

ser interrogados al mismo tiempo y en confrontación con los otros testigos. El Tribunal Arbitral podrá formular preguntas a los testigos en cualquier momento.

3. Todos los testigos que rindan testimonio deberán afirmar la veracidad de su declaración, al inicio de su presentación y en la forma que el Tribunal Arbitral considere apropiado. Si el testigo ha presentado una Declaración Testimonial o un Informe Pericial, deberá confirmarlo. Las Partes podrán acordar o el Tribunal Arbitral podrá ordenar que la Declaración Testimonial o el Informe Pericial hagan las veces de testimonio directo del testigo.
4. Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 9.2, el Tribunal Arbitral podrá solicitar que cualquier persona presente declaración oral o escrita sobre cualquier asunto que el Tribunal Arbitral considere relevante o pertinente. Cualquier testigo llamado e interrogado por el Tribunal Arbitral podrá también ser interrogado por las Partes¹⁹⁹.

En contraposición a la postura respecto de los expertos¹⁹⁹, la técnica de "conferencial" (o, si se utiliza un término poco feliz, "confrontar") no ha tenido mucho reconocimiento en la práctica, en los primeros años del siglo XXI. Es un tanto arriesgado para el tribunal arbitral tomar ese camino y no debería utilizarse, por lo general, como una *alternativa* a los contra-interrogatorios de testigos realizados por los abogados de parte. Sin embargo, en ocasiones, es una manera efectiva de identificar los puntos conflictivos entre los testigos y los puntos sobre los que están de acuerdo. También brinda la posibilidad de realizar una comparación directa e inmediata entre el testimonio que han ofrecido, tanto en forma escrita como oral durante la audiencia²⁰⁰.

Algunos abogados litigantes no desean perder el control sobre la forma en que el caso de su cliente es presentado. Argumentan que privarlos del supuesto derecho de presentar su caso de la manera que juzguen conveniente podría llegar a constituir falta de debido proceso. No obstante, la confrontación de testigos, utilizada en forma prudente en relación con los puntos controvertidos, puede considerarse como una manera potencialmente útil para el tribunal arbitral de descubrir la verdad a partir de dos versiones contradictorias de los hechos.

Por lo general, durante el desarrollo de las audiencias es importante que el tribunal arbitral tenga en cuenta los dos principios que pueden ocasionar problemas a la hora de ejecutarse el laudo. En primer lugar, cada parte debe tener plena oportunidad de presentar su caso y, en segundo lugar, las partes deben ser tratadas con igualdad. En ocasiones, resulta difícil implementar estos dos principios de manera consistente con la necesidad de minimizar la duración de la audiencia. Sin embargo, un árbitro experimentado que presida el tribunal habitualmente logra encontrar la forma de combinar la firmeza con la justicia.

¿Quién tiene la última palabra?

En el sistema de *common law*, la demandante (o "parte actora" en algunos países) en

¹⁹⁹ Ver párrafo 6-90.

²⁰⁰ Ver, por ejemplo, Wolfgang Peter, "Witness Conferencing" (2002) 18 Arbitration International 47.

un proceso judicial tiene la última palabra, sobre la base de que es dicha parte la que tiene la carga de la prueba. Esto significa que la demandante puede hacer presentaciones orales en dos oportunidades, mientras que la demandada sólo tiene una oportunidad. En el arbitraje, esta práctica no se implementa con frecuencia ya que los árbitros sienten, insintivamente, que el debido proceso sólo puede concretarse si las partes tienen la misma cantidad de oportunidades de realizar presentaciones orales. Asimismo, el argumento de la "carga de la prueba" no es completamente válido, ya que, en la práctica, la carga de la prueba puede recaer en ambas partes en lo que respecta a demostrar las cuestiones de hecho en las que se fundan.

(d) Audiencias en rebeldía

Un tribunal arbitral puede, y de hecho debería, seguir con la audiencia sin la presencia de una de las partes cuando ésta (casi siempre la demandada) se niega a comparecer o no comparece. En ese caso, el tribunal arbitral debe continuar con la celebración de la audiencia y dictar el laudo, en el que debe hacer constar las circunstancias en las que se desarrolló el proceso²⁰¹.

Esto es necesario porque existe la presunción general de que la parte que boicotea un arbitraje comercial internacional pretende luego oponerse a la ejecución del laudo que finalmente se dicte. Dado que el hecho que una parte no haya tenido plena oportunidad de presentar su caso es una causal para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo, sea en virtud de la Convención de Nueva York o de otras reglamentaciones, es recomendable que el laudo mismo incluya las circunstancias por las que la demandada no participó del arbitraje. Suelen surgir dos problemas en relación con las audiencias realizadas en rebeldía. El primero es determinar qué constituye una "negativa" a participar; el segundo es cómo debe proceder el tribunal arbitral en dichas circunstancias.

Negativa a participar del arbitraje

En algunas circunstancias, la situación es clara. Esto es lo que ocurrió en los casos de nacionalización de las compañías de petróleo de Libia²⁰² en los que el gobierno libio dejó claro desde un principio que se negaba a participar en el arbitraje sobre la base de que los tribunales arbitrales, en cada caso, no tenían competencia para conocer de la controversia. También queda claro cuando la parte demandada se niega a contestar la correspondencia que le envía el tribunal arbitral o a cumplir con las órdenes procesales relacionadas con la presentación de los escritos iniciales, entre otras situaciones.

Existen otras dos situaciones en las que un tribunal arbitral debería proceder en rebeldía, pero que son más difíciles de identificar. La primera tiene lugar cuando una parte no notifica que no desea participar del arbitraje pero crea una demora tan extensa que el tribunal arbitral (a pedido de la otra parte) estaría justificado para tratar a la parte en

²⁰¹ El tema de las prácticas que surgen de los diversos reglamentos de arbitraje y de las leyes nacionales se discute en mayor profundidad en "Preventing Delay and Disruption of Arbitration" (Holtzmann ed.) (CCA Congress Series n.º 5 (Estocolmo, 1990)).

²⁰² Los arbitrajes de *Texaco, BP y Litmarco*; ver capítulo 2, párrafos 2-50 y ss.

rebeldía como si hubiera renunciado al derecho de presentar su caso. Es imposible especificar en forma precisa cuándo surge este problema en un proceso determinado y para ello, el tribunal arbitral debe recurrir a su buen juicio, estableciendo un equilibrio entre los diferentes factores involucrados. Sin embargo, el tribunal arbitral debe recordar que puede no estar favoreciendo a la parte demandante si acepta una solicitud de continuar con el proceso en rebeldía demasiado pronto, ya que el laudo puede ser exitosamente objetado cuando la demandante persiga su ejecución.³⁴³

La segunda situación, a la que nos hemos referido anteriormente³⁴⁴, surge cuando una parte interrumpe la audiencia de manera tal que se vuelve imposible continuar con la audiencia en forma ordenada. Es difícil encontrar una situación de este tipo en la realidad pero, en teoría, podría ocurrir. En ese caso, el tribunal arbitral podría inferir que la conducta de esa parte demuestra que se niega a participar del arbitraje.

Procedimiento de las audiencias en rebeldía

A diferencia de lo que ocurre en un tribunal judicial, un tribunal arbitral no cuenta con la facultad de emitir un laudo equivalente a la decisión en rebeldía, cuyo principal efecto es que el juez falla en favor de la parte demandante. La tarea del tribunal arbitral, en cambio, es resolver las controversias que se presentan ante él. En consecuencia, incluso si una parte no presenta su caso, el tribunal arbitral debe considerar el fondo de la controversia y tomar una decisión al respecto. Cuando es claro desde el principio que una parte (habitualmente la parte demandada) no desea participar del proceso, el tribunal arbitral suele asegurarse de que todas las presentaciones y las pruebas de la parte que sí desea participar se le presenten en forma escrita. Recién en ese momento podrá celebrar una breve audiencia, en rebeldía, para evaluar los reclamos y formular preguntas.

La mejor directriz de cómo debe realizarse ese procedimiento es que la parte que participa del arbitraje pruebe su caso. El tribunal no tiene ninguna obligación de actuar como abogado de la parte rebelde, pero debe examinar las cuestiones de hecho y de derecho que le presenta la parte que sí participa del proceso, a fin de asegurarse de que las cuestiones planteadas tienen fundamento. Por último, debe tomar una decisión fundada respecto de las cuestiones objeto de la disputa.

La conducta de los tribunales arbitrales varía en lo que respecta a las audiencias en estas situaciones. Mucho dependerá de la forma en la que se haya desarrollado la etapa escrita del arbitraje. Si dicha etapa ha sido comprensiva de la mayoría de las cuestiones, el tribunal arbitral puede ver justificado el hecho de celebrar una audiencia breve y puramente formal antes de dictar el laudo. Si, por el contrario, los escritos iniciales han sido simples documentos formales en los que sólo se identificaron los asuntos controvertidos y no se presentaron pruebas documentales ni testimoniales por escrito, el tribunal arbitral probablemente considerará necesario que se presenten pruebas en forma oral antes de

³⁴³ Sería extraño, aunque no desconocido, que la demandada pretenda que continúe el proceso, cuando la demandante no lo ha impulsado, a fin de obtener un laudo que dé por finalizado el reclamo. En ese caso, se aplicarán consideraciones similares: la demandada requerirá un laudo sólido, que en caso de ser necesario, pueda ser *rescindido* por los tribunales.
³⁴⁴ Ver *supra*, párrafo 6-119.

estar convencido de que la parte que participa del arbitraje ha cumplido con la carga de probar sus reclamos (o sus defensas).

6-122

La Ley Modelo contiene una disposición que faculta al tribunal arbitral a continuar con el proceso y a dictar un laudo cuando una parte no cumple con los requisitos procedimentales acordados entre las partes o establecidos por el tribunal arbitral³⁴⁵. Pueden encontrarse disposiciones similares en las leyes modernas de arbitraje, incluso si no se basan directamente en la Ley Modelo.

Cuando la parte demandada no presenta su defensa y, en particular, cuando no presenta un escrito de contestación de conformidad con el artículo 23 de la Ley Modelo, el tribunal arbitral puede continuar con las actuaciones, pero sin considerar que el incumplimiento de la parte demandada implica la admisión de los reclamos de la demandante. En consecuencia, el tribunal arbitral no tiene facultades equivalentes a la de los tribunales judiciales de emitir una decisión en rebeldía a favor de la parte demandante. Debe, por el contrario, tomar una decisión respecto de los reclamos presentados en el arbitraje e incorporar esa decisión al laudo arbitral. El Reglamento del CIADI, que establece procedimientos detallados sobre cómo debe continuar el proceso cuando una de las partes se niega a participar en él, contiene disposiciones similares.

7. ACTUACIONES POSTERIORES A LA AUDIENCIA

(a) Generalidades

6-123

En teoría, la participación de las partes concluye con la audiencia. De hecho, es recomendable que el tribunal arbitral declare el cierre del expediente de pruebas. Sin embargo, esto no obsta a las partes, si el tribunal está de acuerdo, a que presenten escritos una vez finalizada la audiencia, pero no les permitirá que presenten nuevo material luego de la audiencia que no haya sido solicitado y que requiera dictar más órdenes procesales para permitir a la otra parte que responda.

(b) Escritos presentados después de la celebración de la audiencia

6-124

En lo que respecta a los escritos presentados luego de la celebración de la audiencia, la tendencia creciente es permitir a las partes que los presenten, con un límite de entre 15 y 20 páginas, resumiendo los puntos principales surgidos en relación con las pruebas y las afirmaciones de las partes. El surgimiento de esta práctica puede verse como corolario de la práctica de limitar la duración de la audiencia y de imponer restricciones de tiempo a las partes durante su celebración.

Suele suceder que el tiempo asignado a la duración de la audiencia no sea suficiente como para brindar a las partes una plena oportunidad de presentar su caso. Eslo puede ocurrir cuando la audiencia ha llevado más tiempo de lo estimado o cuando se presentaron

³⁴⁵ Ley Modelo, artículo 25.

nuevos documentos durante el transcurso de la audiencia por una de las partes y la parte contraria, justificadamente, solicita la oportunidad de responder pero no puede hacerlo en la audiencia. En estas circunstancias, el tribunal arbitral puede fijar una nueva fecha para continuar con la audiencia que sea conveniente para todos, o permitir que la parte que desea responder al nuevo material presentado lo haga mediante la presentación de un escrito.

(c) Nuevas pruebas

Éste puede no ser el fin de la cuestión. En primer lugar, pueden aparecer nuevas pruebas luego de la celebración de la audiencia pero con anterioridad al dictado del laudo por parte del tribunal arbitral. En este caso, el tribunal arbitral tiene la facultad de reabrir el proceso a pedido de la parte que desea presentar las nuevas pruebas. Ciertamente, el tribunal debería negarse a hacerlo cuando las nuevas pruebas no son necesarias para las deliberaciones del tribunal, o si la presentación del nuevo material parece ser un intento de demorar el proceso. Sin embargo, por lo general, el tribunal arbitral prefiere resolver una controversia teniendo conocimiento de todas las pruebas relevantes. Si las nuevas pruebas resultan ser de ningún valor, la parte que las presentó puede ser sancionada por el tribunal arbitral respecto de los costos adicionales en los que se hubiere incurrido más intereses, si corresponde.

El modo en que debe proceder el tribunal arbitral depende de las circunstancias de cada caso en particular y de la naturaleza del material sobre el que la otra parte debe responder. Sin embargo, habitualmente (y correctamente) los tribunales arbitrales intentan asegurarse de que no se celebren nuevas audiencias a menos que sea estrictamente necesario; por lo general, los tribunales permiten que una parte presente pruebas y escritos si la otra ha suministrado material nuevo durante la audiencia. La otra parte puede oponerse, pero tal oposición no se justifica si esa parte fue la que creó la situación al presentar material nuevo en forma tardía. Cualquier presentación escrita o prueba adicional debe ser examinada por la parte contraria y por el tribunal arbitral y queda a entera discreción del tribunal cuándo suspender la presentación de réplicas, dúplicas y refutaciones.

En consecuencia, el modo de proceder adoptado generalmente al concluir las audiencias es un intercambio de escritos. Esto es habitual en los procesos judiciales de los Estados Unidos y es uno de los elementos de la práctica judicial estadounidense que los árbitros europeos consideran útil importar a través del Atlántico. Dicho intercambio suele ordenarse cuando los representantes de las partes no han tenido tiempo de preparar o de ofrecer alegatos finales en forma oral. Esto sucede habitualmente cuando se realiza una transcripción de los testimonios orales y las partes desean tener tiempo de estudiar el acta antes de realizar sus presentaciones finales.

La presentación de escritos luego de la celebración de la audiencia también se permite cuando el tribunal arbitral ha formulado preguntas durante los alegatos finales y los abogados de las partes desean realizar una investigación antes de suministrar las respuestas.³⁶ Uno de los autores experimentó esta situación en una audiencia celebrada en 1998, cuando al presentarse los alegatos finales surgió el interrogante de si la Convención de Viena era

aplicable a la transacción en cuestión. Éste no era un tema sobre el que los abogados de las partes hubieran esperado tener que responder en el momento; en consecuencia, se ordenó a las partes que presentaran escritos con posterioridad a la audiencia para abordar esa cuestión.³⁶

³⁶ Curso de la AAA, n° 13T1810031097.