

EXPOSICION DE MOTIVOS

I.- El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ha tenido el honor de distinguirnos para elaborar un proyecto de ley de arbitraje comercial, que era un trabajo que estaba pendiente entre sus tantos aportes a la comunidad jurídica, pese a reconocer que el arbitraje sigue siendo el sistema más utilizado en el mundo para la resolución de conflictos.

El equipo de trabajo que conformamos, permitió el desarrollo de una tarea armónica que fue desenvolviéndose por partes, que fuimos compartiendo y desde luego debatiendo, con la riqueza que implicó cada uno de esos intercambios, merced a las ventajas que ofrece la tecnología y el acortamiento que provoca en las distancias.

De tal modo, Argentina, Colombia y Perú se transformaron en un solo bloque de trabajo que permitió hoy lo que estamos presentando a nuestro Instituto.

Para ello, se han tenido en cuenta como fuentes de inexcusable referencia para esta labor, legislación que de algún modo hoy podemos considerar tradicional y que resulta imposible obviar para una tarea como la emprendida.

Entiéndase por tal la Ley Modelo de Uncitral de las Naciones Unidas, o la Convención de Nueva York del año 1958, o reglamentos de distintos tribunales arbitrales entre los cuales podemos citar como los más reconocidos a la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, que es el Tribunal cimero en esta materia, o reglamentos de orden similar en cuanto a su importancia en las transacciones internacionales como el de la American Arbitration Association o el de la Corte Española de Arbitraje con sede en Madrid, entre otros.

A su vez, han coadyuvado con nuestra tarea, la importante consulta de varias leyes avanzadas sobre esta temática, como la Ley colombiana, la Ley brasileña, la Ley peruana, o la Ley Argentina de arbitraje comercial internacional, países estos en los cuales el arbitraje ha tenido un marcado desarrollo y sigue desenvolviéndose con un gran empuje.

En idéntico sentido, y con la misma finalidad se han consultado varios trabajos llevados a cabo por organizaciones que apuntan al desarrollo del arbitraje, y propenden afanosamente a la búsqueda de criterios uniformes a nivel internacional, como las reglas de la International Bar Association, no solo en materia probatoria, sino además desde el punto de vista de las reglas éticas que se han dictado, sobre todo para la conformación y el desarrollo de los tribunales y los procesos arbitrales, o inclusive pautas interpretativas que han permitido el diseño de los principios de Unidroit que también resultan de aplicación a esta temática.

Sobre la base de estos fundamentos, hemos elaborado el proyecto de ley modelo de arbitraje para que aquellos países –sobre todo de Iberoamérica- que tengan interés en el desarrollo de este sistema de solución de conflictos, lo puedan adaptar a sus respectivas realidades.

II.- El proyecto de ley modelo se puede dividir en seis capítulos que hacen a su estructura. Los principios del proceso arbitral. El pacto arbitral. El tribunal arbitral. Los intervinientes en el proceso arbitral. El procedimiento arbitral y una última etapa conclusional del proceso.

Desde el comienzo se identifica al arbitraje como un sistema alternativo de solución de conflictos, en razón de que a la luz de la teoría general de los sistemas, éste al igual que el proceso judicial, se integra con diversas partes, que están interrelacionadas entre sí y que propenden a la consecución de un objetivo final, que no es otro que el dictado de un laudo que permita dirimir un conflicto o superar una controversia.

Consideramos más apropiada la identificación del arbitraje como un sistema, porque en general es identificado como un método o un mecanismo, y ambos términos se agotan en la identificación de un hábito, o una costumbre que apunta a proceder de una determinada manera.

Sin embargo, el término sistema resulta mucho más amplio, porque tiene en cuenta todos los insumos que son necesarios para su desarrollo, que por cierto no se agotan en una simple forma de actuar, o en un determinado hábito que genera una costumbre, sino que por el contrario permite a los intervinientes adaptar las partes o piezas que integran, como subsistemas o microsistemas, al sistema general que es el proceso arbitral, que como tal tiene propiedades particulares que lo distinguen de cada una de las partes que lo conforman.

De ahí la utilización de esa identificación, y cuando se alude a su alternatividad, no se ha pasado por alto a esta comisión, que el arbitraje históricamente tiene una antigüedad mucho mayor a la del proceso judicial, con lo cual la alternatividad de éste último, que ha nacido con el advenimiento del moderno estado de derecho y el principio de división de poderes, no lo confundimos con su origen, sino con la facultad que se le ofrece a las partes, como vía alternativa a aquél para dirimir sus conflictos.

Sobre esa base se han diseñado principios que consideramos fundantes de este ordenamiento, como la necesidad de mantener a ambas partes en igualdad de condiciones frente a la jurisdicción arbitral, resguardando su derecho de defensa, con la posibilidad de ser oído y ejercer una adecuada defensa a través de las formas que –por la flexibilidad que ofrece el procedimiento- son las partes las que podrán adaptarlas a su mayor conveniencia, precisamente por no sujetar al proceso a ningún estereotipo en particular.

Como es natural, en un trabajo colectivo hay situaciones en las que no es posible conciliar la unanimidad, y en este punto no se acogió la propuesta de incluir también como principio del arbitraje el de la remuneración, en el que insistió uno de los miembros de esta Comisión.

Asimismo, siguiendo las reglas de la International Bar Association se han contemplado las normas necesarias para dejar a buen resguardo la imparcialidad del tribunal arbitral y su apariencia como tal, e inclusive la idoneidad de los árbitros, como asimismo los mecanismos para que las partes puedan controlar esa imparcialidad, poniendo en cabeza de los árbitros su deber de revelación, haciendo ágiles los mecanismos para revisar esos aspectos.

Se apuntó sobre la base del principio fundamental en el cual se apoya el arbitraje cuando es voluntario, que es el de autonomía de la voluntad, a que exista la mayor celeridad y concentración en el desarrollo del proceso, se guarde la confidencialidad de las actuaciones como estandarte principal de este tipo de actuaciones y se apunte a la mínima injerencia del órgano jurisdiccional en su desarrollo.

III.- Se reconoció expresamente que el arbitraje voluntario, es un negocio jurídico que goza de plena autonomía, y permite que las partes pacten la vía arbitral para resolver sus conflictos, sea contractual o no, sin perjuicio, desde luego, de los supuestos en que la ley prevé al arbitraje como obligatorio.

Siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de Uncitral, y de la mayoría de las legislaciones del mundo, el acuerdo arbitral se concibe por escrito, sea en una cláusula inserta en un contrato, o bien de distintas formas que tienen que ver con la dinámica de las negociaciones de estos tiempos a través de las cuales se pueden celebrar contratos a distancia en fracciones de segundos por vía electrónica.

Con lo cual se han concebido distintas variantes a través de las cuales también se considerará al pacto arbitral celebrado en los términos en los que esta ley modelo lo concibe.

Se ha destacado especialmente, con la influencia que ha ejercido en el punto la ley peruana de arbitraje, que el acuerdo arbitral podrá extenderse, sobre la base del principio de buena fe, a aquellos que sin haber suscripto el pacto o convenio arbitral, por su participación, sea en la negociación o celebración o ejecución del convenio, hayan tenido alguna participación, y de ello se puedan derivar derecho o beneficios en su favor, siempre y cuando hayan sido debidamente convocados al proceso.

IV.- Con relación a la constitución del tribunal arbitral, más allá de remarcar la importancia que tiene en la actualidad el arbitraje institucional, para lo cual se interpretará que, de así decidirlo las partes, el reglamento correspondiente del tribunal al cual se hubieran sometido se considerará parte integrante del acuerdo

arbitral, también se han diseñado las pautas necesarias para la constitución del tribunal arbitral que resulte ad hoc.

Como fuera adelantado siempre se apunta a fortalecer la imparcialidad de los árbitros e inclusive conservar su apariencia como tales, estando obligados al deber de revelación, conforme las normas de ética de la IBA, en cualquier momento en que se hubiera suscitado las dudas que lleven al árbitro a ejercer esa facultad.

En línea con ello se ha considerado la conveniencia de introducir los aspectos atinentes a la financiación del arbitraje cuando recayera sobre terceros que tengan un interés directo o indirecto en su resultado, de modo de mantener incólume la figura del árbitro, pues es bien sabido que el arbitraje vale por lo que valen los árbitros.

Desde luego que para ello se ha concebido un sistema adecuado, simple y ágil para que las partes interesadas puedan ejercer su derecho de recusar a los árbitros, de la misma manera que estos puedan plantear su excusación a las partes.

En lo que se refiere al trámite de la recusación, no se incluyó en el artículo pertinente una regulación específica que dispusiera la suspensión de las actuaciones arbitrales en tanto estuviera pendiente la decisión respecto de la procedencia o fundabilidad de la misma. Dejando en libertad tal regulación, al procedimiento específico contemplado en cada Institución arbitral o, a lo dispuesto en la legislación de cada país miembro del IIDP.

Además, se consagra el principio kompetenz-kompetenz, esto es competencia de la competencia en virtud del cual el tribunal arbitral queda habilitado para decidir acerca de su propia competencia en el proceso e inclusive sobre la existencia y validez del acuerdo arbitral que la habilite.

De la misma forma, si la cláusula arbitral se encuentra inserta en un contrato, que por cualquier razón fuera declarado nulo total o parcialmente, la autonomía del acuerdo arbitral mantendrá su plena vigencia, independientemente de las estipulaciones del contrato que la contemple y de la suerte que pueda correr aquél.

V.- Los intervinientes del proceso los hemos identificado de esta forma, porque no solo se contemplan a las partes, que tradicionalmente permiten delinear un proceso, sino que como se ha señalado anteriormente existe la posibilidad de extender el alcance de la cláusula arbitral a partes no signatarias que si bien aparecen ajenos en un primer momento, finalmente tienen interés directo en ese proceso por su vinculación con alguna de las partes y el resultado del proceso.

De ahí la necesidad de estar a derecho en el proceso constituyendo un domicilio en el lugar que resulte la sede del arbitraje, que desde luego no se restringe únicamente a que sea un lugar físico, sino que también puede ser un domicilio electrónico, pues en caso contrario se deberían tener por notificadas todas las resoluciones en los estrados del tribunal.

Para ello, también -como es usual en los arbitrajes- las partes pueden estar representadas en el proceso, facilitándose al efecto la intervención de quienes actúen en su nombre y representación con un simple escrito del que surjan

facultades expresas a esos fines y en especial para comprometer en árbitros, por el doble alcance que tiene ese compromiso.

Por un lado, ese compromiso importará la sujeción al tribunal arbitral, pero a su vez importará la sustracción de las partes a la jurisdicción judicial, circunstancia que se compadece con el principio de mínima injerencia judicial al que se aludiera al comienzo.

VI.- En cuanto al procedimiento que las partes decidan observar, más allá de la importancia que tienen en la actualidad los tribunales institucionales y lo que hemos referido con respecto a sus reglamentos, es posible también la realización de arbitrajes ad hoc, por lo cual esta ley modelo viene a brindar una especie de respaldo a todos aquellos que deseen su utilización a esos fines.

Por esa razón si bien se contemplan situaciones que tienen que ver con el desarrollo de cualquier procedimiento arbitral, y la facultad de las partes de adaptar sus formas a su conveniencia, es útil tener en cuenta que no se han precisado aspectos puntuales –como los referentes a determinados plazos- para que precisamente sean las partes o bien las organizaciones, o bien las entidades que quieran adoptar esta ley modelo, la que ajusten el procedimiento –en punto por ejemplo a esos plazos- a las conveniencias del lugar.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, el plazo dentro del cual se puede pedir la anulación del laudo que recaiga en el proceso arbitral, que en muchas leyes arbitrales se contempla el de 30 días, pero del mismo modo muchos reglamentos contemplan un plazo de 5 días, razón por la cual parece más conveniente concebir el instituto pero dejar librado a los interesados en su implementación a

la fijación del que consideren más conveniente, según las circunstancias de tiempo y lugar y desde luego la comunidad de la que se trate.

Además, se contemplan las particularidades referentes al idioma, más allá de la sede que las partes puedan libremente elegir, como asimismo los recaudos que deberán observar tanto la demanda como su contestación y eventualmente la reconvencción que se pueda plantear y su responde.

Es importante tener en cuenta que en la ley modelo que se ha proyectado, se distingue con claridad la caducidad del arbitraje, de la eventual prescripción del derecho, acotando la primera de ellas, para facilitar el desarrollo del proceso arbitral, a la notificación que haga una de las partes de que va a acudir a la vía arbitral.

Para evitar inconvenientes con las notificaciones, se ha dejado librado a las partes, que puedan ponderar o escoger aquellas que se observan en las normas procesales generales de cada país, persiguiendo en todos los casos la efectividad de esas comunicaciones.

Se ha diseñado un proceso que puede desarrollarse por audiencias, previéndose una preliminar a través de la cual se propende a la conclusión del proceso por vía de un acuerdo transaccional, o en su caso, si ello no fuera posible, a depurar el desarrollo eliminando aquellos medios de prueba que no sean conducentes para resolver el conflicto.

A su vez en esta audiencia se habilita a las partes a pactar, no solo la forma en la que actuará el tribunal, si a través de un laudo de derecho o de amigables compondores o de conciencia, si ello no se hubiera acordado, sino además el

plazo con el que contará el tribunal para ello. En este punto concreto de los laudos proferidos por amigables componedores, uno de los miembros de la Comisión expresó su respetuosa y cordial disidencia respecto de la redacción del artículo 55, en cuanto allí se asimilan el árbitro con el amigable componedor, equiparación que no es igual en todos los países.

Se contempla la producción de la prueba con la posibilidad del tribunal de ordenar su prelación según las circunstancias de cada caso, y finalmente concluida se designará una audiencia final o de alegato, en donde las partes podrán producir sus alegatos de bien probado, brindándoseles la posibilidad de hacerlo tanto oralmente como por escrito.

VII.- Concluida la etapa probatoria y producidos los alegatos, se ingresa en la etapa final del proceso en la cual el tribunal quedará habilitado para el dictado del laudo, y aquí se ha hecho una distinción que recoge la práctica arbitral que es la posibilidad de dictar laudos parciales, en caso de que las partes así lo soliciten, o bien cuando el tribunal lo decida de oficio por considerar reunidos los extremos necesarios para ello, o bien cuando dictada una medida provisional que importe un anticipo jurisdiccional, que haya sido consentido por las partes, torne innecesario el desarrollo del proceso, sea total o parcialmente.

Desde luego se persigue el dictado fundamentado del laudo y por escrito, porque existen prácticas arbitrales que habilitan el dictado de laudos sin fundamentación, lo que consideramos que afecta el debido proceso, razón por la cual esa fundamentación aun cuando no exista acuerdo entre los árbitros, permitirá si es necesario, el desempate entre ellos.

Se destacan los extremos fundamentales que deberá observar un laudo para que formalmente esté adecuadamente construido con una parte en donde se sintetizan las pretensiones de las partes, otra en donde se evalúe y se consideren esas posturas brindando el tribunal los fundamentos de su decisión, y una parte final o dispositiva que contenga el resultado final del laudo.

Notificado el laudo a las partes, éstas quedarán habilitadas a solicitar eventualmente su aclaración sobre algún concepto oscuro o duda que pueda suscitarse, o salvar algún error material, o en su caso pedir la integración por haberse omitido resolver algún tema que hubiera sido oportunamente propuesto.

En esos supuestos, el tribunal quedará habilitado a resolver la solicitud de aclaratoria, e integrar el laudo con un pronunciamiento complementario, al cual se lo considerará parte integrante del laudo.

Además, como se encuentra prácticamente aceptado a nivel universal, se contempla el recurso de nulidad para recurrir el laudo, cuando se susciten algunas de las causales que se contemplan en el art. 52 de la ley modelo.

Esto importa que se haya descolocado a alguna parte en su legítimo derecho de defensa porque se haya suscitado algún vicio en el procedimiento y no se hubiera saneado o convalidado una eventual nulidad; o porque el laudo se hubiera proferido fuera del plazo convenido por las partes; o se hubiera dictado un laudo de equidad o de conciencia, cuando debió serlo ajustado a derecho; o bien por contener disposiciones contradictorias, entre los fundamentos y la parte dispositiva del laudo; o que se hubiere producido una falla esencial en el procedimiento, o una afectación sustantiva a las garantías de igualdad o que de

algún modo afecten el debido proceso legal; o bien porque se hubiera emitido el laudo fuera de los puntos comprometidos por las partes.

Para el supuesto que el laudo fuera recurrido y se acceda a la jurisdicción judicial es importante destacar que se ha previsto en esta ley modelo, una competencia negativa para aquella jurisdicción, de modo tal que eventualmente si dispusiera la rescisión del laudo, deberá reenviarlo al tribunal para que reponga el pronunciamiento con un nuevo laudo, sea el mismo tribunal, o bien con una nueva integración.

La restricción respecto al laudo de amigables componedores, también denominado *ex a quo et bono*, a verdad sabida y buena fe guardada, a conciencia, de equidad, en fin, denominaciones todas que tienen idéntico sentido, que permite que los árbitros no se vean atados a la rigurosidad de la letra de la ley, se ve reflejada en las previsiones del art. 55, donde se señala que no es susceptible de ningún recurso, salvo que ese laudo se pronuncie fuera del plazo acordado al tribunal, o bien sobre puntos no comprometidos. No obstante, se reitera que respecto de este artículo uno de los miembros de la Comisión expresó su disidencia, la cual ha quedado esbozada antes.

Finaliza esta ley modelo, brindando una posibilidad de actuación más al tribunal arbitral que vería agotada su jurisdicción con el pronunciamiento del laudo, salvo que sea necesario corregir algún error, de oficio, sin alterar la sustancia de su pronunciamiento; o bien si las partes solicitan una aclaratoria, o bien para aprobar las liquidaciones que eventualmente hubiera mandado a practicar en su propio laudo.

Adrian Simons Pino Ramiro Bejarano Guzmán Jorge A. Rojas