

CAPÍTULO 6

LA CONDUCCIÓN DEL PROCESO

1. ANTECEDENTES

(a) Generalidades

Un arbitraje internacional puede llevarse a cabo de diferentes formas. No existen reglas procesales fijas. Los reglamentos de arbitraje suelen contener los lineamientos de los diferentes pasos a seguir, pero las reglas específicas del procedimiento son establecidas contractualmente por las partes o por el tribunal, o por ambos. Lo único cierto es que los abogados no deberían basarse en las normas procesales aplicadas en los tribunales de su país de origen.

La relación que existe entre el árbitro y las partes ha sido considerada en el capítulo 5.¹ Resta determinar si las obligaciones del árbitro son esencialmente contractuales (como sostiene la doctrina moderna) o inherentes a su calidad de árbitro, tal como se sugirió en algunas ocasiones.² Un tribunal arbitral debe conducir el proceso de arbitraje de conformidad con los requerimientos razonables que hayan establecido las partes. No hacerlo, puede anularse el laudo o denegarse su reconocimiento y ejecución.³

La libertad de la que gozan las partes para dictar el procedimiento que debe seguirse en un arbitraje es limitada. El procedimiento que las partes establezcan debe cumplir las disposiciones obligatorias⁴ y los requisitos de orden público establecidos por la ley del lugar del arbitraje.⁵ Asimismo, debe tener en cuenta aquellas disposiciones de convenciones internacionales sobre arbitraje cuyo objetivo es asegurar que los procedimientos arbitrales se realicen en forma justa.⁶ Si ése no fuera el caso, nuevamente podrá anular el laudo o denegar su reconocimiento y ejecución.⁷ En consecuencia, es

¹ Ver capítulo 5, párrafo 5-03 y ss.

² Ver, por ejemplo, Mustil Boyd, *Commercial Arbitration* (2ª edición, 1989), pp.186-189, 220-223.

³ Un laudo puede ser anulado por el tribunal en virtud de la Ley Modelo cuando "el procedimiento arbitral no se [ha] ajustado al acuerdo celebrado entre las partes"; además, es uno de los motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de una sentencia arbitral de conformidad con lo establecido por la Convención de Nueva York: Ley Modelo, artículos 34(2)(a)(iv) y 36(1)(a)(iv) y Convención de Nueva York, artículo V.1(d).

⁴ Ver las disposiciones de la Ley Modelo y de la Convención de Nueva York citadas anteriormente, n.º 3; y ver capítulo 2.

⁵ Ver capítulo 2.

⁶ Ver capítulo 1.

⁷ Ver en general capítulo 9.

necesario establecer un equilibrio entre las opiniones de las partes respecto del procedimiento a seguir y todo requisito superior establecido por el derecho aplicable.

6-02

En algunos aspectos, el arbitraje internacional es fácilmente comparable a un barco. Puede decirse que las partes son "dueñas" del arbitraje, como el dueño o los dueños de un barco, pero el barco está bajo el mando cotidiano del capitán a quien el dueño le da el control del barco. El dueño puede despedir al capitán y reemplazarlo por otra persona, pero siempre va a haber una persona a bordo que esté al mando*.

Al inicio del arbitraje, las partes son las que poseen el control total. En el arbitraje ad hoc, en el que no participa ninguna institución, las partes pueden, y suelen, establecer una serie de reglas procesales que regirán el procedimiento a seguir durante el arbitraje. Luego, las partes designan a un Tribunal arbitral de acuerdo con el método que hayan acordado a tal efecto y dicho Tribunal debe respetar el procedimiento pactado por las partes. En el arbitraje institucional, en cambio, el procedimiento a seguir está previsto en las reglas de la institución de que se trate, a las que las partes han acordado someter las controversias que se susciten entre ellas.

Una vez que se designa al Tribunal arbitral, el control cotidiano del arbitraje comienza a desplazarse hacia él. Sin embargo, la transferencia de control no es total ni inmediata ya que el Tribunal suele dialogar con las partes sobre los asuntos procedimentales y suele dictarse una "Orden Procesal N° 1" para definir las etapas más importantes del proceso y los plazos dentro de los cuales tendrá lugar cada una de las etapas. A partir de ese momento, el Tribunal pasa a tener un control mayor para garantizar que las etapas procesales finalicen a tiempo y, en parte, para resolver determinadas cuestiones procesales que puedan surgir entre las partes a medida que se desarrolla el arbitraje. Al momento de realizarse las audiencias, el Tribunal ya ejerce el control total (en el sentido de que se convierte en el "capitán del barco") y, casi siempre, las partes prefieren recurrir al Tribunal arbitral para resolver controversias de naturaleza procesal antes que intentar llegar a un acuerdo entre ellas.

En los casos en que el Tribunal no puede resolver ciertos problemas (por ejemplo, obligar a un testigo a comparecer cuando se ha negado a hacerlo) puede resultar necesario solicitar la colaboración de un Tribunal nacional. El rol de los Tribunales nacionales durante la sustanciación del proceso se analiza en el siguiente capítulo. El presente capítulo trata esencialmente de explicar las diferentes formas en las que un Tribunal arbitral ejerce control sobre el arbitraje.

(b) Autonomía de la voluntad de las partes

La autonomía de la voluntad es el principio rector en la determinación del procedimiento a seguir en un arbitraje comercial internacional. Es un principio consagrado no sólo por las leyes internas sino también por las instituciones y organizaciones internacionales de arbitraje. Los antecedentes legislativos de la Ley Modelo demuestran que el

* Ver Veeder, "Whose arbitration is it anyway: the parties or the arbitration tribunal-an interesting question?" en *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris, 2004), p. 351.

388

principio fue adoptado sin oposición⁹ y el propio texto de la Ley Modelo incluye la siguiente disposición:

"Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal arbitral en sus actuaciones"¹⁰.

Este principio sigue los pasos del Protocolo de Ginebra de 1923, que establece que "el arbitraje, incluida la constitución del Tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes"¹¹; y de la Convención de Nueva York, en virtud de la cual puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera si "el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes"¹².

La CCI, que ha sido históricamente promotora del principio de la autonomía de la voluntad, establece que:

"El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen..."¹³.

En el mismo sentido, el Reglamento de la LCIA dispone:

"Las partes podrán pactar, y así se recomienda, la instrucción de su arbitraje..."¹⁴.

6-04

El CIADI adopta un enfoque similar y establece disposiciones pormenorizadas en relación con la sustanciación del arbitraje. Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del CIADI establecen:

"Tan pronto como sea posible después de la constitución de un Tribunal, su Presidente tratará de determinar el parecer de las partes con respecto a cuestiones procesales. A tal efecto podrá solicitar que las partes se entrevisten con él. En particular, averiguará sus puntos de vista sobre las siguientes materias:

- el número de miembros del Tribunal necesario para constituir quórum en sus reuniones;
- el idioma o los idiomas que han de utilizarse en el procedimiento;
- el número y el orden de los escritos y los plazos dentro de los cuales se deben presentar;
- el número de copias que cada parte desee de los documentos presentados por la otra;

⁹ Ver, por ejemplo, Doc ONU A/CN.9/207, párrafo 17: "... probablemente el principio más importante en el que debe basarse la Ley Modelo es la autonomía de las partes a fin de facilitar el funcionamiento adecuado de los arbitrajes comerciales internacionales de acuerdo con sus expectativas".

¹⁰ Ley Modelo, artículo 19(1).

¹¹ Protocolo de Ginebra de 1923, artículo 2.

¹² Convención de Nueva York, artículo V.1(d).

¹³ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 15(1).

¹⁴ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 14(1).

389

- (e) exención del procedimiento escrito u oral;
- (f) la manera en que han de prorratearse las costas del procedimiento; y
- (g) la manera en que se levantará acta de todas las audiencias.

En la sustanciación de las actuaciones el Tribunal aplicará cualquier acuerdo de las partes sobre cuestiones procesales, salvo que el Convenio o el Reglamento Administrativo y Financiero dispongan otra cosa¹⁵.

De manera similar, el Reglamento del CIRDI le otorga un amplio campo de acción al tribunal arbitral para determinar el procedimiento, sujeto al acuerdo de las partes¹⁶.

Ciertos reglamentos de arbitraje transfieren el control del proceso arbitral que ejercen las partes al tribunal arbitral en una etapa inicial del proceso. Esto puede verse claramente en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que establece: "Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado"¹⁷. No obstante, las partes gozan de un grado de libertad considerable, ya que, por ejemplo, pueden solicitar audiencias¹⁸, acordar cuál será el lugar del arbitraje¹⁹, acordar el idioma o los idiomas que se utilizarán durante el arbitraje²⁰, entre otras cosas. El Reglamento de la OMPI adopta una fórmula similar²¹.

(c) Restricciones a la autonomía de la voluntad

6-05 En ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden conferir al tribunal arbitral las facultades y deberes que consideren apropiados para el caso en particular. Así, pueden elegir entre procedimientos formales o informales, adversarios o inquisitivos para llevar a cabo el arbitraje o presentar la evidencia en forma oral o escrita entre otras cosas. Sin embargo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad está limitado por ciertos requisitos que pueden agruparse en las siguientes categorías.

Igualdad

6-06 Así como la autonomía de la voluntad es el primer principio que debe aplicarse en un arbitraje, la igualdad en el trato es el segundo, aunque reviste igual importancia. Este principio está consagrado expresamente tanto en la Convención de Nueva York²² como

¹⁵ Reglas de Arbitraje del CIADI, r.20(1) y (2); la redacción del primer artículo es un tanto enojosa pero se estima que es aplicable sólo a las cuestiones procesales y no a todo el arbitraje, en el que normalmente todos los miembros del tribunal deben estar presentes.
¹⁶ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 16.
¹⁷ Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRDI, artículo 16.
¹⁸ *Ibid.*, artículo 15.2.
¹⁹ *Ibid.*, artículo 15.1.
²⁰ *Ibid.*, artículo 17.1.
²¹ Reglamento de Arbitraje de la OMPI, artículo 38(a).
²² Convención de Nueva York, artículo V.1(b): "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia... si... la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral... no ha podido... hacer valer sus medios de defensa".

en la Ley Modelo, que expresa: "Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos"²³. La noción de que las partes deben ser tratadas con igualdad subyace a todo sistema jurídico. Este principio está expresado en el Reglamento de la CNUDMI en una disposición específica que establece que el tribunal arbitral puede llevar a cabo el arbitraje en la forma que considere más apropiada²⁴, pero advierte que, al hacerlo, no debe otorgar privilegios a una parte si se los niega a la otra. Este principio también está presente en otros reglamentos de arbitraje²⁵.

El requisito que las partes sean tratadas con igualdad constituye una restricción a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, si en un compromiso arbitral se establece que sólo una parte debe ser escuchada por el tribunal arbitral, dicha disposición puede perfectamente considerarse inválida (por ejemplo, por el tribunal que ejecute el laudo), incluso si ambas partes acordaron esa disposición. La Secretaría de la CNUDMI reconoció este problema en su informe previo a la sanción de la Ley Modelo:

"... uno de los problemas más delicados y complejos en la confección de la Ley Modelo será lograr un equilibrio entre el interés de las partes de establecer libremente el procedimiento a seguir y el interés del sistema jurídico que le otorga reconocimiento y efectos a dicho procedimiento"²⁶.

Orden público

Las partes no pueden otorgar poderes al tribunal arbitral que pudieran provocar que el arbitraje se lleve a cabo en forma contraria a las disposiciones obligatorias o de orden público del Estado en el que tiene lugar el arbitraje. Una de esas normas, que ha sido previamente discutida, establece que cada parte debe ser oída o, tal como lo expresa la Ley Modelo, se le debe dar a cada una de ellas "plena oportunidad de hacer valer sus derechos". Este elemento es parte esencial del requisito que establece que las partes deben ser tratadas con igualdad. Por lo general, si ambas partes tuvieron plena oportunidad de hacer valer sus derechos, entonces han recibido un trato igualitario. En teoría, el término "plena" es un tanto desconcertante y remite a la idea de que una parte pueda exigir la oportunidad de presentar múltiples declaraciones testimoniales durante días o semanas. Sin embargo, en este contexto, es necesario otorgar un sentido objetivo y no subjetivo al término "plena".

Todo acuerdo mediante el que las partes confieran al tribunal arbitral la facultad de realizar algún acto durante la sustanciación del arbitraje que sea contrario a una disposición obligatoria (o al orden público) del país en el que se lleva a cabo el arbitraje carecería de validez en ese país, al menos en lo que se refiere a la disposición violatoria. Igual

²³ Ley Modelo, artículo 18.
²⁴ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 15.1.
²⁵ Ver, por ejemplo, Reglamento de Arbitraje de la OMPI, artículo 38(a); la disposición acorde del Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 15(2), Reglamento de Arbitraje del CIADI, párrafo 42, y el Reglamento de Arbitraje de la LCIA artículo 14.1(i) no mencionan expresamente el término "igualdad".
²⁶ Doc. ONU A/CN.9/207, párrafo 21.

suerte correría una disposición que pretendiera otorgar al tribunal arbitral la facultad de realizar un acto que no puede ser llevado a cabo por los árbitros de conformidad con la ley aplicable al acuerdo de arbitraje o la ley del lugar del arbitraje²⁷.

Reglamentos de Arbitraje

Es posible que existan otras restricciones por aplicación de los reglamentos de arbitraje que las partes hayan escogido. Sin embargo, dichos reglamentos no incluyen demasiadas disposiciones obligatorias en relación con la sustanciación del proceso. Por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI contiene sólo cuatro:

- según el artículo 15(1), las partes deben ser tratadas con igualdad y cada parte debe tener plena oportunidad de hacer valer sus derechos;
- además, según el artículo 15(1), el tribunal arbitral debe realizar una audiencia si así lo solicita alguna de las partes;
- según los arts. 18 y 19, debe haber un intercambio consecutivo de escritos (un "escrito de demanda" y una "contestación") que deben contener ciertos elementos;
- según el artículo 27, si el tribunal arbitral designa un perito, debe darle a las partes la oportunidad de interrogarlo en una audiencia, sin perjuicio del derecho que tienen las partes de presentar sus propios peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos.

Terceros

Ningún acuerdo de arbitraje puede válidamente otorgar a un tribunal arbitral facultades que afecten directamente a personas ajenas a dicho acuerdo, a menos que exista una disposición especial en la legislación aplicable que lo permita, lo cual no es frecuente. Este principio se aplica tanto a las cuestiones de fondo como a las procesales. Por ejemplo, el laudo de un tribunal arbitral no puede ordenarle a una persona ajena al acuerdo de arbitraje que pague determinada suma de dinero o que realice determinado acto. En cuanto a las cuestiones procesales, los ejemplos más típicos tienen que ver con la presentación de documentos y la producción de pruebas.

Un tribunal puede ordenarle a las partes (o a otras personas sobre las que las partes ejerzan control) que presenten documentos o que comparezcan a prestar declaración, pero habitualmente no puede obligar a terceros a hacerlo, incluso cuando las partes sometidas al arbitraje hubieran intentado otorgarle al tribunal esa facultad. Sólo se puede obligar a terceros a que participen en un proceso arbitral, ya sea mediante la presentación de pruebas.

²⁷ Por ejemplo, que los árbitros tomen juramentos en un país en el que la ley local reserva esa función a los funcionarios judiciales.

²⁸ En Estados Unidos, por ejemplo, la Ley Federal de Arbitraje, artículo 7, permite al árbitro citar a terceros para que comparezcan como testigos en el proceso arbitral; pero es necesaria la colaboración del tribunal judicial para hacer cumplir la citación si el tercero no comparece.

bas o documentos, con la colaboración de un tribunal judicial competente. Este punto se discutirá más adelante²⁹.

(d) Procesos adversariales e inquisitivos

Durante siglos, los procedimientos aplicados por los tribunales nacionales para resolver controversias civiles han sido clasificados en estos dos grandes grupos. En el proceso adversarial, utilizado principalmente en Inglaterra³⁰, Estados Unidos, Escandinavia y los países que integran el *Commonwealth*, incluidas las ex colonias británicas, distintas versiones de los hechos e interpretaciones del derecho son presentadas ante el juez. Cada parte tiene la oportunidad de examinar y contestar el material presentado por la otra parte y el juez es quien elige en última instancia entre ambas versiones. En el proceso inquisitivo, el juez realiza su propia investigación sobre los hechos y el derecho, con la colaboración de las partes y sus abogados.

El principio de la autonomía de la voluntad le permite elegir a las partes que se someten a un arbitraje uno de los procesos o una combinación de ambos, más allá del proceso que se utilice en los tribunales judiciales del lugar de arbitraje. No es necesario que la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral especifiquen el procedimiento a seguir. Si las partes someten sus controversias a arbitraje mediante reglas que le otorgan al tribunal arbitral la facultad de determinar cuál será ese procedimiento, las partes le estarán otorgando al tribunal arbitral la facultad de adoptar el procedimiento adversarial o inquisitivo, o una combinación de ambos³¹, según lo estime conveniente.

La experiencia demuestra que el procedimiento adoptado en los arbitrajes comerciales internacionales depende no tanto del lugar en el que se lleva a cabo el arbitraje sino del bagaje y la experiencia de los miembros del tribunal arbitral y de los abogados de las partes.

Así, en un importante arbitraje realizado en el cantón de Vaud, Suiza, las audiencias se realizaron en Ginebra, Lausanne y Kuwait³². Las partes no tenían ninguna conexión con Inglaterra y el derecho sustantivo aplicable era el de Kuwait. No obstante, los abogados principales que representaban a cada parte eran ingleses y el procedimiento acordado en el minucioso acuerdo de arbitraje suscripto por las partes era de naturaleza esencialmente adversarial. Las partes intercambiaron escritos, citaron a los testigos y peritos y ellas mismas los interrogaron, en lugar de hacerlo el tribunal arbitral. El hecho que el lugar del arbitraje fuera el Cantón de Vaud no influyó en la elección del proceso. En

²⁹ Ver capítulo 7, párrafos 7-15 y 7-24 y ss.

³⁰ En Inglaterra, las Reglas de Procedimiento Civil de 1998 marcaron el traspaso de un proceso adversarial hacia uno más inquisitivo.

³¹ La práctica del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos es un ejemplo de la combinación entre el proceso inquisitivo y el adversarial. Ver Holtzmann, "Fact-finding by the Iran-United States Claims Tribunal" en *Fact-finding by International Tribunals* (Transnational Publishers Inc, 1991), pp.101 y ss. (en adelante, Holtzmann, *Fact-finding*).

³² *Orazio de Nora Impianti Elettrici s.r.l. v. Gobierno de Kuwait*; el laudo fue infructuosamente impugnado por de Nora en un proceso público realizado en Suiza (Tribunal Cantonal Vaudois, 9 de abril de 1968, de *Nora v. Kuwait*).

igual sentido, en otro arbitraje en el que participó un organismo gubernamental³³, el lugar del arbitraje era París, las audiencias tuvieron lugar en esa ciudad y en el Líbano, pero las partes (que eran representadas por abogados estadounidenses e ingleses respectivamente) acordaron que seguirían un procedimiento adversarial y las normas aplicables a los medios de prueba se asemejarían a las del *common law*.

A su vez, la mayoría de los árbitros y abogados de los países que siguen el *civil law* tendían a suponer que el procedimiento se regiría por las normas aplicadas en los tribunales nacionales de su país. Sin embargo, desde los inicios del siglo XXI, los tribunales arbitrales internacionales más experimentados se mostraron más dispuestos a evitar los procedimientos tradicionales de los tribunales judiciales de su país de origen. Por ejemplo, los árbitros contemporáneos suelen aplicar restricciones a la extensión de los escritos que presenten las partes, el alcance de la presentación de documentos, el número de testigos, el tiempo permitido para confrontar a los testigos presentados por la otra parte, entre otras cuestiones. *Las Reglas sobre Presentación de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA* (edición de 1999) crearon un estándar internacional muy útil para la recopilación de pruebas y son adoptadas habitualmente por acuerdo entre el tribunal arbitral y las partes³⁴.

2. ELECCIÓN DEL LUGAR DEL ARBITRAJE

(a) Generalidades

6-12 Por lo general, las partes que se someten a un arbitraje comercial internacional gozan de la libertad de elegir la sede³⁵ del arbitraje.

La falta de una elección clara del lugar del arbitraje en la cláusula compromisoria de un contrato puede llevar a resultados inesperados. Un tribunal de los Estados Unidos ordenó que un arbitraje se llevara a cabo en California y de conformidad con el Reglamento del CIRDC en un caso en el que la cláusula compromisoria no especificaba el lugar del arbitraje, a pesar de que en otra cláusula del contrato se especificaba que de ser necesario recurrir al arbitraje, el proceso se llevaría a cabo en Pekín y que el derecho aplicable sería el Reglamento de la FETAC³⁷.

³³ Caso CCI n.º 1776.

³⁴ Ver más adelante, párrafos 6-78, 6-85, 6-93 y 6-116.

³⁵ La palabra "sede" es de alguna manera más precisa que "lugar". "Sede" significa el asiento jurídico del arbitraje, mientras que "lugar" puede referirse al lugar (o los lugares) en que se llevan a cabo las audiencias, que no necesariamente ocurren en la "sede". Sin embargo, en la práctica ambos términos se utilizan indistintamente, como ocurre en este libro. Ver capítulo 2 para una discusión más detallada del significado de la sede del arbitraje.

³⁶ Los arbitrajes realizados de conformidad con la Convención de Washington son una excepción a este principio general. Si las partes desean que el procedimiento se tramite en un lugar que no sea el Centro Internacional situado en Washington (o en una institución con la que el Secretario General del Centro Internacional hubiere hecho los arreglos necesarios), deben consultarlo al Secretario General y obtener la aprobación del tribunal arbitral; ver Reglas de Arbitraje del CIADI, párrafo 13(3).

³⁷ *Baulinia Corp of China National Machinery Equipment Import Export Corp*, 819 F.2d 247 (9th Cir. 1987). La FETAC ha sido reemplazada por la CIETAC.

Las partes pueden elegir el lugar del arbitraje en cualquier momento con anterioridad al comienzo del proceso o pueden dejar que lo haga una institución arbitral por ellas (si es que el arbitraje se llevará a cabo de acuerdo con un reglamento institucional) o, en su defecto, puede ser el propio tribunal arbitral quien lo decida. Sin embargo, en algún momento debe tomarse la decisión. Esto plantea el interrogante de dónde debería llevarse a cabo el arbitraje. ¿Debería realizarse, por ejemplo, en Londres o en Washington, París o Ginebra, El Cairo o Kuala Lumpur?

No existe una respuesta simple o general para esta pregunta³⁸. La nacionalidad de las partes debe tenerse en cuenta, ya que la práctica habitual es realizar el arbitraje en un país "neutral", es decir, en un país distinto al país de origen de las partes. El lugar en el que residen las partes (o donde tienen sus establecimientos) también debe considerarse, dada la necesidad de reducir lo más posible los gastos y la incomodidad de trasladarse, junto con ciertos factores políticos, como la aceptación de las partes de determinados países y, particularmente, la existencia de restricciones que puedan impedir el ingreso al país de las partes, sus abogados o los testigos³⁹.

Existen, a su vez, factores económicos como la libertad de transferir los fondos que sean necesarios desde y hacia el país en cuestión. Es muy probable que también exista la necesidad de obtener asesoramiento local capacitado de parte de abogados calificados para asesorar a las partes respecto de las cuestiones más importantes relacionadas con la sustanciación del arbitraje, o de ingenieros, agrimensores, contadores y otros profesionales para que suministren pruebas y aporten su experiencia. Esta colaboración será más económica si está disponible en el lugar del arbitraje (o por lo menos cerca de allí).

También existen otras consideraciones prácticas, como la disponibilidad de salas adecuadas para llevar a cabo las audiencias y el hospedaje para las partes, sus abogados y los testigos: en algunas ciudades importantes la capacidad hotelera suele agotarse en algunas épocas del año. Buenos medios de transporte, por tierra o por aire, buenas comunicaciones, ya sea por teléfono, correo electrónico o fax y ciertos servicios de respaldo como los de transcripción, interpretación, entre otros, son requisitos adicionales importantes que deben tenerse en cuenta, ya que forman parte de la infraestructura de todo arbitraje.

En parte, un lugar es adecuado para realizar un arbitraje internacional cuando existe una infraestructura adecuada para albergar a las partes, aunque la característica más importante es el marco legal en el que se realice, tanto para la tramitación del proceso como para la posibilidad de hacer cumplir el laudo.

(b) La ley que regula el arbitraje

El hecho que un ámbito legal sea adecuado para realizar un arbitraje internacional 6-14

³⁸ Para una discusión más detallada sobre los factores más importantes que deben tenerse en cuenta, ver Iwasaki, "Selection of situs: criteria and priorities" (1986) 2 Arbitration International 57.

³⁹ Los autores recuerdan que hace muchos años trabajaron con un abogado de un país en vías de desarrollo que insistió en que el lugar del arbitraje fuera París, cuando el resto de las personas que participaba en el arbitraje prefería Ginebra. Resultó ser que la razón por la que dicho abogado prefería París era que no necesitaba conseguir una visa para ir a Francia pero sí para ingresar en Suiza; además, había vuelos directos entre París y la capital de su país.

depende tanto de la apreciación subjetiva como del análisis jurídico. Existen requisitos mínimos estandarizados a nivel internacional sobre los que la mayoría de los árbitros y abogados están de acuerdo. Por ejemplo, la ley local debe contener disposiciones para hacer cumplir los acuerdos de arbitraje internacionales de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo. Debe contener disposiciones que contribuyan, en caso de ser necesario, a constituir un tribunal arbitral y a otorgarle a dicho tribunal, sea en forma directa o a través de los tribunales judiciales, las facultades necesarias para realizar su tarea de manera eficiente y eficaz. Asimismo, si los legisladores locales desean que los laudos dictados en su propio territorio sean reconocidos y ejecutados en otros países, las leyes que dicten deben estar preparadas para reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros.

Sin embargo, más allá de estos requisitos internacionales mínimos, pueden coexistir diversos puntos de vista en cuanto a la caracterización de un ámbito legal adecuado para realizar un arbitraje comercial internacional, que suelen variar según el interés que se está representando, sea el de la demandante, la demandada o el propio árbitro.

Nivel de control

Habitualmente, una vez que la demandante decidió iniciar un proceso de arbitraje para hacer valer su pretensión, espera que dicho proceso se realice de la manera más rápida y económica posible y, sin duda, será bienvenida toda la colaboración que la ley local pueda brindar a tal fin, ya sea en forma directa o a través de sus tribunales judiciales. Pero es muy probable que cualquier intervención que realicen dichos tribunales a pedido de la demandada sea considerada una "interferencia" judicial, ya que sólo sirve para extender el proceso (e incrementar los costos).⁴⁰

La situación es diferente desde el punto de vista de la parte demandada. A menos que interponga una reconvencción sustancial, la parte demandada tiene mucho que perder y poco que ganar con el arbitraje. En el mejor de los casos, tal vez luego de invertir una considerable cantidad de tiempo y dinero, el tribunal arbitral dicte un laudo acogiendo los argumentos de parte demandada. En el peor de los casos, el tribunal arbitral le ordenará pagar daños y perjuicios, más los intereses y las costas judiciales. En este último caso, la parte demandada no tendrá demasiado interés en que el proceso arbitral se lleve a cabo rápidamente sino que querrá asegurarse de que se realice en forma adecuada, con plena oportunidad de presentar su caso. Si esa garantía está contemplada por la ley local, mediante la inclusión de algún tipo de procedimiento de revisión, es probable que la parte demandada se sienta más complacida que ante una situación en la que la única opción disponible sea someterse a un proceso que considera injusto y que puede llevarla a oponerse a la ejecución del laudo en su contra en base a una de las causales previstas en la Convención de Nueva York o la ley aplicable.⁴¹

El tribunal arbitral probablemente adopte una posición cercana a la de la parte demandante respecto de lo que constituye un ámbito legal adecuado. Generalmente, el tribunal

⁴⁰ La intervención de los tribunales nacionales durante el arbitraje será tratada en el capítulo 7.

⁴¹ Por ejemplo, en la Ley Modelo, artículo 36(1)(a)(ii).

arbitral desea cumplir la tarea para la que fue designado lo más pronto posible, con la colaboración (en caso de ser necesaria) y no la interferencia de los tribunales locales.

No existe un ámbito legal ideal para realizar un arbitraje comercial internacional y ningún sistema jurídico puede satisfacer las exigencias encontradas de las partes. Además, no puede desconocerse el interés del Estado en este tema, ya que se le suele convocar para que se reconozcan y ejecuten los laudos arbitrales mediante su autoridad. Lo mejor será encontrar el equilibrio entre todos estos intereses.

Se supone que al suscribir un acuerdo de arbitraje, la intención de las partes ha sido ponerlo en práctica cuando sea necesario y cumplirlo en forma adecuada y de buena fe, sin esperar (salvo en circunstancias excepcionales) que la decisión del tribunal arbitral sea reemplazada por la decisión de un tribunal nacional.

Éste es el enfoque adoptado por la Ley Modelo, que no contempla la posibilidad de apelar los laudos arbitrales respecto de las cuestiones de hecho o de derecho, y por la mayoría de las jurisdicciones que han incorporado al arbitraje en su legislación desde que la CNUDMI adoptó la Ley Modelo hacia fines de 1985. A medida que aumenta la cantidad de Estados que adoptan la Ley Modelo, o que modifican sus leyes a fin de adecuarse a sus disposiciones, también aumenta la cantidad de países que ofrecen un marco legal adecuado para llevar a cabo arbitrajes internacionales.

La "lex arbitri"

El procedimiento de un arbitraje comercial internacional está bajo la supervisión general de la legislación interna del país donde está ubicada la sede del arbitraje (con excepción de los arbitrajes que se realizan de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI, en los que rigen el derecho internacional y los tratados).⁴² Deben tenerse en cuenta todas las disposiciones obligatorias de la legislación que rige el arbitraje. En teoría, las partes tienen libertad para determinar el derecho interno que regirá el arbitraje, incluso si no es el derecho interno de la sede del arbitraje, siempre que la ley y el orden público del lugar del arbitraje lo permitan.⁴³ En la práctica, es difícil imaginar que las partes deseen cumplir tanto las cosas, especialmente porque una de las consecuencias de esa elección sería tener que consultar dos fuentes procedimentales cuando surja algún problema. Si las partes prefieren la legislación de un país en particular (país A) en lugar de la legislación de la sede del arbitraje (país B) deberían:

- trasladar el arbitraje al país A; o
- incluir expresamente todas las disposiciones de la legislación del país A que consideren necesarias en un acuerdo sobre el procedimiento aplicable al arbitraje al que se someten.

Sin embargo, intentar llevar a cabo el arbitraje en el país B de conformidad con la legislación arbitral del país A sólo agrega más normas a las que las partes (y el tribunal)

⁴² Ver capítulo 2, párrafos 2-05 y ss.

⁴³ Ver capítulos 2 y 5.

deben prestar atención. Un arbitraje comercial internacional es lo sucesivamente engorroso como para sumarle estas complicaciones. Afortunadamente, las partes rara vez, por no decir nunca, eligen este camino en la práctica.⁴⁴

Restricciones locales aplicables a los árbitros y los representantes de las partes

En la mayoría de los países, la ley local no contiene restricciones que limiten la elección de árbitros y representantes. Sin embargo, puede haber excepciones que deben tenerse en cuenta al elegir el lugar del arbitraje.⁴⁵ Si las partes descubren que sus propios representantes no pueden presentar su caso, sean o no abogados, y en caso de serlo, pertenezcan al personal de la compañía o no, pueden llegar a creer que se les está tratando injustamente. El problema se agrava si el arbitraje se lleva a cabo en un país extranjero, en un idioma extranjero y no se autoriza la presencia de los abogados u otros representantes que habitualmente representan a alguna de las partes en la presentación de su caso.

Algunos países limitan la designación de los árbitros. Cuando en un arbitraje una de las partes es extranjera, puede despertarse un sentimiento de discriminación si se prohíbe que una persona que comparte con ella una tradición cultural, legal o lingüística forme parte del tribunal arbitral. Otros países requieren que los árbitros posean calificaciones especiales o que tengan nacionalidad o residencia local. En Arabia Saudita, se prohíbe que un extranjero sea árbitro, lo que puede causar ciertas complicaciones cuando debe aplicarse una legislación diferente a la de ese país, o cuando una de las partes no habla el idioma local, lo que requiere pagar servicios costosos de traducción. Por el contrario, la Ley Modelo establece que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.⁴⁶ Las partes deben ser muy cuidadosas al elegir el lugar del arbitraje (o las reglas institucionales) a fin de asegurarse de que no existan restricciones irracionales en cuanto a quién puede representarla o actuar como árbitro.

Este tipo de restricciones locales crean dificultades cuando, por ejemplo, impiden que personas con gran conocimiento sobre la legislación aplicable al fondo de la controversia sean árbitros. Afortunadamente, esta clase de problemas surge sólo en un reducido y cada vez menor número de países.

Funciones éticas y demás obligaciones

Al determinar quién tiene el derecho o el deber (si es que alguien lo tiene) de sancionar a los abogados por su falta de ética profesional en los arbitrajes internacionales surgen problemas difíciles y tal vez imposibles de resolver. ¿Es la asociación de abogados del lugar del arbitraje o la del país de origen de los abogados la que está involucrada? ¿Es posible que un tribunal judicial del lugar del arbitraje sancione a abogados extranjeros por su conducta inapropiada ante un tribunal arbitral? Por último, desde el punto de vista

⁴⁴ Ver los comentarios de Kerr L.J. en el caso *Peruvian Insurance*, capítulo 2, párrafos 2-21.

⁴⁵ Hacia fines del siglo XX, los principales exponentes (Japón y Singapur) habían modificado sus normas para acercarse más a la política expresada en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 4: "Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección".

⁴⁶ Ley Modelo, artículo 11.

sustantivo, los abogados que representan a las partes en un arbitraje fuera del territorio de su país, ¿tienen el deber de actuar con buena fe?⁴⁷

Las asociaciones de profesionales imponen ciertas obligaciones y deberes morales a los abogados y éstos deben cumplirlos donde sea que elijan ejercer su profesión; pero ello puede no ser suficiente para ayudar a un tribunal arbitral a controlar la conducta de los abogados de las partes en un país que es "foráneo" para la asociación profesional en cuestión. Por el contrario, el tribunal probablemente tenga que confiar en cualquier tipo de sanción existente que no sea oficial. Por ejemplo, si el abogado de una parte actúa en forma inadecuada, la parte a quien representa puede ser sancionada con el pago de los costos incurridos para remediar el acto inapropiado.⁴⁸

Es posible que se solicite a los representantes de las partes que presenten un poder de representación, según cuál sea el lugar del arbitraje. Esta formalidad no es necesaria, por ejemplo, en el Reino Unido o en los Estados Unidos, ya que en dichos países se acostumbra aceptar declaraciones orales por parte de los representantes de las partes, mediante las que aseguran que cuentan con las facultades necesarias para actuar en el proceso. Sin embargo, si la otra parte tenía fundamentos razonables para cuestionar la capacidad del representante para actuar, el tribunal arbitral puede solicitar que se presente el poder escrito otorgado por la parte representada. En otros países, como Japón, se acostumbra presentar poderes formales y en la mayoría de los países árabes la ley exige que se otorgue un poder de representación. En los países que se rigen por el sistema de *civil law*, no es necesario presentar poderes en la mayoría de los casos, aunque es recomendable estar preparado para hacerlo en caso que los árbitros lo soliciten.⁴⁹

En algunos países, se requiere que los propios árbitros tengan calificaciones especiales o que cuenten con nacionalidad o residencia local.

(c) Exigibilidad

Elegir un país que ha suscripto la Convención de Nueva York es fundamental para asegurar la posibilidad de hacer cumplir un laudo arbitral.⁵⁰

Pero es posible que también surjan problemas cuando esos países no cuenten con legislación en materia de arbitraje lo suficientemente desarrollada. Incluso, en ocasiones, pueden carecer de toda legislación en la materia. La Ley Modelo fue de gran ayuda para remediar esta situación y con el tiempo contribuirá a crear un clima en el que las compa-

⁴⁷ Ver, por ejemplo, Veeder, "The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith", 2001 *Goff Lecture*, (2002) 18 *Arbitration International* 440.

⁴⁸ Tal como ocurrió en un caso del TCLAN, *Pope Talbot v Gobierno de Canadá*, publicado en www.maffir-tan.org, en el que el Tribunal dictó un orden de pagar los gastos en contra de una de las partes cuyo abogado "lizo públicos" ciertos documentos confidenciales que habían sido revelados por la parte contraria. Probablemente, un tribunal arbitral no tiene el poder de impedir que un abogado continúe asistiendo al arbitraje, pero si una parte no cumple con las órdenes razonables del tribunal, corre el riesgo de ser sancionada o incluso, en un caso extremo, de ser excluida de la audiencia.

⁴⁹ Para una descripción de las prácticas observadas en los países en los que se hace referencia en este párrafo, ver *Comparative Arbitration Practice and Public Policies in Arbitration* (Sandefers et al.), ICCA Congress Series No.3 (Kluwer, 1987), pp.41 y ss.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, capítulo 10, párrafo 10-23.

nias que operan en países en vías de desarrollo estarán más dispues. a aceptar cláusulas compromisorias que dispongan que el lugar del arbitraje sea el lugar en el que realizan sus operaciones comerciales. La creación de centros de arbitraje regionales en El Cairo, Hong Kong y Kuala Lumpur fue un primer paso útil en la dirección correcta y el esfuerzo continúa, aunque algunas iniciativas no han tenido éxito. Por ejemplo, las Cámaras de Comercio Europeo-Árabe, con sede en 18 países europeos⁵¹, establecieron normas de conciliación, arbitraje y pericia a mediados de la década de 1980. Dichas reglas fueron redactadas en francés, árabe e inglés y diseñadas para ofrecer a árabes, europeos y otras personas directa o indirectamente relacionadas con países árabes la posibilidad que sus disputas fueran resueltas por personas que tuvieran cierta familiaridad con el mundo árabe⁵².

La creación de centros e instituciones de arbitraje en diferentes lugares del mundo es importante. La renuencia de las compañías transnacionales a aceptar la realización de arbitrajes en el tercer mundo se ve reflejada en ciertas actitudes de los propios países en vías de desarrollo:

"... la idea de que existe un sistema de justicia internacional no será compartida por algunos países, especialmente los países africanos, asiáticos y latinoamericanos que todavía ven al arbitraje como una institución jurídica extranjera que les es impuesta. Por lo tanto, este hecho debe tenerse en cuenta a la hora de acercarse a ciertas áreas de los países en vías de desarrollo que rara vez se utilizan como lugar del arbitraje y que prácticamente nunca cuentan con árbitros. El concepto de ley africano, que está esencialmente orientado al diálogo y la conciliación, también es favorable al arbitraje. Pero es una suerte de arbitraje tribal, en el que participan árbitros que son conocidos y respetados por las partes.

En África, las autoridades gubernamentales y, en consecuencia, los jueces, están en contra del arbitraje internacional y para ellos no existe diferencia entre eso y el arbitraje extranjero. Además, como es sabido, la realidad es que los países en vías de desarrollo rara vez aceptan libremente el arbitraje. El arbitraje suele estipularse en contratos de adhesión cuya suscripción es esencial para que tales países puedan sobrevivir. El arbitraje realizado en el extranjero por extranjeros e impuesto a los países del Tercer Mundo sólo obtendrá reconocimiento en esos países en forma gradual"⁵³.

La importancia de la exigibilidad del laudo en relación con la elección del lugar del arbitraje no debe subestimarse⁵⁴. A medida que se expande el comercio global y aumenta

⁵¹ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Federación Rusa, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suiza.

⁵² Ver Beaumont, "The Rules of Conciliation, Arbitration and Expertise of the Euro-Arab Chambers of Commerce" (1985) 2 International Construction Law Review 392.

⁵³ Extracto de una intervención realizada por Mbaye, Juez de la Corte Internacional de Justicia, publicada en *60 Years of ICC Arbitration - A Look at the Future*, ICC Publication No.412, 1984, p.295 (énfasis añadido). Sin embargo, en los primeros años del siglo XXI ya existían señales alentadoras de que los gobiernos y las autoridades gubernamentales reconocieran que la participación en el régimen de los sistemas internacionales de resolución de controversias era un elemento esencial para el comercio transnacional y su hostilidad comenzó a disminuir.

⁵⁴ Ver también Holzmann, "The Importance of Choosing the Right Place to Arbitrate an International Case" en *Private Investors Abroad-Problems and Solutions in International Business* (1988).

el número de arbitrajes internacionales, también aumenta la participación de compañías transnacionales. Estas compañías poseen bienes en un sinnúmero de países y su presencia en cualquier país puede desvanecerse "con la rapidez de un télex"⁵⁵. En consecuencia, es necesario que el laudo que se dicte en un arbitraje pueda desplazarse a través de las fronteras nacionales.

(4) No es necesario realizar todas las audiencias en la sede arbitral

La elección de una sede arbitral por las partes, el tribunal arbitral o una institución arbitral no implica que todas las reuniones y audiencias se lleven a cabo en ese lugar. Tal como se señaló en el capítulo 2, y sujeto a toda disposición en contrato acordada por las partes, el tribunal arbitral puede realizar audiencias o reuniones, sea en privado o con las partes, en cualquier otro lugar o país que sea conveniente para los árbitros, los testigos o las partes mismas⁵⁶. Las leyes modernas de arbitraje suelen estipular expresamente que el tribunal arbitral puede realizar audiencias en cualquier lugar que considere apropiado⁵⁷. Sin embargo, es preferible que las audiencias se realicen en la sede del arbitraje, a menos que las partes acuerden expresamente que pueden llevarse a cabo en otro lugar.

(e) ¿Dónde debe "hacerse" el laudo?

En la primera edición de este libro, se destacó la importancia de firmar el laudo (o, al menos, considerarlo "hecho") en la sede del arbitraje. La validez de esta proposición fue luego confirmada en un caso que era sustancialmente inglés pero en el que se resolvió que el laudo fue "hecho" en París porque había sido suscripto en esa ciudad⁵⁸.

Según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el laudo debe dictarse en la sede del arbitraje⁵⁹. El fundamento de esta norma parece ser que el lugar donde se dicta el laudo es un elemento que determina la aplicabilidad de la Convención de Nueva York y, en consecuencia, puede tener un rol muy importante en cuanto al reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral. También puede ser un requisito del derecho aplicable al proceso arbitral. Este tema se discutió en detalle en el capítulo 2⁶⁰. Tal como se señala en dicho capítulo, a modo de ejemplo, la Ley de los Países Bajos de 1986 establece que

⁵⁵ Aparentemente, esta expresión fue utilizada por primera vez por Donaldson en *Deutsche Schachtbau- und Tiefbau-Gesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co* [1987] 3 W.L.R. 1023 at 1027; [1987] 2 Lloyd's Rep. 246, párrafo 248. Sin embargo, las transferencias electrónicas han reemplazado ampliamente al télex.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 16.2 y 3.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 16.2 y 3.

⁵⁸ *Hiscox v. Outramite* [1992] 1 A.C. 562 (H.L.); ver también capítulo 2. En lo que respecta a Inglaterra, esta anomalía fue corregida por la Ley de Arbitraje de 1996, artículo 100(2)(b): "Se entenderá que el laudo ha sido realizado en la sede del arbitraje sin importar el lugar donde haya sido firmado, dictado o dado a conocer a las partes". Pero, en vista de la aparente ambigüedad del artículo 1.1 de la Convención de Nueva York, es un punto que debe ser tenido en cuenta por todo tribunal arbitral que desee dictar su laudo en un lugar que no sea la sede arbitral.

⁵⁹ Por ejemplo, según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 16.4: el laudo debe dictarse en el lugar del arbitraje.

⁶⁰ Ver capítulo 2, párrafos 2-22 y ss.

si el lugar del arbitraje no ha sido determinado, ya sea por las partes o por el tribunal arbitral, se presume que el lugar en el que se dicta el laudo, indicado en el laudo mismo, es el lugar del arbitraje.⁶¹

La Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, al reflejar el artículo 31(3) de la Ley Modelo, llega al mismo resultado mediante un camino más lógico:

"... A menos que las partes especifiquen lo contrario, en los casos en que la sede del arbitraje sea Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, se entenderá que todo laudo dictado en el arbitraje ha sido realizado allí, sin importar el lugar donde haya sido firmado, comunicado o dado a conocer a las partes..."⁶²

(f) Cambio de sede arbitral

En ocasiones, puede ser necesario cambiar la sede del arbitraje, incluso si una de las partes no está de acuerdo. La necesidad de cambiar la sede arbitral puede surgir, por ejemplo, si por razones políticas el país en el que se realizará el arbitraje se vuelve inaccesible. Pueden imponerse sanciones internacionales (como ocurrió con Irak o la ex Yugoslavia en la década de 1990) por las que el acceso al país se vuelve difícil o imposible; o el país puede estar involucrado en un conflicto interno o externo. La posibilidad de cambiar el lugar del arbitraje sin el consentimiento de las partes dependerá de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral, junto con las reglas institucionales que hayan incorporado.

En un arbitraje de la CCI, en el que la Corte de la CCI ha elegido el lugar del arbitraje de conformidad con el artículo 14.1 del Reglamento de Arbitraje, no existe ninguna razón por la que la Corte no pueda designar un nuevo lugar en caso que el tribunal arbitral opine que se ha vuelto imposible continuar con el arbitraje en la sede original. Sin embargo, esta facultad que posee la Corte de la CCI no es tan evidente cuando fueron las partes quienes eligieron la sede del arbitraje al suscribir el acuerdo de arbitraje, a menos que presen consentimiento.

Un compromiso en el que las partes establezcan un lugar específico para la realización de un arbitraje *ad hoc*, puede verse frustrado si el arbitraje no puede ser llevado a cabo en ese lugar. Se ha sostenido que rechazar cláusulas de selección de sede arbitral es una práctica muy habitual de los tribunales arbitrales internacionales ante cambios radicales que alteran drásticamente las circunstancias existentes al momento de negociar tal disposición.⁶³ Un problema mucho más complejo surge en relación con la competencia de los tribunales judiciales para rechazar una cláusula de selección de sede arbitral contenida en un acuerdo de arbitraje, sobre la base de que la sede arbitral elegida podría llevar a una solución injusta. En la mayoría de los casos, los tribunales judiciales harán efectivas las

⁶¹ Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986, artículo 1037.

⁶² Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, artículo 54.

⁶³ Berglin, "The Iranian Forum Clause Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal" (1987) *Arbitration International* 46 párrafo 48. Cita de las opiniones de Holtzmann y Mosk en "Interlocutory Awards on Jurisdiction in Nine Cases Containing Various Forum Selection Clauses" (1983) 1 *Iran-U.S.C.T.R.* 384 párrafos 289 y 308.

elecciones de sede arbitral, pero diversos casos en los EE.UU., Canadá y la India indican que, excepcionalmente y por razones de extrema importancia, los tribunales judiciales pueden rechazar el acuerdo de las partes de realizar un arbitraje en un lugar determinado.⁶⁴

Inoperatividad del acuerdo

No existen demasiados precedentes a nivel mundial que indiquen que un acuerdo de arbitraje haya sido "imposible de cumplir". Los ejemplos más evidentes resultan ser casos en que la institución elegida ha dejado de existir, o en que el lugar designado para realizar el arbitraje se volvió inaccesible a causa de una guerra o de una catástrofe natural; o en que una de las partes o sus representantes no pudieron obtener las visas necesarias para ingresar en el país donde se realizaría el arbitraje.

Un tribunal inglés abordó este problema⁶⁵ en un caso en el que el acuerdo de arbitraje establecía que la sede del arbitraje sería Teherán "a menos que las partes acuerden lo contrario". Gatoil no deseaba que el arbitraje se realizara en Teherán y presentó pruebas ante un tribunal inglés para demostrar que le resultaba muy difícil encontrar un árbitro adecuadamente capacitado que estuviera dispuesto a realizar el arbitraje allí. *National Iranian Oil Company* no estaba de acuerdo con el cambio del lugar del arbitraje; en consecuencia, Gatoil inició una acción judicial en Inglaterra. La *National Iranian Oil Company* solicitó al tribunal que ordenara la suspensión del proceso judicial de conformidad con la Ley de Inglaterra de 1975 que, en ese entonces, era la legislación que implementaba las disposiciones de la Convención de Nueva York en el Reino Unido. El tribunal hizo lugar a la solicitud, sobre la base de que no estaba convencido de que el acuerdo de arbitraje no fuera operativo o imposible de cumplir. El juez consideró que era probable que existieran "personas de habla inglesa, abogados y/o ejecutivos de compañías petrolíferas de todo el mundo, inclusive de importantes áreas del Tercer Mundo, que dispuestos a realizar el arbitraje en Teherán".

3. ACTOS PRELIMINARES

(a) Generalidades

En los arbitrajes nacionales, especialmente aquellos en que el tribunal arbitral está formado por un solo árbitro, es frecuente que los asuntos preliminares relacionados con cuestiones procesales se determinen sin que se lleve a cabo una audiencia entre el tribunal arbitral y las partes. Esto ayuda a reducir los costos. En un arbitraje comercial internacional, en cambio, donde el tribunal arbitral puede estar formado por tres árbitros o uno solo, es útil que se celebre una reunión preliminar para establecer el marco dentro del que se realizará el arbitraje. Sin embargo, incluso en los casos internacionales, las reuniones

⁶⁴ Ver *Mitsubishi Motors Corporation v Suler Chrysler-Plymouth Inc.* 473 US 614; 105 S.Ct. 3346; 87 L.Ed. 2d 444 (1985) y otros casos citados por Rogers. "Forum Non Conveniens in Arbitration" (1988) 4 *Arbitration International* 240.

⁶⁵ *Gatoil International Inc (Panama) v National Iranian Oil Company (Iran)* (1992) XVII Yearbook Commercial Arbitration 587.

preliminarios no son habituales en un gran número de países, entre los que se encuentran la Federación Rusa, Japón y los países árabes, en su mayoría.⁶⁶

Sin embargo, especialmente en los casos en que las partes y sus representantes provienen de diferentes culturas o de países con diferentes sistemas jurídicos, lo más sensato es que el tribunal arbitral disponga la realización de una reunión con las partes lo más pronto posible durante el arbitraje. Ello asegura que el tribunal arbitral y las partes tengan una idea clara de la forma en que se realizará el arbitraje y permite que pueda establecerse un marco cuidadosamente diseñado que regule el arbitraje.⁶⁷ Es posible y de hecho frecuente, que se realicen reuniones preliminares a través de videoconferencias o conferencias telefónicas. Esto ahorra el costo inevitable de que uno o más árbitros tengan que viajar a otro país para poder presenciar la reunión. Sin embargo, esto no reemplaza la necesidad de una reunión "cara a cara" con todos los participantes del proceso tan pronto como sea posible luego del comienzo del arbitraje.

Los abogados ingleses suelen llamar a esa reunión "audiencia preliminar" ("*preliminary hearing*"). Sin embargo, la frase "reunión preliminar" ("*preliminary meeting*") parece ser más apropiada, ya que enfatiza la naturaleza informal y no controversial del encuentro. De hecho, la palabra "audiencia" debería reservarse para denominar al encuentro de las partes cuyo objetivo principal sea el que las partes presenten las pruebas o los alegatos relacionados con los puntos controvertidos ante el tribunal arbitral. Es posible que existan audiencias preliminares (por ejemplo, para dirimir los asuntos relacionados con la competencia del tribunal o la recopilación de los elementos de prueba); y/o, de hecho, una "reunión preliminar" en la que se discuta la estructura procesal del arbitraje puede convertirse en una "audiencia preliminar" en la que se escuche a las partes respecto de un punto controvertido, como una solicitud de medida cautelar. A excepción del CIADI, ninguno de los reglamentos de arbitrajes más importantes hace referencia al concepto de la reunión preliminar y, en consecuencia, no impone la obligación de realizarla ni la prohíbe. Un término que se ha empezado a utilizar con mayor frecuencia en los primeros años del siglo XXI es "reunión de organización" ("*case management meeting*").

Realización de las reuniones preliminares

6-28 En la práctica, una reunión preliminar se realiza en varias etapas. Los miembros del tribunal arbitral suelen reunirse en forma privada antes de reunirse con las partes, en parte para conocerse y en parte para formular algunas opiniones provisionales en cuanto a la organización del arbitraje.

En igual sentido, puede obtenerse un beneficio sustancial si los representantes de las partes se reúnen entre sí antes de concurrir a la reunión preliminar con el tribunal arbitral.

⁶⁶ Ver *Comparative Arbitration Practices*, ICCA Congress Series n°3 (Kluwer, 1987), pp.64-65, donde la discusión no fue útil para aclarar este punto de manera adecuada.

⁶⁷ Es necesario distinguir entre una reunión (o audiencia) preliminar y una conferencia previa a la audiencia (*pre-hearing conference*). Una reunión preliminar se lleva a cabo lo más pronto posible desde la fecha en que comienza el arbitraje y siempre antes de la etapa escrita. Una conferencia previa a la audiencia se realiza luego de la etapa escrita y su objetivo principal es organizar y estructurar la audiencia que se realizará luego.

Esto es particularmente importante en los arbitrajes *ad hoc*, ya que todo lo relacionado con los honorarios y los gastos de los árbitros suele tratarse en esta etapa. A fin de evitar situaciones embarazosas, es importante que los representantes de las partes logren presentar al tribunal arbitral una postura uniforme en cuanto a los gastos y honorarios de los árbitros.

La representación en las reuniones preliminares

6-29 Para obtener el máximo beneficio de una reunión preliminar realizada ante el tribunal arbitral, cada una de las partes debería estar representada por personas con la suficiente capacidad y conocimiento para tomar decisiones "en el momento", tanto en la discusión con el representante de la otra parte como durante el transcurso de la reunión con el propio tribunal arbitral. Esto significa que, por lo general, es necesario que el líder del equipo de abogados de cada parte y una persona con la autoridad ejecutiva necesaria otorgada por los clientes concurren a la reunión. Es práctica habitual, especialmente en los casos en que un gobierno participa del arbitraje, que se designe un "agente". El agente es una persona a quien tanto el tribunal arbitral como la otra parte pueden enviar comunicaciones y de quien pueden obtener una declaración o respuesta calificada sobre un asunto determinado. Cuando se designa a un agente, todas las comunicaciones deben dirigirse a él, habitualmente con una copia a los abogados de la parte que designó al agente.

Postergación de las reuniones preliminares

6-30 Tal como fue señalado, con anterioridad a la realización de la reunión principal entre las partes y el tribunal arbitral, pueden realizarse reuniones privadas del tribunal arbitral, por un lado, y de las partes entre sí, por el otro. Es frecuente que la reunión principal se postergue, o incluso que se pase a cuarto intermedio en varias ocasiones, mientras los miembros del tribunal discuten en privado ("*caucus*") como dicen los abogados estadounidenses). Esto también le brinda a los representantes de las partes la oportunidad de realizar más reuniones privadas. En este sentido, y siguiendo las instrucciones del tribunal, por lo general las partes logran ponerse de acuerdo sobre el marco procesal básico y la organización del arbitraje.

Por lo general, los tribunales arbitrales prefieren evitar pronunciarse sobre los asuntos procesales controvertidos en las etapas iniciales del arbitraje. Si existe desacuerdo entre las partes, habitualmente los árbitros sugieren soluciones transaccionales. Aparentemente esto deriva de las complejidades de la "psicología del tribunal"⁶⁸, cuyo resultado es que los miembros del tribunal arbitral (particularmente quien lo preside) sean renuentes a dictar pronunciamientos apenas comenzado el arbitraje por temor a que una de las partes pueda creer (aunque sea injustificadamente) que ello constituye un trato injusto. Sin embargo, si al finalizar la reunión todavía hay asuntos sin resolver porque las partes no logran llegar a un acuerdo, el tribunal arbitral no tiene otra alternativa más que tomar una

⁶⁸ Como en el arbitraje de *Amintoli*; ver (1982) 21 I.L.M. 976 párrafo 983.
⁶⁹ Ver capítulo 8, párrafos 8-37 y ss.

decisión. En ocasiones, esto puede realizarse inmediatamente aunque lo más habitual es que el tribunal arbitral reserve su decisión y la comunique a las partes posteriormente. No es frecuente que una reunión preliminar dure más de un día, y bien podría concluir en medio día. Esto significa que, si se realiza un plan cuidadoso, es posible realizar una reunión preliminar sin la necesidad de que quienes participan en ella tengan que alojarse en un hotel por una noche, a menos que deban trasladarse de un continente a otro.

Asuntos a determinar en las reuniones preliminares

Los asuntos específicos que deben determinarse en una reunión preliminar dependen, en parte, de la legislación que rige el arbitraje (por ejemplo, en algunos países puede ser necesario suscribir un compromiso arbitral o *compromis*)⁷¹ y, en parte, de si las partes ya han sometido el arbitraje a algún reglamento internacional o institucional, se trate de un arbitraje institucional o no. Si el arbitraje está sujeto al reglamento de una de las instituciones de arbitraje internacional más importantes no será necesario, por ejemplo, que las partes traten directamente con los árbitros el tema de sus honorarios, ya que de esto se encarga la institución de que se trate. Sin embargo, en un arbitraje *ad hoc* no sólo deberá tratarse el tema de los honorarios, sino que debe resolverse la forma en que el tribunal arbitral recibirá:

- los escritos de las partes;
- los documentos en los que las partes basan su caso (o cualquier otro documento que deban presentar por orden del tribunal arbitral);
- las pruebas escritas y los testimonios que las partes deseen presentar; y
- los alegatos que se presentarán en representación de las partes.

Notas de la CNUDMI sobre Organización del Proceso Arbitral

También es útil que en esta etapa inicial del proceso arbitral, las partes y el tribunal arbitral consideren los asuntos incluidos en la lista que acompaña las Notas sobre Organización del Proceso Arbitral ("las Notas") adoptadas por la CNUDMI en 1996.

A pesar de que la finalidad original de las Notas era brindar una guía de los temas que deberían tenerse en cuenta en una etapa posterior del proceso arbitral, al preparar la audiencia de fondo, muchos de los temas enumerados allí deberían considerarse lo más pronto posible y pueden ser tratados por el tribunal arbitral en su primera orden procesal.

Las Notas brindan una lista de asuntos que el tribunal arbitral puede juzgar útil al organizar el arbitraje. Esta lista no es exhaustiva ni definitiva, sino que ofrece una enumeración de puntos que el tribunal arbitral debería considerar.

⁷¹ En el siglo XXI, esto se volvió poco frecuente. Ver capítulo 3, párrafos 3-02, 3-57 y ss.

- La adopción de un reglamento de arbitraje, si las partes no lo han elegido⁷¹.
- La lengua que se utilizará en el proceso, es decir, el idioma que se utilizará en las audiencias y la necesidad (si la hubiere) de traducir las presentaciones orales y los documentos, junto con los costos que ello implique⁷².
- Determinación del lugar del arbitraje, con todo lo que ello implica, si no está ya convenido por las partes. El tribunal arbitral también debería considerar si se realizarán audiencias fuera del lugar del arbitraje⁷³.
- Servicios administrativos: si el arbitraje no es administrado por una institución, el tribunal arbitral puede determinar quién será responsable de la organización del arbitraje. El tribunal arbitral puede también designar a un secretario del tribunal y definir sus funciones⁷⁴.
- Provisión inicial de fondos para sufragar las costas: a menos que una institución de arbitraje esté a cargo de la organización de los aspectos económicos del proceso arbitral, el tribunal arbitral puede determinar los costos que deberán abonarse y solicitará que los fondos sean administrados⁷⁵.
- Confidencialidad de la información: puede ser necesario que el tribunal arbitral realice algunos arreglos para asegurar la confidencialidad del proceso⁷⁶.
- Comunicación de escritos: el tribunal arbitral puede establecer las líneas de comunicación entre quienes estén involucrados en el arbitraje. Debe establecer el modo en que se intercambiarán los escritos. Puede elegir los medios de comunicación que serán utilizados y debería establecer el alcance con el que pueden utilizarse el fax y otros medios de comunicación⁷⁷.
- Disposiciones para el intercambio de escritos: el tribunal arbitral debería establecer las condiciones en las que deben presentarse nuevos escritos. Puede determinar el número de escritos, junto con el método y el plazo en que tales escritos pueden presentarse⁷⁸.
- Definición de los puntos controvertidos: el tribunal arbitral puede confeccionar una lista de temas con el orden en el que deberían tratarse y determinar exactamente las peticiones que se le someten⁷⁹.
- Posibilidad de negociar una solución amigable: el tribunal arbitral debería considerar la procedencia y el alcance de ofrecerse a facilitar la negociación amigable de la disputa⁸⁰.

⁷¹ Párrafos 14, 15 y 16.
⁷² Párrafos 17, 18, 19 y 20.
⁷³ Párrafos 21, 22 y 23.
⁷⁴ Párrafos 24, 25, 26 y 27.
⁷⁵ Párrafos 28, 29 y 30.
⁷⁶ Párrafos 31 y 32.
⁷⁷ Párrafos 33, 34, 36 y 37.
⁷⁸ Párrafos 38, 39, 40, 41 y 42.
⁷⁹ Párrafos 43, 44, 45 y 46.
⁸⁰ Párrafo 47.

- Prueba documental: el tribunal arbitral puede establecer plazos para la presentación de documentos y determinar las consecuencias de no cumplir con ellos. También debe determinar si obligará a las partes a exhibir documentos.⁸¹
- Pruebas materiales: el tribunal arbitral puede ordenar que se presenten determinadas pruebas materiales o que se lleven a cabo las inspecciones *in situ* que desee realizar.⁸²
- Testigos: es útil que el tribunal arbitral determine:
 - (a) la notificación previa que se requiere respecto de los testigos, el contenido de dicha notificación y la naturaleza de las deposiciones de los testigos;⁸³
 - (b) la posibilidad de entrevistar a los testigos con anterioridad a la audiencia;⁸⁴
 - (c) la forma en que se interrogará a los testigos y el nivel de control que desea ejercer el tribunal arbitral.⁸⁵
- Peritos y prueba pericial: el tribunal arbitral tiene la facultad de designar a un perito para que dicte sobre ciertas cuestiones y puede determinar la forma en que ese perito será elegido. El tribunal arbitral también puede determinar los términos de referencia del perito y especificar la forma en que las partes pueden comentar sobre dichos términos.⁸⁶
- Audiencias: el tribunal arbitral puede decidir sobre algunos o todos los asuntos relacionados con las audiencias que se detallan a continuación:
 - (a) ¿deberían celebrarse audiencias? Y en caso de ser así, ¿cómo se llevarán a cabo?⁸⁷
 - (b) ¿debería haber un límite en cuanto al tiempo que tiene cada parte? ¿En qué orden deberían presentar su caso?⁸⁸
 - (c) ¿cuál será la duración de las audiencias? ¿Deberían elaborarse actas y de ser así, de qué manera?⁸⁹
 - (d) ¿debería permitirse a las partes presentar un resumen de su argumentación oral?⁹⁰

• Arbitraje multilateral: si en el arbitraje participan más de dos partes, el proceso suele volverse más complicado. El tribunal arbitral debería prestar especial atención a los puntos controvertidos y al orden y la forma en que las partes participarán en el arbitraje.⁹¹

⁸¹ Párrafos 48 y 49.
⁸² Párrafos 55, 56, 57 y 58.
⁸³ Párrafo 60.
⁸⁴ Párrafo 61.
⁸⁵ Párrafos 62, 63, 64, 65, 66, 67 y 68.
⁸⁶ Párrafos 69, 70, 71 y 72.
⁸⁷ Párrafos 74, 75, 76 y 77.
⁸⁸ Párrafos 78, 79 y 80.
⁸⁹ Párrafos 81, 82 y 83.
⁹⁰ Párrafos 84 y 85.
⁹¹ Párrafos 86, 87 y 88.

- Registro del laudo: si un laudo debe ser registrado ante un tribunal nacional o en otro lugar, ¿quién será encargado de hacerlo?⁹²
- (b) Otras cuestiones preliminares

Además de los temas relacionados con la jurisdicción⁹³, es posible que surjan otros asuntos que deban abordarse antes de que el tribunal pueda resolver cuestiones de fondo, o que convenga tratarlos preliminarmente para lograr un procedimiento eficiente y económico.

Legislación aplicable

Uno de los ejemplos más comunes de lo que puede catalogarse como asuntos preliminares (que no estén relacionados con la competencia) incluye la determinación de la legislación que rige el arbitraje y la legislación aplicable a los puntos controvertidos entre las partes. Ambos problemas surgieron en el arbitraje de *Aminoil*, en el que fueron tratados como temas *separados* (pero como el primer asunto a tratar en la audiencia principal) pero no como asuntos *preliminares* (ya que no se dictó un laudo preliminar que hiciera referencia a ellos). Es recomendable determinar la legislación aplicable antes de continuar con el proceso, pero en ocasiones no es posible hacerlo (porque *hay cuestiones de hecho involucradas*) por lo que el arbitraje continúa en base a las presentaciones de las partes sobre cuál es la legislación que constituye el derecho sustantivo aplicable al arbitraje.

Separabilidad de la responsabilidad respecto del monto de la controversia

Otra cuestión que suele surgir es si el tema de la existencia de responsabilidad y del monto de lo supuestos perjuicios deben tratarse en forma separada o no. En muchas controversias actuales que surgen del comercio internacional, especialmente en relación con los proyectos de construcción o con la propiedad intelectual, la determinación del monto involucrado implica un gran esfuerzo. Es posible que las partes y el tribunal arbitral tengan que leer una gran cantidad de documentos y considerar complejos asuntos técnicos; en consecuencia, puede llegar a ser necesario que las partes o el tribunal arbitral —o todos ellos— designen peritos. En ese caso, es más conveniente que el tribunal arbitral primero se expida sobre la atribución de responsabilidad. De esta manera, las partes ahorran los costos y el tiempo que implica presentar pruebas y alegatos sobre aspectos muy detallados de la determinación del monto de la controversia que pueden llegar a ser irrelevantes luego de que el tribunal arbitral se expide sobre la atribución de responsabilidad.⁹⁴

Es fácil ver la razón por la que es más conveniente separar el tema de la responsabilidad del de la determinación del monto en un caso importante y complejo. Por ejemplo, la demandante puede haber sufrido un daño sustancial (incluyendo lucro cesante) a causa de un desperfecto en un bien de uso. La demandante intentará obtener una compensación

⁹² Párrafos 89 y 90.
⁹³ Ver capítulo 5, párrafos 5-30 y ss.
⁹⁴ Ver también lo expuesto en el capítulo 8, párrafos 8-44 sobre los laudos parciales en cuanto a la separabilidad de la responsabilidad respecto del monto de la controversia.

por el daño sufrido mediante un proceso arbitral iniciado contra la demandada, que fue responsable de la instalación del equipo. En su defensa, la demandada puede argumentar en primer lugar, que la responsabilidad por el desperfecto del equipo recae en el sub-proveedor; en segundo lugar, que la responsabilidad está limitada, de conformidad con los términos del contrato, a un monto mucho menor que el monto reclamado; y, en tercer lugar que, en todo caso, algunos de los daños sufridos (como el lucro cesante) no pueden ser compensados (porque así está estipulado en el contrato) y que otros sólo pueden compensarse en forma parcial porque su monto fue estimado sobre una base errónea. Esta es una situación que ocurre con frecuencia en las controversias comerciales internacionales, en la que la demandada interpone una serie de defensas, cualquiera de las cuales puede limitar o incluso neutralizar el reclamo. ¿Cómo debería tratar este tema el tribunal arbitral?

Existen varias posibilidades. En primer lugar, el tribunal arbitral puede decidir que las partes presenten los argumentos legales sobre la cláusula que limita la responsabilidad sobre la base que, si se determina que la cláusula es válida, la demandada tiene fundamentos para ofrecer el pago de la suma estipulada en esa cláusula y allí terminará el caso.

A primera vista, ésta puede resultar una opción atractiva para ambas partes. No tienen sentido perder tiempo y dinero en una investigación complicada sobre los hechos si la controversia puede resolverse determinando una cuestión de derecho como asunto preliminar. Sin embargo, puede suceder que la correcta interpretación legal de la cláusula que limita, o pretende limitar, la responsabilidad dependa de la situación fáctica y que para determinar y entender tal situación en forma adecuada sea necesario investigar las circunstancias del caso, con la colaboración de peritos designados por cada parte. En otras palabras, la decisión del tribunal arbitral sobre la cuestión de derecho puede tener una relación estrecha con las cuestiones de hecho que resulte difícil (y, de hecho, poco prudente) separar ambas cuestiones. En este caso, sería conveniente que el tribunal arbitral investigara los hechos relevantes en lugar de intentar resolver la cuestión legal en forma aislada.

Aunque en la práctica el tema de la responsabilidad y el monto pueden llegar a estar intrínsecamente relacionados, habitualmente es posible trazar una clara división entre ellos. También suele ser posible determinar los principios sobre los que debería otorgarse una indemnización por daños y perjuicios y dejar los cálculos meramente aritméticos para una etapa posterior.

Separabilidad de otras cuestiones

Es menos frecuente que un tribunal arbitral separe ciertos temas cuando no existe una línea divisoria clara; es decir, es poco frecuente que un tribunal arbitral sostenga que "existe una cantidad limitada de temas sobre los que deseáramos que las partes presenten pruebas y realicen alegatos, y esos temas son los siguientes". Al pronunciarse en ese sentido, un tribunal arbitral separa ciertos temas que parecen ser decisivos para resolver la controversia y solicita a las partes que se concentren en esos temas.

Antes de que un tribunal arbitral pueda adoptar esta postura sin riesgos, debe estar seguro de que conoce todos los temas relevantes o que pueden llegar a ser relevantes para

6-36

6-37

tomar su decisión; y no se llega a esa seguridad hasta que haya culminado la etapa escrita del arbitraje, e incluso en ese momento no es frecuente que el tribunal arbitral tome la iniciativa en este sentido. La mayoría de los tribunales arbitrales, incluso cuando sus miembros provienen de países en los que rige el proceso inquisitivo, parecen estar satisfechos con permitir a las partes que presenten su caso en la forma que deseen. Sin embargo, cuando un tribunal arbitral está seguro de que las partes le han informado adecuadamente en sus escritos sobre todos los puntos controvertidos y que ha llegado el momento de tomar la iniciativa, los efectos pueden ser muy importantes en lo que a ahorrar tiempo y dinero se refiere.

El arbitraje de *Aminoil* es un ejemplo típico⁶⁵. En este caso, había cientos de millones de dólares en juego, que dependían de si la nacionalización efectuada por el gobierno de Kuwait era *lícita* (tal como sostenía Aminoil), en cuyo caso se abriría la posibilidad que el tribunal arbitral otorgara una indemnización plena por daños y perjuicios, que tendría efectos punitivos, o si era *ilícita* (tal como sostenía el Gobierno) y, por ende, susceptible de resolución mediante el pago de una compensación justa.

6-38

Al finalizar la etapa escrita del arbitraje, el tribunal arbitral se reunió con las partes para considerar una serie de cuestiones procesales relacionadas con las audiencias orales que se celebrarían a continuación. Luego de la reunión, el tribunal arbitral emitió una orden mediante la que fijó la fecha en que comenzarían las audiencias en la ciudad de París y especificó, entre otras cosas, los asuntos a los que debían referirse las partes, el orden en que lo harían y cuál de las partes presentaría su caso en primer lugar. En total, la orden incluía siete temas a tratar y aunque advertía que la forma en que se presentaba la enumeración de esos temas no implicaba que el tribunal adoptara alguna postura respecto de ellos, las partes podían ver claramente que éstas eran las cuestiones que el tribunal arbitral consideraba decisivas. Las pruebas y los alegatos presentados por las partes debían referirse principalmente a estos temas durante el arbitraje; el resultado fue que la celebración de las audiencias orales, que en otras circunstancias hubiera tomado muchos meses, de hecho duró menos de seis semanas. Esto significó un importante ahorro de tiempo y dinero para ambas partes.

En ese entonces, era poco frecuente que un tribunal arbitral se encargara del caso de esa manera. Sin embargo, a medida que los arbitrajes internacionales se hacen más complejos y a medida que tanto los tribunales arbitrales como los abogados comienzan a buscar formas más rápidas y efectivas para aliviar la carga que implican estos casos, parece ser esencial que los tribunales arbitrales, siempre y cuando sepan lo que están haciendo, intenten controlar y dirigir el arbitraje desde el inicio del proceso y, especialmente, que intenten atravesar el bosque para llegar las cuestiones fundamentales lo más pronto posible.

c) Medidas expeditivas

Paralelamente al desarrollo de los arbitrajes comerciales internacionales, se han ido

⁶⁵ Ver arbitraje *Aminoil*, *supra*, párrafo 6-29.

diseñando nuevos métodos que permitan a los tribunales arbitrales moverse con mayor celeridad cuando sea necesario.

Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI

Las Reglas de la CCI sobre el Procedimiento Precautorio Prearbitral fueron creadas el 1 de enero de 1990⁶⁴. Estas Reglas brindan un procedimiento mediante el que pueden tomarse medidas expeditivas para resolver una disputa entre dos o más partes que tienen una relación contractual.

Las Reglas pueden utilizarse sólo cuando existe un acuerdo escrito entre las partes por el que se someten a dichas Reglas, sea que dicho acuerdo esté contenido en un contrato o que se suscriba posteriormente. La implementación de las Reglas sobre el Procedimiento Precautorio Prearbitral no interfiere con la competencia del organismo (sea el tribunal arbitral o un tribunal nacional) encargado de decidir sobre el fondo de la controversia principal.

Mediante este procedimiento, a pedido de una de las partes, se designa por acuerdo de las partes o por el Presidente de la Corte de la CCI (de conformidad con el artículo 4.1) a una persona denominada "tercero". El artículo 2 le otorga al tercero la facultad de:

- ordenar medidas conservatorias o restitutorias que sean urgentemente necesarias para evitar un daño inminente o irreparable, y así salvaguardar cualesquiera derechos o bienes de una las partes;
- ordenar a una de las partes que efectúe a otra de las partes o a cualquier otra persona un pago que deba ser efectuado;
- ordenar a una de las partes que tome cualquier medida que pudiese ser adoptada, de conformidad con el contrato suscripto entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento; y
- ordenar cualquier medida necesaria para conservar o constituir pruebas.

Esta persona no tiene la facultad de ordenar algo que no haya sido solicitado por una parte en su Solicitud o en la Contestación a la Solicitud (artículo 2.2). Asimismo, las partes pueden modificar sus facultades mediante un acuerdo escrito (artículo 2.1.1).

El tercero debe emitir la orden dentro de los 30 días de la fecha en que se recibió el expediente (artículo 6.2). Las órdenes del tercero son vinculantes para las partes y permanecen vigentes hasta tanto el propio árbitro o un organismo competente (un tribunal judicial o arbitral) decida lo contrario, si loriere (artículo 6.3). En otras palabras, las órdenes del tercero no son definitivas.

El Procedimiento Precautorio Prearbitral ha sido catalogado como "una excelente idea que hasta ahora no ha funcionado"⁶⁵. Fue diseñado como un recurso mediante el que

⁶⁴ Ver "Referree Pre-arbitral" en www.iccwbo.org/secretariat/english/pre_arbitral.html#topics.asp.
⁶⁵ Craig, Park Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3^{er} ed., 2000), p. 706. Señala que el procedimiento ha sido utilizado sólo en algunas ocasiones desde que se dictaron las Reglas en el año 1990.

podrían tomarse medidas urgentes necesarias para preservar elementos de prueba o para tomar otras medidas cautelares que evitaran un daño irreparable. Se utilizaría cuando la urgencia de la medida solicitada excediera los plazos de los procesos pre-arbitrales existentes (como el recurso que puede presentarse ante el Centro de Pericia).

Constitución expedita del tribunal arbitral

Según el artículo 9 del Reglamento de la LCIA, en casos de extrema urgencia una parte puede solicitar a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres que ordene la constitución expedita de un tribunal arbitral. La solicitud debe hacerse por escrito ante la LCIA, con copia a todas las partes involucradas en el arbitraje y debe especificar los fundamentos de la extrema urgencia que requiere la formación del tribunal arbitral. En la práctica, suele ser la demandante quien solicita la constitución expedita.⁶⁶

La LCIA puede, a su entera discreción, abreviar o restringir cualquier plazo estipulado en el Reglamento de Arbitraje de la LCIA relacionado con la constitución del tribunal. La Corte suele abreviar el plazo de 30 días dentro del cual la demandada debe contestar la Solicitud de Arbitraje. Han existido algunos casos en que dicho plazo fue abreviado significativamente⁶⁷ y un caso en el que se nombró a un árbitro único dentro de las 48 horas de recibida la Solicitud de Arbitraje.

La LCIA no sigue un patrón definido en cuanto a las consideraciones que realiza al decidir lo que constituye "extrema urgencia" o, de hecho, la cantidad de días que puede quitar a los plazos aplicables, sino que toma sus decisiones en cada caso particular en base a las solicitudes presentadas. Las solicitudes para la constitución expedita del tribunal arbitral se han presentado en una gran variedad de casos, como los que involucran asuntos marítimos y financieros, pero el denominador común es el temor a que la demandada podría deshacerse de sus bienes. La LCIA ha rechazado sólo una solicitud para la constitución expedita del tribunal arbitral de entre más de 25 solicitudes presentadas desde que se introdujo el artículo 9 en la edición de 1998 de las Reglas de la LCIA.⁶⁸

Arbitrajes "acelerados" ("fast-track")

En inglés, el término "fast-track" es muy confuso, ya que puede dar la idea de un arbitraje acelerado. En la década de 1990, había un sentimiento creciente de frustración

⁶⁶ El artículo 9 de las Reglas de la LCIA establece lo siguiente:
 9.1. En casos de urgencia excepcional en el mismo instante o después del comienzo del arbitraje, cualquier parte puede instar a la Corte de la LCIA la constitución sumaria del Tribunal Arbitral, cualquier convenio de sustituto de un árbitro cesado, previsto en los artículos 10 y 11 de este Reglamento.

9.2. Dicha petición se formulará por escrito ante la Corte de la LCIA, con copia a las demás partes en el arbitraje, especificándose en la misma los motivos de urgencia que justifiquen la constitución sumaria del Tribunal Arbitral.

9.3. La Corte de la LCIA podrá limitar o acortar discrecionalmente cualquier plazo previsto en este Reglamento para la constitución del Tribunal Arbitral. Incluido el de la notificación de la respuesta y el de cualquier asunto o documentos declarados ausentes de la solicitud. La Corte de la LCIA no estará autorizada a limitar o acortar ningún otro plazo.
 Fuente: Registrador de la LCIA.

entre quienes participaban en el comercio internacional por el tiempo que habitualmente transcurría entre el comienzo del arbitraje y la emisión del laudo por parte del tribunal arbitral. El tema de los flujos de efectivo, aunque es siempre importante, se vuelve crítico durante los períodos de recesión. Asimismo, quienes eran socios en el comercio no desearían que hubiera controversias entre ellos durante largos períodos de tiempo. El arbitraje internacional, especialmente en los casos en que el tribunal arbitral está formado por tres árbitros ocupados y de diferentes nacionalidades, nunca fue un método rápido para resolver controversias, excepto si se le compara con el proceso judicial de muchos sistemas judiciales nacionales. La característica de la celeridad se vio aún más perjudicada con el incesante aumento de la complejidad que rodea a las transacciones y las circunstancias particulares de las que surgen las controversias.

En atención a las críticas de las que fueron objeto por los propios usuarios del arbitraje las instituciones de arbitraje más importantes, especialmente la Corte de la CCI, intentaron encontrar soluciones. Así es como surge el arbitraje "acelerado". Desafortunadamente, un poco tiempo se volvió evidente que ningún sistema podía funcionar en forma apropiada a menos que todas las partes y el tribunal arbitral estuvieran dispuestos a colaborar para acortar los plazos. Constituir un tribunal con la voluntad, la capacidad y la experiencia necesaria era difícil pero no imposible. El obstáculo insuperable, con algunas excepciones, era que en la mayoría de las controversias una de las partes no prestaba ningún tipo de colaboración para acelerar los tiempos.

Una de las excepciones más notables fue la de las carreras de automóviles de Fórmula Uno (F1)¹⁰⁰. Tradicionalmente, la primera carrera de la temporada se lleva a cabo en Melbourne, Australia, en marzo de cada año y es necesario trasladar los automóviles desde Europa alrededor de la segunda quincena de febrero. Al finalizar una de las temporadas, mediados de la década de 1990, surgió una controversia entre uno de los equipos de F1 y la Asociación de Fórmula Uno (AF1), que organiza y regula los campeonatos de F1, en conformidad con un reglamento integral. El equipo en cuestión, cuyo patrocinador era una compañía de tabaco, deseaba pintar uno de sus automóviles con una de las marcas de cigarrillos de la compañía y el otro con otra de sus marcas. La AF1 se opuso, amparándose en el argumento de que el campeonato es un evento en el que participan equipos idénticos. El estatuto de la AF1, al que deben suscribir quienes deseen participar del campeonato, incluía la cláusula de arbitraje de la CCI.

Para diciembre de ese año, era evidente que no se llegaría a una resolución de la disputa mediante negociaciones. El equipo y la AF1 acordaron que se someterían a arbitraje con la idea de concluirlo hacia fines de enero, de modo que los automóviles pudieran pintarse y trasladarse a Australia hacia fines de febrero.

El equipo de F1 presentó una Solicitud de Arbitraje ante la CCI entre Navidad y víspera de año nuevo de ese año. El 1 de enero se nombró a un tribunal arbitral formado por tres árbitros. El tribunal hizo circular borradores de un Acta de Misión ese mismo día.

¹⁰⁰ Caso CCI n° 10211/AER. Nada de esto es confidencial, ya que se informó sobre el arbitraje y procedimiento en varias revistas especializadas en carreras de automóviles.

y el Acta fue firmada a los pocos días. Luego, hubo un intercambio de "memorandums", acompañados por los documentos en los que se fundamentaba cada parte, con intervalos de siete días, seguido de un intercambio simultáneo de declaraciones escritas de testigos que tomó unos días más. Se resolvieron algunas cuestiones relacionadas con la solicitud de documentos mediante órdenes procesales dictadas inmediatamente por el tribunal y se celebró una audiencia de ocho horas el último sábado de enero. El tribunal deliberó el domingo y envió el laudo definitivo por fax y por correo a la Corte de la CCI para su revisión al mediodía del día siguiente (lunes), junto con las páginas de firma suscriptas. El laudo fue aprobado por la Corte de la CCI en una sesión extraordinaria esa misma tarde y se notificó a las partes por fax y a través de un servicio de correo de 24 horas.

Las partes recibieron el laudo fundamentado el último día de enero y los autos fueron pintados y trasladados en tiempo y forma¹⁰¹.

No es probable que este tipo de procedimiento se vuelva práctica habitual, particularmente en las instituciones de arbitraje. De hecho, la única institución de arbitraje importante que ha tomado medidas en esta dirección hacia fines del siglo XX es la OMPI, que en 1994 incluyó entre sus reglamentos el "Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI". Pero incluso esta iniciativa se limitó a establecer que la Solicitud de Arbitraje y la Contestación debían estar acompañadas por la demanda y la reconvencción, respectivamente; que los plazos se reducirían y que las audiencias (que siempre se realizarían ante un árbitro único) no durarían más de tres días. Es llamativo que ni la CCI ni la LCIA, que prestaron gran atención a este tema, hayan incluido en la versión revisada de sus reglamentos, que en ambos casos entraron en vigencia el 1 de enero de 1998, ninguna disposición que abordara especialmente el tema del arbitraje "acelerado".

(i) Cómo evitar demoras e interrupciones

En las últimas dos décadas del siglo XX, las demoras y las interrupciones se volvieron muy frecuentes en el arbitraje comercial internacional y fueron discutidas en profundidad por las comisiones de trabajo de las Conferencias del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial durante los años 1980 y 1990¹⁰².

Para sobrevivir como método de resolución de controversias, el arbitraje se fundamenta en la celeridad y la efectividad de costos. Casi siempre, lo que se hace rápido implica menos dinero. Esto ha sido reconocido tanto por los legisladores como por las instituciones. Sin embargo, es importante que el procedimiento adoptado por los tribunales arbitrales sea justo. Debe establecerse un equilibrio entre la rapidez y la justicia. Este equi-

¹⁰¹ A modo de anécdota, uno de los autores, que fue miembro del tribunal (cuya decisión apoyó en forma unánime la postura de la AF1), recuerda que durante las deliberaciones uno de los árbitros hizo la siguiente observación: "Por supuesto, ustedes saben lo que ellos [el equipo de F1] van a hacer... van a ganar los dos autos iguales, de un lado con una de las marcas y del otro con la otra marca". Su comentario muy acertado. Esto es exactamente lo que hizo el equipo de F1.

¹⁰² En Estocolmo (1988), Viena (1994) y París (1998). Ver ICCA Congress Series n° 5, 7 y 9, Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, artículo 1(a); Ley de Arbitraje de Alemania de 1998, arts. 1028, 1046 y 1048. Ver también Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998, artículo 20(i) y Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 14(i)(ii).

brío varía en cada caso y no pueden prescribirse plazos absolutos. Las partes tienen un rol que cumplir en este contexto y el problema de las demoras es un tema que deben tener en mente. El procedimiento adoptado en un proceso arbitral depende de la naturaleza de la controversia¹¹⁴ y el tribunal arbitral deberá tener la libertad necesaria para determinar el procedimiento que la controversia requiere; los procedimientos exhaustivos acordados por las partes atan las manos del tribunal arbitral innecesariamente. Es más fácil evitar demoras mediante una elección sabia de los miembros del tribunal arbitral que a través de la inclusión de reglas procesales detalladas en el acuerdo de arbitraje¹¹⁵.

Procedimientos especiales en casos menores

No en todos los arbitrajes hay grandes cantidades de dinero en juego y es preferible diseñar procedimientos simplificados para los casos en los que no se justifica, por el monto de la controversia, recurrir a los procedimientos a los que hace referencia este capítulo. El problema es que los procedimientos simplificados sólo pueden adoptarse por (a) acuerdo de partes; (b) orden del tribunal; o (c) imposición de una institución de arbitraje. Por lo general, es poco frecuente que las partes logren ponerse de acuerdo en algo luego de que ha surgido una controversia entre ellas; las partes suelen entrar en pequeñas guerras de táctica y estrategia y, en general, cada parte desea adelantarse a la otra. La capacidad del tribunal arbitral de emplear técnicas efectivas de estructuración al inicio del arbitraje está limitada por no tener un conocimiento profundo de la controversia. Probablemente, la mejor solución a mediano plazo es que las instituciones de arbitraje adopten reglas procesales que se apliquen a esos casos¹¹⁶. Estas reglas pueden contener algunas o todas las disposiciones que se detallan a continuación:

- que se designe a un árbitro único;
- que el árbitro incentive a las partes a buscar una solución favorable para ambas;
- que se adopte un mecanismo rápido para cursar notificaciones y para enviar documentos, escritos y la correspondencia necesaria (por ejemplo fax, correo electrónico);
- que el árbitro identifique los asuntos a resolver lo más pronto posible luego de su designación, y cuando sea viable, que lo comunique a las partes a través de conferencias telefónicas;
- que se establezcan límites a la extensión de los escritos y memoriales que presenten las partes y cuando sea viable, que se deje de lado la presentación de escritos;

¹¹⁴ Lo mismo podría decirse sobre las leyes y los reglamentos: ver Marriot, "Pros and Cons of More Detailed Arbitration Laws and Rules", *JCCA Congress Series* n° 7 (Kluwer, 1996).
¹¹⁵ Ver Pierre A. Karrer, "Pros and Cons of Terms of Reference and Specific Procedural Agreements in Arbitration Clauses: Storm into a Calm Sea", *ibid.*

¹¹⁶ La definición de caso "menor" debe ser determinada por las instituciones de arbitraje; para algunos países todo caso que involucre menos de US\$ 1 millón sería "menor"; para otros, si un caso involucra más de US\$ 100.000 sería "importante". Asimismo, en muchos casos, los principios son más importantes para las partes que el dinero involucrado.

- que se establezcan plazos breves para el intercambio de escritos (si los hubiere);
- que el árbitro determine, luego de consultarlo con las partes, la extensión de los testimonios directos (si los hubiere) de los testigos, que deberían presentarse por escrito con anterioridad a la celebración de la audiencia;
- que se solicite a las partes que presenten ante el árbitro un único conjunto de anexos al menos 10 días antes de la celebración de la audiencia;
- que el árbitro determine el tiempo total en el que se realizarán los interrogatorios de los testigos (es decir, los contra-interrogatorios y el reexamen) y que divida el tiempo que tendrá cada parte para presentar su caso en las proporciones adecuadas con anterioridad a la celebración de la audiencia;
- que el árbitro establezca la duración de los alegatos iniciales y finales que se realizarán en la audiencia;
- que el laudo del árbitro no contenga una fundamentación demasiado extensa. Simplemente debería enumerar las consideraciones que hayan inclinado la balanza a fin de que las partes puedan entender los fundamentos de su decisión;
- que se excluyan todos los mecanismos de apelación (salvo el recurso por incumplimiento del debido proceso o falta de competencia).

4. PRESENTACIONES ESCRITAS

(a) Generalidades

Una vez que el tribunal arbitral ha sido designado y se ha establecido el procedimiento a seguir, el primer paso en casi todos los arbitrajes internacionales es que las partes intercambien algún tipo de presentación escrita.

Sólo en casos excepcionales puede suceder que un arbitraje se realice sin dichos documentos, pero esto sólo es posible cuando ambas partes y los árbitros tienen pleno conocimiento de los puntos controvertidos y pueden evaluar las posturas encontradas ya sea mediante la celebración de una audiencia oral o mediante la inspección del objeto de la controversia. En la práctica, estos casos se limitan a lo que se denomina arbitrajes "look-suff", que surgen del comercio de *commodities* en los mercados internacionales, y a otras situaciones similares.

La Ley Modelo contiene disposiciones obligatorias en cuanto a que cada parte *deberá* alegar los hechos en que se funda la demanda o la contestación de la demanda, según corresponda, y *podrá* aportar todos los documentos o hacer referencia a las pruebas que vaya a presentar¹¹⁷. No es fácil imaginar cómo los arbitrajes para resolver controversias sobre *commodities* pueden encajar en este esquema, aunque la norma no exige expresamente que las alegaciones deban hacerse por escrito.

¹¹⁷ Ley Modelo, artículo 23.

La función de las presentaciones escritas

6-49 Es importante comprender la *función* de las presentaciones escritas en un arbitraje, que puede no ser la misma en todos los casos. A menos que las partes hayan suscrito un exhaustivo compromiso arbitral, que contenga una lista de los temas que deben resolverse, la *función* inmediata del intercambio inicial de escritos es identificar el alcance del mandato del tribunal arbitral.

Otra razón por la que es importante que el tribunal arbitral tenga una definición adecuada de los temas a resolver es permitirle diseñar una estructura procesal apropiada. A medida que el arbitraje se desarrolla y que surgen nuevas pruebas, es frecuente que las partes ajusten la forma en que presentan sus afirmaciones. Algunos puntos controvertidos pueden ser dejados de lado y es posible que se planteen nuevos temas como resultado de las pruebas presentadas por la otra parte. Este es un proceso legítimo y, de hecho, necesario siempre que los hechos presentados ante el tribunal arbitral no se distorsionen de manera tal que sean completa y sustancialmente diferentes a los que fueron definidos al inicio del arbitraje.

Asimismo, otra de las funciones de las presentaciones escritas es identificar los hechos y los argumentos que fundamentan la postura de cada parte. A fin de cumplir con esta función, el material escrito presentado por las partes puede adoptar una gran variedad de formas. Por un lado, puede contener argumentos muy detallados acerca de las cuestiones de hecho y de derecho y estar acompañado de la prueba documental y testimonial en la que las partes fundamentan su caso, junto con copias de la doctrina relevante en la materia. Este tipo de escrito suele utilizarse cuando se estima que no habrá una audiencia oral o que sólo se celebrará una audiencia muy breve en la que el tribunal arbitral interrogará a las partes a fin de clarificar, de manera acotada, ciertos aspectos de sus alegaciones o brindar más información.

6-50 En el otro extremo, encontramos presentaciones escritas que pueden ser simplemente un preludio a una audiencia sustancial, en la que el tribunal arbitral escucha las declaraciones testimoniales de los testigos y los argumentos de las partes presentados por sus representantes. En este caso, la función secundaria que cumplen los escritos se limita a informar a los miembros del tribunal arbitral, y a la otra parte, sobre los argumentos que presentarán las partes de modo que no haya sorpresas durante la audiencia.¹⁰⁸

La necesidad de evitar la ambigüedad

6-51 Es importante que el tribunal arbitral deje muy en claro a las partes la forma en que desea que realicen sus presentaciones escritas. Las partes deben entender lo que quiere el tribunal. De otro modo, el arbitraje puede sufrir demoras porque las presentaciones escritas fueron presentadas de manera incorrecta o, alternativamente, puede perderse mucho tiempo y dinero en realizar escritos voluminosos y exhaustivos, cuando en realidad el

¹⁰⁸ Suele decirse que los tribunales arbitrales no deberían permitir que se realicen "juicios por emboscada".

tribunal arbitral planea realizar un estudio prolijo de las pruebas y los argumentos de las partes en forma oral en audiencias posteriores.

(b) Escritos iniciales en el arbitraje institucional

6-52 Según el Reglamento de la CCI, la demandante debe presentar "una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a la Demanda" junto con la Solicitud de Arbitraje y la demandada debe presentar "sus comentarios sobre la naturaleza y circunstancias de la controversia origen de la Demanda" en la Contestación.¹⁰⁹ En un arbitraje realizado según las reglas de la CCI, el próximo paso (si no se presenta una reconvencción) es que el tribunal arbitral redacte un "Acta de Misión" para que firmen los árbitros y las partes. Es en esta etapa cuando suelen surgir las cuestiones relacionadas con la jurisdicción, ya que la demandada sin duda se opondrá si el Acta de Misión contiene una "definición de los temas a resolver" que incluya asuntos que para la demandada no están cubiertos por el acuerdo de arbitraje.¹¹⁰

Por lo tanto, es importante que todos los reclamos y contra-reclamos se presenten al inicio del arbitraje. Si la demandante omite hacer referencia a algún reclamo en su escrito inicial o si no describe la controversia con suficiente claridad, corre el riesgo que luego se admita un escrito presentado por la demandada en el que cuestione la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre ese reclamo.

En el arbitraje institucional, el objetivo inmediato de las declaraciones iniciales de las partes es facilitar la designación del tribunal arbitral, permitir al tribunal identificar los temas a resolver y emitir las órdenes procesales para los pasos siguientes y (en los casos de la CCI) redactar el Acta de Misión. En casi todos los casos, el tribunal arbitral ordena que las partes intercambien otros escritos y que presenten la prueba documental antes de que llegue la etapa oral del proceso arbitral.

6-53 El Reglamento de la CNUDMI¹¹¹ deja en claro que los escritos iniciales presentados por las partes no serán considerados declaraciones definitivas de las partes respecto de su postura. Los artículos 18 y 19 de dicho Reglamento hacen referencia a "los documentos u otras pruebas que vaya a presentar" en una etapa posterior del proceso. El Reglamento de la CNUDMI no impone plazos estrictos aunque sí estipula lo siguiente:

"Los plazos fijados por el tribunal arbitral para la comunicación de los escritos (incluidos los escritos de demanda y de contestación) no deberán exceder de cuarenta y cinco días. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorrogar los plazos si estima que se justifica la prórroga."¹¹²

Por el contrario, el Reglamento de la LCIA establece que una vez que las partes han presentado la Solicitud de Arbitraje y la Contestación, le siguen, con ciertos intervalos

¹⁰⁹ Reglamento de Arbitraje de la CCI, arts. 4 y 5.

¹¹⁰ *Ibid.*, artículo 18. De conformidad con la edición del Reglamento de 1998, el tribunal arbitral puede dejar de lado la identificación de los temas a resolver si lo considera conveniente.

¹¹¹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, arts 18 y 19.

¹¹² *Ibid.*, artículo 23.

entre cada uno, el "escrito de demanda", el "escrito de contestación" y la réplica" (y los escritos equivalentes en caso que exista reconvencción). Se desprende claramente de este Reglamento que (sujeto a las órdenes en contrario que pueda emitir el tribunal arbitral) los escritos tienen por objeto, en principio, ser las únicas presentaciones escritas del arbitraje¹¹³, y que deben acompañarse con "los documentos principales... en los que la parte correspondiente base su pretensión... y... con las principales muestras y pruebas documentales"¹¹⁴.

El Reglamento del CIRDC contempla el intercambio de escritos iniciales de demanda y de contestación¹¹⁵ y establece que el tribunal arbitral puede "ordenar que las partes presenten otros escritos..."¹¹⁶.

6-54 El Reglamento del CIADI caracteriza los documentos que deben presentar las partes como "memorial" y "memorial de contestación", seguidos, en caso de ser necesario, por una réplica y una réplica. El Reglamento también permite el intercambio simultáneo de escritos iniciales, si la solicitud de arbitraje se realizó en forma conjunta.¹¹⁷ El Reglamento establece que un memorial deberá contener una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable y las peticiones y que el memorial de contestación, la réplica y la réplica contendrán una contestación a los hechos y pretensiones expuestos en el último escrito presentado; así como cualquier hecho, argumento de derecho o pretensión adicionales.¹¹⁸ La nota explicativa establece que el alcance de estos escritos representa:

"... una adaptación de la práctica del sistema de *common law* para aplicarse en el procedimiento del sistema de *civil law*. Estas disposiciones, corroboradas por la práctica del arbitraje internacional, han sido diseñadas para evitar argumentaciones procesales respecto del alcance de los escritos iniciales, incluso si las partes provienen de países con sistemas jurídicos diferentes. Sin embargo, cuando las partes comparten una experiencia común con un sistema procesal idéntico o similar, pueden ponerse de acuerdo sobre las diferentes funciones y contenidos de los escritos."¹¹⁹

Identificación de las cuestiones controvertidas

6-55 Las presentaciones escritas suelen intercambiarse en forma secuencial, de modo que la demandante da el primer paso y la demandada responde. La demandada normalmente presenta cualquier reconvencción junto con la contestación a la demanda; habitualmente se conoce a este documento como una "contestación y demanda reconvenccional" o "defensa y reconvencción". En este caso, la demandante presenta una réplica a la demanda reconvenccional de la demandada y también se le permite que presente una "dúplica" a la contestación de la demandada.

¹¹³ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 15.

¹¹⁴ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 15.6.

¹¹⁵ Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRDC, artículo 2.

¹¹⁶ *Ibid.*, artículo 17.1.

¹¹⁷ Reglamento de Arbitraje del CIADI, artículo 31(1) y (2).

¹¹⁸ *Ibid.*, artículo 31(3).

¹¹⁹ *Ibid.*

Sin embargo, en casos excepcionales, el tribunal arbitral puede ordenarle a las partes que presenten sus escritos en forma simultánea, de modo que cada parte presente los escritos que contienen sus reclamos contra la otra parte en una fecha establecida y que luego, en una fecha posterior, las partes intercambien sus respectivas contestaciones y así sucesivamente. Esto ocurre habitualmente cuando existe desacuerdo en cuanto a cuál de las partes es la demandante y ninguna desea ser catalogada como la demandada. En la práctica, es más probable que esto ocurra cuando una de las partes es el gobierno de algún país, que considera que su dignidad se vería ofendida si tuviera que actuar como parte demandada.¹²⁰

Terminología

6-56 Existe una gran variedad de expresiones para referirse a estas presentaciones escritas o escritos iniciales. Algunos ejemplos son: "escrito de demanda", "escrito de presentación", "memorial". Esto lleva a las expresiones que les corresponden como "escrito de contestación", "memorial de defensa" y así sucesivamente, con las correspondientes "dúPLICAS", "réPLICAS", "segundas dúPLICAS", "refutación" y frases similares que se utilizan para hacer referencia a intercambios adicionales de escritos, dado que cada parte puede desear responder al material nuevo presentado por su adversario en escritos posteriores.

Suele suceder que las partes presentan escritos una vez finalizada la audiencia oral principal, a fin de cumplir con una solicitud del tribunal arbitral de aclarar algún tema o cuando el tiempo reservado para la audiencia concluyó antes de que las partes pudieran hacer referencia a todos los temas íntegramente. Como señalamos anteriormente, cuando una de las partes presenta nueva evidencia o un nuevo argumento en la audiencia y la otra parte solicita que se le dé la oportunidad de responder, por lo general, el tribunal arbitral no se negará a hacerlo. En lugar de fijar una nueva audiencia, que implica invertir más dinero y tiempo, el tribunal arbitral suele permitir que se realicen refutaciones por escrito.

Las diferentes expresiones utilizadas para hacer referencia a las presentaciones escritas no siempre pueden utilizarse en forma indistinta y ninguna de ellas puede definirse con precisión. En general, puede decirse que el término "escrito de demanda" denota un documento relativamente breve, cuyo objetivo principal es definir los temas y relatar los hechos sobre los que la demandante funda sus reclamos.

6-57 En cambio, las expresiones "escrito de presentación" y "memorial" hacen referencia a un escrito mucho más completo, cuyo objetivo es incluir declaraciones sobre las cuestiones de derecho junto con la prueba documental (presentada en anexos o apéndices) sobre

¹²⁰ Como, por ejemplo, en el arbitraje de *Aminoil* en el que, aunque *Aminoil* era la demandante natural respecto de los temas principales, el Gobierno tenía reclamos en contra de *Aminoil* y no aceptaba que su participación en el arbitraje fuera como demandada. En este caso, los términos "demandante" y "demandada" no fueron utilizados. El memorial y el memorial de contestación fueron intercambiados en forma simultánea: cada uno incluía los respectivos "reclamos de *Aminoil*" y los "reclamos del Gobierno", y en la audiencia principal, se organizó el orden del día de manera que los representantes de *Aminoil* hablaran en primer lugar cuando se debatía uno de sus reclamos y que los representantes del Gobierno hablaran en primer lugar cuando se debatían los reclamos efectuados por el Gobierno.

la que la demandante fundamenta su caso, la prueba testimonial, presentada por escrito, y los dictámenes periciales. Sin embargo, quienes representen a las partes que se someten a un arbitraje no deberían tomar estas generalidades como definitivas; si surge alguna duda en cuanto a lo que se solicita, deberían consultar el reglamento de arbitraje correspondiente y si no es lo suficientemente claro, pueden consultarlo con el tribunal arbitral.

Plazos

La conducta de los tribunales arbitrales varía considerablemente en cada caso. En ocasiones, un tribunal arbitral fijará plazos para la presentación de escritos que desde el comienzo son considerados implícitamente imposibles de cumplir y cuya función es meramente garantizar que las partes comiencen a preparar los documentos sin demoras. Dichos tribunales arbitrales esperan que las partes soliciten prórrogas y están dispuestos a otorgarlas inmediatamente. Otros tribunales arbitrales consideran que este enfoque es artificial e inadecuado y prefieren otorgar plazos realistas en la etapa inicial sobre la premisa de que serán respetados. En principio, este segundo enfoque es más recomendable, aunque, desafortunadamente, en ocasiones las partes solicitan prórrogas de plazos que supuestamente sí eran realistas. Esto resulta en una demora aún mayor en la conducción del arbitraje.

La realidad es que mientras la demandante sabe cuánto tiempo le tomará preparar el escrito inicial, es posible que la demandada no pueda hacer una evaluación realista del tiempo que le tomará preparar la contestación hasta que no vea el escrito presentado por la demandante. Asimismo, la demandante puede haber estado trabajando en el escrito de demanda durante meses antes de presentar la solicitud (o notificación) de arbitraje. En igual sentido, la parte demandante no puede saber cuánto tiempo le tomará preparar una réplica, si correspondiese, y su réplica a una demanda reconvenicional hasta que no vea los escritos de la demandada.¹²¹

Admisibilidad de demandas reconvenicionales

La jurisdicción del tribunal arbitral en relación con una demanda reconvenicional suele ser cuestionada por la demandante, sobre la base que los reclamos de la demandada no están contemplados en el contrato que contiene la cláusula compromisoria. De ser así, el tribunal arbitral no tiene otra alternativa más que excluir el reclamo, ya que no puede ejercer su jurisdicción sobre reclamos que no están contemplados en la cláusula compromisoria.

La postura es similar respecto de demandas por compensación en las que la demandada puede oponerse a pagar una deuda en base a que la demandante no realizó pagos que le debe en virtud de un contrato. Sin embargo, si la compensación surge del mismo contrato,

¹²¹ Puede encontrarse un resumen, con citas jurisprudenciales, de la forma en que habitualmente procede el Tribunal de Reclamaciones Iran-Estados Unidos, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI en Holtzmann, *Fact-Finding, Inc. cit.*, Sec. III-1. Al tener que determinar la admisibilidad de escritos presentados fuera de los plazos correspondientes, el Tribunal consideró, a la luz de las circunstancias de cada caso, la necesidad de que las partes recibieran un trato justo y equitativo, la posibilidad de ocasionar un perjuicio a la otra parte y los requisitos exigidos para una sustanciación ordenada del arbitraje.

o de un contrato que tenga suficiente relación con el contrato principal, es posible que el tribunal arbitral sí tenga competencia para tratar ese reclamo. Esto es una cuestión de interpretación de la cláusula compromisoria.

Existe un problema mucho más frecuente que surge cuando la demandada intenta presentar una demanda reconvenicional cuando el arbitraje ya está prácticamente en su última etapa. Esto puede colocar al tribunal arbitral en una situación muy difícil, según las circunstancias del caso y la clase de arbitraje de que se trate. En un arbitraje sujeto al Reglamento de la CCI este problema se resuelve por la existencia del acta de misión. Si la demanda reconvenicional no está contemplada en ese acta, sólo puede admitirse si el tribunal arbitral así lo autoriza, teniendo en "cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes".¹²² Si el tribunal arbitral decide que el reclamo de la demandada no debe admitirse, la única alternativa de la demandada es iniciar un proceso separado.

En los arbitrajes *ad hoc*, ésta es una cuestión práctica que debe resolver el tribunal arbitral, siempre que no exista un compromiso arbitral detallado que defina las cuestiones controvertidas. El tribunal arbitral debe decidir si la incorporación de nuevos reclamos constituiría un abuso del proceso que provocaría demoras y gastos innecesarios o si (sobre la base de que el tribunal es competente para resolver la demanda reconvenicional) prevalece el interés legítimo de resolver todos los puntos controvertidos que se susciten entre las partes.¹²³

5. PRUEBAS

(a) Generalidades

El objetivo de presentar pruebas es asistir al tribunal arbitral en la determinación de los puntos controvertidos de hecho y los de opinión (a través de los dictámenes presentados por los "peritos" o expertos). La línea divisoria entre los "hechos" y las "opiniones" no siempre es clara. En algunos sistemas, los puntos controvertidos respecto de una legislación "extranjera" deben ser probados como si fueran cuestiones de hecho. Ésta es la regla en los procedimientos judiciales de los países que se rigen por el sistema de *common law*, donde las disposiciones judiciales de los países que se prueban a través del testimonio de peritos. En otros países, la legislación extranjera se prueban a través del testimonio de peritos. En otros países, la legislación extranjera es una cuestión de derecho. Se presume que el juez o árbitro conoce la ley, aunque sea "extranjera".

Incluso en los países en los que la legislación extranjera se considera una cuestión de derecho, es frecuente que se cite a un perito que conozca la ley extranjera en cuestión para dar su opinión o para hacer una declaración oral en la audiencia. La caracterización

¹²² Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 19.

¹²³ El Tribunal de Reclamaciones Iran-Estados Unidos consideró "los motivos de la demora, el perjuicio a la otra parte y los efectos sobre el desarrollo ordenado del caso de admitir una demanda reconvenicional fuera de los plazos establecidos sobre"; Holtzmann, "Some Lessons of the Iran-United States Claims Tribunal" *Private Investors Abroad*, pp. 16-21, ver *supra*, párrafos 6-22.

de este tema como una cuestión de hecho o de derecho puede tener relevancia en relación con la apelación, ya que, por lo general, no se admiten las apelaciones sobre cuestiones de hecho, mientras que las apelaciones fundamentadas en un error de derecho sí están contempladas por algunas legislaciones nacionales.

La Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986 establece que el tribunal arbitral puede solicitar la intervención de un tribunal judicial, a fin de solicitar información sobre legislación extranjera a través de la agencia del Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero¹²⁴. Sin embargo, tanto en los Países Bajos como en otras jurisdicciones, la práctica habitual ante los tribunales arbitrales internacionales es que todas las cuestiones de derecho, sean técnicamente "extranjeras" para los miembros del tribunal arbitral o no, serán *argumentadas* mediante la presentación de escritos, oralmente, o en ambas formas¹²⁵. Esta es la solución más razonable y práctica. Los procedimientos judiciales del país en el que se celebra el arbitraje deberían tener poca o ninguna influencia sobre la forma en la que el tribunal arbitral aborda los asuntos relacionados con la legislación "extranjera" que puedan surgir.

Procedimientos de los países que se rigen por el sistema de common law y de civil law

En los procedimientos judiciales adoptados por la mayoría de los países que se rigen por el sistema de *common law*, la iniciativa en cuanto a la presentación de pruebas recae casi totalmente sobre las partes¹²⁶. El juez actúa como una especie de árbitro que vela por el cumplimiento de las reglas de admisibilidad de pruebas y que al finalizar el debate decide quién "ganó la batalla". El juez examina las pruebas y puede interrogar a los testigos pero, en esencia, el juez deja librado a las partes el modo en que pueden presentar sus respectivos casos y toma una decisión en base a lo que ellas eligen presentar ante el tribunal judicial. Así, la función del sistema judicial en los países que siguen la tradición del *common law* es, como lo fue siempre, resolver las controversias civiles a través de un proceso adversarial y ejecutar el resultado final.

Como contrapartida, los jueces de los países que se rigen por el sistema de *civil law* tienen una participación más activa en la conducción del proceso y en la presentación de las pruebas, incluso en el interrogatorio de los testigos¹²⁷. De esto se desprende que los procedimientos utilizados en los países que se rigen por el sistema de *civil law* no tienen por qué someterse a las mismas reglas técnicas de admisibilidad de pruebas aplicadas en una jurisdicción que adopta el proceso adversarial. Por ejemplo, si un juez alemán considerara que sería útil para el tribunal judicial interrogar a un testigo sobre una cuestión sobre la que sería inadmisiblemente interrogarlo en un tribunal inglés, las partes no podrían

¹²⁴ Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986, artículo 1044.

¹²⁵ Ver comentario sobre el artículo 1044 en Sanders van den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986: Text and Notes* (1987), p.2.

¹²⁶ El procedimiento civil inglés sufrió drásticas modificaciones en 1999, al situar al juez como un "organizador del proceso".

¹²⁷ Ver discusión comparativa de las distintas prácticas de arbitraje en ICCA *Congress Series* n° 3 (1987), p.98. El alcance de la participación activa que tuvo el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos al requerir la presentación de pruebas fue detallada por Holzmann en *Fact-Finding, loc. cit.*, Sec. II-A, párrafos 6-10.

oponerse a la recepción de dicho testimonio invocando una regla de admisibilidad. Una técnica utilizada por los tribunales arbitrales que provienen de diferentes culturas y países con distintos sistemas jurídicos es realizar "inferencias negativas" ante el silencio de una parte o ante el incumplimiento de una solicitud razonable del tribunal arbitral de que se presenten pruebas documentales o testimoniales¹²⁸.

Es riesgoso generalizar al distinguir entre los denominados sistemas de *common law* y de *civil law*. Cada sistema tiene sus propias características. Las reglas de procedimiento de los EE. UU. son diferentes a las reglas de Inglaterra, tal como las de Alemania difieren de las francesas.

Un distinguido abogado suizo sostuvo:

"Mi primera observación es que no existe un único 'Derecho Procesal Civil' en los procesos judiciales civiles y comerciales. En los países que se rigen por el *common law*, indudablemente existen principios básicos comunes de procedimiento, que provienen del procedimiento utilizado en los tribunales ingleses. En el continente europeo, este origen común no existe. En cada país, encontramos una variedad diferente de procedimiento civil, muy influenciado por las costumbres locales, la formación jurídica de los jueces y los abogados y, en forma limitada, por el procedimiento utilizado en los antiguos tribunales eclesiásticos, aunque fueron abolidos en los países protestantes en la época de la Reforma...

Como resultado, posiblemente exista tanta diferencia entre un *avocat* francés y un *Rechtsanwalt* alemán, en cuanto a la forma de pensar y el ejercicio de la profesión, como la que existe entre un abogado inglés y uno italiano. Lo mismo ocurre en mi país, Suiza, en el que los procedimientos civil y penal permanecen en el dominio de los 26 estados soberanos de la Confederación, lo que lleva a que convivan 26 códigos procesales civiles y penales diferentes, junto con la Ley de Procedimiento Civil de la Corte Suprema Federal. Existe tanta diferencia entre el tipo de procedimiento civil implementado en Ginebra y en Zurich como entre los procedimientos implementados en Madrid y Estocolmo.

Estas diferencias se ven diariamente en el arbitraje internacional, donde en ocasiones plantean grandes dificultades. Estas dificultades derivan, en gran medida, de las diferentes variedades de derecho procesal civil, pero desde mi experiencia, la fuente principal de dichas dificultades radica en las presunciones y los prejuicios subyacentes de los abogados locales que se enfrentan por primera vez en su vida a un sistema que no conocen. Sólo por dar un ejemplo, un abogado que proviene de un país que se rige por el sistema de *common law* espera que sea la demandante la que tenga la última palabra, mientras que el abogado de un país que adopta el sistema de *civil law* considera que

¹²⁸ El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos realizó deducciones negativas acerca del silencio de una de las partes ante el supuesto incumplimiento del contrato cuando se hubiera esperado que realizara algún reclamo y del hecho que una parte no mencionara un punto en un contrato o en las misivas intercambiadas en su momento, que tenía estrecha relación con la postura planteada por esa parte en el arbitraje. Holzmann, *Fact-Finding, loc. cit.*, Sec. III-E.

uno de los requisitos del derecho natural es que sea la parte demandada la que se dirija en último término al tribunal.¹¹⁹

6-64 No obstante, existe suficiente uniformidad en la forma de abordar las cuestiones relacionadas con la presentación de pruebas como para justificar el uso de la expresión "países que se rigen por el sistema de *civil law*" como contrapartida de los "países que se rigen por el sistema de *common law*" al discutir el tema de la presentación de pruebas.

Admisibilidad

6-65 ¿Cómo se traduce esta distinción a una situación en la que el tribunal arbitral, compuesto por tres árbitros que provienen de diferentes países, debe abordar el tema de la recepción de pruebas? La respuesta es que los tribunales arbitrales internacionales compuestos por árbitros con experiencia a nivel internacional, sean de países que se rigen por el sistema de *common law* o de *civil law*, tienden a concentrarse en establecer los hechos que sean necesarios para determinar los puntos controvertidos entre las partes y son reacias a limitarse por las reglas de admisibilidad de prueba que puedan impedirles obtener ese resultado. Es esencial que los abogados, especialmente si la fuente de su formación es el sistema de *common law*, tengan esto en cuenta y que aprendan a no confiar en las reglas técnicas relacionadas con la admisibilidad de las pruebas durante el arbitraje, particularmente durante los interrogatorios de testigos.

Por el contrario, en el caso excepcional de que todos los árbitros provengan de países que se rigen por el sistema de *common law* (o si el tribunal está compuesto por un único árbitro que proviene de un país que adopta dicho sistema) y, en especial, si no tienen demasiada experiencia en el mundo del arbitraje internacional, un abogado que provenga de un país que sigue la tradición del *civil law* debe asegurarse de que su caso no dependa de hechos que sólo pueden ser demostrados mediante la presentación de pruebas que podrían ser técnicamente inadmisibles en el sistema con el que el tribunal arbitral está familiarizado.

Cuando se constituye un tribunal arbitral "uniforme", el equipo de abogados que represente a cada parte debería contar con un miembro que esté familiarizado con el sistema de admisibilidad de pruebas que probablemente implemente el tribunal arbitral. Esta precaución no será necesaria cuando los miembros del tribunal arbitral provienen de países con diferentes sistemas ya que, como señalamos anteriormente, ese tipo de tribunal arbitral suele adoptar un enfoque procesal flexible, especialmente en lo que se refiere a la presentación de pruebas. Es poco probable que el tribunal arbitral le impida a una parte que presente pruebas que pueden ayudar a determinar la verdad de los hechos controvertidos.¹²⁰ El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos desarrolló una práctica interesante en relación con la admisibilidad de las declaraciones testimoniales de individuos con interés en el resultado del arbitraje, como los empleados de una sociedad anónima.

¹¹⁹ Prof. Claude Reymond en (1989) 8 *Arbitration* 159. Ver también Sandifer, *Evidence Before International Tribunals* (edición revisada, 1975), pp. 2 y 3.

¹²⁰ Holzmann, *Fact-finding, Inc. cit.*, Sec. III-B. Ver también Strauss, "The Practice of the Iran-United States Claims Tribunal in Receiving Evidence from Parties and from Experts" (1986) 3 *Journal of International Arbitration* 57.

En el sistema de *civil law* dichas declaraciones serían inadmisibles, mientras que en el sistema de *common law* pueden recibirse siempre y cuando se tenga en cuenta la fuente de la que provienen. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos trata a las "personas interesadas" no como *testigos* sino como representantes de las partes que pueden brindar "información" al Tribunal.

6-66 La Asociación Internacional de Abogados (IBA) dio un paso más en la creación de un estándar internacional para la admisibilidad de pruebas con la edición de 1999 de sus Reglas sobre Presentación de Prueba. El artículo 9.2 establece:

"El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de parte o de oficio, excluir como prueba o rechazar la exhibición de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

- (a) falta de relevancia o importancia;
- (b) impedimento legal o inmunidad, de acuerdo con las reglas legales o éticas que el Tribunal Arbitral considere aplicables;
- (c) carga desproporcionada en la producción de la prueba solicitada;
- (d) pérdida o destrucción del documento, cuyo acacimimiento haya sido razonablemente demostrado;
- (e) motivos de confidencialidad técnica o comercial que el Tribunal Arbitral considere convincentes;
- (f) motivos de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo los elementos de prueba que han sido clasificados como secretos por el gobierno o una institución pública internacional) que el Tribunal Arbitral considere convincentes; o
- (g) consideraciones de justicia y equidad de las Partes que el Tribunal Arbitral juzgue convenientes"¹²¹.

Carga de la prueba

6-67 Otro aspecto de la presentación de pruebas es la carga de la prueba. Es práctica habitual de los tribunales arbitrales internacionales solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso. Esta práctica está contemplada en el Reglamento de la CNUDMI¹²². La única excepción a la regla son las afirmaciones obvias, notorias o que no necesitan ser probadas. El peso probatorio que debe alcanzarse en la práctica ante un tribunal arbitral internacional no puede definirse con precisión, pero puede decirse que sin duda se acerca al "balance de probabilidades". Debe distinguirse entre este estándar y el estándar de que se pruebe el caso "más allá de toda duda razonable" exigido por

¹²¹ Reglas sobre Presentación de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA (2ª edición, 1999).

¹²² Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 24.

ejemplo, en Estados Unidos e Inglaterra para probar la culpabilidad del imputado en un juicio penal realizado ante un jurado.¹³³

Medios de prueba

6-68 Los medios utilizados para presentar pruebas ante un tribunal arbitral sobre los hechos controvertidos derivan de la combinación de la autonomía de la voluntad, la discrecionalidad del tribunal arbitral y el control de los tribunales judiciales al momento de ejecutar el laudo. Los medios de prueba pueden dividirse en cuatro categorías:

- prueba documental;
- prueba testimonial (oral o escrita);
- dictámenes periciales (orales o escritos); e
- inspección del objeto de la controversia.

Estos medios pueden ser utilizados, o combinados, de muchas maneras a fin de aliviar la carga de la prueba a discreción del tribunal arbitral. Es importante recordar que cada tribunal arbitral puede adoptar un enfoque diferente no sólo respecto de la manera en que desea que se presenten las pruebas, sino también respecto del peso que le otorga a cada tipo de prueba.

Sin embargo, por lo general, cuanto más controvertida sea la afirmación que desea probar una parte, mayor será la rigurosidad del tribunal arbitral al solicitar que dicha afirmación sea demostrada. Un ejemplo típico de este principio general es que un tribunal arbitral se mostrará renuente a establecer la culpabilidad de un ejecutivo de una compañía respecto de una actividad fraudulenta en el ejercicio de sus funciones, a menos que esto sea probado de manera contundente. En consecuencia, al decidir qué prueba presentar, y el modo de hacerlo, los abogados deben evaluar el grado de valor probatorio que probablemente requiera el tribunal arbitral antes de dar por establecido el hecho cuyo acontecimiento quiere demostrarse.

(b) Presentación de documentos

6-69 En un arbitraje comercial internacional, las mejores pruebas que pueden presentarse en relación con una cuestión de hecho se encuentran invariablemente en los documentos existentes al momento en que ocurrieron los acontecimientos que dieron lugar a la disputa.

¹³³ En *Parker* (1926) 4 Rep. International Arb. Awards 39, la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos sostuvo que: "Cuando la parte demandante ha establecido su caso *prima facie* y la demanda no ha ofrecido prueba que lo refute, esta última no puede insistir en que la demandante presente más pruebas para establecer la veracidad de sus afirmaciones más allá de toda duda razonable sin indicar alguna razón por la que debía dudarse de su veracidad".

versión.¹³⁴ Esto contrasta con la presentación de pruebas en los tribunales nacionales de los países que se rigen por el sistema de *common law*, donde la mayoría de los hechos se prueban a través de las declaraciones testimoniales orales e incluso la prueba documental debe, en principio, ser presentada por un testigo.

Es fácil ver por qué los tribunales arbitrales confían más en la prueba documental. Su presentación es mucho más simple y ágil; en un ámbito en el que los contra-interrogatorios no se consideran un medio confiable para determinar la prueba de los testigos, el peso de la prueba documental es mucho más significativo que el de la prueba oral que no puede ser verificada mediante un contra-interrogatorio efectivo, ya sea por falta de pericia del abogado de la parte contraria o por falta de tiempo durante el transcurso de las audiencias.

Sin embargo, la razón principal por la que los tribunales arbitrales internacionales confían más en la prueba documental es que la denominada "regla de la mejor prueba"¹³⁵ se concentra más en el peso de la prueba que en su *admisibilidad* e invariablemente se considerará que la prueba documental tiene mayor peso. La autenticidad de los documentos debe ser probada si es cuestionada por la otra parte pero, por lo general, no es necesario presentar documentos originales o copias certificadas, a menos que exista una razón particular para solicitar que se presente el documento original.¹³⁶

Documentos favorables y no favorables

6-70

Los documentos que sean relevantes para demostrar los hechos controvertidos pueden dividirse en tres categorías: aquellos documentos que son favorables para la parte que los posee, aquellos que les son desfavorables y aquellos que son neutrales. No surge ninguna dificultad de la primera y la tercera categoría. Es claro que la parte en cuestión desea presentar esos documentos tan pronto como sea posible. Las únicas dificultades que pueden surgir están relacionadas con su autenticidad y su peso probatorio en relación con la afirmación por la que son presentados. Sin embargo, la segunda categoría puede dar lugar a una diferencia filosófica relacionada con la teoría y la práctica entre el sistema de *common law* y el de *civil law*.

Práctica del sistema de common law

6-71

En muchos países que se rigen por el sistema de *common law* es habitual en los procesos judiciales de los tribunales nacionales que se realice un proceso denominado "*discovery*" en el que cada una de las partes revela a la otra la existencia de todos los documen-

¹³⁴ En dos casos presentados ante el Tribunal de Reclamaciones Internacionales Unidos, los hechos relacionados con la competencia se fundaron únicamente en pruebas documentales que incluían documentos oficiales, documentos de la sociedad preparados en el curso ordinario de sus actividades, publicaciones de las que el Tribunal fue debidamente notificado, constancias de contadores públicos independientes y declaraciones juradas de los funcionarios de la sociedad: Ver Holtzmann, *Fact-finding*, *loc. cit.*, Sec. II-B, párrafos 6-10.

¹³⁵ Ver Sandifer, *op. cit.*, p. 202.

¹³⁶ Ver el debate sobre la verificación de la autenticidad de los documentos en "Comparative Arbitration Practice", *ICC A Congress Series* n.º 3 (Kluwer, 1987), p. 79.

tos pertinentes, sean favorables o no para la parte que los presenta, incluso comunicaciones internas y memorandos¹³⁷.

Esto no suele hacerse en los arbitrajes comerciales internacionales, tal como veremos más adelante. De hecho, es recomendable evitar el uso del término "discovery" porque es un término ambiguo. Para un abogado que proviene de un país que se rige por el sistema de *civil law*, no significa nada; para un abogado de los EE.UU., el término engloba la presentación de documentos y las declaraciones orales de testigos y peritos, como así también la inspección del objeto de la controversia; para un abogado inglés, se refiere sólo a la presentación de documentos.

La práctica del "discovery" no existe en el arbitraje comercial internacional. Lo usual es acotar la presentación de documentos a aquellos documentos que son estrictamente *relevantes* respecto de los puntos controvertidos y *necesarios* para su adecuada resolución. No existe una tradición o práctica de presentación extensiva y global de documentos. Asimismo, la mayoría de los tribunales arbitrales aplican el principio de la "proporcionalidad", es decir que limitarán el alcance (y, en consecuencia, el costo) de la presentación de documentos a una medida razonable según el monto de la controversia y la relativa importancia de los puntos por los que se solicita la presentación de documentos.

Suele decirse que el escenario cambia cuando los arbitrajes internacionales se celebran en los EE.UU. y que las partes tienen *derecho* a que se haga una presentación de documentos más extensa. Es cierto que la Ley Federal de Arbitraje y muchas leyes de arbitraje estatales otorgan facultades discrecionales amplias a los tribunales arbitrales a la hora de solicitar que se presenten documentos y las declaraciones de los potenciales testigos¹³⁸. Sin embargo, es erróneo afirmar que los arbitrajes que se celebran en los EE.UU. están sujetos al procedimiento extensivo que implica un "discovery" disponible en los tribunales judiciales de ese país. La realidad es que, por lo general, en los EE.UU. no existe el *derecho* a que se lleve a cabo tal procedimiento en los arbitrajes internacionales y la medida en que se permita su realización queda enteramente en manos del tribunal arbitral si las partes no están de acuerdo¹³⁹. Los tribunales nacionales no pueden interferir para ampliar el derecho a que se realice un "discovery" ordenado por el tribunal arbitral¹⁴⁰.

¹³⁷ En los EE.UU., el término "discovery" es mucho más amplio que en otros países que se rigen por el *common law*, ya que no se limita a la presentación de documentos sino que incluye las declaraciones de potenciales testigos o expertos y la inspección del objeto de la controversia.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, Ley Federal de Arbitraje de los EE. UU., artículo 7. Reglas y Práctica Civil de Nueva York 7505, Código Procesal Civil de California 1282-1283. Leyes comentadas de Illinois, capítulo 10, artículo 107 y Leyes Generales de Massachusetts, capítulo 251, artículo 7; para un debate sobre la etapa del "discovery" previa al juicio en los EE.UU., ver Stein, "Pre-hearing Discovery in International Arbitrations in the US" (1985) Forum New York, Vol. 2, n° 1; Born, "Court Ordered Discovery in Aid of Foreign Arbitration: The US Perspective" 12 ASA Bulletin pp. 476-480 (314, 1994); Born, *International Commercial Arbitration in the United States: Commentary and Materials* (Kluwer, 1994).

¹³⁹ Ver Morgan, "Discovery in Arbitration" (1986) 3(3) Journal of International Arbitration, 9 párrafos.
¹⁴⁰ *Castal States Trading of Zenith Navigation SA* 446 F. Supp. 330 (S.D.N.Y. 1977) y *Commercial Solvents Corp. of Louisiana Liquid Fertilizer Co.* 20 F.R.D. 359 (1957), pero un tribunal de los EE.UU. intervendrá sólo en circunstancias excepcionales: *Recognition Equipment of MCR Corp.* 532 F. Supp. 271 (1981).

Práctica del sistema de civil law

6-73
En los países que siguen la tradición del *civil law*, es práctica habitual, aunque las generalizaciones no son recomendables, que cada parte presente los documentos sobre los que funda su caso y, excepcionalmente, solicite que se presenten documentos específicos que la parte solicitante considera que (a) están en manos de la parte contraria y (b) pueden contribuir a su caso.

Esta práctica ha influenciado considerablemente los reglamentos institucionales, como el de la CCI, la LCIA y también los reglamentos que se aplican en los arbitrajes *ad hoc*, especialmente el Reglamento de la CNUDMI.

Práctica en los arbitrajes internacionales

6-74
En los arbitrajes comerciales internacionales, es práctica habitual que las partes y el tribunal arbitral adopten una combinación de los procedimientos de los sistemas de *common law* y de *civil law*, aunque predominan los procedimientos de los sistemas de *civil law*. En parte, esto se debe a una cuestión económica. La presentación extensiva de documentos es un proceso costoso y que toma mucho tiempo y rara vez revela pruebas contundentes.

En parte, es una cuestión de diferencias culturales. Un hombre de negocios de los EE.UU. sabrá que en caso de ir a juicio, toda su correspondencia interna, memorandums, discos de computadora y los correos electrónicos probablemente tengan que ser revelados a la parte contraria. Esto acarrea tres posibles consecuencias: este hombre tendrá mucho cuidado con lo que escribe (o plasma en un formato electrónico), o hará que sus abogados participen en la elaboración de los documentos para alegar después que deben ser considerados como privilegiados y confidenciales, o acepta la posibilidad de revelar documentos que puedan perjudicarlo como una realidad insoslayable. Un hombre de negocios francés, en cambio, se horrorizará si se entera que sus abogados están entregándole a los abogados de la parte contraria la documentación interna que él les transmitió.

Es común, en un arbitraje comercial internacional, que cada parte comience por presentar a la otra parte y al tribunal sólo los documentos sobre los que fundamenta su caso.

6-75
Esta práctica se refleja en los reglamentos de las instituciones de arbitraje más importantes. El Reglamento de la LCIA contiene una disposición que establece que, sujeto a las normas procesales que las partes hayan acordado o que el tribunal arbitral haya determinado, las partes intercambiarán alegaciones escritas y que:

- "Todas las alegaciones mencionadas en este artículo se remitirán con copias de los documentos principales (o, de ser especialmente voluminosos, acompañados de un índice) en los que la parte correspondiente base su pretensión y que no hayan sido aportados previamente al procedimiento por ninguna de las partes y, de ser necesario, con las principales muestras y pruebas documentales"¹⁴¹.

¹⁴¹ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 15.6.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece que:

"El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar"¹⁴²

Controversia respecto de la solicitud de documentos

6-76

Sin embargo, es probable que ninguna de las partes esté satisfecha con los documentos presentados por la parte contraria. Cada una creará, justificadamente o no, que existen otros documentos, memorandos de reuniones internas, informes del Directorio o presentados ante él, entre otros, que lo ayudarían con su caso o que perjudicarían el caso presentado por la parte contraria. Como resultado, es posible que cada parte solicite a la otra que presente otros documentos específicos u otra clase de documentos, y en caso que la otra parte se oponga a hacerlo, es posible que la parte solicitante presente la controversia ante el tribunal arbitral.

En los arbitrajes que se rigen por el sistema de *civil law*, tales solicitudes suelen ser más acotadas y menos frecuentes que en los arbitrajes que se rigen por el sistema de *common law*. En esos casos, el tribunal suele revisar el intercambio que realizaron las partes y emite una orden procesal, sin consultar con las partes.

En controversias más complejas o extensas, como las que involucran proyectos internacionales de construcción, las solicitudes que realizan las partes para la presentación de documentos suelen ser extensas. Esto suele traer como consecuencia que cada parte cuestionará la solicitud de la parte contraria y recurrirá al tribunal para que emita una orden procesal que limite el alcance de los documentos que está obligada a presentar.

6-77

Resolver las controversias que surgen como consecuencia de las solicitudes de presentación de documentos puede ser una tarea trabajosa y tomar mucho tiempo. Las técnicas empleadas para simplificar la resolución de esas controversias varían según el tribunal arbitral. En muchos casos, siempre que sea factible, el tribunal fija una reunión de organización con los abogados de las partes con el propósito de redactar un acuerdo sobre la mayoría de las categorías de documentos solicitados. Por lo general, esto involucra realizar reuniones entre las partes en las que, con el incentivo del tribunal, las partes intentan limitar el alcance de sus solicitudes a proporciones razonables. Si las reuniones son exitosas, sólo quedan algunas categorías de documentos controvertidas. Así, el tribunal arbitral puede convertir la reunión de organización en una audiencia en la que las partes exponen sus argumentos respecto de las categorías que no fueron resueltas y el tribunal toma una decisión al respecto. La experiencia demuestra que si las partes y el tribunal arbitral dedican un día a realizar esta tarea lograrán evitar lo que de otra manera sería una extensa etapa de presentación de documentos, que podría demorar el cronograma procesal originalmente establecido por el tribunal con el acuerdo de las partes.

¹⁴² Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 18 (énfasis añadido).

432

Otra técnica que suele ser exitosa en la práctica, como alternativa a la reunión de organización o junto con ésta, es el llamado "Cronograma Redfern", en nombre de uno de los autores. Esta técnica es útil tanto para las partes como para el tribunal a fin de cristalizar los puntos controvertidos cuando ya hubo debate e intercambio de correspondencia entre las partes, pero quedan asuntos por resolver. El Cronograma se plasma en una planilla. En la primera columna de esta planilla, se hace una lista con una descripción de los documentos solicitados; la segunda columna contiene la justificación de la parte solicitante (inclusive la importancia de la solicitud); la tercera columna los motivos por los que la parte a quien se solicitan los documentos se niega a hacerlo (por ejemplo, que no existen tales documentos, que son irrelevantes, que existe secreto profesional, entre otros). La última columna se deja en blanco para que el tribunal deje constancia de su decisión. La principal ventaja de esta técnica es que puede evitar la necesidad de realizar una reunión de organización o una audiencia lo que, a su vez, reduce los costos y evita las demoras que provoca encontrar una fecha que sea conveniente para los abogados de las partes y para los miembros del tribunal.

Casi siempre, el tribunal intentará limitar lo más posible la presentación de documentos a fin de acotar las categorías de documentos que serán presentados a aquellos que probablemente sean más relevantes o necesarios e insistirá en que las solicitudes se presenten en forma breve.

Este método para la presentación de documentos, con insistencia en que las solicitudes sean específicas y acotadas, puede apreciarse en las Reglas de la IBA sobre la Prueba, cuyo artículo 3 establece que:

6-78

- "1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte deberá presentar al Tribunal Arbitral y a las demás Partes todos los documentos que estén a su disposición y sobre los cuales pretenda fundar su reclamo, incluso los documentos públicos y aquellos que sean de dominio público, con excepción de los documentos que ya hayan sido presentados por otra Parte.
2. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquiera de las Partes podrá presentar al Tribunal Arbitral una Solicitud de Exhibición de Documentos.
3. La Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

- (a)
 - (i) una descripción del documento solicitado que sea suficiente para permitir su identificación o
 - (ii) una descripción detallada (incluyendo la materia) de una categoría acotada y específica de documentos cuya existencia razonablemente se presume;
- (b) una descripción de cuál es la importancia de los documentos solicitados para la resolución del caso; y
- (c) una declaración de que los documentos solicitados no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte Solicitante y de la razón por la cual

433

dicha Parte asume que tal o tales documentos están en poder, custodia o control de la otra Parte.

4. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, la Parte a la cual se dirige la Solicitud de Exhibición de Documentos deberá presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes todos los documentos solicitados que se encuentren en su poder, custodia o control y cuya exhibición no haya sido objetada.
5. Si la Parte a la que se dirige la Solicitud de Exhibición de Documentos tiene objeciones respecto de la exhibición de uno o más de los documentos solicitados, así deberá declararlo por escrito ante el Tribunal Arbitral dentro del plazo fijado para ese fin por el mismo Tribunal. La objeción podrá fundarse en cualquier de los motivos previstos en el artículo 9.2.
6. El Tribunal Arbitral deberá, luego de consultar a las Partes y dentro de un término de tiempo razonable, considerar la Solicitud de Exhibición de Documentos y las objeciones. El Tribunal Arbitral podrá ordenar a la Parte a la cual se ha dirigido la Solicitud de Exhibición de Documentos que presente al Tribunal Arbitral y a las demás Partes los documentos solicitados que se encuentren en su poder, custodia o control y respecto de los cuales el Tribunal determine que: (i) las cuestiones de control y respecto de los cuales el Tribunal determine documentos son relevantes y de importancia para la resolución del caso; (ii) no son aplicables ninguno de los motivos de objeción establecidos en el artículo 9.2.¹⁴³

Documentos en poder de terceros

Los tribunales arbitrales no están facultados para ordenar a terceros que presenten documentos que están en su poder, aunque sean relevantes para resolver los puntos controvertidos. Sin embargo, en algunos países puede obligarse a un tercero, mediante una citación, a comparecer en la audiencia para presentar pruebas y los tribunales judiciales pueden prestar su colaboración al tribunal arbitral para que tales testigos cumplan con la citación. En Inglaterra, las partes pueden solicitarle a un tribunal judicial que obligue a un testigo a comparecer y a que presente todo documento relevante que esté en su poder.¹⁴⁴

¹⁴³ El artículo 9.2 establece que:

- ¹⁴⁴ El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de parte o de oficio, excluir como prueba o rechazar la exhibición de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:
- (a) falta de relevancia o importancia;
 - (b) impedimento legal o privilegio;
 - (c) acuerdo con las reglas legales o éticas que el Tribunal Arbitral considere aplicables;
 - (d) carga desproporcionada en la producción de la prueba solicitada;
 - (e) pérdida o destrucción del documento cuyo acatamiento haya sido razonablemente demostrado;
 - (f) motivos de confidencialidad técnica o comercial que el Tribunal Arbitral considere convincentes;
 - (g) motivos de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo los elementos de prueba que han sido clasificados como secretos por el gobierno o una institución pública internacional) que el Tribunal Arbitral considere convincentes; o
 - (h) consideraciones de justicia o equidad de las Partes que el Tribunal Arbitral juzgue convenientes.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Ley de Arbitraje de Inglaterra, artículo 43.

En los EE.UU., la Ley de Arbitraje Federal establece que los árbitros pueden citar a una persona a que comparezca y exhiba cualquier documento relevante para el caso.¹⁴⁵

En los procesos arbitrales, suele ocurrir que un tercero comparece voluntariamente ante el pedido de una de las partes y ofrece una declaración testimonial que favorece a dicha parte. Al ser interrogado por la otra parte, el testigo puede oponerse a la exhibición de documentos requeridos por ésta. Por lo general, el tribunal arbitral no le exigirá a ese testigo que exhiba los documentos. Sin embargo, su reticencia sin un buen motivo, tendrá seguramente una influencia negativa sobre la valoración que hará el tribunal de la declaración del testigo en cuestión.

Presentación de documentos

Es de gran ayuda para el tribunal que las partes presenten la prueba documental en uno o varios tomos de documentos, en orden cronológico y con las páginas numeradas para ser usados durante la audiencia. De esta forma, cada miembro del tribunal arbitral, y cada parte, tiene un conjunto de documentos con idéntica numeración. Si existe una gran cantidad de documentos, es buena idea identificar los más importantes y presentarlos en un tomo (o en tomos) por separado (que suele llamarse "legajo principal"). Esto cuenta con el beneficio adicional de evitar la tediosa e innecesaria tarea de fotocopiar los documentos.

También puede ahorrarse mucho tiempo durante las audiencias si se utilizan tomos de colores a fin de evitar demoras cada vez que los miembros del tribunal arbitral, los testigos y los abogados que representan a las partes tienen que remitirse al tomo y la página a la que los participantes hacen referencia durante las audiencias. Esta colaboración que se ofrece al tribunal arbitral permite que el arbitraje se desarrolle de manera más rápida y eficiente.

El uso del término "acordado" en el contexto de los tomos de documentos presentados puede ocasionar malos entendidos. El término no indica que las partes estén de acuerdo respecto del significado del contenido del documento, o respecto de su peso probatorio o su admisibilidad. Simplemente indica que existe acuerdo en cuanto a la autenticidad del documento, en el sentido de que cada parte acepta que es una copia fiel de un documento existente.

Quando hay controversia respecto de la autenticidad de un documento, por lo general, el tribunal arbitral ordena que se exhiban los documentos originales para examinarlos. Esto puede ser realizado por peritos en caso de ser necesario. Si no se exhiben los originales, el tribunal arbitral puede dejar de lado los documentos en cuestión, por no ser confiables.

Traducciones

En general, es necesario traducir aquellos documentos que no están redactados en el idioma utilizado en el arbitraje. Dentro de lo posible, dichas traducciones deben presentarse al tribunal arbitral en forma conjunta por las partes como "versiones acordadas". Lo

¹⁴⁵ Ley Federal de Arbitraje de los EE.UU. de 1925, artículo 7.

más conveniente es incluir el documento original en primer lugar en los tomos, seguido por la traducción al idioma utilizado en el arbitraje. Si existe controversia respecto de la precisión de una traducción, las partes pueden incluir sus propias versiones. Cuando no existe una controversia específica en cuanto a la fidelidad de una traducción, pero tampoco hay una versión acordada (ya sea por falta de tiempo o por falta de colaboración entre las partes) es recomendable, aunque no esencial, que las partes presenten una traducción certificada del documento.

(c) Declaraciones testimoniales

El segundo medio de prueba para demostrar la existencia de un hecho al tribunal arbitral son las declaraciones testimoniales. Existen varias maneras de presentarlas, según las partes se inclinen por el modelo del sistema de *common law* o por los métodos adoptados por los países que se rigen por el sistema de *civil law*. Es muy frecuente que se adopte una combinación de ambos. Esto se hace, en parte, para lograr establecer un acuerdo entre los deseos de las partes o de los miembros del tribunal arbitral pero, ante todo, por razones prácticas.

El objetivo principal del tribunal arbitral, en relación con los aspectos procesales de tomar las declaraciones testimoniales, es acortar la etapa oral del arbitraje lo más posible. Este propósito no puede conseguirse si el tribunal arbitral adopta un proceso inquisitivo pleno en el que cita a los testigos y los interroga en presencia de las partes y tampoco si cada parte cita a todos sus testigos y los somete a un interrogatorio extenso en presencia del tribunal arbitral, seguido de un contra-interrogatorio y de un nuevo interrogatorio por la parte que citó al testigo a declarar.

Por lo general, en el arbitraje comercial internacional, no se considera esencial que los testigos declaren en forma oral. Tal como lo expresó un árbitro suizo:

"Dado que la controversia es esencialmente, incluso exclusivamente, legal, he llegado a la conclusión de que era absolutamente innecesario escuchar declaraciones testimoniales como lo solicitó la Demandada..."¹⁴⁶

Al iniciarse una acción de ejecución del laudo ante los tribunales ingleses, se desestimó la afirmación que el árbitro debería haber escuchado las declaraciones de los testigos:

"El artículo 20 del Reglamento de la CCI [edición aplicable en ese momento] simplemente establece que un árbitro 'tendrá la facultad de tomar declaraciones testimoniales'. Esto le otorga la facultad pero no le impone la obligación de hacerlo... De hecho, el procedimiento utilizado por el árbitro en este caso es, desde mi experiencia, el procedimiento habitual de los arbitrajes de la CCI y de otros arbitrajes que aplican el derecho continental. Por lo tanto, no se violó ninguna norma del orden público inglés."¹⁴⁷

Sin embargo, no es frecuente que la naturaleza de una controversia sea esencialmente, o exclusivamente, legal. Cuando es necesario realizar una investigación de las circunstancias

¹⁴⁶ Extraído del laudo dictado por un árbitro Suizo en *Dalifita Dairy Industries Ltd et National Bank of Pakistan* (1978) 2 Lloyd's Rep. 223 párrafo 269.
¹⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 270 per Kerr J.

cias que rodean la disputa, el tribunal arbitral suele escuchar las declaraciones de los testigos en una audiencia. La prueba testimonial es útil; de hecho, en ocasiones es irremplazable. No obstante, cuando debe presentarse en forma oral, mediante interrogatorios, suele llevar mucho tiempo para poder abarcar todos los temas. Esto es particularmente así cuando los testigos no hablan el idioma utilizado en el arbitraje y se necesita la colaboración de un intérprete o cuando el testigo es un perito que debe referirse a asuntos técnicos muy complejos.¹⁴⁸ En ocasiones, especialmente cuando es necesaria la colaboración de un intérprete en las audiencias, puede resultar muy útil que las partes tomen la declaración testimonial previamente y que presenten una transcripción al tribunal arbitral.

Presentación de prueba testimonial

Habitualmente, las partes presentan declaraciones testimoniales escritas en las que pretenden fundar su caso. En ocasiones, dichas declaraciones se presentan como declaraciones juradas aunque lo más frecuente es que sólo contengan la firma del testigo. Luego, cada parte le indica al tribunal arbitral cuál de los testigos de la otra parte deberán concurrir a la audiencia para ser interrogados y el propio tribunal le comunica a las partes cuáles son los testigos que el tribunal desea oír en persona, si así fuere. Es poco probable que un tribunal arbitral solicite la presencia de un testigo si ninguna de las partes lo ha hecho. La IBA consagró esta práctica en la edición del año 1999 de las Reglas sobre Presentación de Prueba.¹⁴⁹ El artículo 4 de dichas Reglas establece que:

1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte deberá identificar los testigos en cuyo testimonio pretende fundar su reclamo y el asunto sobre el que versará dicho testimonio.
2. Cualquier persona puede presentar prueba como testigo, incluyendo a las Partes, sus empleados, funcionarios u otro representante.
3. No es indebido que una Parte, sus empleados, funcionarios, consejeros legales, o cualquier otro representante entrevisten a sus testigos actuales o potenciales.
4. El Tribunal Arbitral puede ordenar a cada Parte que presente al Tribunal Arbitral y a las demás Partes, dentro del plazo que se fije para ello, una declaración escrita (la "Declaración Testimonial") por cada uno de los testigos en cuyo testimonio pretende fundar su reclamo, salvo en el caso de aquellos testigos cuyo testimonio se busque obtener de conformidad con el artículo 4.10. Si se organizaran Audiencias de Prueba en otras materias (tales como responsabilidad y daños), el Tribunal Arbitral o las Partes, por medio de un acuerdo, podrán decidir la presentación separada de las Declaraciones Testimoniales para cada Audiencia de Prueba.

¹⁴⁸ Cuando el testigo es un experto y es necesaria la colaboración de un intérprete, es prácticamente imposible que la declaración tenga lugar.
¹⁴⁹ Reglas sobre Presentación de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA (2ª edición, 1999), artículo 10.

más conveniente es incluir el documento original en primer lugar en los tomos, seguido por la traducción al idioma utilizado en el arbitraje. Si existe controversia respecto de la precisión de una traducción, las partes pueden incluir sus propias versiones. Cuando no existe una controversia específica en cuanto a la fidelidad de una traducción, pero tampoco hay una versión acordada (ya sea por falta de tiempo o por falta de colaboración entre las partes) es recomendable, aunque no esencial, que las partes presenten una traducción certificada del documento.

(c) Declaraciones testimoniales

El segundo método de prueba para demostrar la existencia de un hecho al tribunal arbitral son las declaraciones testimoniales. Existen varias maneras de presentarlas, según las partes se inclinen por el modelo del sistema de *common law* o por los métodos adoptados por los países que se rigen por el sistema de *civil law*. Es muy frecuente que se adopte una combinación de ambos. Esto se hace, en parte, para lograr establecer un acuerdo entre los deseos de las partes o de los miembros del tribunal arbitral pero, ante todo, por razones prácticas.

El objetivo principal del tribunal arbitral, en relación con los aspectos procesales de tomar las declaraciones testimoniales, es acortar la etapa oral del arbitraje lo más posible. Este propósito no puede conseguirse si el tribunal arbitral adopta un proceso inquisitivo pleno en el que cita a los testigos y los interroga en presencia de las partes y tampoco si cada parte cita a todos sus testigos y los somete a un interrogatorio extenso en presencia del tribunal arbitral, seguido de un contra-interrogatorio y de un nuevo interrogatorio por la parte que citó al testigo a declarar.

Por lo general, en el arbitraje comercial internacional, no se considera esencial que los testigos declaren en forma oral. Tal como lo expresó un árbitro suizo:

"Dado que la controversia es esencialmente, incluso exclusivamente, legal, he llegado a la conclusión de que era absolutamente innecesario escuchar declaraciones testimoniales como lo solicitó la Demandada..."¹⁴⁶

A) iniciarse una acción de ejecución del laudo ante los tribunales ingleses, se desestimó, la afirmación que el árbitro debería haber escuchado las declaraciones de los testigos:

"El artículo 20 del Reglamento de la CCI [edición aplicable en ese momento] simplemente establece que un árbitro 'tendrá la facultad de tomar declaraciones testimoniales'. Esto le otorga la facultad pero no le impone la obligación de hacerlo... De hecho, el procedimiento utilizado por el árbitro en este caso es, desde mi experiencia, el procedimiento habitual de los arbitrajes de la CCI y de otros arbitrajes que aplican el derecho continental. Por lo tanto, no se violó ninguna norma del orden público inglés"¹⁴⁷.

Sin embargo, no es frecuente que la naturaleza de una controversia sea esencialmente o exclusivamente, legal. Cuando es necesario realizar una investigación de las circunstancias,

¹⁴⁶ Extraito del laudo dictado por un árbitro Suizo en *Dallina Dairy Industries Ltd et National Bank of Pakistan* [1978] 2 Lloyd's Rep. 231 párrafo 269.
¹⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 270 per Kerr J.

cias que rodean la disputa, el tribunal arbitral suele escuchar las declaraciones de los testigos en una audiencia. La prueba testimonial es útil, de hecho, en ocasiones es irremplazable. No obstante, cuando debe presentarse en forma oral, mediante interrogatorios, suele llevar mucho tiempo para poder abarcar todos los temas. Esto es particularmente así cuando los testigos no hablan el idioma utilizado en el arbitraje y se necesita la colaboración de un intérprete o cuando el testigo es un perito que debe referirse a asuntos técnicos muy complejos.¹⁴⁸ En ocasiones, especialmente cuando es necesaria la colaboración de un intérprete en las audiencias, puede resultar muy útil que las partes tomen la declaración testimonial previamente y que presenten una transcripción al tribunal arbitral.

Presentación de prueba testimonial

Habitualmente, las partes presentan declaraciones testimoniales escritas en las que pretenden fundar su caso. En ocasiones, dichas declaraciones se presentan como declaraciones juradas aunque lo más frecuente es que sólo contengan la firma del testigo. Luego, cada parte le indica al tribunal arbitral cuál de los testigos de la otra parte deberían concurrir a la audiencia para ser interrogados y el propio tribunal le comunica a las partes cuáles son los testigos que el tribunal desea oír en persona, si así fuere. Es poco probable que un tribunal arbitral solicite la presencia de un testigo si ninguna de las partes lo ha hecho. La IBA consagró esta práctica en la edición del año 1999 de las Reglas sobre Presentación de Prueba.¹⁴⁹ El artículo 4 de dichas Reglas establece que:

1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte deberá identificar los testigos en cuyo testimonio pretende fundar su reclamo y el asunto sobre el que versará dicho testimonio.
2. Cualquier persona puede presentar prueba como testigo, incluyendo a las Partes, sus empleados, funcionarios, o otro representante.
3. No es debido que una Parte, sus empleados, funcionarios, consejeros legales, o cualquier otro representante entrevisten a sus testigos actuales o potenciales.
4. El Tribunal Arbitral puede ordenar a cada Parte que presente al Tribunal Arbitral y a las demás Partes, dentro del plazo que se fije para ello, una declaración escrita (la "Declaración Testimonial") por cada uno de los testigos en cuyo testimonio pretende fundar su reclamo, salvo en el caso de aquellos testigos cuyo testimonio se busque obtener de conformidad con el artículo 4.10. Si se organizaran Audiencias de Prueba en otras materias (tales como responsabilidad y daños), el Tribunal Arbitral o las Partes, por medio de un acuerdo, podrán decidir la presentación separada de las Declaraciones Testimoniales para cada Audiencia de Prueba.

¹⁴⁸ Cuando el testigo es un experto y es necesaria la colaboración de un intérprete, es prácticamente imposible que la declaración tenga lugar.

¹⁴⁹ Reglas sobre Presentación de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA (2ª edición, 1999), artículo 10.

5. Cada Declaración Testimonial debe contener:

- (a) el nombre completo y el domicilio del testigo, su relación presente o pasada (si la hubiera) con cualquiera de las Partes y una descripción de sus antecedentes, calificaciones, capacitación y experiencia, si tal descripción fuera relevante y de importancia para la disputa o para el contenido de su declaración;
- (b) una declaración completa y detallada de los hechos y las fuentes de la información del testigo respecto de tales hechos, suficiente para servir como la prueba de ese testigo en el asunto materia de la controversia;
- (c) una declaración de la veracidad de su declaración; y
- (d) la firma del testigo y el lugar y fecha de la declaración.

6. [omitido].

7. Los testigos que han emitido Declaraciones Testimoniales deberán presentarse para rendir testimonio en la Audiencia de Prueba, a menos que las Partes acuerden lo contrario.

8. Si uno de los testigos que ha emitido una Declaración Testimonial no comparece a la Audiencia de Prueba, sin una justificación válida, para rendir su testimonio, salvo mediante acuerdo entre las Partes, el Tribunal Arbitral deberá desestimar dicha Declaración Testimonial, a menos que, en circunstancias excepcionales, determine lo contrario.

9, 10, 11 [omitidos].

Por lo general, las reglas institucionales para el arbitraje institucional y no institucional no contienen disposiciones específicas o detalladas que regulen el procedimiento de recepción de pruebas por parte del tribunal arbitral. En consecuencia, el procedimiento a seguir por el tribunal arbitral con dichas reglas se establece por acuerdo entre partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral. El Reglamento de la LCIA dispone que el testimonio de un testigo debe presentarse como una declaración jurada o firmada por el testigo. Cualquiera de las partes puede solicitar que el testigo concurre a la audiencia, sujeto al criterio del tribunal. Si el testigo no concurre a dar testimonio, esto afectará el peso probatorio de la prueba escrita que presente el testigo en cuestión o, en un caso extremo, tal prueba puede ser dejada de lado.¹⁵⁰

6-86

Un aspecto importante de la presentación de la prueba testimonial es la cuestión de si puede permitirse a una parte, sus empleados o abogados entrevistar y preparar al testigo cuyo testimonio pretenden presentar ante el tribunal arbitral, y; de ser así, con qué alcance. Esto es mayormente un tema cultural, aunque las normas de algunos tribunales nacionales (o asociaciones de abogados) prohíben o consideran poco ético que las partes o sus abogados tengan contacto con los testigos antes de que presenten su testimonio en persona.

¹⁵⁰ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 20.3.

En el ámbito del arbitraje internacional, sin embargo, los testigos pueden ser entrevistados y preparados antes de prestar su declaración testimonial en forma oral. Así lo confirman por lo menos dos reglamentos que se utilizan frecuentemente. El Reglamento de la LCIA lo permite expresamente, sujeto a las disposiciones obligatorias del derecho aplicable al arbitraje¹⁵¹ y las Reglas sobre Presentación de Prueba de la IBA disponen:

"No es indebido que una Parte, sus empleados, funcionarios, consejeros legales, o cualquier otro representante entrevisten a sus actuales o potenciales testigos"¹⁵².

Existen ciertos límites. Por ejemplo, sería una conducta poco ética por parte de un abogado intentar persuadir a un testigo de que relate una historia que tanto el abogado como el testigo saben que no es verdadera y que prepare al testigo para que el relato suene creíble. Y casi siempre sería contra-productivo. Los tribunales arbitrales a menudo suelen tener buen olfato para descubrir la verdad e invariablemente confrontarán los testimonios orales con los documentos disponibles y otras pruebas.

Existe otra división cultural entre los abogados que provienen de países en los que una parte no puede tener la calidad de "testigo". Esto surge de las reglas de procedimiento de algunos países que se rigen por el sistema de *civil law*, según los cuales una persona (o funcionario o empleado en el caso de las personas jurídicas) no puede ser tratada como testigo para favorecer su propio caso¹⁵³. Sin embargo, incluso en los tribunales de dichos países sí puede escucharse la declaración de las partes, las reglas procedimentales simplemente prohíben que las partes puedan calificarse como *testigos*.

Tal como ocurre con muchas otras reglas procesales de los tribunales nacionales, esta regla no se aplica a los arbitrajes internacionales. Puede ocurrir que un tribunal arbitral tienda a otorgarle mayor peso al testimonio de un testigo que no tiene un interés económico o de otra índole en el resultado del arbitraje, pero eso es otro tema¹⁵⁴.

El rol de los abogados debería ser colaborar con los testigos para que desarrollen el grado de confianza y claridad de pensamiento necesarios para declarar en forma veraz y efectiva, basados en su propio conocimiento o recuerdo de los hechos. Debe tenerse en cuenta que ser interrogado en el "estrado" es, para la mayoría de los testigos, una experiencia extraña e intimidatoria¹⁵⁵. Los interrogatorios de testigos intimidados por abogados hábiles y que conocen estrategias de manipulación, de poco sirven a los intereses de la justicia. Afortunadamente, la realidad demuestra que los árbitros experimentados tienden a desestimar contra-interrogatorios duros o abusivos sobre la base que éstos sirven más para demostrar el ingenio de quien los realiza que la credibilidad del testigo¹⁵⁶.

¹⁵¹ Reglamento de la LCIA, artículo 20.6.

¹⁵² Reglas sobre Presentación de Prueba de la IBA, artículo 4(3).

¹⁵³ Alemania constituye un significativo ejemplo, seguido de los países cuyo código civil sigue, a grandes rasgos, la tradición alemana, como Austria y la República Checa.

¹⁵⁴ Reglas sobre Presentación de Prueba de la IBA, artículo 4(2).

¹⁵⁵ D. Roney, "Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration: A Practical Guide for Counsel" (2003) 20 *Journal of International Arbitration* 429, que brinda una práctica guía de seis pasos para preparar a los testigos.

¹⁵⁶ Veeder, "The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith", 2001 *Golf Lecture* (2002) 18 *Arbitration International* 445.

Valor probatorio de la prueba testimonial

6-88

El tribunal arbitral tiene absoluta discreción para determinar el valor probatorio de una determinada declaración testimonial¹⁵⁷. Esto surge de los principios generales de los procesos arbitrales, y está expresamente consagrado, por ejemplo, en el Reglamento de la CNUDMI¹⁵⁸.

En general, los tribunales arbitrales tienden a otorgarle menor peso a las declaraciones testimoniales que no pueden ser corroboradas que a la prueba documental. A su vez, los tribunales arbitrales le confieren mayor peso al testimonio de un testigo que ha sido sometido a un contra-interrogatorio de parte o del propio tribunal arbitral. De la misma manera, aunque en algunos sistemas legales¹⁵⁹ una parte no puede ser testigo, la prueba testimonial de parte es rara vez rechazada en el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, es probable que al testimonio de parte se le otorgue menor valor que al de un testigo que es claramente independiente.

Como fue señalado anteriormente, los tribunales arbitrales suelen rechazar las solicitudes de las partes requiriendo que el tribunal no escuche la declaración de un testigo en particular, incluso si el testigo tiene sólo un conocimiento indirecto de los hechos. Sin embargo, un tribunal arbitral le dará sin duda menos valor a esta prueba testimonial, si a su juicio, la parte que presentó dicha prueba *podría haber presentado* a un testigo con conocimiento directo sobre el tema en cuestión.

Recepción de prueba testimonial en el extranjero

6-89

La Convención de La Haya de 1970¹⁶⁰ no es aplicable al arbitraje. Como consecuencia, no existe ningún medio para obligar a un testigo que no se encuentra en la jurisdicción del tribunal judicial del lugar del arbitraje a que preste declaración testimonial. Sin embargo, algunos países cuentan con una legislación que permite a los tribunales arbitrales, con asiento en otro país que obtengan pruebas de testigos que están en su jurisdicción, ya sea a pedido del propio tribunal arbitral o a solicitud de parte. La Ley Modelo también prevé esta posibilidad¹⁶¹.

(d) Prueba pericial

6-90

El tercer medio de pruebas que puede utilizarse en un arbitraje es la prueba pericial de expertos. Algunas cuestiones de hecho sólo pueden determinarse si el tribunal arbitral se involucra en la evaluación de elementos que son esencialmente una cuestión de opinión. Así, en una controversia por un proyecto de construcción, la prueba documental, que

incluye la correspondencia, los informes de avance de obra y otros documentos, y la prueba ofrecida por los testigos que estaban presentes en el lugar pueden ayudar al tribunal arbitral a determinar qué es lo que ocurrió en realidad. Pero es posible que haya otra cuestión a determinar, es decir, si lo que ocurrió fue el resultado, por ejemplo, de un error de diseño o de construcciones defectuosas. El tribunal arbitral sólo puede determinar este tipo de cuestiones con la colaboración de expertos, a menos que los miembros del tribunal cuenten con los conocimientos necesarios para hacerlo. En el mismo sentido, en los arbitrajes sobre controversias marítimas, la construcción de un barco o de su equipamiento puede requerir la evaluación de expertos de modo que el tribunal arbitral pueda determinar las cuestiones de hecho relevantes.

Ante una situación en la que el tribunal arbitral no tiene la pericia necesaria, puede procederse de dos maneras: el tribunal puede designar a sus propios expertos o las partes pueden presentar prueba pericial y, dado que probablemente las pruebas serán contradictorias, el tribunal arbitral las evaluará, una vez que hayan sido corroboradas a través de contra-interrogatorios o de alguna otra forma (inclusive mediante la designación de un perito por parte del tribunal arbitral). Dado que muchos casos se determinan sobre la base de la prueba pericial, por lo general, el tribunal arbitral debe trazar límites mediante la restricción del número de peritos que puede presentar cada parte. Esto suele ser acordado por las partes en la reunión previa a la audiencia principal a fin de evitar una batalla entre los expertos.

Expertos designados por el tribunal arbitral

6-91

En el arbitraje comercial internacional, por lo general, los miembros del tribunal arbitral son abogados¹⁶². Cuando surgen controversias de carácter técnico o especializado, los tribunales arbitrales suelen necesitar la colaboración de peritos para arribar a una conclusión, a fin de "obtener toda información técnica que pueda guiarnos en la búsqueda de la verdad"¹⁶³. Por ejemplo, puede ser necesario tener conocimientos de criogenia para determinar por qué un tanque de almacenamiento de metal sufrió una rajadura, o de ingeniería civil para determinar por qué la pista de aterrizaje de un aeropuerto se volvió inservible. La colaboración de peritos puede necesitarse para determinar el monto de un reclamo¹⁶⁴. El tribunal arbitral puede necesitar, por ejemplo, tasadores que lo asistan en la evaluación de los reclamos por el trabajo realizado en virtud de un contrato de ingeniería civil, o contadores, para que determinen el valor que debe asignarse al balance de una compañía.

Facultad de designar expertos

6-92

Es habitual que se le otorgue expresamente al tribunal arbitral la facultad de designar expertos si lo considera necesario o conveniente. Tal facultad suele estar contemplada en

¹⁶² Ver capítulo 4, párrafos 4-13 y ss.

¹⁶³ Ver *Starrrett Housing Corp. v. Gobierno de Irán* (1987) 16 Iran-US C.T.R. 112. Lujido n° 314-21-1, párrafo 264 (14 de agosto de 1987), donde se cita (en el párrafo 196) a la CIJ en el caso *Corfu Channel*.

¹⁶⁴ Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Starrrett Housing, supra*, emitió una decisión inicial determinando que los bienes de la demandante habían sido retirados de Irán, antes de designar a un experto que ayudara al tribunal a determinar su valor.

el acuerdo de arbitraje, ya sea en forma expresa (como en un compromiso arbitral) o mediante la incorporación de un reglamento de arbitraje institucional o internacional¹⁶⁵. Si no existiera una facultad expresa para designar expertos, puede surgir el interrogante de si el tribunal tiene la facultad implícita de hacerlo en virtud del derecho que rige el arbitraje¹⁶⁶.

La mayoría de los sistemas jurídicos consagran el principio que, a menos que así lo autoricen las condiciones de su designación, alguien a quien se le ha delegado un deber no debe delegar ese deber en alguien más. Siempre que quede en claro que el tribunal arbitral está simplemente consultando con un experto (y no intentando delegarle sus funciones) en principio, es difícil que pueda plantearse una objeción a la designación de un experto por parte del tribunal arbitral¹⁶⁷. Si un tribunal arbitral necesita colaboración técnica para comprender complejos asuntos técnicos y necesita comprenderlos a fin de tomar una decisión adecuada, no existe razón alguna por la que no se le permita obtener tal colaboración. En consecuencia, a falta de una disposición expresa en contrario establecida en la ley aplicable, o en un acuerdo suscripto por las partes, un tribunal arbitral internacional puede asumir que tiene la facultad de solicitar la colaboración de un experto en caso de ser necesario¹⁶⁸. Como corolario de esta facultad, el tribunal arbitral debe brindar a las partes la oportunidad de realizar comentarios acerca de la información pericial en la que se basan los árbitros, incluso la que ellas mismas hayan presentado, si lo hicieren.

La elección de uno o más expertos y la formulación de las tareas que se le asignan son cuestiones sobre las que el tribunal arbitral puede querer consultar a las partes o involucrar a las partes para hacer más extenso el proceso; sin embargo, su participación puede tener el efecto de reducir el número de objeciones que puedan realizar las partes al reporte de expertos. Las medidas adoptadas por el Tribunal de Reclamaciones Internacionales Unidos en algunos de sus casos son muy didácticas. Al designar a un experto, el Tribunal ha otorgado a las partes la oportunidad de designar, de común acuerdo, a un experto de entre una lista de nombres e instituciones seleccionados por el propio Tribunal con la advertencia que si las partes no logran llegar a un acuerdo, el Tribunal elegiría

¹⁶⁵ Ver, por ejemplo, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 27; Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 20(4); y Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 21.

¹⁶⁶ Es poco frecuente que la ley aplicable mencione expresamente esta facultad, aunque el artículo 57 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996 contiene una disposición en este sentido.

¹⁶⁷ Este principio fue expresado por el Tribunal de Reclamaciones Internacionales Unidos en el caso *Starrett Housing* (supra párrafo 6-91): "No importa cuán calificado sea un experto: el tribunal no puede delegar en él la tarea de resolver el caso" (p. 197, párrafo 266). Al aplicar este principio, el Tribunal citó a tribunales internacionales anteriores y en la p. 199, párrafo 273, sostuvo: "... el Tribunal adopta como propias las conclusiones del Experto respecto de su área de conocimiento cuando está convencido de que no existen razones suficientes que demuestren que la opinión del Experto es contraria a las pruebas aplicable y el sentido común". Ver también los comentarios y los casos citados en los párrafos 270-272.

¹⁶⁸ Para una afirmación en este sentido (en el contexto de controversias suscitadas entre Estados) ver *White. Use of Experts by International Tribunals* (1965), p. 73: "Dicha práctica, tal cual es, puede apuntar al reconocimiento de una facultad implícita para ordenar a los jueces o para designar expertos cuando sea apropiado. Esta facultad implícita es concomitante con el principio de que la función del juez internacional es resolver la controversia que se le presenta en base a todos los datos relevantes y que tiene el deber de estar convencido de que cuenta con todas las pruebas y que tiene la capacidad de comprender su importancia legal". Cuando debe confiarse en una facultad implícita, antes es recomendable consultar las disposiciones de la ley que rige el arbitraje.

al experto. De la misma manera, el tribunal ha buscado el aporte de las partes para definir los puntos a someter a los expertos y ha ordenado que éstos presenten informes preliminares para que las partes pudieran realizar sus observaciones, las que debían ser tenidas en cuenta por los expertos al preparar el informe definitivo¹⁶⁹. De esta manera, las partes contribuyeron a que el dictamen presentado estuviera completo, asegurándose a su vez que aspectos importantes del caso no fueran determinados sin su participación.

El artículo 6 de las Reglas sobre Presentación de Prueba de la IBA dispone:

1. El Tribunal Arbitral, luego de consultar con las Partes, podrá nombrar uno o más expertos independientes para que informen sobre las cuestiones específicas indicadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, una vez consultadas las Partes, deberá establecer los términos de referencia para cualquier Informe pericial elaborado por un Experto nombrado por el Tribunal. Una copia de los términos de referencia definitivos deberá ser enviada por el Tribunal Arbitral a las Partes.

2. El Experto nombrado por el Tribunal deberá, antes de aceptar su designación, presentar al Tribunal Arbitral y a las Partes una declaración de su independencia en relación con las Partes y con el Tribunal Arbitral. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes deberán informar al mismo sobre cualquier objeción que tengan relativa a la independencia del Experto nombrado por el Tribunal. El Tribunal Arbitral deberá decidir prontamente si decide aceptar una tal objeción.

3. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.2, el Experto nombrado por el Tribunal podrá solicitar a cualquiera de las Partes que le haga entrega de cualquier información que considere relevante o pertinente así como también podrá solicitar el acceso a cualquier documento, bien, muestra, propiedad o lugar para ser inspeccionado. El Experto nombrado por el Tribunal tendrá la misma autoridad que el Tribunal Arbitral para solicitar dicha información o acceso. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a recibir la información solicitada y a asistir a la inspección requerida. Cualquier discrepancia entre el Experto nombrado por el Tribunal y una de las Partes en cuanto a la relevancia, importancia o conveniencia de una tal solicitud deberá ser decidida por el Tribunal Arbitral de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3.5 a 3.7. El Experto nombrado por el Tribunal deberá dejar constancia en su Informe de cualquier desobediencia de una de las Partes y de la correspondiente solicitud y decisión del Tribunal Arbitral y deberá describir sus efectos para la determinación de los asuntos específicos materia del Informe.

4. El Experto nombrado por el Tribunal deberá entregar su Informe por escrito al Tribunal Arbitral. En su Informe, el Experto nombrado por el Tribunal deberá describir el método, la evidencia y la información utilizada para arribar a sus conclusiones.

5. El Tribunal Arbitral deberá enviar a las Partes una copia del Informe pericial. Las Partes podrán examinar cualquier documento que el Experto nombrado por el Tribunal haya examinado así como cualquier correspondencia entre el Tribunal Arbitral y el Experto. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquiera de las Partes tendrá la oportunidad de responder al Informe presentado por el Experto nombrado por el Tribunal,

¹⁶⁹ Ver caso *Starrett Housing*, párrafo 6, pp. 117-118, párrafo 6-91.

mediante un escrito de Parte o por medio de un Informe pericial elaborado por un Experto nombrado por dicha Parte. El Tribunal Arbitral deberá enviar el escrito de Parte o el Informe elaborado por el Experto nombrado por la Parte, al Experto nombrado por el Tribunal y a las demás Partes.

6. A solicitud de una de las Partes o del Tribunal Arbitral, el Experto nombrado por el Tribunal deberá comparecer a la Audiencia de pruebas. El Tribunal Arbitral podrá interrogar a dicho Experto, quien también podrá ser interrogado por las Partes o por los Expertos nombrados por las Partes sobre los asuntos mencionados en los escritos de las Partes o en los Informes periciales presentados por los Expertos nombrados por las Partes, de acuerdo con el artículo 6.5¹⁷¹.

Un proceso similar está contemplado en el artículo 26(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, en el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y en el artículo 12(2) del Reglamento de la LCIA. Todas estas disposiciones enfatizan el principio de que, si un asunto técnico es lo suficientemente importante como para que el tribunal designe a un experto, entonces es lo suficientemente importante como para que las partes tengan plena oportunidad de objetar la opinión del experto por cualquier medio razonable.

En resumen, este medio puede ser la oportunidad de:

- participar en la determinación del mandato conferido al experto en cuestión;
- objetar al experto propuesto si las partes tienen dudas razonables respecto de su independencia o conocimiento en el área sobre la que debe emitir una opinión;
- revisar todo el material sobre el que se fundamenta el informe del experto; y
- solicitar al experto que concurra a una audiencia para ser interrogado.

Presentación de la prueba pericial

Una de las características procesales menos favorables del arbitraje comercial internacional es la práctica dominante por la cual las partes presentan prueba pericial contradictoria sobre asuntos técnicos muy complejos. Sin embargo, aunque los abogados de parte pueden corroborar las declaraciones de los expertos a través de un contra-interrogatorio tal procedimiento despierta ciertas sospechas:

"... ¿cómo puede el jurado juzgar entre dos declaraciones que se fundan en una experiencia que es notoriamente ajena a la suya? La veracidad de afirmaciones contradictorias reside en la validez de inferencias realizadas en base a una vasta experiencia, que no es la que poseen los testigos ni el jurado para determinar las facultades de observación, las que resultan de una vida de entrenamiento"¹⁷²

No es usual que los miembros de un tribunal arbitral tengan la capacidad de realizar una evaluación fundamentada entre dos opiniones profesionales totalmente opuestas que versan sobre un tema técnico. Sin embargo, éste es sin duda el método más utilizado por

¹⁷¹ Juez Learned Hand, "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony" (1901) 15 *Harr. L. Rev.*, 40 párrafo 54.

acuerdo de partes, o por instrucción del tribunal arbitral, en la sustanciación de un proceso arbitral, más allá del lugar en el que se celebre el arbitraje.

Por lo general, la prueba de expertos es suministrada en forma escrita durante la primera etapa, habitualmente en el mismo momento en que se presentan las declaraciones testimoniales escritas, pero siempre con bastante anterioridad a la fecha de realización de la audiencia. Si las partes presentan pruebas de opinión técnica contradictorias, el experto debe estar preparado para concurrir en persona ante el tribunal arbitral para ser interrogado. De otro modo, el tribunal arbitral no tendrá forma de evaluar el peso que debe otorgarle a los dictámenes presentados por ambas partes¹⁷¹. Las Reglas sobre la Presentación de Prueba de la IBA establecen que los expertos designados por las partes concurrirán a una audiencia para prestar testimonio a menos que las partes acuerden lo contrario y el tribunal lo acepte¹⁷². El artículo 5 de las Reglas también brinda un resumen muy útil de los contenidos del dictamen de un experto designado por una de las partes.

"El Informe de Experto deberá contener:

- (a) el nombre completo y el domicilio del Experto, su relación presente o pasada (si la hubiera) con cualquiera de las Partes y una descripción de sus antecedentes, calificaciones, capacitación y experiencia;
- (b) una declaración de los hechos sobre los cuales el Experto fundamenta sus opiniones y sus conclusiones;
- (c) su opinión experta y sus conclusiones, incluyendo una descripción del método, la evidencia y la información utilizada para alcanzar tales conclusiones;
- (d) una declaración de la veracidad del Informe de Experto; y
- (e) la firma del Experto nombrado por una de las Partes y el lugar y fecha del Informe."

Métodos alternativos para la presentación de prueba pericial

El arbitraje brinda la posibilidad de presentar la prueba de expertos de diferentes maneras. Una de ellas, que ha sido aceptada en los tribunales comerciales ingleses en algunos casos, es que los expertos presenten testimonio una vez que las partes hayan presentado todas las pruebas fácticas. Otra forma, más innovadora, es que los expertos presentados por cada parte presenten testimonio en forma simultánea. Se sitúa a los expertos uno enfrente del otro o al lado ante el tribunal arbitral y se solicita a cada uno, en base a una agenda, que haga comentarios sobre las opiniones de los otros expertos. Esto permite a los miembros del tribunal arbitral conocer las opiniones de los expertos sobre temas específicos, con un grado de inmediatez que no es posible obtener cuando puede haber intervalos de varios días entre los temas tratados por los expertos contrarios.

¹⁷¹ Por lo general, el mejor material para realizar contra-interrogatorios de expertos se encuentra en sus anteriores publicaciones. Vale la pena asignarle a un miembro del equipo de cada parte la tarea de que lea todas las publicaciones realizadas por el experto que presenta la contra parte, a fin de descubrir posiciones contradictorias entre ese material y las opiniones ofrecidas por el experto en el arbitraje.

¹⁷² Reglas sobre la Presentación de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA (2ª edición, 1999), artículo 5.10.

En 1998, uno de los autores participó en un arbitraje realizado bajo el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) en el que se adoptó este método con algunas variaciones. Los expertos presentaron informes por escrito como parte de la etapa escrita determinada por el Tribunal previa a la audiencia; luego, los expertos fueron interrogados por los abogados de cada parte en la audiencia; luego de que se realizaran todas las declaraciones orales pero con anterioridad a la presentación de los alegatos finales, el Tribunal confeccionó una lista de asuntos "técnicos" controvertidos y se sentó frente a los dos testigos para discutir sobre los puntos de la lista uno a uno de manera informal. Finalmente, el Tribunal le dio la oportunidad a los abogados de las partes para que realizaran alguna otra pregunta a fin de clarificar algún tema.¹⁷³ Esta técnica se conoce como "conferencia" de expertos.

Existen muchas formas en las que un tribunal arbitral puede aprender sobre temas "expertos" y no debería dejar de buscar soluciones innovadoras. Un mecanismo muy común, y útil, es solicitarle a los expertos presentados por las partes que se reúnan con anterioridad a la celebración de la audiencia y confeccionen dos listas: una que enumere los puntos en los que sí están de acuerdo y otra que enumere los puntos contradictorios (con un resumen de la razón del desacuerdo).¹⁷⁴

6-97 Es poco habitual (simplesmente porque es muy costoso) que las partes presenten pruebas de expertos independientes y que luego el tribunal arbitral designe uno o más expertos a fin de evaluar dichas pruebas. Sin embargo, cuando los temas técnicos involucrados son muy complejos, o cuando los montos en juego son importantes, no puede desestimarse esta posibilidad. De hecho, es una posibilidad expresamente establecida en el Reglamento de la CNUDMI. Luego de disponer que el tribunal arbitral puede designar a uno o más expertos que le brinden información por escrito sobre temas específicos que el tribunal arbitral debe resolver¹⁷⁴, el Reglamento establece que, a pedido de cualquiera de las partes, luego de la entrega del informe del experto, éste puede prestar testimonio en una audiencia, en la que las partes deben tener la oportunidad de interrogarlo y que en dicha audiencia, cualquiera de las partes puede presentar expertos para que declaren sobre los puntos en discusión.¹⁷⁵ El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos adoptó este método en al menos uno de sus casos¹⁷⁶.

Admisibilidad de la prueba pericial

6-98 Cuando son las partes quienes presentan pruebas de expertos, las reglas sobre la admisibilidad de dichas pruebas aplicadas por los tribunales arbitrales suelen ser las mismas que se aplican respecto de las otras clases de prueba en el mismo proceso arbitral. Asimismo, un tribunal arbitral suele garantizar que cada parte tendrá conocimiento del contenido del dictamen que será presentado por el experto en la audiencia con suficiente anterioridad de modo que ninguna parte sea tomada por sorpresa.

¹⁷³ Caso AAA, n.º 13T1810031097.

¹⁷⁴ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 27.1.

¹⁷⁵ *Ibid.*, artículo 27.4.

¹⁷⁶ Ver caso *Sturreit Housing*, párrafo 11, p. 120, *supra*, párrafo 6-91.

En consecuencia, si en la audiencia un experto presia testimonio sobre otras cuestiones que no están incluidas en el dictamen presentado al tribunal arbitral y a la otra parte, ese testimonio adicional debería ser declarado inadmisibles. Sin embargo, en la práctica, los tribunales suelen admitirlo, sobre la base de que se le otorgará suficiente tiempo a la otra parte para preparar y presentar su propia prueba de expertos en respuesta.

Clases de prueba pericial

6-99 La prueba pericial se presenta para abordar todos los temas que sean de opinión. Ingenieros y científicos suelen ser convocados para presentar informes y ofrecer pruebas en relación con las controversias en las que la calidad de un proyecto de construcción o el rendimiento de un bien de uso están involucrados. Los contadores son convocados para brindar pruebas en cuanto al monto de los reclamos y, en ocasiones, puede convocarse a abogados para que brinden pruebas en los casos en que deben explicarse las disposiciones de un sistema jurídico "extranjero".

Asimismo, suele solicitarse la colaboración de peritos calígrafos u otras personas con conocimiento de inspección de documentos cuando se cuestiona la autenticidad de un documento.

(e) Inspección del objeto de la controversia

6-100 El cuarto método de presentar pruebas a un tribunal arbitral es que el propio tribunal inspeccione el objeto de la controversia. Por lo general, esto implica la realización de una inspección *in situ* y surge, principalmente, en relación con contratos de construcción y controversias derivadas del rendimiento de un bien de uso, entre otras cuestiones. Sin embargo, también puede tener lugar en otro tipo de casos. Por ejemplo, es frecuente que en un arbitraje por una controversia sobre *commodities*, el árbitro inspeccione el cargamento, si la controversia versa sobre la calidad de la mercadería suministrada.

En el procedimiento del *civil law*, las inspecciones *in situ* fueron:

"... diseñadas... con el objetivo primordial de utilizarlas en casos que versan sobre inmuebles, pero en la actualidad se utilizan en muchas otras situaciones en las que la inspección judicial de un objeto puede ser útil. En consecuencia, los tribunales habitualmente ven el lugar e incluso pueden recurrir a la reconstrucción de los hechos en el caso de un accidente... al solicitar una *déscente sur les lieux*, el tribunal se rige por los principios comunes de la admisibilidad de pruebas"¹⁷⁷.

No obstante, los tribunales arbitrales no suelen recurrir a esta oportunidad de obtener más información y más pruebas, probablemente porque el costo adicional que ello implica es sustancial en relación con el beneficio que puede obtenerse. Actualmente, es más frecuente que se utilicen maquetas, fotografías, dibujos e incluso videos para reemplazar el propósito de la inspección. Por ejemplo, en un arbitraje de la CCI, se propuso que un helicóptero sobrevolara y filmara el terreno sobre el que se estaba construyendo un camino

¹⁷⁷ Herzog, *Civil Procedure in France* (1967), pp. 355-356.

a lo largo de 60 km¹⁷⁸. En un caso de derecho internacional público entre dos Estados, que incluía una controversia sobre la frontera de los países, se realizaron vídeos que luego fueron exhibidos en las audiencias.

Facultad del tribunal arbitral de inspeccionar el objeto de la controversia

Aunque la doctrina no ha hecho demasiada referencia al respecto, por lo general, un tribunal arbitral tiene la facultad de realizar inspecciones *in situ* o de solicitar a las partes que exhiban el objeto de la controversia para su inspección, a menos que las partes hayan establecido lo contrario. Un acuerdo en tal sentido, que sería poco frecuente, podría estar expresamente contenido en un exhaustivo compromiso arbitral. Si así fuera, no cabe duda de que el motivo de las partes para hacerlo sería evitar que el tribunal arbitral incurriera en el gasto de realizar una inspección que, a juicio de las propias partes, aportará muy poco al caso.

Procedimiento de la inspección

Un tribunal arbitral tiene absoluta discreción para decidir la forma en que se llevará cabo la inspección del objeto de la controversia. A menos que las partes hayan establecido expresamente lo contrario, el tribunal arbitral será cauteloso a la hora de garantizar que se cumpla el principio de la igualdad de trato. En particular, el tribunal arbitral no llevará normalmente a cabo una inspección *in situ* sin la presencia de los representantes de las partes y no interrogará en forma directa a las personas que trabajen allí sobre cuestiones relacionadas con el caso, a menos que los abogados de las partes también tengan el derecho de realizar otras preguntas a dichas personas.

En ocasiones, las partes pueden acordar que el tribunal arbitral inspeccione un determinado lugar, o el objeto de la controversia, sin su presencia. Sin embargo, no sería apropiado, y sería muy riesgoso para la eventual ejecución del laudo, que el tribunal arbitral realizara una inspección en presencia de una sola parte. Si ha de realizarse una inspección *in situ*, es apropiado que el tribunal arbitral emita una comunicación o incluso una orden procesal.

¿Quién debe estar presente? ¿Quién realizará los arreglos necesarios? ¿Se transcribirán las preguntas, las respuestas y cualquier otra discusión que surja durante la inspección y se asentarán en el expediente? En general, se argumenta que lo más recomendable es que no se realicen transcripciones y que lo que se diga durante la inspección no forme parte del expediente; de otro modo, mucha de la utilidad de la inspección se perdería como resultado de la inevitable formalidad que conlleva la presencia de un taquígrafo que realice la transcripción.

La inspección en los reglamentos institucionales

El Reglamento de la CNUDMI y el de la CCI no hacen referencia a la inspección del objeto de la controversia, aunque el primero de ellos sí menciona la obligación de las

¹⁷⁸ De hecho, se llegó a un arreglo antes de que esto se llevara a cabo.

partes de facilitar a los expertos que designe el tribunal arbitral toda información relevante para que sea examinada¹⁷⁹. El Reglamento de la LCIA¹⁸⁰, el de la AAA¹⁸¹, y el Reglamento de la OMPJ¹⁸² mencionan expresamente las inspecciones o investigaciones que puede solicitar el tribunal arbitral.

Cada uno de estos reglamentos dispone que las partes pueden asistir a la inspección si lo desean. El Reglamento del CIADI contempla la posible necesidad de que se realice una inspección, establece la facultad del tribunal para "visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él" si el tribunal arbitral lo considera necesario, y solicita la colaboración de las partes en esta tarea, y establece que los gastos que surjan de la inspección formatán parte de los gastos de las partes¹⁸³. El Reglamento de la OMPJ también contempla que se lleven a cabo experimentos y que las partes brinden "documentación básica" y "modelos".

6. AUDIENCIAS

(a) Generalidades

Se ha sostenido en varias ocasiones que lo único malo de los arbitrajes basados sólo en documentos es que no hay muchos. Tales arbitrajes son frecuentes en algunas clases de arbitraje nacional, especialmente en los casos en que el monto de la controversia es menor, como por ejemplo, demandas presentadas por los turistas a los operadores turísticos o los reclamos en virtud de una póliza de seguro. En el contexto internacional, los ejemplos principales de arbitrajes celebrados sólo en base a documentos son los que se realizan de conformidad con el Reglamento de la Asociación de Arbitrajes Marítimos de Londres, en relación con las controversias que surgen de contratos marítimos y documentos relacionados.

Sin embargo, en la mayoría de los arbitrajes comerciales internacionales, es poco frecuente que se concluya el proceso arbitral sin realizar al menos una breve audiencia en la que los representantes de las partes tengan la oportunidad de dirigirse en forma oral al tribunal arbitral y en la que éste pueda solicitar aclaraciones sobre los asuntos contenidos en las presentaciones escritas.

Todos los reglamentos de las instituciones de arbitraje más importantes disponen la realización de una audiencia o de una serie de audiencias a solicitud de cualquiera de las partes o por orden del propio tribunal. Si bien un tribunal arbitral debe dictar el laudo aunque no se realice una audiencia si así fue acordado expresamente por las partes, es poco probable que tal acuerdo esté incluido en una simple cláusula compromisoria en un

¹⁷⁹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 27.2.
¹⁸⁰ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 21.
¹⁸¹ Reglamento de Arbitraje Comercial de la AAA, artículo 33.
¹⁸² Reglamento de Arbitraje de la OMPJ, artículo 50.
¹⁸³ Reglas de Arbitraje del CIADI, regla n° 34(2)(3) y (4).

contrato de comercio internacional; y sería mucho menos probable que existiera incluido en un compromiso arbitral confeccionado luego de que surgió la controversia.

(b) Organización de las audiencias

6-105 Por lo general, las audiencias se celebran en una fecha establecida por el tribunal arbitral, sea a pedido de una de las partes, de ambas o de oficio. Los arreglos administrativos puede realizarlos una de las partes, habitualmente lo hace la demandante con el consentimiento de la otra; el árbitro (o el presidente del tribunal, si el tribunal está formado por más de un árbitro) o el secretario administrativo o registrador, si lo hubiere.

En algunas ocasiones, cuando se trata de arbitrajes institucionales, la propia institución arbitral puede hacerse cargo de los arreglos, por ejemplo, la AAA y la LCIA, pero en otros tipos de arbitrajes (que suelen denominarse arbitrajes semi-institucionales) estas cuestiones quedan en manos del tribunal arbitral y de las partes. La Secretaría de la CCI normalmente estaría dispuesta a hacerlo si se lo solicita el tribunal arbitral.

La tarea de organizar las audiencias en un arbitraje comercial internacional de gran envergadura no debe subestimarse. Ni tampoco su costo. Las audiencias deben celebrarse en una sala adecuada, con salas anexas e instalaciones para el tribunal arbitral y las partes. Es esencial el acceso a una fotocopiadora, líneas de teléfono y de fax y a instalaciones en las que cada parte pueda tipear, verificar y duplicar documentos. Puede ser necesaria la transcripción completa del proceso aunque esto es costoso, particularmente si la transcripción será realizada todos los días. También es necesario hospedar a los testigos, los expertos y a todos los miembros del equipo de cada parte.¹⁶⁴

6-106 Las Notas de la CNUDMI sobre Organización del Proceso Arbitral contienen consejos muy útiles, como se detalla a continuación:

"Conveniencia de celebrar una sola serie continua o varias series separadas de vistas

76. Las opiniones varían sobre si conviene celebrar las vistas en una sola serie seguida o en varias series separadas, especialmente cuando se prevé que se requerirán más de unos días para completar la vista. Según algunos árbitros, todas las vistas deben celebrarse normalmente en una sola serie, aunque dure más de una semana. Otros árbitros tienden a programar en tales casos varias series de vistas. En algunos casos, se separan las cuestiones que deben decidirse, y se asignan a cada una vistas separadas, a fin de completar la presentación verbal de cada cuestión en el plazo asignado. Entre las ventajas de celebrar una sola serie de vistas cabe citar que ello entrañará menos gastos de viaje, que no se olvidará lo tratado y será menos probable que haya cambios en la representación de las partes. Ahora bien, cuanto más dure una serie, más difícil resultará encontrar fechas cercanas aceptables para todos los participantes. Además, las series separadas son más fáciles de programar, dan margen para perfilar las series subsiguientes a la luz de la evolución del caso, y el periodo entre una y otra serie deja tiempo

¹⁶⁴ El tema de los arreglos administrativos de un tribunal arbitral se analiza en mayor profundidad en el capítulo 4, párrafos 4-94 y ss.

para analizar las actas y para negociar entre las partes posibles formas de reducir, mediante acuerdo, los puntos controvertidos".

y:

"Conveniencia de limitar el tiempo total de que dispondrán las partes para presentar sus alegaciones orales e interrogar a los testigos

78. Algunos árbitros consideran útil limitar el tiempo total de que dispondrá cada parte para: a) efectuar sus declaraciones orales, b) interrogar a sus testigos y c) interrogar a los testigos de la otra parte o las partes. En general, se considera apropiado que cada parte disponga del mismo tiempo total, salvo que el tribunal arbitral estime justificado apartarse de esta regla. Antes de decidir, el tribunal arbitral quizá desee consultar con las partes sobre el tiempo que estiman necesitar.

79. Esa planificación del tiempo, siempre que sea realista y justa, y se haga bajo el control ponderado y firme del tribunal arbitral, facilitará la planificación por las partes de la presentación de sus diversas pruebas y alegaciones, reducirá la posibilidad que al final de las vistas falte tiempo, y evitará que algunas de las partes haga un empleo desmesurado de éste."

Representación

6-107 El arbitraje es un proceso de carácter privado que es celebrado entre las partes y los miembros del tribunal arbitral. En consecuencia, las audiencias se realizan en privado y se permite la presencia de terceros ajenos al proceso sólo si las partes prestan su consentimiento.¹⁶⁵ En general, el tribunal arbitral tiene amplias facultades respecto de admitir la representación de las partes. A menos que las partes hayan acordado expresamente que no serían representadas por abogados, un tribunal arbitral siempre permite que las partes sean representadas por un abogado o un equipo de abogados. De hecho, sería riesgoso para un tribunal arbitral no hacerlo ya que, al solicitarse la ejecución del laudo, la conducta del tribunal arbitral puede provocar que la parte vencida argumente que no tuvo una oportunidad adecuada de presentar su caso, aun si las partes fueron tratadas en forma igualitaria en este sentido.

Por lo general, las partes también pueden estar representadas por ingenieros u hombres de negocios para realizar las presentaciones orales e incluso para interrogar a los testigos.

Es frecuente, cuando hay cuestiones técnicas involucradas en el caso, que un ingeniero u otro profesional forme parte del equipo de abogados que representa a una parte en una audiencia, aunque lo más habitual es que dichos expertos sean citados como testigos a fin de que sus opiniones o sus presentaciones puedan ser corroboradas a través de un

¹⁶⁵ La Ley Modelo tal como fue adoptada en la provincia de British Columbia fue modificada y establece que: "A menos que las partes establezcan lo contrario, todas las audiencias y reuniones orales que se realicen en un arbitraje se celebrarán en privado". Ley de Arbitraje Comercial Internacional de British Columbia, artículo 24(5). El Reglamento de la CNUDMI, a su vez, establece que "Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario...". Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 25.4.

6-108 contra-interrogatorio. Sin embargo, en ocasiones puede ser conveniente, y puede ahorrarse dinero si los expertos se dirigen al tribunal directamente en representación de las partes.¹⁶⁶

En 1998, la Corte Suprema de California sostuvo que representar a una parte en un arbitraje celebrado en California era "ejercer la profesión legal" de ese estado. Como consecuencia, un abogado de Nueva York, que no era miembro de la asociación de abogados de California, no pudo representar a su cliente en un arbitraje celebrado en California y, por lo tanto, no pudo obtener sus honorarios cuando reclamó judicialmente su pago.¹⁶⁷ Afortunadamente, la Corte afirmó que esa regla no se aplicaba al arbitraje internacional. En Inglaterra no existe el riesgo, ni nunca ha existido, que ocurra una situación similar.¹⁶⁸ En teoría, una parte que se somete a arbitraje puede ser representada por su plomero, dentista o cualquier persona que la parte elija, aunque casi siempre la persona elegida es un abogado o un consultor especializado en controversias de la industria correspondiente.¹⁶⁹

Un tribunal arbitral no puede excluir a una parte si desea estar presente en la audiencia. Sin embargo, la excepción a este principio general tiene lugar si una de las partes interrumpe la celebración de la audiencia de manera tal que es imposible para el tribunal arbitral continuar con la audiencia en forma ordenada. En este caso, parece ser adecuado que el tribunal arbitral considere que dicha parte no desea participar en la audiencia, lo que permite que continúe el arbitraje sin su presencia (*ex parte*). Sin embargo, en principio, las partes pueden confiar en su derecho a estar presentes y de estar acompañadas por un representante de su elección durante las audiencias.

Reuniones previas a la audiencia

6-109 En los casos extensos y complejos, es beneficioso realizar una reunión o conferencia previa a la audiencia a fin de ahorrar tiempo y dinero en la audiencia principal. Dichas reuniones deberían organizarse de manera eficiente, en lo que respecta al tiempo y al contenido y son entera responsabilidad del árbitro o del presidente del tribunal arbitral. El momento de su celebración es esencial. Si una reunión previa a la audiencia se realiza muy cerca de la audiencia principal, será muy tarde para poder influenciar la "forma" que adoptará la audiencia. Por el contrario, si se realiza con demasiada antelación, el tribunal arbitral todavía no cuenta con la suficiente información sobre todos los temas, ni con las pruebas necesarias para complementar el material presentado por escrito, que le permitan tomar decisiones útiles con respecto a la estructura de la audiencia.

También es esencial que las partes cuenten con un conocimiento previo íntegro de los asuntos que se discutirán en la reunión previa a la audiencia, ya que necesitan considerar

¹⁶⁶ Tanto el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 4) como el Reglamento de Arbitraje de la LCIA (artículo 18) expresan claramente que las partes tienen derecho a ser representadas por personas que no sean abogados.

¹⁶⁷ *Birnboer, Montabano, Condon Frank of The Superior Court of Santa Clara County*, 1998 Cal. Lexis 2; 1998 W.L. 13-16 (Cal. 1/5/98).

¹⁶⁸ Es decir, que solo un miembro de la asociación de abogados local tendría derecho a representar a una parte en proceso judicial o cuasi-judicial.

¹⁶⁹ Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, artículo. 36. Esto reafirma la postura anterior del *Common Law*.

6-110 las cuestiones a ser debatidas y posiblemente discutidas entre ellas antes de reunirse con el tribunal arbitral.

El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha recurrido con frecuencia a este tipo de reuniones. La disposición más relevante al respecto puede encontrarse en el Reglamento del Tribunal que establece:

"El tribunal arbitral puede emitir una orden por la que indique a las partes que se someten al arbitraje que comparezcan para realizar una reunión con anterioridad a la celebración de la audiencia. Dicha reunión se celebrará una vez recibido el Escrito de Contestación. La orden incluirá los temas que serán considerados en la reunión."¹⁷⁰

Como puede observarse, dicha disposición se refiere expresamente a los dos puntos señalados anteriormente: el momento en que debe realizarse la reunión y los "temas que serán considerados". Las Reglas Internas del Tribunal establecen lo que se considera una lista "ilustrativa" de los temas a tratar en una reunión previa a la audiencia principal:

- (a) aclarar los temas presentados y el resarcimiento buscado;
- (b) identificar los temas que serán considerados cuestiones preliminares;
- (c) conocer el estado de las discusiones para llegar a un arreglo;
- (d) determinar si las partes o el tribunal arbitral solicitarán escritos adicionales, como una réplica y una réplica (ver Reglamento del Tribunal, artículo 22);
- (e) fijar un cronograma para la presentación por parte de cada una de las partes que se someten al arbitraje de un resumen de los documentos o una lista de testigos u otras pruebas que pretende presentar (ver Reglamento del Tribunal, artículo 24, párrafo 2);
- (f) fijar un cronograma para la presentación de todo documento, anexo u otra prueba que el tribunal pueda llegar a solicitar (ver Reglamento del Tribunal, artículo 24, párrafo 3);
- (g) determinar si los datos voluminosos y complejos deben presentarse a través de resúmenes, tablas, gráficos, o si deben presentarse sólo partes de ellos a fin de ahorrar tiempo y dinero;
- (h) determinar si el tribunal arbitral desea designar un experto y, de ser así, las calificaciones solicitadas y las facultades que le serán otorgadas; determinar si las partes desean designar expertos, y de ser así, las calificaciones requeridas y las áreas sobre las que el experto debe tener conocimiento;
- (i) identificar los documentos que deberán ser traducidos;
- (j) fijar un cronograma de audiencias;
- (k) cualquier otro asunto que corresponda.¹⁷¹

Reglamento del CIADI modificado

El valor potencial de las reuniones previas a la audiencia principal ha sido reconocido por el CIADI, cuyo Reglamento incluye una disposición al respecto:

¹⁷⁰ Reglas Definitivas de Procedimiento del Tribunal, 3 de mayo de 1983, nota 4 del artículo 15.
¹⁷¹ Informe del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos 18, párrafo 98; publicado en (1983)

"(1) A solicitud del Secretario General o a discreción del Presidente del Tribunal, podrá celebrarse una audiencia preliminar entre el Tribunal y las partes para intercambiar información y estipular los hechos no controvertidos, a fin de que el procedimiento pueda conducirse con mayor rapidez.

(2) A solicitud de las partes, una audiencia preliminar entre el Tribunal y las partes, debidamente representadas por sus representantes autorizados, podrá celebrarse para considerar el objeto de la diferencia a fin de lograr un avenimiento"¹⁹².

La primera parte de esta regla le otorga un rol convencional a la reunión previa a la audiencia: el de asegurar que se ahorre tiempo en la audiencia principal. La segunda parte es menos convencional. Su objetivo es aprovecharse del hecho que las demandas y las demandas reconventionales de las partes tienden a cambiar de forma durante los procesos contradictorios, a medida que cada parte comienza a comprender mejor el caso presentado por la otra parte. Además, dispone que, a pedido de parte, puede celebrarse una reunión previa con el objetivo de intentar llegar a un avenimiento.

La práctica de celebrar reuniones con anterioridad a la audiencia principal fue discutida en la primera Conferencia de la ICCA en Nueva York, en 1986. Curiosamente, en un gran número de países, especialmente la Unión Soviética, Japón y los países árabes en general, esa costumbre era prácticamente desconocida¹⁹³. Casi todos los reglamentos de las principales instituciones de arbitraje no hacían referencia a las reuniones previas a la audiencia principal, aunque claramente un tribunal arbitral tiene la facultad discrecional de convocar una reunión de este tipo (o varias). Una institución de arbitraje que si establece la realización de estas reuniones es la OMPI, cuyo reglamento dispone:

"El Tribunal podrá organizar, generalmente después de presentada la contestación de la demanda, una conferencia preparatoria con las partes a los efectos de organizar y planificar las actuaciones subsiguientes"¹⁹⁴.

(c) Procedimiento en la audiencia

Cada tribunal arbitral aborda la determinación del procedimiento a seguir durante la audiencia de diferente forma. La mayoría tiene el objetivo común de que la audiencia sea lo más breve posible, a fin de cumplir con las apretadas agendas de los árbitros y las partes y para reducir costos.

¹⁹² VII Yearbook Commercial Arbitration 255. El tema de las reuniones previas a la audiencia principal se discute en mayor profundidad en Holzmann, "What an Arbitrator can do to Overcome Delays in International Arbitration" en *Jurivice for a Generation* (ABA, 1985), p. 335 párrafo 340.

¹⁹³ Esta regla fue agregada como regla 21, en reemplazo de la regla 21 anterior (Ujoma del Procedimiento), que pasó a ser la regla 22. Esta reenumeración continúa hasta la antigua regla 37 (Actas) que fue dejada de lado, en consecuencia, desde la regla 37 en adelante las Reglas mantienen la antigua numeración.

¹⁹⁴ "Comparative Arbitration Practice", ICCA Congress Series n° 3 (Kluwer, 1987), pp. 64-67: apartadamente, los representantes confunden las audiencias preliminares con las reuniones previas a la audiencia principal.

¹⁹⁵ Reglamento de Arbitraje de la OMPI, artículo 47.

Sin embargo, la determinación de cuánto es un tiempo razonable para celebrar una audiencia varía notablemente. Antiguamente¹⁹⁵, en los tribunales judiciales ingleses, las audiencias podían durar semanas, lo que causaba grandes inconvenientes y erogaciones de dinero (por no decir molestias) a todos los involucrados¹⁹⁶. Por el contrario, los árbitros que provienen de países que siguen la tradición del *civil law* considerarían que una audiencia que dura más de tres días es extensa. De hecho, muchos árbitros que provienen de jurisdicciones en las que rige el sistema de *civil law* no estarían dispuestos a dedicar más de tres días consecutivos (cinco, como máximo) a la audiencia de un caso en particular. Esto significa que la audiencia debe ser suspendida si no logra completarse en el plazo establecido. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos celebró audiencias de más de dos días sólo en casos muy complejos. En el arbitraje internacional, la tendencia es celebrar audiencias cortas y basarse fundamentalmente en la prueba documental. Este es un paso necesario, en términos de costos y tiempo, en aquellos arbitrajes en los que participan árbitros, abogados, expertos y ejecutivos de compañías que están lejos de su lugar de origen.

Práctica internacional

Otra de las tendencias en el arbitraje internacional es que el tribunal arbitral asuma un rol típico de los sistemas procesales inquisitivos de *civil law* más que del sistema adversarial de los países que siguen la tradición del *common law*. Un árbitro muy experimentado sostuvo que:

"... en la mayoría de los casos es prudente que el tribunal arbitral asuma un rol activo respecto de la presentación de los hechos realizada por las partes. Esto puede lograrse a través de la realización de reuniones previas junto con las partes y, en los casos que corresponda, mediante la emisión de órdenes para solicitar a las partes que presenten una prueba determinada. El arbitraje es más efectivo y más eficiente cuando los árbitros adoptan una postura activa en la búsqueda de dilucidar los hechos, en lugar de simplemente evaluar lo que las partes han elegido presentar. Este enfoque participativo es particularmente útil en los casos internacionales, en los que confluyen partes y árbitros con una formación jurídica y un enfoque sobre la presentación de pruebas muy diferentes. En tales circunstancias, las partes pueden beneficiarse mucho con las indicaciones del tribunal arbitral respecto de lo que espera ver en la audiencia"¹⁹⁷.

Las Notas sobre Organización del Proceso Arbitral de la CNUDMI confirman esta tendencia al disponer que:

¹⁹⁵ Sin embargo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento Civil de Inglaterra de 1998, la extensión de la audiencia está limitada por el valor y la complejidad del caso.

¹⁹⁶ La tradición oral de Inglaterra le debe su origen al "hombre que no está más allá", es decir, el jurado. Los juicios por jurado dieron origen a dos características procesales ineludibles. En primer lugar, una vez que el procedimiento oral ha comenzado, tiene que completarse porque no hay posibilidad real de volver a reunir al mismo jurado semanas, o incluso meses, después. En segundo lugar, a pesar de que los jurados debían ser propietarios, eso no garantizaba que no fueran analfabetos; de allí surge la necesidad de que se lean en voz alta todos los documentos.

¹⁹⁷ Holzmann, *Fact-finding*, *loc. cit.*, Sec. IV, párrafo 6-10.

"80. Los reglamentos de arbitraje dan normalmente amplias facultades al tribunal para determinar el orden de las intervenciones en las vistas. La práctica difiere, por ejemplo, sobre si se permitirá una exposición inicial o una recapitulación final y su grado de detalle; la secuencia en que el demandante y el demandado presentarán sus exposiciones iniciales, alegaciones, testigos y otras pruebas; y sobre si la última palabra la tendrá el demandado o el demandante. Habida cuenta de esas diferencias, cuando no sea aplicable un reglamento de arbitraje, puede favorecer la eficiencia del procedimiento que, con anterioridad a la vista, el tribunal arbitral explique a las partes, al menos en líneas generales, la forma en que dirigirá las mismas".

La práctica general en el arbitraje comercial internacional, dados los plazos estrictos que se establecen, es permitir a cada parte que realice un breve alegato inicial, en el que los abogados asumen que los árbitros tienen pleno conocimiento de los documentos que han sido presentados. Luego, los testigos de cada parte, empezando por los de la parte demandante, ofrecen testimonio. No suele realizarse un interrogatorio del testigo por la parte que los presenta, ya que el testimonio del testigo ha sido previamente presentado por escrito. Sin embargo, es frecuente que se le otorgue a un testigo la oportunidad de complementar su declaración y agregar nuevos puntos, siempre que lo haga en forma breve.

114

Un árbitro internacional inglés muy reconocido lo expresa de la siguiente manera:

"En conclusión, dado que los árbitros suelen ser profesionales muy ocupados y de distintos países, las audiencias orales, por lo general, serán notablemente cortas bajo los estándares ingleses. Su objetivo principal es que los abogados realicen sus alegatos iniciales, interroguen a los testigos presentados por la otra parte y realicen sus alegatos finales, que suelen ser complementados mediante presentaciones escritas posteriores a la celebración de la audiencia..."¹⁰⁸

Interrogatorio de testigos

115 El interrogatorio de testigos es realizado principalmente por el propio tribunal arbitral. Cada árbitro restringe sus preguntas a aquellas que considera esenciales para aclarar o ampliar la información que necesitan para llegar a una determinación. Sería poco frecuente que los árbitros realizaran largos interrogatorios con el propósito de cuestionar la credibilidad de un testigo. Sin embargo, pueden existir casos en que se realizan preguntas específicas a fin de verificar la credibilidad de un testigo, cuando es importante para el caso saber si el testimonio de un testigo es confiable o no. En muchos países que se rigen por el sistema de *civil law*, no se permite que las partes interroguen a los testigos presentados por la parte contraria. Sin embargo, en los arbitrajes comerciales internacionales, casi siempre se da esta oportunidad a la parte que lo solicita.

Los abogados ingleses y estadounidenses casi siempre desean interrogar a los testigos de la otra parte que concurren a la audiencia oral y, en muchos casos, desean cuestionar

¹⁰⁸ Sir Michael Kerr, "Concord and Conflict in International Arbitration" (1997) 13 *Arbitration International* 121 párrafo 126-127; ver también párrafo 1-157.

456

la credibilidad o la calidad de sus afirmaciones. Sin embargo, los árbitros que provienen de países que se rigen por el sistema de *civil law* no están acostumbrados a este tipo de procedimiento. Consideran que es vergonzoso (si no salvaje) que se someta a un testigo a un ataque en la audiencia arbitral. Los abogados que provienen de países que siguen a tradición del *common law* deben tenerlo en cuenta a la hora de decidir si interrogarán a un determinado testigo y, en caso de hacerlo, deben decidir la forma en que realizarán el interrogatorio. Realizar contra-interrogatorios extensos ante tribunales arbitrales cuyos miembros provienen mayoritariamente de países que siguen la tradición del *civil law* suele ser contra-productivo.

En ocasiones, se excluye a los testigos de la audiencia hasta que presentan su testimonio, aunque habitualmente esta práctica se deja de lado por acuerdo de partes, por consideración hacia los testigos que en ocasiones deben esperar en los hoteles hasta que llega su turno. Mucho depende de si las partes tienen la posibilidad de verse perjudicadas por la presencia de un testigo mientras deponen el testigo presentado por la otra parte para prestar testimonio sobre el mismo tema.

Si se realiza una transcripción, las partes pueden acordar que los testigos tengan la oportunidad de rectificar el acta, ya sea mediante los representantes de las partes o directamente ante el secretario administrativo del tribunal arbitral. Sin embargo, la transcripción sólo puede corregirse para reflejar lo que el testigo dijo realmente y no lo que quiso decir.

Nuevamente, las Reglas sobre Presentación de Prueba de la IBA confirman los principios adoptados por muchos tribunales arbitrales internacionales. El artículo 8 de dichas Reglas dispone lo siguiente:

"1. El Tribunal Arbitral tendrá, en todo momento, el control completo de la Audiencia de pruebas. El Tribunal Arbitral podrá limitar o excluir cualquier respuesta a las preguntas formuladas o la comparecencia de un testigo (que para los efectos de este artículo, incluye los testigos de hecho y los Expertos) si considera que tal pregunta, respuesta o comparecencia resulta irrelevante, imprecisa, gravosa, duplicativa o que está cubierta por uno de los motivos de objeción establecidos en el artículo 9.2. Las preguntas a los testigos durante el interrogatorio directo y las re-preguntas no podrán ser excesivamente inducidas, a menos que así lo autorice el Tribunal Arbitral.

2. Por lo general, corresponde al Demandante presentar en primer lugar los testimonios de sus testigos seguidos por la presentación de los testimonios de los testigos del Demandado y, dado el caso, por la presentación de la refutación de los testigos del Demandante. Una vez presentados los testimonios directos, cualquiera de las Partes podrá contra-interrogar a los testigos, en el orden que determine el Tribunal Arbitral. La Parte que presentó inicialmente a los testigos tendrá de manera subsiguiente la oportunidad de formular preguntas adicionales sobre los asuntos que surgieron durante el cuestionario de las otras Partes. El Tribunal Arbitral, a solicitud de alguna de las Partes o de oficio, podrá variar el orden propuesto para desarrollar la Audiencia, incluyendo la organización de los testimonios por materia o de forma tal que los testigos de las diferentes Partes puedan