden someterse a arbitraje³, sino que también las relaciones de consumo, los aspectos patrimoniales de las relaciones de familia, los conflictos societarios, entre otros, son susceptibles de ser resueltos por un tribunal de arbitraje. En Argentina, el arbitraje ha mantenido su independencia y autonomía frente a la insolvencia de una de las partes, constituyéndose en excepción al antiguo principio de la atracción de todos los juicios patrimoniales y la centralización de las decisiones en el juez del concurso⁴.

La posibilidad de que un tribunal de arbitraje declare la inconstitucionalidad de una norma hasta hace poco se veía en Argentina como algo inimaginable, sin embargo, existe consenso ahora en que, siempre que las partes hayan acordado conferirle esta facultad, un tribunal de arbitraje puede emitir un laudo

³ El Estado Argentino es parte en tratados BIT de protección de inversiones extranjeras en los que aceptó dirimir sus conflictos con inversores sometiéndose a arbitraje. Lo mismo en cuanto a las convenciones MERCOSUR.

⁴ (ii) CS Fallos 311:225 in re “La Nación S.A. c. La Razón”, y Fallos 319:1287, la Corte modificó su criterio anterior en base al art. 134 de la Ley de Quiebras restringiendo el alcance del art 21 de la misma ley, LL 1997-A, 7.

obligatorio para las partes involucradas, sobre la concordancia entre un contrato o la ley, y la Constitución⁵.

En su vertiente pública, en cuanto a discrepancias entre estados por asuntos comerciales, o entre un estado y una sociedad constituida en otro estado, el arbitraje se ofrece como un mecanismo eficaz para dar fin a conflictos que suelen tender a eternizarse, y es común en los tratados y protocolos que se firman en esta región que se incluya la correspondiente cláusula de arbitraje. Merecen destacarse los tratados de protección de inversiones extranjeras en los que los estados parte acuerdan someter a arbitraje los conflictos entre los mismos con personas o sociedades que califiquen como inversoras.

También debemos decir que el arbitraje no es una panacea que cure todo tipo de litigio, y sin duda existen conflictos que no admiten su sometimiento a jueces privados, pero en materias puramente patrimoniales, que sumergen a los tribunales comerciales bajo verdaderas columnas de hojas foliadas, el arbitraje es hoy una tecnología de gran eficiencia para llegar a su solución.

II Ventajas del arbitraje

El arbitraje permite llegar a soluciones justas mucho más rápido y a menor costo, comparándolo con las posibles vías de acciones ante los Tribunales. Sin embargo, y casi como una paradoja, en nuestro continente, el arbitraje encuentra resistencias entre los abogados que son transmitidas a sus clientes,

⁵ El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos tiene actualmente a resolver varios casos en los que las partes cuestionan la constitucionalidad de leyes de emergencia y deberá expedirse sobre este punto. Además resolvió expedirse en caso en el que fue cuestionada la constitucionalidad de una cláusula contractual.

generando dudas sobre sus ventajas, y ello repercute en la reducida cantidad de casos que todavía tiene en esta región.

Diríamos que hoy el arbitraje es objeto de difusión en seminarios y de estudio en muchísimos cursos y masters, pero cuando llega el momento, los abogados no nos decidimos a incluir en los contratos una cláusula arbitral, aunque el criterio es el opuesto cuando se trata de tratados entre estados.

Advertimos que estas críticas y dudas se basan en ciertos prejuicios, ciertos mitos que vienen del pasado, y cierta desinformación, que trataremos de comprender y esclarecer durante hoy y mañana.

Entonces permítanme en pocos minutos analizar algunas de las principales críticas al arbitraje.

Tradicionalmente, y esto lo aprendí hace casi cuarenta años cuando comencé el estudio del Código de procedimientos, se decía que el arbitraje no era más simple que un juicio, porque en realidad implicaba tres juicios separados, y sucesivos, o hasta cuatro etapas diferenciadas. El primero era para lograr la constitución del tribunal, el segundo era el procedimiento para resolver sobre el fondo del asunto, con su secuela de dificultades para obtener pruebas, y el tercero, surgiría de la necesidad de transitar un complicado procedimiento frente al tribunal competente para lograr primero el reconocimiento, y luego la ejecución del laudo, en cuya etapa se corría el riesgo de tener que litigar todo desde el principio.

Sin embargo, la experiencia me ha enseñado que los juicios de arbitraje son sustancialmente más rápidos que los procedimientos utilizables ante los tribunales. ¿Por qué? La demora en la designación del Tribunal hoy no es significativa en los arbitrajes administrados por instituciones de prestigio como lo son la Cámara de Comercio Internacional, la American Arbitration Association y en Argentina, el Tribunal de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, entre otras. El tiempo necesario para llegar al laudo que resuelva el caso es sustancialmente menor que el que precisan los jueces estatales. Los arbitrajes promedio en la CCI duran cerca de 18 meses, y prácticamente no existe juicio en Argentina con contenido patrimonial, en el que la sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada y su posterior ejecución se alcance en ese tiempo.

La tercera etapa es marginal en los arbitrajes, ya que en un altísimo porcentaje son cumplidos voluntariamente. Allí es donde la mayor ventaja se logra en cuanto al tiempo, porque la regla inversa rige para las sentencias emanadas de los jueces, las que raramente son cumplidas voluntariamente. Por lo demás, la ejecución de la sentencia ante el Tribunal competente durará aproximadamente lo mismo ya sea que se trate de una sentencia judicial o arbitral. El reconocimiento del laudo extranjero demora por el procedimiento de exequatur que resulta necesario transitar, aproximadamente lo mismo que cualquier otro exequatur de sentencia judicial extranjera.

En esta evaluación estamos suponiendo que la cláusula de arbitraje pactada no tiene vicios que la afecten, y que incluyó la renuncia expresa a cualquier tipo de recurso contra las decisiones de los árbitros, siempre en la medida que lo permita la ley que resulte aplicable, y finalmente, que se trata de un arbitraje institucional. Esta renuncia a toda apelación es elemental y debe ser expresa, porque si las partes no la incluyen en su acuerdo, se pierden una buena parte de las ventajas del procedimiento arbitral.

También se dice, en contra del arbitraje que los jueces, siendo personas especializadas e independientes, y dedicadas con tiempo completo a resolver litigios, dan mayores garantías de obtener una sentencia justa que la que pudiere emanar de árbitros desconocidos, *o inclinados a favorecer a la parte que los designó.*

Sin embargo, históricamente, con el advenimiento de las inversiones extranjeras, en todo el mundo, y debido a que los inversores salían de sus fronteras para celebrar contratos con estados, o personas extranjeras, quienes desarrollaron negocios fuera de su país prefirieron que los mismos fuesen juzgados por personas distintas de los jueces del país receptor.

A ello se suma que, actualmente, la justicia comercial en la ciudad de Buenos Aires se encuentra desbordada por la cantidad de casos nuevos que cada juez debe resolver.⁶ Esta situación de colapso se repite en diversas jurisdicciones.

⁶ Cantidad de casos nuevos 1998 / 120.000 , 1999 / 135.000 , 2000 / 130.000 , 2001/ 133.000, 2002 / 110.000 a cargo de 26 jueces. Ello implica que cada juez de comercio recibe 5000 causas nuevas por año en Buenos Aires..

En tales condiciones los errores abundan, el contacto directo del juez con el caso es realmente difícil, y la posibilidad de obtener una sentencia justa para resolver un caso complejo se ve reducida. A ello se agrega que la población en nuestro país parece haber perdido la confianza en la honestidad de los jueces. Según surge de distintas estadísticas.

La duración abreviada del trámite arbitral impacta en la reducción de los costos.

Por ser internacional el arbitraje, con frecuencia las partes tienen sus oficinas en ciertos países, los abogados en otros y los árbitros en terceros países. Ello es posible gracias al fax y al email. Una de las consecuencias de la dispersión geográfica del trámite es que ha desaparecido el expediente. Y los inconvenientes asociados a su existencia.

Naturalmente, gracias al email y al fax, ya no es necesario el complicado y caro sistema de notificación que todavía tienen los tribunales estatales y alguno de los tribunales arbitrales permanentes.

Ha sido demostrado que el sistema de notificación a cargo de oficiales de justicia es una de las principales causas de demora en los procedimientos judiciales.

Sin embargo, mediante el acuerdo de partes, es posible salirse del corset de las reglas de procedimiento obsoletas, y permitir que el expediente se asiente sobre base por completo electrónica, incluso mediante un sitio de Internet que tenga adecuada protección para mantenerlo lejos de la curiosidad de terceros.

III los costos de los juicios

Los costos de iniciar un juicio ante tribunales estatales en Argentina, dificultan el acceso a la justicia. Cuando se trata de cifras importantes, resultan prohibitivos. Esto no es una frase retórica. En la economía moderna, una externalidad como lo es la necesidad de afrontar un riesgo no previsto al iniciar la empresa, emanado de las normas que rigen el procedimiento judicial, impiden como una efectiva barrera, que la parte agraviada pueda ejercer su derecho, es decir, las puertas de los tribunales también pueden cerrarse con un cerrojo económico.

Los costos comienzan para el demandante con la necesidad de traducir documentos por traductores registrados, cuyo arancel se encuentra fijado por ley, y legalizarlos con el correspondiente pago de tasas. Cuando los documentos son extensos o complejos este costo puede resultar significativo.

El siguiente costo en orden cronológico en Argentina es el de la tasa de justicia que la ley fija en el 3% del monto de la demanda y al que se suma en su caso el de la reconvención. Parece un monto razonable si pensamos en un juicio de 20.000 dólares, pero es tremendo, al punto de impedir el acceso si se trata de 20 millones. Pero las grandes inversiones propias de la economía actual frecuentemente superan varias veces esa cifra. El 3% es engañoso porque se basa en el monto de la demanda y de la reconvención. Si la sentencia, o el monto efectivamente cobrado por el demandante o reconviniente, terminan siendo una suma menor a su reclamo, el porcentaje puede resultar bastante más elevado.

En contra del arbitraje se ha dicho que el 3% de la tasa, de todos modos, debe pagarse al solicitar la ejecución del laudo en Argentina. A este argumento puede contestarse, primero: que la ejecución del laudo en tribunales no es la regla, por lo que es probable que no resulte necesario, segundo: que al ejecutarse el laudo, el monto del crédito está determinado, y no existe el riesgo de pagar por un porcentaje mucho mayor al monto que finalmente resulte de la condena, en tercer lugar: existe la posibilidad de lograr cautelares para asegurar el cobro del total recuperando el importe adelantado, y finalmente, y esto no es desdeñable, debemos recordar que un laudo internacional es ejecutable en prácticamente todo el mundo, allí donde tenga bienes la deudora, y no necesariamente en Argentina.

En los tribunales argentinos rige la norma según la cual el vencido paga los gastos. Aún cuando una parte resulta vencedora en la sentencia final, puede ser derrotada en incidencias que la contraparte provoca durante el procedimiento judicial. Si esta parte es insolvente, entonces el riesgo de tener que afrontar las costas y gastos termina afectando el derecho de defensa. En tal supuesto de insolvencia del oponente, aún venciendo, es posible tener que pagar al menos parte de los gastos.

Existen en Argentina leyes de que fijan pautas de honorarios y ayudan a los jueces a determinar la retribución justa por el trabajo de los abogados en el litigio. Ello es una fuente muy grave de encarecimiento del servicio de justicia. También las cajas de jubilaciones de los profesionales llegan al extremo de

presumir el honorario para fijar el aporte mínimo obligatorio aún cuando el abogado no cobre un centavo. A tanto llegaron las regulaciones que finalmente fue necesario en Argentina limitar por ley los honorarios y demás costos (incluyendo la tasa de justicia) a cargo del vencido, a un máximo del 25 % de la sentencia final de primera instancia. Sin embargo, dicho tope no es aplicable para los trabajos de segunda instancia y ante la Corte Suprema. Si bien encontramos ciertos fallos recientes que han establecido honorarios por debajo del mínimo del arancel, la Corte Suprema ha debido en varias ocasiones recortar los honorarios generosamente distribuidos por los jueces, y ello denota que, si resultó necesario llegar hasta la Corte, es porque el problema existe. En tal sentido, la jurisprudencia evolucionó desde una posición principista y dogmática, donde estaba vedado a los jueces apartarse de la suma fijada en la ley como un piso, hacia una mayor flexibilización cuando la ley de arancel pura llega a cifras evidentemente exageradas. También excepcionalmente hemos encontrado casos de honorarios ridículamente reducidos. Es decir, la dispersión es muy grande y ello contribuye a la imprevisibilidad del riesgo de litigar.

En el arbitraje todo este tema de honorarios puede administrarse razonablemente. Si bien cuando una parte es insolvente puede crearle problemas a la contraria, tales como obligarla a soportar el 100 % de los gastos administrativos del Tribunal y los honorarios de los árbitros, encuentro que resulta mucho más fácil, al menos acotar o limitar estos costos.

En algunos reglamentos de arbitraje son los propios árbitros quienes fijan sus honorarios. Este es un detalle importante que debe ser evaluado para evitar

futuras sorpresas, ya que en tales casos conviene acordar entre las partes un límite a esta facultad.

Existen varias soluciones para superar este tema, pero es necesario incluirlo en el check list de los abogados cuando se elige el modo como se desarrollará el arbitraje.

Pasaremos revista ahora a algunos de los aspectos prácticos de administrar un arbitraje.

Aspectos prácticos:

(i) La elección del árbitro

La posibilidad de elección del juez por común acuerdo tiene enorme importancia. La elección implica una responsabilidad tremenda del abogado frente a su cliente. No me sorprendería que una de las barreras invisibles al arbitraje la constituya esta responsabilidad que queda a cargo de los abogados, ya que el cliente le puede echar en cara, en caso de un laudo desfavorable, la supuesta mala elección de la persona del árbitro.

Además las empresas tratarán de elegir a las personas que tengan experiencia de negocios, y si es posible en el mismo rubro que el de las partes.

¿conviene elegir árbitros no abogados?

los abogados contestamos rápidamente por la negativa.

Si bien se habla mucho en esta clase de encuentros de elegir árbitros no abogados,⁷ en mi experiencia las universidades en su carrera de derecho dotan a los abogados con el bagaje técnico necesario para redactar un laudo que, a su turno, pueda ser ejecutado sin más, y como si hubiese sido redactado por un juez estatal. Pero no es obligatorio que lo sea. En caso de elegir un árbitro no abogado, sin embargo, debe evaluarse si es admitido en el lugar en que se emita la sentencia y en el país en que será ejecutado su fallo, sin que de lugar a eventuales nulidades.

En materia internacional es bastante frecuente que el juicio se desarrolle en dos idiomas, y por ello el árbitro los debe dominar. Y ello es otro de los múltiples aspectos que tenemos que evaluar los abogados cuando proponemos la persona del árbitro a nuestro cliente.

A veces me han preguntado si yo consideraba prudente elegir como árbitro a un abogado extranjero cuando las partes habían elegido el derecho argentino para decidir la controversia. Mi respuesta es que nadie tiene el monopolio del conocimiento de las leyes, y he tenido ocasión de leer votos redactados por árbitros extranjeros que son verdaderas lecciones sobre el derecho de los contratos en Argentina.

⁷ En el acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur (3/98) no se establece otro requisito que la capacidad juzgada por la ley del domicilio del árbitro siendo conveniente designar personas de nacionalidad distinta a las partes en conflicto. (art. 16)

Suponer que solamente sabe derecho de un país quien ha obtenido un título en una escuela de derecho del mismo país, es una concepción provinciana de esta cuestión.⁸

No me sorprendería que el tema de la elección del árbitro y de la institución que administra el procedimiento de arbitraje sea materia de preguntas y debate en este seminario porque es una de las caras extremadamente delicadas del arbitraje.

(ii) Oralidad

Los abogados entrenados en el procedimiento escrito, no estamos acostumbrados a argumentar frente al tribunal en forma oral. Sin embargo, el procedimiento de arbitraje tiende a ser oral, y ello da ventajas a quienes provienen de otras culturas jurídicas. Ser obligado a expresarse en un idioma que no es el materno, puede traer inconvenientes aun mayores debido a esta oralidad. Por ello la elección del idioma no es un tema menor.

(iii) La cláusula de arbitraje

Ello nos introduce al tema de la cláusula de arbitraje. La cláusula es de superlativa importancia en un arbitraje ad hoc, pero además si se trata de arbitraje institucional, lo peor que puede uno hacer es incluir modificaciones a los textos tipo, pensando ingenuamente en mejorar los términos sencillos que ya vienen impresos, y han sido probados en muchísimos casos en todo el mundo.

⁸ ver nota 3.

Pensándolo mejor, sí existe algo peor, y ello sería no contar con cláusula antes de que exista conflicto. Cuando ya se manifestó el conflicto llegar a un acuerdo de arbitraje es casi imposible.

Pero, ¿han visto ustedes alguna vez a algún gerente o director que, cuando se está trabajando contrareloj para dejar finalmente cerrados todos los puntos de una operación importante, y preparados los documentos para su firma por los Presidentes de ambas empresas, se preocupe por la cláusula de arbitraje? Yo nunca lo vi. No entra dentro de sus prioridades. En el closing todos están pensando en el negocio bueno que han hecho, y no en la posibilidad de que algo salga mal. Tal vez vuelvan a leer qué firmaron respecto del arbitraje el día que reciben copia de la demanda arbitral, pero lo probable es que ni entonces lean esa cláusula. Ello es explicable porque, si una novia prudente contesta si quiero...quiero saber cual es la ley aplicable al divorcio, o si pregunta por la sede donde tramitaría el mismo antes de entrar a la iglesia, lo mínimo que uno diría es que tales precauciones resultan excesivamente prematuras. Análogamente sucede con los empresarios.

Sin embargo, he visto más de un caso en el que se trabó el ejercicio del derecho claramente establecido en el contrato, simplemente porque la cláusula de arbitraje, que venía de un modelo de contrato anterior, resultó incomprensible, o no era posible cumplirla tal como venía redactada.

El mejor consejo a los clientes en este punto es no cambiar la cláusula tipo

Si no hay más remedio que cambiar el texto de una cláusula tipo, los cambios deben hacerse con sumo cuidado y tratando de imaginar qué pasa si la otra parte no colabora con la constitución del tribunal.

El lugar o sede del arbitraje tiene también su protagonismo en caso que una parte resista la constitución del tribunal o pretenda impugnar la validez del laudo mediante la acción o recurso de nulidad, entre otras consecuencias que son de cuidado. Este es otro de los temas que deben ser considerados por los profesionales al redactar la cláusula de arbitraje. Existen todavía jurisdicciones que, como resabio de la doctrina Calvo, no admiten la prórroga a favor de árbitros que actúen fuera de las mismas.⁹

(iv) el derecho aplicable

El arbitraje internacional tiene además características que tienden a liberarlo del corset de las normas jurídicas locales, o las del país receptor de la inversión.

En particular, el arbitraje internacional trata de salirse de las normas de procedimientos que pueden contener trampas para los inversores no familiarizados con los usos locales.

Al considerar las normas procesales surgen en conflicto por un ~~lapso~~ la necesidad de mantener la eficiencia del trámite para llegar a un resultado

Eliminado: d

⁹ En Argentina este es el caso de diversas provincias, tales como Mendoza, Santa Fe, y Santa Cruz

oportuno, y por el otro la necesidad de mantener estricta igualdad entre las partes durante el proceso, y el requerimiento de las partes en cuanto a no permitir que errores formales o incumplimientos leves tengan por efecto la definitiva pérdida de los derechos.

Los árbitros tienden a ejercer su poder de impulsión y flexibilidad en mayor medida que los jueces estatales, pero deben hacerlo con extrema prudencia debido a la necesidad de preservar la igualdad de las partes.

El derecho para resolver el fondo de la controversia también puede ser elegido por las partes. En este tema se analiza permanentemente los límites a la libre elección de los sistemas jurídicos nacionales que regirán el caso. El plural es intencionado aquí, porque puede ocurrir que más de un derecho nacional confluya en el contrato, y ello da lugar a los apasionantes temas de reenvío, aunque debemos confesar, entre nosotros, que quienes no son abogados no los encuentran tan interesantes, y los ven, cuando surgen, más como una complicación sobre cuya eventual existencia, generalmente, nadie los había advertido.

Actualmente tenemos en el derecho argentino el caso de normas, felizmente transitorias, que pretendieron alterar el modo como las partes pactaron que serían cumplidas sus obligaciones de pago en moneda extranjera. En el caso de existir en el derecho que las partes eligen, normas que vienen a obrar en contra de la naturaleza del contrato, son igualmente aplicables por los árbitros internacionales? ¿Hasta qué punto el árbitro puede aplicar leyes nuevas,

posteriores al contrato, que, de haberlas conocido al tiempo de contratar, hubieran llevado a las partes a elegir otro derecho nacional?

¿Y qué pasa si las partes de común acuerdo designan un derecho nacional y simultáneamente pactan una cláusula contraria a una prohibición conceptuada como de orden público interno, pero no internacional? ¿Corresponde que el árbitro internacional anule la cláusula que viola la ley vigente al momento de celebración del contrato, cuando las partes la han observado y respetado durante el transcurso del mismo, a pesar de la prohibición?, ¿o puede interpretarse que la verdadera voluntad de las partes, tal como fue expresada en el contrato, fue excluir a la norma, es decir,

La designación de un derecho nacional ¿es una remisión global a todo el sistema nacional sin excepciones, o podemos interpretar que sólo una parte de las normas será la aplicable, y así descartar aquellas que van contra lo que las partes expresamente escribieron o implícitamente pactaron?

Eliminado: I

Al fin y al cabo, el pacto de arbitraje significa y causa que, al menos la parte de derecho procesal interno del derecho nacional elegido, y la atribución de jurisdicción queden excluidas. ¿Podrán quedar desplazadas también otras normas contrarias a lo pactado por las partes?

Naturalmente tenemos una respuesta para cada una de las preguntas, aunque sin duda cada respuesta admite sus críticas, y depende de la situación fáctica que estemos enfrentando.-

Pero menciono estas cuestiones para ilustrar hasta qué punto el arbitraje internacional tiene soluciones específicas para necesidades que le son propias, y que pueden resultar diferentes de las normas elaboradas en el derecho interno de un determinado país.

(v) la preparación del caso

Descendiendo ahora, al trabajo de los abogados y la colaboración del cliente para llevar a buen término el caso, debe señalarse que el modo como se organiza la demanda o su contestación, y la documentación que se acompañará varía según el reglamento pactado que ambas partes convinieron al redactar la cláusula arbitral, siendo la cláusula de arbitraje firmada lo primero que el abogado debe examinar con suma atención.

El modo como se interpretará cada cláusula depende en cierta medida de la cultura jurídica de las personas involucradas. En un arbitraje internacional confluyen personas educadas en distintos sistemas jurídicos. Con los profesionales que traen la cultura jurídica del common law las diferencias en el estilo de preparar un reclamo y en las etapas del proceso son notorias, y ello puede dar lugar a malos entendidos que tengan por efecto debilitar la igualdad o el derecho de defensa de las partes.

Todavía recuerdo la sorpresa que me causó un abogado norteamericano en uno de mis primeros casos de arbitraje internacional, en el que mi cliente era demandado cuando me dijo:

si usted cree que el total del reclamo de mi cliente esta expresado en mi escrito de demanda, esta muy equivocado.

Con formato: Fuente: Cursiva

aclaro que dicho arbitraje se desarrollaba bajo el Reglamento de la CCI

Durante el procedimiento los árbitros deberán cuidar en estos casos de no sorprender a las partes con decisiones no anticipadas convenientemente a las mismas, y los litigantes deberán cerciorarse que ambas partes han comprendido correctamente el alcance de las órdenes procesales.

Eliminado: o

(vi) La prueba

Algunos árbitros prefieren delinear los hechos que serán objeto de prueba antes de su ofrecimiento por cada parte. Así es relativamente frecuente que el tribunal someta a las partes una lista de hechos no controvertidos, con el objeto de eximir su prueba. Ello cuando es factible hacerlo es recomendable, porque toda simplificación de la prueba ahorra gastos a ambas partes.

Eliminado: a

Las audiencias son un capítulo aparte. Debo confesar que las audiencias severas delante el ceño adusto de los jueces, van siendo reemplazadas por una reunión bastante más espectacular que puede incluir films, vídeos con buena banda de sonido, proyecciones, power point, micrófonos y traducciones

simultáneas, lo cual hace que la sala de audiencias debe acomodar a un buen número de personas, y de equipos.

En tal sentido, me ha tocado interrogar mediante vídeo conferencias a testigos que se encontraban a miles de kilómetros de distancia. En cada caso no pude evitar la sospecha de que alguien detrás de la cámara, como hacen los apuntadores en la TV, con grandes carteles le dictaba al testigo sus respuestas. En fin, estas nuevas tecnologías deberán ser perfeccionadas con el tiempo, y por ahora debemos utilizarlas con suma prudencia y siendo conscientes de sus limitaciones.

Eliminado: ,

Eliminado: e

En cuanto a las pruebas, cuando se trata de grandes juicios con volúmenes considerables de documentos, planos, diagramas y fotografías, que se deben administrar y trasladar, creo que corresponde el desarrollo de un programa de computación, para incorporar todos los documentos y presentaciones en CD.

En cuanto al modo de organizar las audiencias de testigos, si bien reconozco que resulta para el tribunal útil grabar en imágenes y sonido su transcurso, personalmente prefiero la copia por expertos taquígrafos, que brindan la versión escrita y corregida mucho más rápido. Y ello implica todavía más gente presente en la sala de audiencias.

La diversidad de culturas se manifiesta en las audiencias de prueba, y un ejemplo típico es el estilo de interrogación a los testigos, ya sea por las partes o por los árbitros. Pero, en definitiva, las diferencias hacen a las formas más que

a la sustancia, quedan en la superficie, y en el fondo la verdad de los hechos surge finalmente, y se impone sobre las alegaciones de los abogados.

Creo que uno debe asegurarse de conocer todos los detalles procesales cuando se llega a la organización de las audiencias de prueba, porque muchas veces uno cree que ha pensado lo más razonable y de sentido común, y luego resulta que lo que para nosotros nos resultaba obvio, no lo era para la otra parte, o peor aún, tampoco lo era para el Tribunal. Ello porque en las audiencias es donde coexisten la mayor cantidad de singularidades procesales propias a cada país.

Una cuestión que se plantea frecuentemente es si los testigos podrán permanecer en las sala de audiencias, y si pueden ser llamados a declarar los abogados de las partes que participaron en los hechos, o en la negociación del contrato, y si las partes tienen el derecho de incluir los costos del testigo, que incluyen frecuentemente pasaje de avión y hotel, dentro del reclamo de costas.

Eliminado: o

Todo debe estar previsto por anticipado.

También es importante aclarar lo antes posible si los testigos y expertos declararán por escrito, y si las declaraciones por escrito se harán llegar a la otra parte y al tribunal antes de las audiencias con anticipación suficiente.

Otro tema que suele dar lugar a debates es el orden que deberán declarar los testigos de cada parte, y si el contra interrogatorio debe limitarse a los temas abordados por el testigo en su declaración o puede preguntársele otros temas.

Eliminado: ó

Cada caso tendrá una solución que será la mejor, es difícil establecer reglas generales al respecto. Lo importante es que las partes conozcan las reglas que el árbitro pretende aplicar en el caso por anticipado, y que éstas mantengan efectivamente su igualdad.

La conferencia previa del abogado con los testigos es práctica, aceptada por las Reglas de la IBA sobre la producción de pruebas, y los abogados podemos reunirnos con los testigos antes de su declaración, algo que muchos jueces locales no están preparados para aceptar.

La prueba de peritos o testimonios expertos, cuando es necesaria, plantea algunos detalles importantes de organización, comenzando por el monto de los honorarios y los puntos de la pericia.

En oportunidades, los árbitros se ven enfrentados con un documento que es otro alegato, redactado por los abogados y firmado por un experto contra un honorario generoso. Esto debe ser evitado en la medida de lo posible.

En caso de existir expertos designados por el tribunal, es posible que emitan un dictamen preliminar que las partes pueden observar y que luego el experto emita su dictamen definitivo tomando en cuenta estas observaciones, y alternativamente es posible la llamada conferencia de expertos, en la que los mismos deberán responder, encontrándose todos presentes, a las preguntas del tribunal.

También se recomienda como útil que los expertos se reúnan y traten de estrechar sus diferencias a las mínimas posibles. Pero es el tribunal que llevará el peso de la responsabilidad de ordenar el procedimiento en forma eficaz, ya que las partes en tal caso van a encontrarse enfrentadas en manera que les será difícil acordar un procedimiento común, siendo posible que además juzguen conveniente obstruir o confundir las conclusiones que consideren desfavorables.

Lo recomendable sería que al menos las partes unificaran las preguntas a sus expertos en una lista, de modo tal que las opiniones de los expertos que designen refieran a las mismas preguntas, y se basen en información que ambas partes y el tribunal hayan tenido la oportunidad de examinar con antelación a las audiencias, y en lo posible utilicen la misma fuente de información.

(vii) El alegato

Una de las etapas que frecuentemente es objeto de discusión es la de los alegatos o memorándum de cierre de la causa. Algunos lo prefieren oral, inmediatamente después de agotar las audiencias de testigos, otros lo prefieren escrito, y otros prefieren prescindir del mismo.

También es posible que los árbitros deseen oír brevemente a cada parte antes de cada audiencia sobre los puntos que pretende probar con cada interrogatorio.

Estas modalidades, dependen en gran parte de cada reglamento de arbitraje y de la tradición jurídica de cada árbitro, y de las características de los hechos que se discuten.

Al respecto el mejor consejo que puede darse es que el profesional debe mantenerse alerta, debe tratar de anticiparse a las órdenes procesales, y estar preparado en cada caso, y evitar que lo sorprendan decisiones que en su foro, donde habitualmente trabaja, serían consideradas escandalosas pero son práctica corriente en otras latitudes.

CONCLUSIONES

El arbitraje internacional, que de algún modo presiona para desprenderse de las normas locales, tiende a eludir el orden público nacional, y se afirma en el orden público internacional, constituye otro de los aspectos de la globalización económica que para mal o para bien, caracterizará el siglo que comienza.

Ello da lugar a una nueva *lex mercatoria*, o ley de los comerciantes que crece alentada por los laudos de tribunales arbitrales internacionales con independencia de las decisiones de los jueces estatales de los países involucrados, y tomando la delantera sobre las eventuales leyes escritas emanadas de los parlamentos nacionales.

Este nuevo derecho de los negocios internacionales, es asociado con los orígenes medioevales del derecho de los comerciantes, que nació desdeñando las fórmulas sacramentales, las nulidades por defectos formales, las escrituras públicas, y las certificaciones de contador matriculado, derecho que creció en los mercados de las ciudades acuciado por la necesidad de resolver los litigios entre comerciantes que se encontraban de paso, con rapidez, y conforme a los usos y las convenciones que fueran compartidos por las distintas nacionalidades.

Pero la proliferación de centros de arbitrajes, de reglamentos de procedimientos, de tratados que establecen distintos requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, si bien por un lado enriquecen la oferta de servicios a la medida de las necesidades de las partes, presenta el peligro de convertirse en una selva frondosa, solamente transitable por pocos especialistas. Tener más casos, pero no más procedimientos parecería ser el objetivo de esta época.

En este sentido no puede ignorarse el éxito obtenido por la UNCITRAL cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por Resolución 31/98 de 1976, sus Reglas de Arbitraje, que incluyen una cláusula modelo de arbitraje, recomendando su utilización a todos los países miembros, y su posterior Ley Modelo de 1985.

Debemos finalmente referirnos a la justicia estatal que con su *imperium* no puede ser reemplazada, y por ello debe coexistir con los tribunales arbitrales.

La belleza del arbitraje es que se basa en la voluntad de las partes libremente expresada, es decir en el acuerdo de voluntades, su debilidad es que no se basta a sí mismo, y en definitiva debe siempre construirse sobre la base de un sistema de justicia que en última instancia haga cumplir los laudos con independencia de la voluntad de la parte rebelde, inclusive usando la fuerza del estado, si fuera necesario.

El apoyo del sistema estatal puede manifestarse al comienzo, para la constitución del tribunal cuando la cláusula de arbitraje no es lo suficientemente clara o es defectuosa, o cuando se trata de un arbitraje ad hoc.

También el arbitraje requiere el auxilio de la justicia estatal en el caso de requerirse medidas cautelares que aseguren en forma anticipada el cumplimiento efectivo del laudo.

Pero donde la justicia estatal interviene necesariamente es en el cumplimiento de laudos extranjeros. Es allí donde los jueces deben afinar el análisis para restringir las nulidades a los casos de evidente y grave violación del derecho de defensa, y de violación de los principios de orden público internacional.

Por todo ello es que resulta acertado el enfoque que ve en ambos sistemas un todo complementario y superador, en el que la administración de justicia estatal se ve beneficiada por el alivio de tareas y el ahorro de recursos, y por otra

parte, el arbitraje puede florecer confiando en que los jueces de todos los países de la Tierra, otorgarán al laudo el carácter de una verdadera sentencia que debe ser cumplida.

.

Sin duda el sistema de arbitraje no es perfecto, y todavía hay mucho que recorrer en el camino de perfeccionar sus reglas, pero la posibilidad de elegir el juez, el menor tiempo involucrado para llegar a la solución del conflicto, y la sustancial reducción del costo en caso de litigios complejos o de grandes montos involucrados, sumados a la aceptación por los tribunales de los laudos extranjeros como sentencias legítimas y ejecutables, convierten hoy al arbitraje en un instrumento indispensable para asegurar la paz social, la inversión, y la modernización de nuestras economías. Nos toca a los abogados aceptar esta realidad de la profesión, y adquirir las destrezas necesarias para tener éxito en esta forma alternativa de brindar nuestros servicios.

ARBITRAJE

Principios

- Consentimiento
- Elección del Juez
- Informalidad
- Flexibilidad
- Economía
- Confidencialidad



Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Ingreso anual de nuevas causas



