

Coordinadores
Carlos Alberto Soto Coaguila
Delia Revoredo Marsano de Mur

ARBITRAJE INTERNACIONAL PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Libro Homenaje a
Bernardo Cremades e Yves Derains

TOMO II



ARBITRAJE INTERNACIONAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Libro Homenaje a

BERNARDO CREMADES E YVES DERAIS

ARBITRAJE INTERNACIONAL PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Libro Homenaje a
BERNARDO CREMADES E YVES DERAINS

Tomo II

Coordinadores

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DELIA REVOREDO MARSANO DE MUR

Asistentes

ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO
PABLO SEGUNDO ESTEBAN TELLO
VIKY LIZETH COBA MACEDO
MAGDA CASTILLO NUÑEZ

INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE
LIMA - 2013

ARBITRAJE INTERNACIONAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

LIBRO HOMENAJE A BERNARDO CREMADES E YVES DERAINS

Tomo II

Primera edición, marzo de 2013

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA EDITORIAL.

© Copyright 2013 : Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Av. San Felipe N° 540, Dpto. 1503
Jesús María - Lima - Perú
Telf. (511) 461-6533 / 461-6530
informes@peruarbitraje.org
www.peruarbitraje.org

© Copyright 2013 : Carlos Alberto Soto Coaguila
© Copyright 2013 : Delia Revoredo Marsano de Mur

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
Telf. (511) 531-4658
grandez@grandezgraficos.com
www.grandezgraficos.com

DIAGRAMACIÓN Y PORTADA:
Alan Omar Bejarano Nóblega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-04748

Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

COLABORADORES

Alemania

Fabian von Schlabrendorff

Argentina

Diego Brian Gosis

Julio César Rivera

Bélgica

Bernard Hanotiau

Bolivia

Fernando Aguirre B.

Brasil

Arnoldo Wald

Gilberto Giusti

Ricardo Dalmaso Marques

Renato Stephan Grion

Canadá

Henri Álvarez

Mónica Jiménez González

Chile

Alejandro Romero Seguel

Colombia

Daniel Posse Velásquez

Pedro Miguel Álvarez Giraldo

Juan Pablo Cárdenas Mejía

Costa Rica

Luis A. Guillen Downing

Cuba

Narciso A. Cobo Roura

Ecuador

Roberto Illingworth

EE. UU.

Andrés Rigo Sureda

Arif Hyder Ali

Henry Guy Burnett

Cristina Ferraro

Bernardo M. Cremades, Jr.

Alejandro I. Cremades

Daniel E. González

María Eugenia Ramírez

Daniel E. Vielleville

J. Eloy Anzola

William K. Slate II

Luis M. Martínez

Mauricio Gomm Santos

Quinn Smith

Silvia Marchili

El Salvador

Salvador E. Anaya Barraza

España

Álvaro López De Argumedo
Juliana De Ureña
Antonio María Lorca Navarrete
Domingo Bello Janeiro
Faustino Cordón Moreno
Javier Díez-Hochleitner
Iván Heredia Cervantes
Jesús Remón
Jose Fernando Merino Merchán
José María Alcántara González
Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor
Juan Carlos Calvo Corbella
Juan Fernández-Armesto
Julio González-Soria
María Marcos González
Montserrat Guzmán Peces
Pilar Perales Viscasillas
José Carlos Fernández Rozas

Francia

Alexis Mourre
Eliseo Castineira
Emmanuel Gaillard
Fernando Mantilla-Serrano
Philippe Pinsolle
Francisco Victoria-Andreu
José-Manuel García Represa
Ana Carolina Simões E Silva
José Rosell
María Beatriz Burghetto

Guatemala

Álvaro Castellanos Howell

Inglaterra

Martin Hunter
Javier García Olmedo

Italia

Antonio Crivellaro
Giorgio Bernini

México

Carlos Loperena Ruiz
Francisco González De Cossío
Fernando Estavillo Castro
Hernany Veytia
Leonel Pereznieto Castro
Claus von Wobeser

Panamá

Margie-Lys Jaime Ramírez
Tomás H. Herrera D.

Perú

Carlos Alberto Soto Coaguila
Cecilia O'Neill De La Fuente
Felipe Osterling Parodi
Alfonso Rebaza González
Fernando De Trazegnies Granda
Jaime Dupuy Ortiz De Zevallos
Julio César Guzmán Galindo
Natale Amprimo Plá
Delia Revoredo Marsano de Mur

Portugal

José Miguel Júdice

Suiza

Anne Véronique Schlaepfer
Anne-Carole Cremades
Xavier Favre-Bulle
Edgardo Muñoz

Ucrania

Olena S. Perepelynska

Uruguay

Ricardo Olivera García
Alejandro Santi Estefan
Paul F. Arrighi

Venezuela

Andrés A. Mezgravis
Yaritza Pérez Pacheco
Elizabeth Méndez Salom

Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La fase inicial del procedimiento. 3. Algunas reglas para el comportamiento de los árbitros. 4. Decisiones del tribunal arbitral antes del laudo final. 5. Los árbitros en la audiencia. 6. Después de la audiencia hasta el laudo final. 7. La redacción de la sentencia arbitral. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

He decidido elegir este tema pues en un libro de homenaje a BERNARDO CREMADES y YVES DERAINS creo que no podría haber otro mas adecuado. CREMADES y DERAINS son ejemplos en el mundo real de lo que debe de ser un árbitro. Mucho de lo que sigue está basado en lo que he leído escrito por ellos o en la experiencia de participación como abogado, co-arbitro o presidente de tribunales arbitrales con ellos.

La finalidad de cualquier procedimiento de arbitraje es alcanzar una buena sentencia arbitral. A su vez, una buena sentencia es aquella que (i) solventa el litigio, (ii) con efecto de cosa juzgada, (iii) aplicando adecuadamente la ley y el contrato, (iv) respetando las normas jurídicas obligatorias, (v) tras un juicio justo, donde las reglas del *due process* hayan sido respetadas y (vi) con carácter *enforceable* en los países en los cuales existan medios que garanticen la concretización de la decisión arbitral, y en su caso el eventual incumplimiento por las partes.

Se puede decir que la obtención de una buena sentencia comienza con la elección de los abogados que van a acompañar la causa¹. Sin una buena *ad-*

(*) Socio Fundador de PLMJ y Coordinador del área de arbitraje, antiguo Presidente del Colegio de los Abogados de Portugal, miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de CCI y de la lista de árbitros y conciliadores de CIRDI

¹ O en el momento de la redacción de la cláusula arbitral, ya que una cláusula patológica va a enfermar todo el procedimiento, aunque no lo destruya o impida de concretizarse.

vocacy, las probabilidades en lograr alcanzar una buena sentencia son mucho menores. Pero hay que decir que la elección de los árbitros es un momento esencial a la buena decisión de la causa. Árbitros incompetentes en las cuestiones jurídicas y de hecho que les sean sometidas, poco trabajadores, sin tiempo disponible para dedicar al proceso, sin experiencia, que no sean independientes o imparciales, solamente por algún improbable acaso producirán una buena sentencia arbitral.

Esta reflexión² no abordará la fase inicial del proceso arbitral, pero se inicia en el momento en el que los dos co-árbitros han elegido ya el árbitro presidente (o este haya sido nombrado por la entidad responsable para ello), con lo que, constituido el tribunal arbitral, el proceso comenzará.

2. LA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO

Puede suceder que los árbitros se conozcan, hayan estudiado en la misma universidad, participen juntos en encuentros, seminarios y congresos o hayan trabajado juntos en procesos arbitrales en la calidad de abogados, árbitros o peritos legales.

Sin embargo, y sobretodo en arbitrajes internacionales, es bastante probable que los co-árbitros³ no se conozcan, más allá de lo que resulte de sus respectivos currícula vitae. Así mismo, una tarea esencial es que los árbitros que van a trabajar juntos puedan lograr obtener, gradualmente, un elevado grado de cohesión.

Por eso, para lograr obtener, al final, una buena sentencia arbitral, todo se deberá empezar a preparar cuando los árbitros reúnen o intercambian puntos de vista por primera vez y los requerimientos y documentos de las partes les son remitidos. En esta fase, el Presidente empezará a tratar de entender que tipo de tribunal tiene que dirigir y como deberá hacerlo. También en este momento se deberá iniciar una percepción lo más clara cuanto posible sobre los puntos de vista de las partes y una definición rigurosa sobre las cuestiones legales y de hecho esenciales.

Esta tarea no es fácil, pero lo mejor es que comience a concretizarse desde el inicio del proceso arbitral. Naturalmente, cada una de las partes va a presentar sus puntos de vista con el máximo de parcialidad que sea compatible con la necesidad de evitar el riesgo de perjudicar la credibilidad de tesis defendida. La lógica y la fuerza del principio del contradictorio y de la igualdad de armas

² Originariamente preparada para el 1^{er} Curso de Formación Avanzada en Arbitraje, realizado por ICC con grande éxito en Junio de 2011, en S. Paulo, Brasil.

³ Así como el árbitro presidente, si no es elegido por ellos.

van a permitir al Tribunal Arbitral acceder a puntos de vista contrastantes y, por regla general, incompatibles, lo que ayudará a alcanzar una buena decisión.

La existencia de posiciones contrastantes y antagónicas de las partes, todavía, no es suficiente. Es esencial que los árbitros se sometan ellos mismos al efecto del contradictorio: que analicen el punto de vista de una parte y después de la otra, para que puedan beneficiar de la percepción que surge de distintas miradas sobre los hechos y de interpretaciones diversas del derecho aplicable.

Este es un buen método para evitar los errores de que pueda enfermar el proceso decisorio. Esta regla práctica, aparentemente evidente y fácil de seguir, no siempre se concretiza en todos los tribunales arbitrales. Incluso, sin referir situaciones patológicas en las que los árbitros no son independientes ni imparciales, cualquier inclinación favorable a quien le nombró⁴ lleva a que, conciente o inconcientemente, el espíritu de algún o algunos árbitros no esté realmente preparado para considerar la controversia como un campo abierto a soluciones variadas y discordantes.

Sin embargo, más allá de ello, el Tribunal Arbitral es un órgano colegial. Beneficiando de la interacción de tres personas, a menudo con culturas jurídicas y experiencias distintas y que, en algunos casos, pueden tener predisposiciones relativas al caso que sean contradictorias o, por lo menos, difícilmente superables. Es probable que así sea, por lo menos, hasta un cierto punto, sin que se pueda considerar la situación patológica. Cuando un *counsel* o una parte elige uno de los co-árbitros, tiene frecuentemente el cuidado de elegir alguien que, en lo que concierne a las cuestiones legales, no sea intelectualmente hostil al punto de vista que más conviene a la parte en cuestión y que sobre la materia de facto tenga una predisposición favorable que, en todo el caso, no afecte la independencia del co-arbitro pues que eso sería altamente nefasto y contraproducente. Así, cuando el Tribunal empieza trabajando, el Árbitro Presidente ya sabe, o debe al menos convenir, que cada uno de los co-árbitros necesita de ser integrado en el colectivo de forma a que se favorezca la constitución de un equipo de trabajo unido.

La cuestión es, por lo tanto, saber como conseguir entonces que la unidad y cohesión del Tribunal se construyan, se mantengan y duren hasta el final. Como resultado, y más veces de lo que sería deseable, existe – sobre todo en arbitrajes con árbitros poco experimentados – una tendencia para optar por el *splitting the baby*, con sentencias salomónicas que permitan un consenso entre todos los árbitros, obviando el “riesgo” de la *dissenting opinion* y intentando agrandar, al menos parcialmente, a todos. Esta tendencia es muy nefasta al

⁴ Incluso, DERAINS afirma que es esencial aprovechar las situaciones para probar “each other’s independence from the start of the case”.

instituto del arbitraje, ignorando la voluntad de las partes (que determinarían un proceso arbitral y no una mediación que así sería vinculativa) y afectando el derecho y la justicia.

En el plan de la estrategia militar y de la teoría de los conflictos, se suele decir que solamente logra alcanzar y construir una buena paz quien esté preparado para llevar a cabo una (buena) guerra. Este paradigma puede y debe aplicarse al tema que estamos desarrollando. El árbitro presidente solamente alcanza un consenso si está dispuesto – y los co-árbitros lo sepan – a una decisión que no sea unánime y que, en el límite y caso sea legalmente posible, no sea acompañada por ningún de los demás árbitros.

El tribunal arbitral es una entidad colectiva, en la cuál los aspectos psicológicos y comportamentales son determinantes. Debe intentarse que entre los árbitros se desencadenen procesos virtuosos que acentúen la cohesión y el sentido de participación o de contrario –caso algún árbitro se deniegue– aislen quien no desea, no puede o no sabe actuar de acuerdo con las reglas fundamentales del sistema. De lo que se trata, al final, es principalmente lograr que cada uno de los árbitros se sienta más próximo del colectivo arbitral que del abogado que lo designó o de la parte que probablemente lo ha aprobado por sugestión del abogado.

3. ALGUNAS REGLAS PARA EL COMPORTAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Pero eso no es bastante. Del punto de vista de los co-árbitros la cuestión es un poco distinta. El co-árbitro debe anhelar a que sus puntos de vista, lo que supo comprender, o lo que entiende deber ser relevado, sea perceptible para sus compañeros del tribunal y, en especial, para el árbitro presidente.

Para que todo eso sea tangible, existen algunas reglas de naturaleza práctica, que sostienen de todos modos las reglas contractuales y legales y que exprimen los deberes de conducta que no pueden ser jamás olvidados. Así, en lo que se refiere al co-árbitro, es fundamental que el mismo sea: (i) constructivo, (ii) serio, imparcial y independiente y que parezca que efectivamente lo es, (iii) que no desperdicie argumentos en ofensivas de menor importancia, mediante los cuales solamente desgastará su imagen; (iv) que sepa “presentir” el árbitro presidente; (v) que revele ser, y sea efectivamente, leal al tribunal arbitral; y (vi) que domine perfectamente el caso, en su vertiente legal y factual.

El co-árbitro debe sobre todo estar apto para articularse con el árbitro presidente. De nada sirve un co-árbitro muy inteligente, con una enorme capacidad de trabajo y experiencia, con densidad científica eminentemente superior, si el estilo de sus relaciones humanas, su forma de comportarse en el colectivo, su forma instintiva de tratar con los otros, provocaren la pérdida

de la oportunidad de crear empatía con el árbitro presidente. Y la empatía puede perderse de muchas maneras, desde el exceso de presunción hasta la insoportable humildad, desde la divergencia auto-suficiente hasta la constante conformidad.

Un co-arbitro debe tener el coraje de la coherencia, la delicadeza de la modestia, la voluntad de la cooperación, el equilibrio en la conformidad y en la discordancia. Debe ser una persona abierta y maleable, que no se aisle en sus posiciones que nunca llegarán a consenso, pero también debe ser una persona con capacidad de demostrar sus propias convicciones. En esto, como en todo que se relaciona con un procedimiento arbitral o judicial, es la materia de hecho y no los argumentos que determinarán el desenlace del procedimiento. Tener y expresar opiniones que la materia de hecho no (o todavía no) comporta es un riesgo que no se puede tener. Sin embargo, la clareza de la materia de hecho debe provocar la sustentación con determinación de la solución legal que mejor se ajusta a la realidad demostrada.

Por su turno, el árbitro presidente también no puede olvidar algunas reglas esenciales para delimitar y orientar su comportamiento. Así debe (i) ser completamente independiente y imparcial; (ii) dominar en absoluto el proceso, conociendo con pormenor y rigor la materia de hecho y de derecho; (iii) establecer una relación personal de lealtad y confianza –y se posible de amistad– con los co-árbitros, (iv) indagar y percibir en que medida los co-árbitros son efectivamente imparciales y actuar en conformidad; (v) dar a los co-árbitros la oportunidad y la seguridad de escucharlos; (vi) conciliar la modestia con la autoridad.

Para cualquier persona que tenga a su cargo el deber de liderar un grupo humano en acción, los aspectos psicológicos y comportamentales son esenciales. Es difícil ganar la confianza de los demás y es muy fácil disiparla. El árbitro presidente necesita construir *auctoritas* sobre una base de *potestas* que resulta del cargo que le fue atribuido. Caso no sea apto para hacerlo, difícilmente consigue la legitimidad de la aceptación indiscutible que añade a la legitimidad que resulta de las normas legales y contractuales que demarcan su función.

Por lo demás existe una pequeña y sencilla regla que puede añadir muchísimo a la eficacia del trabajo, ampliar la conciencia y el conocimiento del caso y sus especificidades, además de permitir que el tiempo de maduración de la sentencia crezca, aunque eso no perjudique la efectividad de la decisión en el plazo más corto posible. Es, sencillamente, la preparación de la parte expositiva de la sentencia (identificación de la partes, síntesis de las posiciones que sostienen, el historial del proceso y las cuestiones esenciales a decidir) en el decurso del procedimiento y con antelación en relación a la producción de

prueba testimonial. Esta regla, escasas veces practicada por los árbitros poco experimentados o con falta de tiempo y sin apoyo, es de la mayor utilidad puesto que posibilita ir comunicando con los co-árbitros y recibiendo sus *inputs* en el decurso de la etapa procesal en la que incumbe esencialmente a las partes hacer su trabajo.

Durante el procedimiento arbitral pueden suceder situaciones de difícil o imposible predicción. Tales situaciones deberán ser enfrentadas por el Tribunal Arbitral con cohesión y siempre añorando el respeto por las reglas esenciales del *due process*, las cuales constituyen un límite a los poderes de los árbitros. La prudencia manda, en caso de duda, que se actúe en términos tales que aseguren, aunque por exceso, la igualdad de armas entre las partes, el respeto por el principio del contradictorio, la negación del efecto sorpresa y la posibilidad de cada una de las partes en presentar plenamente su caso. Obviamente, se deberán ponderar también con precaución eventuales normas legales imperativas que –en el caso de su violación– puedan generar la anulación del laudo o la imposibilidad de su ejecución. La eficacia exige, de otra parte, que el Tribunal no permita abusos que bloqueen o imposibiliten la gestión del procedimiento. El objetivo de los árbitros deberá ser el de lograr un equilibrio entre estos dos impulsos, y, a ese efecto, la experiencia acumulada por ellos es un valioso auxiliar.

4. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL ANTES DEL LAUDO FINAL

El tribunal arbitral puede ser llamado a tomar decisiones antes de la sentencia final por diversos motivos. Es el caso evidente de las sentencias parciales, pero puede suceder más que ello, por cuestiones de organización y logística procesales, pedidos de cooperación al poder judicial para producción de prueba, protestas de los abogados con respecto a actitudes de la contraparte, etc. Estas cuestiones son muchas veces perfectamente razonables y legítimas, resultando de preocupaciones o dudas, las cuales, una vez resultas o aclaradas, aumentan la eficacia del proceso y la cooperación entre las partes y el tribunal. En algunas situaciones, sin embargo, la situación es otra. Es lo que pasa cuando una de las partes tiene como estrategia la destrucción del proceso arbitral y la creación de motivos, verdaderos o falsos, para intentar alcanzar la anulación o la inviabilidad de la ejecución en las jurisdicciones en donde existan activos que permitan la cobranza del valor de una eventual condena.

Estas situaciones constituyen una prueba por la que el tribunal arbitral debe pasar⁵. En primer lugar, porque permiten reforzar o constatar la invia-

⁵ Incluso, DERAIS afirma que es esencial aprovechar las situaciones para probar “each other’s independence from the start of the case”.

bilidad de cohesión interna del tribunal. En segundo lugar, porque permiten demostrar la falta de independencia e imparcialidad de un o más árbitros. Por otra parte, por lo menos en algunas situaciones, pueden transmitir algún tipo de información sobre la posible tendencia de los árbitros, y en particular, del presidente, con respecto a las cuestiones de fondo. Finalmente, porque pueden destruir la viabilidad de una sentencia ejecutable o reforzar la probabilidad de que los tribunales estatales lo acepten, no anulando o confirmando la ejecución, dependiendo del caso.

Por todos estos motivos, las fases en las que el tribunal está más expectante (en el caso de las arbitrajes CCI, entre la firma de la Acta de Misión y el inicio de la audiencia final) pueden ser esenciales a la obtención de una buena decisión. Para ello, es muy importante que los árbitros sientan el deber de la independencia y imparcialidad en el caso concreto, y que no cometan el error de soportar o apoyar las posiciones de una de las partes que no tengan sentido o que manifiestamente desagraden al presidente porque cuestionan su capacidad de liderar el proceso o su seriedad; al contrario, si suceden situaciones de este tipo, el co-árbitro deberá aprovecharlas para demostrar su "fidelidad" al tribunal arbitral y no a la parte o al abogado que lo haya nombrado. El árbitro presidente, más allá del deber de aprovechar estas situaciones para profundizar el conocimiento de los demás árbitros y, en cierto modo, probar su respectiva independencia y imparcialidad y el sentido de cooperación de los co-árbitros, necesita reforzar su *auctoritas* en esas situaciones y no fragilizarla con reacciones, aunque comprensibles, que demuestren incapacidad de liderazgo del procedimiento.

5. LOS ÁRBITROS EN LA AUDIENCIA

Tarde o temprano, llega la audiencia. La forma como los árbitros actúan en ella constituye un factor relevantísimo a la buena decisión final. Esta es la ocasión en la que las partes, sus abogados y los árbitros estarán juntos por primera vez, de forma continuada y sujetos a las tensiones naturales de las audiencias. La aceptación indiscutible de la sentencia, la cual permitirá la pacificación socio-psicológica de las relaciones jurídicas en crisis, dependerá en larga medida de la forma como transcurre la audiencia.

La calidad de la sentencia también depende del modo como transcurre la audiencia, incluso cuando los documentos son muy relevantes, el derecho aplicable suficientemente claro y las declaraciones escritas de los testigos y peritos esclarecedoras. La interacción entre los árbitros –la cual hasta este momento ocurre en el silencio y confidencialidad de sus reuniones y *conference calls* restringidas– se hace transparente y pública, delante de los abogados, partes, testigos y peritos, todos ellos atentos a las más sutiles señales del tribunal

o de algún de los árbitros, sean comentarios, preguntas o hasta expresiones faciales significativas.

Por todo ello, el papel del árbitro presidente en la audiencia es más importante todavía, y el mismo debe tomar precauciones especiales de forma a que ninguna de sus reacciones o actitudes pueda atraicionar su opinión, provocar dudas sobre su imparcialidad y independencia a quienes lo observan, o convencerlos que no domina adecuadamente los hechos y el derecho aplicable o que no tiene conocimiento riguroso del proceso. También los co-árbitros deberán tomar precauciones, pues en esta ocasión el árbitro presidente – conciente o inconcientemente – los pondrá a prueba frente a quienes los han nombrado. Revelar independencia y imparcialidad es tremendamente más sencillo cuando nadie está presente que ante aquellos que los nombraron y que, naturalmente, quieren sentir que “su” árbitro es favorable o al menos predispuesto a una de las partes.

La cuestión de las preguntas formuladas a los testigos y peritos, o incluso a los abogados, es un tema clásico del núcleo central en este ámbito. Sucede frecuentemente que el co-árbitro ayude a aclarar la posición de quien lo ha nombrado y que sea capaz de hacer entender a los colegas del tribunal arbitral la posición de esa parte, y esto es usualmente considerado como normal. Sin embargo el árbitro deberá hacerlo sin fragilizar su imagen antes los otros árbitros y también sin incumplir los valores éticos que lo deben sustentar. En este ámbito existe algo de esquizofrenia y el arte de no ultrapasar las fronteras en un o en otro sentido –evitando simultáneamente del desinterés y el exceso de interés en las declaraciones de la posición de la parte que lo nombró– es de sobremanera uno de las más importantes aspectos para evaluar la calidad del co-árbitro.

Mi entendimiento es que el árbitro presidente debe reducir al mínimo sus intervenciones para pedir aclaraciones adicionales durante las declaraciones de los testigos y incluso –aunque yo crea que en esta situación se debe aceptar un activismo más marcado– a peritos. El arbitraje es un proceso de partes, regla general representadas por abogados calificados y experimentados; por lo tanto no tiene mucho sentido el activismo por parte del tribunal arbitral para lograr aclaraciones de los hechos no logradas por los abogados.

Como en todas las reglas, todavía, hay excepciones, y la búsqueda de la verdad substantiva es natural en el proceso arbitral. Así mismo, a veces el árbitro presidente debe intervenir para que no queden equívocos o para aclaración en el caso de que considere que las respuestas no fueron claras. Lo deberá hacer, sin embargo, con precaución y buscando que ese procedimiento suceda de forma substancialmente idéntica con los testigos de ambas las partes.

Ya con respecto a los co-árbitros, se deberá admitir un activismo más acentuado, evitando, sin embargo, la creación, como resultado, de una sensación de parcialidad, de que el árbitro se comporta como un abogado de recurso que intenta corregir las fallas o insuficiencias del abogado del caso. Además, deberá ser capaz de pedir aclaraciones sin tener el espíritu del abogado de la parte que, como regla, no debe formular preguntas a las cuales no sepa cual va a ser respuesta, para evitar el riesgo de empeorar su causa, y así dar al testigo la oportunidad de parecer más creíble por haber resistido a la prueba del *cross examination*.

6. DESPUÉS DE LA AUDIENCIA HASTA EL LAUDO FINAL

Terminada la audiencia, entramos en la fase crucial del trabajo del tribunal arbitral – la de los debates que conducen a la decisión final. Este trabajo, como he dicho, puede y debe ser preparado a lo largo de todo el proceso, primeramente permitiendo a los árbitros que se conozcan, ganen confianza recíprocamente, y se den cuenta si algún o algunos no son, y en que medida, imparciales. A lo largo del proceso, se debe crear la costumbre de las decisiones colectivas. Como anteriormente ya mencionado, es importante que en esta fase el árbitro presidente haya preparado la parte expositiva de la sentencia y definido las cuestiones fundamentales de hecho o de derecho, a las cuales el tribunal deberá responder. Idealmente, el árbitro presidente tendrá estas cuestiones de fondo definidas y compartidas con los co-árbitros antes del inicio de la audiencia, sobretodo si durante el proceso los mismos hayan demostrado fidelidad al tribunal, cohesión del grupo, imparcialidad e independencia.

Mi experiencia demuestra que es muy útil que poco después de la audiencia se realice una primera reunión entre los árbitros para comenzar a debatir el caso. Esta opción es tremendamente importante en los arbitrajes internacionales, pues la reunión física de los árbitros no es, regla general, fácil, por lo no se debe desperdiciar la oportunidad del dialogo presencial. Es cierto que, regla general, en este momento las alegaciones finales de las partes no fueron todavía producidas por escrito⁶. Las ventajas, sin embargo, de la reunión presencial son superiores a sus inconvenientes o riesgos. Además, según la experiencia, permite los comentarios y opiniones “calientes” de los árbitros, inmediatos al sucedido, más espontáneos y constructivos que si fueron en reunión posterior.

⁶ También por esta razón, favorezco la producción de alegaciones verbales en arbitrajes internacionales, en el final de la audiencia, aunque que después sean presentadas alegaciones finales escritas.

En esta reunión, regla general, es posible acordar las líneas generales de las respuestas a las cuestiones en análisis. Esto sucede muchas veces con las cuestiones de derecho (sobretudo cuando los árbitros vienen de jurisdicciones diversas y ninguna de ellas se relaciona con el derecho aplicable). Hasta el acuerdo de líneas generales ya facilitará la pesquisa final y la fundamentación jurídica definidora de la sentencia por parte del árbitro presidente. Muchas veces también, sin embargo, lo mismo sucede con las cuestiones de hecho, sobretudo cuando la conclusión en un o en otro sentido depende de la credibilidad relativa de los testigos y de la relación entre lo que dicen los documentos y la forma con los han entendido las partes o los testigos.

En la secuencia de esta reunión, el árbitro presidente debe hacer una especie de acta escrita, en la cual enumere resumidamente las cuestiones analizadas y las respuestas que sobre ellas obtuvo de los co-árbitros, con una fundamentación resumida. Este documento deberá ser considerado *work in progress*, lo cual, a través varias aproximaciones sucesivas, se va convirtiendo en el esqueleto de la parte deliberativa de la sentencia. El acta deberá mencionar las cuestiones acordadas, las no consensuales o aquellas que todavía no están maduras.

Creo que este proceso asegura la optimización entre la necesidad de un liderazgo y de una dinámica fuerte del árbitro presidente con una franca adhesión a la idea del colectivo y de la cooperación de cada uno de los árbitros. En la práctica, se trata de un método de aproximaciones sucesivas en el que la coherencia lógica del proceso va ella misma ayudando a aumentar las zonas de consenso sin perjudicar el principio fundamental de que la decisión arbitral no es una decisión de mediación. Los árbitros deben buscar el máximo denominador común posible, y nunca el mínimo denominador común, lo cual significa, regla general, una denegación de justicia.

Evidentemente, en el mundo real, a veces –incluso con árbitros imparciales e independientes, y más cuando uno o más no lo son– no es viable una solución justa a la que todos los árbitros adhieran. En este tipo de situaciones, es esencial que el árbitro presidente no olvide que es preferible una decisión por mayoría, o incluso tomada por sí mismo solamente, que el precio a pagar para evitar un voto de vencido, cediendo en cuestiones esenciales y destruyendo la misión del tribunal arbitral. En estas situaciones, el árbitro presidente tiene de forma evidente un poder tanto más fuerte cuanto más claro sea para los demás co-árbitros que no irá ceder en lo que es su convicción, solamente para “comprar” una decisión unánime. Esta regla, no obstante, deberá ser entendida y aplicada con sensatez y adecuación, pues muchas veces se justifica un esfuerzo de consenso que, sin afectar los deberes funcionales y la conciencia del árbitro presidente ni colocar en peligro el núcleo o la esencia de la deci-

sión, permita alguna acomodación con preocupaciones legítimas de uno o más árbitros. Este complejo y delicado esfuerzo, característico de los árbitros experimentados, se insiere perfectamente en la lógica inherente a la justicia arbitral, la cual es genéticamente una “justicia de comerciantes”.

A veces, desafortunadamente, los procedimientos arbitrales no pueden decorrer con la normalidad esperada, porque uno o dos co-árbitros no han aceptado ser nombrados a la vista de la resolución del litigio y su pacificación. Al contrario, a veces aceptan el nombramiento con el fin de contribuir a que no se pueda hacer justicia, dejándose instrumentalizar al interés de una de las partes que pretende boicotear el arbitraje (a pesar de haberla aceptado como forma de resolver el litigio) o por lo menos crear condiciones para, posteriormente, posibilitar la anulación de la sentencia o impedir su confirmación para ejecución en otros países. Estas situaciones son típicas de árbitros demasiado parciales, hasta “terroristas”, para utilizar un término internacionalmente estabilizado.

Pueden suceder situaciones menos graves pero que a pesar de ello provoquen dificultades serias. Así es el caso de los árbitros que no tengan tiempo debido al exceso de trabajo, que no sean competentes o calificados, que acepten un arbitraje que va a realizarse en un idioma que no dominen o que sean simplemente perezosos. Existen también situaciones en las que, durante el procedimiento, los árbitros se incompatibilizan entre sí y/o con los abogados de una de las partes.

En todas estas situaciones, la experiencia y la determinación del árbitro presidente es esencial. Deberá actuar con toda la diplomacia para lograr que la cohesión del tribunal sea la máxima posible, considerando las circunstancias. Todavía, en situaciones límite, la única solución es asumir la dirección del procedimiento de forma más autónoma y menos compartida, tener atención y cautela redoblada para que nada suceda que pueda afectar las condiciones de ejecución de la sentencia arbitral y deberá mantener el árbitro o los árbitros en los cuales perdió la confianza alejados de las informaciones, para impedir que una de las partes sea favorecida, debido a la falta de independencia del árbitro que haya nombrado, en relación a la parte que respectó y aceptó las reglas del juego, y de este modo, quedó sin posibilidad de obtener (incluso ilegalmente) informaciones privilegiadas.

Es verdad que las situaciones patológicas pueden ser tan graves que hasta el Presidente más experto, prudente, diplomático y determinado, no logra superar y resolver el problema. Pero estas situaciones son bastante excepcionales. Por ello la elección del árbitro presidente por las partes, abogados o co-árbitros es una decisión crucial y de la cual depende no solamente una

buena decisión sino también y antes de ello, la existencia misma de una decisión en tiempo útil.

7. LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL

La redacción de la sentencia arbitral que se sigue a los debates entre los árbitros anteriormente referidos puede ser un trabajo colectivo, pero es esencial que sea coordinado y unificado por el árbitro presidente. En determinadas situaciones puede ser muy útil a una buena sentencia que parte de ella sea minutada por uno o por los dos co-árbitros, sobretodo en lo que se refiere a cuestiones jurídicas en las cuales uno de ellos sea más experto, o pasándose lo mismo con materias técnicas. Sin embargo, nada de esto puede justificar que el presidente no cumpla sus funciones. Al contrario, lo ideal es que la cooperación de redacción de los co-árbitros sea limitada a la producción de minutas de partes del texto, si posible de acuerdo con un guión elaborado por el Presidente y que sea posterior al acuerdo entre los árbitros (o, no existiendo, a la decisión mayoritaria o del presidente) relativo al sentido esencial de la decisión. Sino, el riesgo es no solamente la pérdida de tiempo, sino también que el proceso de decisión sea bastante más complicado.

En la redacción de la sentencia arbitral, es natural y comprensible que se permita que el estilo personal del Presidente sea dominante, y también que sean ponderadas las culturas jurídicas regionales o nacionales, incluso las jurisdicciones, en las que con más probabilidad se espere que sea ejecutada la sentencia, en el caso de que la parte derrotada no la cumpla de forma espontánea. Sin embargo, es comúnmente conocido que la ICC es la institución arbitral que lidera los arbitrajes internacionales en número y en valores y que, más allá, se caracteriza por un riguroso proceso de control de calidad realizado por el Secretariado y por la Corte Internacional de Arbitraje, por lo que la experiencia acumulada por esta institución es importante.

Por ello, recomiendo vivamente a todos los que tengan que redactar o participar en la redacción de sentencias arbitrales el artículo fundamental *Drafting awards in ICC Arbitration*, de HUMPHREY LLOYD y otros⁷, donde son abordados los problemas más frecuentes y sugeridos los modos más adecuados, desde un punto de vista formal, la organización de la sentencia.

Como refieren los autores del artículo, lo esencial es que la sentencia posea los siguientes atributos: *Clarity, precision, brevity and ease of use*. Es necesario que, en las célebres palabras del Profesor WIRTH, en un seminario del ASA, la sentencia sea *the rehabilitation of the law, by restoring legal certainty*. Por ello, la sentencia deberá ser fundamentada, aunque *both thorough and self sufficient*; o

⁷ V. "ICC International Court of Arbitration Bulletin", Vol. 16/ N° 2 - Fall 2005, pp. 19-40.

sea, no debe ser excesiva, pero tampoco tan poco detallada y profunda que las partes o quien deban aplicarla no queden esclarecidos con respecto al sentido y justificación de la decisión.

8. CONCLUSIÓN

Llega el momento de concluir. Para ello, creo que se puede elaborar el resumen siguiente:

Cada sentencia es... una sentencia. No hay reglas generales que sirvan a todos los casos.

Una buena sentencia es la mejor promoción posible del arbitraje.

Una buena sentencia, normalmente, no agrada a todos.

Una buena sentencia es regla general admirado y respetada por todos.

Más allá de todo, una buena sentencia deberá ser *enforceable* en las jurisdicciones en las cuales sea más probable su ejecución.

Contenido General

Tomo I

COLABORADORES	5
PRESENTACIÓN	7
<i>Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	
PRÓLOGO	9
<i>Delia Revoredo Marsano de Mur</i>	
SEMBLANZAS	
<hr/>	
Semblanza del doctor Yves Derains	17
<i>Claus von Wobeser</i>	
Bernardo Cremades y el arbitraje internacional: La ecuación perfecta	25
<i>José Carlos Fernández Rozas</i>	
DOCTRINA	
<hr/>	
ALEMANIA	
Reglas procesales del arbitraje establecidas por las partes	39
<i>Fabian von Schlabrendorff</i>	
ARGENTINA	
El vuelo de Ícaro: ¿Pueden elevarse las inversiones financieras al status de inversiones protegidas?.....	73
<i>Diego Brian Gosis</i>	
Arbitrabilidad de las relaciones de consumo. Posibilidad de ejecución en Argentina de un laudo extranjero.....	93
<i>Julio César Rivera</i>	

BÉLGICA

- ¿Cuáles son los límites a la discreción de un tribunal a la hora de dirigir procedimientos? 105
Bernard Hanotiau

BOLIVIA

- Tendencias latinoamericanas en el arbitraje de controversias en materia de inversiones extranjeras 113
Fernando Aguirre B.

BRASIL

- La prueba escrita en el arbitraje internacional 125
Arnoldo Wald

- Novedades legislativas y práctica judicial reciente en Brasil en materia de arbitraje. La cada vez más promisoro realidad brasileña 149
Gilberto Giusti
Ricardo Dalmaso Marques

- La participación de los Estados en el arbitraje comercial internacional 179
Renato Stephan Grion

CANADÁ

- Los estándares éticos aplicables a los abogados de parte en el arbitraje internacional 199
Henri Álvarez
Mónica Jiménez González

CHILE

- La doctrina de los actos propios en los arbitrajes realizados en Chile 219
Alejandro Romero Seguel

COLOMBIA

Avances jurisprudenciales en un largo camino por recorrer en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros..... 229

Daniel Posse Velásquez

Pedro Miguel Álvarez Giraldo

La resolución de controversias por terceros distintos a árbitros..... 247

Juan Pablo Cárdenas Mejía

COSTA RICA

Resolución alternativa de conflictos en los tratados comerciales 271

Luis A. Guillén Downing

CUBA

La confidencialidad del arbitraje a debate: Notas desde la experiencia de la Corte Cubana 287

Narciso A. Cobo Roura

ECUADOR

La importancia del arbitraje y la mediación en las relaciones del comercio internacional..... 299

Roberto Illingworth

EE. UU.

Arbitraje de inversión y desarrollo económico. La relación con el Banco Mundial..... 307

Andrés Rigo Sureda

La responsabilidad civil de los árbitros y las instituciones arbitrales 325

Arif Hyder Ali

Henry Guy Burnett

Cristina Ferraro (Perú)

Invertir en arbitraje en los Estados Unidos 341

Bernardo M. Cremades, Jr.

Alejandro I. Cremades

Arbitraje comercial internacional: Posibles obstáculos al confirmar un laudo arbitral en los Estados Unidos	363
<i>Daniel E. González</i>	
<i>María Eugenia Ramírez</i>	
La vigencia del principio por el cual un Estado no puede invocar su derecho interno para desvincularse de un convenio arbitral	373
<i>Daniel E. Vielleville</i>	
Caracas 1808: El arbitraje entre Don Joseph de Bustamante y Don Gonzalo García de Prado	401
<i>J. Eloy Anzola</i>	
An American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution, ICDR-AAA. Recognition of Mr. Bernardo Cremades, arbitrator and friend of the Association	441
<i>William K. Slate II</i>	
<i>Luis M. Martínez</i>	
La muerte importante y oportuna de las normas extraestatutarias de revisión en los Estados Unidos.....	447
<i>Mauricio Gomm Santos</i>	
<i>Quinn Smith</i>	
La necesidad de un Código de Ética profesional en el arbitraje internacional	465
<i>Silvia Marchili</i>	
EL SALVADOR	
El derecho al arbitraje como derecho constitucional individual en el sistema jurídico salvadoreño.....	483
<i>Salvador E. Anaya Barraza</i>	
ESPAÑA	
Nuevas tendencias en la práctica de pruebas en el arbitraje internacional: Comentarios a las Reglas de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (aprobadas el 29 de mayo de 2010).....	499
<i>Álvaro López De Argumedo</i>	
<i>Juliana De Ureña</i>	

<i>Contenido General</i>	1563
España ha dejado de ser sede de arbitrajes comerciales internacionales.....	525
<i>Antonio María Lorca Navarrete</i>	
El arbitraje internacional desde la experiencia española	537
<i>Domingo Bello Janeiro</i>	
Observaciones críticas a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje	557
<i>Faustino Cordón Moreno</i>	
Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el Estado de origen	569
<i>Iván Heredia Cervantes</i>	
<i>Javier Díez-Hochleitner</i>	
Las buenas prácticas en el arbitraje internacional.....	589
<i>Jesús Remón</i>	
Arbitraje societario en la Ley española 11/2011	605
<i>Jose Fernando Merino Merchán</i>	
Arbitraje marítimo internacional.....	625
<i>José María Alcántara González</i>	
Entronque histórico del arbitraje con el derecho de contratos	643
<i>Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor</i>	
Avances recientes de la legislación sobre arbitraje en Europa: El caso español.....	653
<i>Juan Carlos Calvo Corbella</i>	
La anulación de laudos en arbitraje de inversión: Un análisis comparativo	669
<i>Juan Fernández-Armesto</i>	
La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español.....	685
<i>Julio González-Soria</i>	
Una aproximación procesal al arbitraje de inversiones.....	719
<i>María Marcos González</i>	

Algunas consideraciones en torno al control judicial de oficio del laudo arbitral en la fase de ejecución desde la perspectiva del derecho español	737
<i>Montserrat Guzmán Peces</i>	
La notificación del arbitraje y su respuesta en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010).....	761
<i>Pilar Perales Viscasillas</i>	

Tomo II

FRANCIA

La paradoja de la compensación en el arbitraje internacional.....	797
<i>Alexis Mourre</i>	
Quién tiene competencia para otorgar medidas cautelares en un arbitraje internacional: Situación actual y aspectos del futuro	817
<i>Eliseo Castineira</i>	
América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia.....	845
<i>Emmanuel Gaillard</i>	
La independencia del árbitro y su obligación de revelación	879
<i>Fernando Mantilla-Serrano</i>	
<i>Philippe Pinsolle</i>	
Una mirada a los principios rectores del procedimiento arbitral	901
<i>Francisco Victoria-Andreu</i>	
El papel controvertido de las comisiones ad hoc frente a las limitaciones inherentes al régimen de anulación de laudos arbitrales en el sistema de arbitraje del CIADI.....	909
<i>José-Manuel García Represa</i>	
<i>Ana Carolina Simões E Silva</i>	
Los aportes de la reforma de 2011 del derecho francés del arbitraje internacional	955
<i>José Rosell</i>	
<i>María Beatriz Burghetto</i>	

GUATEMALA

La extinción del arbitraje forzoso en Guatemala..... 989
Álvaro Castellanos Howell

INGLATERRA

Plain Packaging: Un futuro incierto para el uso de marcas registradas..... 1005
Martin Hunter
Javier García Olmedo

ITALIA

¿Es de naturaleza pública la función del árbitro internacional? 1025
Antonio Crivellaro

The parties right to choose a person as arbitrator and the prohibition of discrimination: an unstable balance. A comment on the judgments given by the Court of Appeal (Civil Division) overturning the judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division (Commercial Court) -Part One- and by the Supreme Court (Trinity Term), overturning the judgment of the Court of Appeal, in the *Jivraj v. Hashwani* case -Part Two-..... 1035
Giorgio Bernini

MÉXICO

Coexistencia del acuerdo de arbitraje y la sumisión a tribunales judiciales en la misma relación jurídica 1079
Carlos Loperena Ruiz

¿Cuándo pacta es servanda?: Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión..... 1089
Francisco González de Cossío

Ética en el arbitraje..... 1117
Fernando Estavillo Castro

Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades. ¿Por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral?.....	1149
<i>Hernany Veytia</i>	
El arbitraje comercial en México a 17 años y las reformas de derecho mercantil	1177
<i>Leonel Pereznieto Castro</i>	
PANAMÁ	
El rol del árbitro en la creación de precedentes: ¿Existe un riesgo de un Issue Conflict en el arbitraje de inversiones?	1185
<i>Margie-Lys Jaime Ramírez</i>	
La Convención de Nueva York de 1958 y la jurisprudencia panameña	1207
<i>Tomás H. Herrera D.</i>	
PERÚ	
El Convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje de 2008.....	1231
<i>Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	
El “arbitraje en las relaciones de consumo” y el “arbitraje de consumo”. Es lo mismo pero no es igual	1281
<i>Cecilia O’Neill de La Fuente</i>	
Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos.....	1303
<i>Felipe Osterling Parodi</i>	
<i>Alfonso Rebaza González</i>	
La Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?	1315
<i>Fernando De Trazegnies Granda</i>	
Los acuerdos internacionales en materia de inversión.....	1337
<i>Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos</i>	
La obligación de motivar el laudo y la acción de anulación en la Ley peruana de arbitraje.....	1361
<i>Julio César Guzmán Galindo</i>	

La solución de controversias inversionista: Estado en el TLC Perú- Estados Unidos de América	1379
<i>Natale Amprimo Plá</i>	

PORTUGAL

Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral	1397
<i>José Miguel Júdece</i>	

SUIZA

La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión	1411
<i>Anne-Carole Cremades</i>	
<i>Anne Véronique Schlaepfer</i>	

Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?	1437
<i>Xavier Favre-Bulle</i>	
<i>Edgardo Muñoz</i>	

UCRANIA

Arbitraje comercial internacional en el mundo rusoparlante.....	1455
<i>Olena S. Perepelynska</i>	

URUGUAY

La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario	1469
<i>Ricardo Olivera García</i>	
<i>Alejandro Santi Estefan</i>	

La anulación de laudos internacionales en Uruguay. Una interesante experiencia de cultura jurídica	1495
<i>Paul F. Arrighi</i>	

VENEZUELA

Los acuerdos arbitrales con entes públicos:

Especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano..... 1505

Andrés A. Mezgravis

El lenguaje jurídico del arbitraje de inversión.

A propósito del sistema CIADI..... 1529

Yaritza Pérez Pacheco

Elizabeth Méndez Salom

Contenido General..... 1559

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Grandez Gráficos S.A.C.
Telf. (511) 5314658
www.grandezgraficos.com

