

La historia detrás del moderno arbitraje¹

Por

Ana I. Piaggi

I. El arbitraje internacional sometido a nuevas exigencias

La realidad de los últimos lustros constata que la internacionalización; la expansión de los problemas del tráfico comercial a dimensiones globales, la complejidad cada vez mayor de las transacciones internacionales y la ampliación de las posibilidades de elección de las reglas que rigen los contratos internacionales nos obliga a ser más eficientes en materia de arbitraje comercial internacional, sino quedaremos fuera del sistema. Para ello necesitamos atender a un público de usuarios cada vez más exigentes; que proponen nuevos retos, y exigen de mayor interactividad y seguridad jurídica.

Se puede concluir que el marco del funcionamiento del arbitraje es bastante distinto al de otros tiempos.

El mundo se presenta hoy de una manera bastante curiosa; nunca los ne-

gocios fueron tan difíciles, complejos y aleatorios, tampoco nunca se produjo un aumento tan súbito del comercio internacional; el incremento de los intercambios es más potente y rápido que el de la producción, esto es, los países producen más pero comercializan aún más que lo que producen.

La situación es difícil pero estimulante e interesante para nuestra sub-región; pues está probado y medido que la calidad del orden legal puede explicar hasta el 23% de la variación del crecimiento *per cápita* de un país (Banco Mundial 1994).

Los efectos de estas percepciones no son fácilmente mensurables, pero no podemos eludir recordar que el aumento de la práctica arbitral en la región necesita de leyes actualizadas que recepten la praxis internacional a través de textos de calidad que sirvan de base para armonizar la disparidad normativa.

¹ Este trabajo se realizó en base a la conferencia dictada el 8 de noviembre de 2001 en Quito, Ecuador, por invitación de la Cámara de Comercio de Quito y la Inter American Bar Association, en el ámbito del Seminario Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Los desafíos de esta puesta al día surgen de la dinámica negocial, de los mercados, de los bloques regionales, de nuestros colapsados sistemas judiciales que enfrentan nuestros operadores económicos, a nuestros empresarios, a nuestros productores –a la economía toda– con problemas de lentitud, dificultad de acceso a la justicia y acumulación de procesos. Una lectura del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica necesita de la presente y la pasada experiencia y cualquier prognosis sobre el corto y mediano plazo conlleva una buena dosis de especulación, conjeturas, esperanzas, predicciones y prescripciones.

Nuestros países son conocidos como un área tradicionalmente difícil para el arbitraje, incluso hostil, y probablemente somos la región del mundo que más lentamente aceptó esta técnica como método de resolución de disputas.

Tal situación se relaciona con nuestra historia, con el abuso de la protección diplomática extranjera, con la intervención foránea, con el origen de la doctrina Calvo, con las causas de la doctrina Drago, con las razones que originaron la introducción de la llamada cláusula Calvo en muchas constituciones latinoamericanas, con el rechazo del principio “Kompetenz-Kompetenz”, con la permitida y propiciada inmisión de las cortes locales para intervenir en el arbitraje antes, durante y después del laudo, con la autorización de una amplia panoplia de situaciones pa-

ra atacar su validez, con la falta de autonomía de la cláusula arbitral y la imposición de las rígidas formas que nuestra normativa impone al proceso arbitral.

Adicionalmente, pocos de nuestros países contemplan expresamente la posibilidad de que el procedimiento arbitral continúe su curso una vez que la parte que se resiste a cumplir recurre a una maniobra dilatoria como la de interponer una demanda judicial. A lo dicho, se suma el hecho que frecuentemente nuestros legisladores tratan al arbitraje de manera fragmentaria en las normas procedimentales y sólo excepcionalmente en la legislación comercial; pese a su naturaleza eminentemente mercantil.

Interesa destacar que a menudo nuestras normativas no diferencian entre arbitraje doméstico e internacional y existe cierta reluctancia a ratificar los convenios internacionales sobre la materia; lo que se adiciona a la imposibilidad que durante años existió de ejecutar los laudos arbitrales extranjeros ante las Cortes locales.

Naturalmente esta realidad llevó a que fueran pocos los autores latinoamericanos que dedicaron obras específicas al arbitraje y que la escasa jurisprudencia existente es a menudo contradictoria y confusa.

Toda esta gama de situaciones coexiste con razones sociológicas, psicológicas, históricas, y políticas. Considera-

ciones que son de la máxima importancia pero que no son decisivas, porque esta cultura que no propicia la negociación ni los medios alternativos de solución de controversias se está abriendo al arbitraje comercial internacional aunque subsisten zonas de sombra, que en nuestra perspectiva apoyan fundamentalmente en una inadecuada legislación –al menos en la Argentina–.

En realidad nuestro derecho interno frena –en la medida de sus posibilidades– el desarrollo, porque como es sabido, el crecimiento económico de las naciones, su inserción en el mundo, su nivel de competitividad y de atracción de inversiones, dependen de factores tales como: capacidad productiva, estabilidad política, reglas de juego estables, costos internos y seguridad jurídica.

Es interesante resaltar que en los tratados de inversión en la sub-región el arbitraje devino la forma principal de resolución de conflictos. En tal orden de ideas, recordemos que la Convención sobre Solución de Conflictos de Inversión entre estados y nacionales de otros estados (suscripta en Washington en 1965) y promulgada en 1966 después de su ratificación por 20 países creó el *International Centre for the Investment Disputes* como órgano del Banco Mundial; uno de los más modernos y sofisticados mecanismos de arbitraje internacional, que se caracteriza por

su independencia de los sistemas legales domésticos.

Basta señalar que por este medio los inversores privados acceden a un tribunal internacional al que exponen sus reclamos contra el Estado receptor de fondos sin ninguna barrera de inmunidad soberana, y el laudo obtenido no queda sujeto a ningún recurso.

En la misma línea se inscriben los esquemas de garantías multilaterales desarrollados por la OCDE y la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (MIGA). El principio básico en las disputas entre el MIGA y los países miembros que no conciernan a la interpretación y aplicación de la convención, es que si fracasan en los procedimientos de negociación y conciliación deben someterse al arbitraje internacional aplicando las reglas de arbitraje del ICSIP.²

De su lado, el art. 17 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur dispone que en el arbitraje “ad-hoc” si no existe acuerdo de partes, el nombramiento de los árbitros, su recusación y sustitución se rige por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC– y supletoriamente por la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL (1985).

¿Qué quiero destacar con estos recordatorios? Nada más que, como el co-

² Los cuatro países miembros plenos del MERCOSUR son miembros del MIGA.

mercio ha cambiado exponencialmente necesitamos encontrar el camino del reencuentro con la dinámica negocial para reintegrarnos al mundo.³

Las privatizaciones realizadas prácticamente en todo el continente en la última década de la pasada centuria y el retiro de los estados de actividades transferidas al sector privado, importaron un flujo y reflujo de capitales internacionales en la región. Este es un fenómeno de no poca importancia en el ayer próximo y de mayor magnitud en la actualidad.

También en el anterior decenio se generó un proceso de integración con la comunidad económica internacional y ciertas modificaciones en las circunstancias sociopolíticas que están produciendo la mutación de estructuras y reticencias, de manera lenta pero significativa.

Como se dijo, en los últimos lustros el comercio entre los estados se aceleró de manera exponencial con el incremento de los transportes internacionales y la transformación de las comunicaciones. Al multiplicarse las inversiones internacionales –como es previsible– también aumentaron las disputas entre los operadores del sistema. Pero quizá aún más decisivo que la expansión de los problemas a dimensiones globales, es el aumento de la veloci-

dad del cambio y el incremento en el número y complejidad de las transacciones internacionales.

II. La relación exitosa entre UNCITRAL y el arbitraje comercial internacional

Desde su creación en 1963 (comenzó a operar en 1966) la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional (organismo intergubernamental cuya sigla en español es CUDMI, en francés CNUDCI y en inglés UNCITRAL) dedicó sus esfuerzos a la unificación del derecho comercial internacional a través de la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos, diseñados para asistir a la comunidad internacional en la modernización y armonización de esta materia.

Este organismo multilateral está integrado por 36 estados de todos los continentes con distintos niveles de desarrollo y sistemas jurídicos. Desde su sede de Viena, donde fue trasladada a fines de los 70' sentó las bases del arbitraje comercial moderno a través de su "Reglamento de Arbitraje" (1976), la "Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional" (1985) y las "Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral" (1996). Estas últimas vieron la luz luego de algunas vicisitudes a las que nos referiremos más adelante.

³ Ofrece interés mencionar que 18 países latinoamericanos ratificaron la Convención de Panamá de 1975 y entre ellos los miembros del Mercado Común del Sur.

UNCITRAL es un órgano de las Naciones Unidas que depende de la Asamblea General y también tiene a su cargo el seguimiento y el estudio de la implementación de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por 128 países y uno de los instrumentos más exitosos producidos por la ONU⁴. Ahora bien, el Convenio relativo a la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrito en Ginebra en 1927 fue el primer antecedente sobre un intento global para unificar las normas sobre arbitraje, pero su escasa acogida entre los países de la entonces Liga de las Naciones condujo a su ineficacia como mecanismo destinado a la uniformidad del arbitraje, en punto al reconocimiento y ejecución de sentencias.

Desde nuestra perspectiva, la Convención de Nueva York de 1958 continúa siendo la piedra angular del edificio del arbitraje comercial internacional moderno y es un ejemplo de exitosa producción jurídica en el campo del derecho internacional privado. Su ob-

jetivo fue facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de normas claras y simples y se aplica a los laudos dictados en cualquier estado ratificante, distinto del país donde se promueve la ejecución. Una de las reservas (otra es la reciprocidad) denominada "reserva comercial" que es posible hacer a la CNY, es que los estados ratificantes puedan declarar que sólo la aplicarán a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. Si un estado no deposita esta reserva, la Convención se aplicará también a cuestiones no comerciales

En este punto, la CNY es más amplia que la de Panamá que no ofrece opción y rige exclusivamente para conflictos mercantiles.

Tenemos entonces que corresponde a la legislación interna de cada Estado la calificación de cuáles son sus relaciones comerciales y cuáles no.

⁴ Fue adoptada por Albania, Algeria, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belarus, Belgium, Benin, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Cambodia, Cameroon, Canada, Central African Republic, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cote d' Ivoire, Croatia, Cuba, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egypt, El Salvador, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Ghana, Greece, Guatemala, Guinea, Haiti, Holy See, Honduras, Hungary, India, Indonesia, Iran (Islamic Rep. of), Ireland, Israel, Italy, Japan, Jordan, Kazakhstan, Kenya, Kuwait, Kyrgyzstan, Lao People's Democratic Republic, Latvia, Lebanon, Lesotho, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Malaysia, Mali, Malta, Mauritania, Mauritius, Mexico, Monaco, Mongolia, Morocco, Mozambique, Nepal, Netherlands, New Zealand, Niger, Nigeria, Norway, Oman, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Russian Federation, Saint Vincent and the Grenadines, San Marino, Saudi Arabia, Senegal, Singapore, Slovakia, Slovenia, South Africa, Spain, Sri Lanka, Sweden, Switzerland, Syrian Arab Republic, Thailand, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Uganda, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United Republic of Tanzania, United States of America, Uruguay, Uzbekistan, Venezuela, Vietnam, Yugoslavia, Zimbabwe.

La razón de la aludida reserva fue facilitar la adhesión de países del "civil law" que poseen –en general– códigos civiles y comerciales separados. Estos estados solicitaron la reserva porque admitían al arbitraje sólo en cuestiones reguladas por sus códigos de comercio, que a su vez eran las únicas que podían ser objeto de transacción. Sólo 1/3 de los estados adherentes depositaron esa reserva.

Cabe ponderar que la CNY invirtió por primera vez, la carga de la prueba (17 años más tarde lo hizo la Convención de Panamá de 1975). Ello implica que el que alega la nulidad del laudo y rechaza su ejecución es quien debe probarlo, pues se presume su validez en tanto no se pruebe lo contrario.

Otro ámbito de trabajo de UNCITRAL es la coordinación del sistema CLOUT. (*Case Law on UNCITRAL Texts*) coleccionando y distribuyendo información sobre las decisiones de los tribunales y laudos arbitrales relativos a sus Convenciones, Leyes Modelo, Guías, etc.

III. Reglamento de arbitraje de 1976⁵.

Cuadra precisar que fue creado como un cuerpo de normas autónomas sobre procedimientos arbitrales internacionales que las partes pueden elegir. Enfatizando su carácter opcional se prevé que éstas puedan modificarlas co-

mo lo estimen más conveniente. Incluye 41 artículos, divididos en cuatro secciones: la primera se ocupa de las notificaciones en general, el cálculo de períodos de tiempo, notificación del arbitraje, de la representación y de la asistencia. La segunda regula el número de árbitros, el método de designación, recusación, reemplazo, y la reiteración de audiencias en caso de sustitución de árbitros. La sección III incluye previsiones y reglas específicas concernientes al lugar de arbitraje, idioma a utilizar, escritos de petición y defensa, períodos de tiempo para prueba, audiencias y pérdida del derecho de objetar el laudo. La IV sección contiene reglas sobre la forma en que el tribunal toma sus decisiones, la forma y efectos del laudo, la ley aplicable (incluyendo las instancias donde el tribunal está autorizado a decidir como amigable componedor o "ex aequo et bono") su interpretación y corrección, los laudos parciales y las costas.

Si bien estas normas fueron originariamente formuladas para la solución de disputas comerciales producidas en el marco del comercio transnacional, con la expansión del arbitraje su aplicación se extendió a la solución de conflictos de transferencia de tecnología y otras formas de cooperación industrial, técnica y económica, inversiones, terminación, invalidez de contratos, etc.

⁵ Resolución 31/98 de la Asamblea General de la ONU Documentos oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones. Suplemento N°17 (A/31/17), Cap. V, Sec. C.

Interesa recordar que constituyen un marco standarizado diseñado para arbitrajes "ad-hoc". No obstante ciertas instituciones arbitrales las adoptaron, y también han influenciado la legislación sobre arbitraje de numerosos países.

Como se advierte fue diseñado para proveer un cuerpo –opcional– de reglas internacionales para el arbitraje comercial internacional que pudieran ser aceptadas en estados con sistemas legales y políticos diferentes e intentan servir a un doble propósito:

- I) como reglas de procedimiento de directa aplicación; a disposición de las partes que firman un acuerdo de arbitraje;
- II) como modelo para los centros de arbitraje internacional y nacional.

De hecho –como se dijo– instituciones internacionales las han adoptado señalando que las disputas en que interviene serán solucionadas de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL; vgr.: el AALCC *Regional Centres for Arbitration* de Kuala Lumpur y el Cairo. *La Inter-American Com* -

mercial Arbitration Commission y el *Iran-United States Claims Tribunal* las han utilizado para proyectar sus propias reglas. Otras como *la Euro-Arab Chambers of Commerce* lo usan como alternativa de sus propias reglas si las partes así lo disponen. Finalmente otras utilizan el "Reglamento..." ya sea como único procedimiento o como alternativa a su propia normativa⁶.

Aunque provee de una guía detallada de algunos aspectos del procedimiento arbitral, una de sus ventajas sustanciales es que permite considerable flexibilidad a los árbitros en la conducción de los procedimientos. Ello y la autonomía que reconoce a las partes permite adecuar los procedimientos a la medida de cada caso particular, tomando en cuenta las expectativas de quienes arriban al procedimiento con diferente bagaje cultural y legal.

IV. La Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985

En 1985 UNCITRAL influyó aún más directamente en las legislaciones nacionales sobre la materia. Esta contiene una completa y autónoma discipli-

⁶ Vgr., en Australia: Australian Centre for International Commercial Arbitration, Melbourne; Australian Commercial Disputes Centre Limited, Sydney; The Institute of Arbitrators Australia. En Austria: Arbitral Centre of the Federal Economic Chamber, Vienna; en Canadá: British Columbia International Commercial Arbitration Centre; Canadian Arbitration, Conciliation and Amicable Settlement Centre, Inc. En Dinamarca: The Copenhagen Court of International Arbitration. En Hong Kong: Hong Kong International Arbitration Centre. En India: India Council of Arbitration. En Perú: Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial – CEARCO –. En Polonia: Court of Arbitration at the Polish Chamber of Foreign Trade. En España: Corte Española de Arbitraje. En el Reino Unido: London Court of International Arbitration Centre; The Channel Islands International Arbitration Centre. En EE.UU: American Arbitration Association. En Yugoslavia: Foreign Trade Court of Arbitration at the Yugoslav Chamber of Economy.

na del instituto; trata ampliamente los distintos temas que involucran al arbitraje comercial internacional desde el nacimiento del convenio arbitral hasta su reconocimiento y ejecución.

Si bien en su artículo 7º expresa "que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito", la L.M de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996 (art. 7) es utilizada como herramienta para interpretar las convenciones internacionales existentes y otros instrumentos internacionales, utilizando los equivalentes funcionales.

La idea de una Ley Modelo se originó por la importancia del arbitraje como instrumento para la solución de las controversias comerciales⁷ internacionales⁸ y la constatación de que las diferentes soluciones contenidas en las legislaciones nacionales eran fuente de inseguridad en su funcionamiento y un freno a su desarrollo. El instrumento promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para el arbitraje comercial internacional. Algunas normativas domésticas son anticuadas y equiparan a menudo el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales. Otras son fragmentarias porque no regulan todo el

proceso y una considerable cantidad se redactaron teniendo en vista el arbitraje doméstico, lo cual entraña imponer sus principios al arbitraje comercial internacional sin satisfacer la práctica moderna. Lo anterior se potencia por la disparidad de las leyes nacionales, la inseguridad sobre las leyes locales y generalmente afecta la elección del lugar del arbitraje. La adopción de un instrumento internacional conocida por todo el orbe soluciona sustancialmente el problema.

Como es conocido, se prefirió el mecanismo flexible de una Ley Modelo en lugar de una Convención para que los Estados pudieran incorporarla de manera autónoma a su legislación interna, con las adaptaciones que consideren indispensables. Refleja un consenso mundial sobre los principios y aspecto más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional.

El criterio elegido fue armonizar su contenido con la Convención de Nueva York de 1958 y con las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL de 1976. Se inspira en el principio fundamental de la libertad de las partes en el sentido de que la regulación es de carácter dispositivo con respeto a la igualdad de éstas y al principio contradictorio en el procedimiento. Asimismo, reco-

⁷ Art. 1 lista de ejemplos siguiendo la práctica anglosajona.

⁸ Un arbitraje es internacional si el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado donde las partes tienen su establecimiento o si las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un estado.

noce amplios poderes discrecionales a los árbitros (Kompetenz-Kompetenz) y verifica un notable progreso en punto al control judicial de la decisión arbitral. Los motivos de recurso contra el laudo son limitados, taxativos y coincidentes con los que pueden obstar a su reconocimiento y ejecución al estipular normas sobre el reconocimiento y ejecución que siguen las aguas de la Convención de Nueva York de 1958.

Ahora bien, si en un país se denegó la ejecución de un laudo se puede ejecutar en otro, ello es diferente de cuando se declara la nulidad del laudo, caso en que no puede ser ejecutado en ningún estado.

En rigor, los resultados superaron las expectativas de la Comisión, que a la fecha fue receptada en distinta medida por 39 jurisdicciones.

En países como Argentina o Paraguay existen proyectos de leyes que siguen su orientación pero aún hoy continúan con estado parlamentario.

V. Notas sobre la organización de los procedimientos arbitrales

Durante 1992 a consecuencia de una sugerencia realizada en el congreso celebrado en Nueva York ("Derecho Comercial Uniforme en el Siglo XXI") en conmemoración de la firma de la Convención de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, el presidente del Tribunal Arbitral de la Haya sobre Reclamos entre la República Islá-

mica de Irán y los Estados Unidos de América –Judge Howard Holtzmann– impulsó la iniciativa de trabajar en una guía práctica para los procedimientos arbitrales internacionales, y su sugerencia fue presentada a la Comisión dentro del marco de la labor futura del organismo.

Se decidió que la preparación de una guía práctica que describiera los procedimientos más exitosamente utilizados en el arbitraje comercial internacional, podría colaborar con las partes expuestas a dificultades resultantes de las diferentes organizaciones del proceso arbitral. Según la Introducción, la finalidad de las "Notas..." es ayudar a los profesionales del arbitraje, enumerando y describiendo las cuestiones sobre las que puede ser útil adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización del proceso. El texto puede ser utilizado cuando el arbitraje sea o no organizado por una institución arbitral.

Las "Notas..." no imponen preceptos jurídicos vinculantes para los árbitros ni para las partes; por ello su utilización no modifica el reglamento de arbitraje que éstas hubieran convenido. En tal contexto, se analizan las conferencias preparatorias ("pre-hearing conferences") describiéndose con procesos y enumerando ciertos tópicos que los árbitros podrían tener interés en considerar.

Al año siguiente un grupo de expertos de reputación internacional, pertenecientes a distintos sistemas legales, fueron convocados por la Secretaría de

UNCITRAL para redactar el proyecto de "Directrices para las Reuniones Preparatorias del Proceso Arbitral" ("Draft Guidelines for Preparatory Conferences in Arbitral Proceeding"). Ello luego se transformó en el "Proyecto de Notas sobre Organización del Proceso Arbitral" examinado por la Comisión en 1995 y revisado en 1996, fecha en que se lo concluyó⁹. Lideró ese grupo el Judge Howard Holtzman con la coordinación del actual Secretario de UNCITRAL Jernej Sekolec.

De acuerdo con la sugestión inicial los primeros trabajos en la "Notas..." se concentraron en las conferencias preparatorias, como paso previo al procedimiento arbitral que permitiría organizar ciertos aspectos procedimentales y organizacionales, antes de iniciar las audiencias ("hearings").

En su introducción se insiste en la vocación pedagógica del instrumento y en su carácter no imperativo. Su título "Notas..." está destinado a reflejar su objetivo principal, recordar a los prácticos las cuestiones esenciales que deben tratarse en una instancia arbitral. Se evitó tomar partido por alguna de las diferentes prácticas en vigor y los reglamentos de arbitraje, procurándo-

se conciliar los principios de libertad y flexibilidad con la posibilidad de brindar orientación a la discrecionalidad de los árbitros, invitándolos claramente a poner en conocimiento de las partes –en tiempo útil– la manera en que encararán el procedimiento. Sin esa orientación previa ciertos aspectos podrían resultar impredecibles, dificultando su preparación y pudiendo ocasionar malentendidos, demoras y mayores costos.

No reproduciré la lista de cuestiones tratadas en las "Notas..." que afrontan los diferentes problemas de orden administrativo y/o jurídico que pueden surgir en una instancia arbitral. El instrumento explica el sentido y la manera de aplicar los principios y las disposiciones generalmente contenidas en la mayor parte de los reglamentos relativos al arbitraje internacional y constata que las prácticas en la materia difieren profundamente. También presentan una lista, seguida de anotaciones, sobre las que el tribunal quizá desee adoptar decisiones al organizar un proceso.

Su finalidad no es la de promover ninguna práctica en particular sino las empleadas universalmente. Cuando se utilicen las "Notas..." deberá tenerse

⁹ El Proyecto de Directrices se ha publicado como documento A/CN.9/396 y Add.1, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, Vol. XXV, 1994, segunda parte, Cap. IV. Las deliberaciones de la Comisión aparecen reflejadas en el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/49/17) (reproducido en el Anuario de la CNUDMI, Vol. XXV: 1994 (publicación de las Naciones Unidas, págs. 111 a 195).

en cuenta que la discrecionalidad del tribunal al organizar el procedimiento puede estar limitada por un reglamento de arbitraje o por otras normas a las que las partes hagan de común acuerdo remisión y por el derecho procesal interno aplicable al arbitraje.

Cuando el arbitraje esté a cargo de una institución arbitral, diversas cuestiones planteadas en las "Notas..." se regirán por su reglamento o prácticas propias (ver nota 13).

Sin duda, el tema que motiva sustancialmente este instrumento es la administración de la prueba; aquí el texto presenta una suerte de sincretismo que apunta a las pruebas documentales cuya autenticidad no se cuestionó. Refleja así una concepción formalista inspirada en el "common law" y también privilegia el método del "discovery" anglosajón, relativo a las declaraciones escritas de los testigos preparadas de antemano; que suponen un contacto entre éstos y los letrados de una de las partes, extremo no receptado en los países que abrevan en el "civil law".

Además se entendió que la impredecibilidad del procedimiento arbitral podía reducirse o evitarse realizando al inicio del caso una reunión preparatoria en donde los árbitros y las partes discutan el plan de trabajo y los proce-

dimientos ("pre-hearing meeting", "preparatory meetings" "pre-trial-review", "preliminary conferences", etc).

Esta herramienta se estimó particularmente útil para los árbitros sin experiencia en arbitraje comercial internacional y para las partes que no comparten las mismas expectativas ni la misma tradición cultural y legal, pues en tal situación los procedimientos pueden fácilmente devenir imprevisibles y dificultosos. Un punto particularmente delicado es que algunos árbitros desarrollaron métodos propios basados en su experiencia personal, otros son proclives a incorporar hábitos utilizados por las Cortes¹⁰ o adoptan procedimientos eclécticos. Consecuentemente los pasos seguidos en los arbitrajes comerciales internacionales difieren sustancialmente, impidiendo en numerosas situaciones la comprensión por las partes de como el proceso será conducido. En este orden de ideas, resulta beneficioso un acuerdo con el tribunal arbitral respecto de sus etapas. Si las partes no han recibido suficiente asesoramiento del tribunal y son sorprendidas por la manera que se desarrolla el procedimiento, la calidad del arbitraje indefectiblemente se perjudica. Es en la organización del trabajo del tribunal arbitral que las "Notas..." demuestran su utilidad.

Las diferencias en cuanto a las prácti-

¹⁰ Como ya se dijo aquí es un reto para los abogados no duplicar o copiar los procedimientos judiciales; es menester evitar esa "contaminación" (Luis Miguel Díaz). Desafortunadamente asistimos a una creciente judicialización del arbitraje internacional, como ayer decía Adriana Polonia es como si los latinos nos perdiéramos ante tanta libertad de formas.

cas arbitrales constituyen un tópico frecuentemente tratado en congresos y reuniones de arbitristas. No obstante el proyecto original fue recibido con críticas provenientes de ciertos sectores de tradición continental. Entre otras razones, porque las "conferencias preparatorias" no son utilizadas ni igualmente entendidas en todas partes. Trátase de una costumbre muy extendida en el mundo anglosajón y típica de su estructura judicial.

Se ha sostenido que los objetivos en las "conferencias preparatorias" en el "common law" son tres:

- 1) alcanzar un arreglo,
- 2) simplificar la situación,
- 3) especificar las peticiones y las defensas.

Estos fines contrastan con el procedimiento civil, son numerosos los cuerpos de reglas arbitrales que no mencionan los "pre-hearing meetings" (vgr. Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, *International Arbitration Rules de la AAA*, Reglas de la LCIA, etc) y su esencia es controvertida¹¹.

Las "Notas..." toman en cuenta tres tradiciones del proceso judicial del "common law":

- 1) el "discovery",
- 2) una fuerte preferencia por obtener soluciones fuera del tribunal,

3) la concentración de los procedimientos (*a-day-in-the-court-doctrine*).

El proyecto original fue presentado al "XII International Arbitration Congress of the International Council for Commercial Arbitration" (ICCA Congress) en la ciudad de Viena durante 1994¹². Allí sus detractores sostuvieron que la reputación internacional de UNCITRAL haría que el proyecto afectara la flexibilidad de los procedimientos de arbitraje. Así las "Directrices..." se convirtieron en "Notas..." y, las "Conferencias Preparatorias" devinieron en "Planeamiento del Procedimiento Arbitral". A pesar de ello su contenido no varió sustancialmente y es utilizado en arbitrajes "ad-hoc" o en los administrados por una institución arbitral.

El documento tiene 90 artículos divididos en dos partes: una introducción y una lista de materias de posible consideración en el procedimiento arbitral. Las críticas recibidas contribuyeron a que su redacción definitiva resultara particularmente cuidadosa y en que las notas introductorias insistan en su carácter no obligatorio; enfatizando que los árbitros tienen amplia discrecionalidad y flexibilidad para conducir los procedimientos y que la autonomía de las partes continúa incólume.

En síntesis, el producto final es el resul-

¹¹ Ver Alan Uzelac, UNCITRAL Notes, *Coat. Arbit Yearb.*, pág. 135 y ss. (1997).

¹² Confr. Lavive Pierre, "De la fureur réglementaire," 12 *Asa Bulletin* 213 (1994).

tado de un compromiso con las críticas, se suavizó el lenguaje y se modificó el enfoque inicial. De esa manera se obtuvo el deseado consenso.

Las "Notas..." pueden ser útiles en el arbitraje institucional y exceden el marco del arbitraje internacional, ya que –como se señaló reiteradamente– arrojan nueva luz también sobre el arbitraje doméstico. A nuestro criterio, en contextos como el argentino resultaron de innegable utilidad pues se carece de tradición arbitral, sobre todo en el arbitraje "ad-hoc" y la escasez de árbitros con intensa experiencia internacional podría de alguna manera compensarse con la asistencia de estas disposiciones no obligatorias.

No procede omitir una referencia al idioma elegido y al lugar fijado para el arbitraje, pues son factores de sustancial importancia en el desarrollo del procedimiento; las "Notas..." señalan los principales factores que se afectan al elegir el lugar de arbitraje.

Adicionalmente señalan la conveniencia de pactar el grado de confidencialidad –aspecto arcóntico del arbitraje– que las partes y los árbitros deberán guardar, y proveen una extensa lista de temas que pueden cubrirse de tal manera. En tanto la flexibilidad hace a la naturaleza misma de esta forma de solución de conflictos, se incluyen a los medios de comunicación electrónicos y telemáticos cuyo uso será útil pactar para estandarizar el procedimiento en punto a cuestiones técnicas tales como programas de computación a utilizar,

forma en que serán usados, transformación de la información para posibilitar su lectura, los nombres del originador y el receptor, los métodos de "back up" y los procedimientos que deberán utilizarse en caso de fallas del sistema. Como el empleo de medios electrónicos depende de la disponibilidad de equipos y programas informáticos adecuados y de la aptitud de los interesados para utilizarlos, podrá recurrirse a ellos sólo con acuerdo previo sobre esta mecánica. Si se decide utilizar tanto documentos con soporte papel como con soporte electrónico, será útil decidir cuál será el que prevalecerá en caso de duda o conflicto y si existe un plazo para la presentación de un documento, que acto constituirá su presentación (ver "Notas..." 35 y 36).

Se describen las diferentes prácticas y sistemas para el intercambio de documentos –consecutiva o simultánea– y el período de tiempo otorgado a las partes para objetarlos (práctica usual en el sistema continental).

A los problemas suscitados por la prueba se dedica casi la tercera parte de las "Notas...". El tema es posiblemente el que produce mayor cantidad de desinteligencias porque las diferencias en la materia son notorias entre el "common law" y el "civil law" (vgr., el sistema de "discovery" es prácticamente desconocido en los países de derecho continental y también difiere el tratamiento del testimonio de las partes).

La selección y deposición de los testi-

gos es un aspecto que puede contribuir sustancialmente a la velocidad del procedimiento si se requiere que cada parte notifique anticipadamente al tribunal y a la contraria cuales son los que pretende presentar. En el proceso continental, aquéllos son a menudo introducidos gradualmente y esa práctica es frecuentemente utilizada como táctica dilatoria. Acertadamente se señala que este sistema no es igual en todos los países y que los contactos entre partes y testigos pueden comprometer su credibilidad.

La "Nota" 53 apunta a la posibilidad de las partes de presentar un solo juego conjunto de pruebas documentadas cuya autenticidad no esté discutida; y cuando resulte demasiado voluminoso para su fácil manejo, podrá acordarse un juego de "documentos de trabajo" que podrá clasificárselo por orden cronológico o por materias con un índice de contenidos. En caso de documentación probatoria voluminosa y compleja se exhorta al ahorro de tiempo y gastos a través de un dictamen pericial que presente el contenido de la documentación en forma de resúmenes, cuadros, gráficos o extractos ("Nota" 54).

Algunos árbitros siguen un procedimiento en el que si las circunstancias del caso no aconsejan otra cosa, la presencia del testigo en la sala de audiencias se limitará al tiempo requerido para declarar se trata con ello de evitar que su testimonio se vea influido por lo que se diga en la vista o que la presencia del testigo pueda influir en

otros testigos. Otros árbitros estiman que la presencia de un testigo durante la declaración de otros puede resultar conveniente si ayuda a aclarar ciertas contradicciones o a disuadir de testimoniar en falso. Otras posibilidades son que los testigos no presentes en la sala permanezcan en ella después de haber declarado, o que el tribunal decida respecto de cada uno lo que considere mas adecuado. El tribunal podrá decidir el procedimiento a seguir durante la vista, o dar orientaciones a las partes antes que ésta se celebre (ver "Nota" 65).

Las "Notas" 69/73 son ciertamente útiles para todos aquellos que no estén familiarizados con los dos sistemas, en punto a designación de expertos y presentación de su testimonio. Para terminar; el tratamiento de la conducción de las audiencias ("hearings") destaca aspectos de interés para nuestra región donde los árbitros tradicionalmente tienden a emular los procedimientos judiciales.

VI. Conclusiones

Este último producto de UNCITRAL en el área del arbitraje comercial internacional a nuestro criterio tendrá un destino similar a los precedentes documentos producidos o administrados por este organismo y será bienvenido por quienes desean tratar seriamente este método de solución de conflictos. Su meta a largo plazo es la educación de los árbitros y usuarios del servicio, la armonización de la ley y la práctica internacional, al igual que las "Reglas..." de 1976 y la Ley Modelo de

Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Todos ellos tienen la posibilidad de jugar un rol esencial en la formación de estándares internacionales del "due arbitral process of law" y el dis-

creto pero persuasivo léxico utilizado en el documento a que estamos refiriéndonos, quizá pese más que la multitud de documentos obligatorios actualmente vigentes.