

ARBITRAJES MÁS EFECTIVOS Y EFICIENTES

M.Sc. Alberto Pauly

Socio

Gutiérrez, Hernández & Pauly

Durante las últimas décadas, el arbitraje se ha consolidado en una manera cada vez más utilizada de resolver conflictos de carácter comercial, tanto a nivel doméstico como internacional. El fenómeno de la globalización no ha sido ajeno a esa tendencia sino que, más bien, la ha estimulado, habida cuenta de la mayor internacionalización de los negocios, no solo relacionados con el intercambio de bienes y servicios, sino también con inversiones cuantiosas y de alto riesgo, que hacen que las partes involucradas busquen formas más efectivas y ágiles de solucionar los conflictos que surgen de tales relaciones.

Esa internacionalización de los negocios y de los medios de solución de conflictos, como el arbitraje, también ha ocasionado una mayor sofisticación de los procedimientos, tanto por las distintas corrientes jurídicas que procuran trasladar sus usos procesales al arbitraje internacional, como por el hecho de haberse generado alrededor de esa demanda una verdadera industria de servicios,¹ generando a través de los años un paulatino y constante aumento del tiempo que tardan los procesos

y los costos a ellos aparejados, lo que ha sido visto con preocupación por los expertos y sectores interesados en el arbitraje.

Ambos problemas (duración y costo) están íntimamente ligados, en el tanto un procedimiento más complejo toma más tiempo en desarrollarse y ocasiona mayores erogaciones que deben ser sufragadas por las partes en conflicto.

Así las cosas, para simplificar los procedimientos y evitar incurrir en costos mayores de los necesarios, se requiere una participación colaborativa de todas las partes involucradas: instituciones que administran los procesos, árbitros, partes en conflicto, abogados, autoridades judiciales y administrativas competentes y hasta centros de enseñanza que forman a los abogados que actúan como árbitros o como consejeros de parte.

Trataremos de compilar en este ensayo la forma en que cada uno de esos actores puede contribuir a ese propósito.

¹ En tal sentido, Lord Mustill, citado por A. López de Argumedo Piñeiro y J.C. González Arango en “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso”. SPAIN ARBITRATION REVIEW N° 13/2012, Pág. 23.

Instituciones que administran procesos

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha sido consciente del problema y proactiva en la búsqueda de soluciones al respecto. Estadísticas de la CCI con referencia a procesos cuyo laudo se dictó entre 2003 y 2004 muestran la siguiente distribución de costos en un arbitraje:²

Costos incurridos por las partes en presentar su caso (comprende honorarios y gastos de abogados, gastos relativos a pruebas testimoniales y periciales, otros costos incurridos a excepción de los que se indican a continuación)	82%
Honorarios Y gastos de los árbitros	16%
Gastos administrativos de la CCI	2%

No conozco un estudio similar en Costa Rica y dada la poca cantidad de arbitrajes comerciales internacionales celebrados en el país, seguramente la totalidad de ellos ad-hoc, no me parece posible tener por ahora información al respecto, aunque uno podría asumir que no habría mucha diferencia.

A mediados de la primera década de este siglo, la CCI conformó un grupo de trabajo liderado por Yves Derains y Christopher Newmark, cuya tarea consistió en sugerir técnicas que pudieran ser utilizadas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje, produciendo un informe que identifica distintas medidas que pueden ser adoptadas en cada etapa del proceso para lograr ese propósito.³ El informe sirvió de base, a su vez, para el trabajo de una comisión de la ICC que a partir de 2008 se conformó con la tarea de: “a) estudiar todas las sugerencias recibidas de los Comités Nacionales, miembros de la CCI, usuarios del reglamento⁴, miembros de la Corte de Arbitraje y miembros del Secretariado; b) determinar si una reforma del reglamento era útil y necesaria; y c) hacer todas las recomendaciones que considerara necesaria para la reforma del reglamento”. Producto de esos esfuerzos, la CCI promulgó un nuevo Reglamento de Arbitraje que entró a regir el 1° de enero de 2012 y contiene sustanciales mejoras encaminadas a reducir el tiempo y los costos de los procesos.

No voy a reproducir aquí, porque sería ocioso, todas las recomendaciones que contiene el informe denominado Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, pero sí mencionaré algunas de ellas que considero de gran utilidad para tener en

2 CCI, Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008. Pág 11.
3 Idem
4 A. López de Argumedo Piñeiro y J.C. González Arango en “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso”. SPAIN ARBITRATION REVIEW N° 13/2012, Pág. 23.

cuenta en los arbitrajes internacionales que se tramiten en cualquier otra institución que presta el servicio de administrarlos.

En Costa Rica, el arbitraje internacional ha sido muy escaso hasta ahora, posiblemente por la carencia de una legislación procesal apropiada que generara confianza para tenerlo en cuenta como sede. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Ley)⁵ en abril de 2011, las condiciones empiezan a cambiar para que, si el Gobierno de la República y los centros de arbitraje establecidos asumen el reto que implica implementar una estrategia de atracción de arbitrajes –al menos– en la región centroamericana, el Caribe y parte de Sur América, Costa Rica pueda desarrollarse como una sede atractiva para arbitrajes comerciales internacionales.⁶

La Ley está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL, de manera que el procedimiento que propone no es ajeno a las prácticas más conocidas en el mundo moderno. Aún así, la Ley no contiene muchas de las técnicas sugeridas por la CCI. Esto no necesariamente es un gran obstáculo, habida cuenta de que en la mayoría de los casos, las partes adoptan el Reglamento de Arbitraje de la institución que administra el proceso, de modo que es

principalmente en estos cuerpos normativos, mucho más fáciles de modificar que la Ley, que se pueden implementar esas mejoras.

El único Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional que conozco hasta ahora en Costa Rica es el del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA), publicado en abril de 2012, de modo tal que será al único que me refiera en estos comentarios (el Reglamento).

El Reglamento del CCA se inspira también principalmente en la última revisión (2010) del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, así que tiene características similares a la Ley. Ya incorpora, directa o indirectamente, algunas de las técnicas sugeridas por la CCI, pero, en mi opinión, el Reglamento debe ser revisado para corregir las siguientes cuestiones:

1. Tecnología

Si bien en algunas normas atinentes a la recepción de prueba testimonial o pericial se menciona expresamente la posibilidad de utilizar medios no presenciales, como la videoconferencia,⁷ en general, el tema de la tecnología está ausente en el Reglamento. Es claro que los arbitrajes internacionales,

5 Ley N° 8937 de 27 de abril de 2011, publicada el 25 de mayo de 2011
6 Ya se ha hablado y escrito algo sobre el tema, pero se requiere más que eso. No basta la aprobación de la Ley, sino que deben mejorarse muchas otras cosas e involucrar a muchas instituciones, públicas y privadas, para lograr un resultado exitoso. La cuestión radica en saber quién tomara la iniciativa.
7 Vid Arts. 25(4) y 27(2)

cuyos participantes (árbitros, partes, abogados) normalmente residen en ciudades y países diferentes, pueden beneficiarse mucho del uso de medios electrónicos y digitales para la comunicación de escritos, gestiones y resoluciones, aunque para ello se requiere que los centros de arbitraje tengan una plataforma tecnológica capaz de recibir, procesar, almacenar y trasladar los documentos. Esa plataforma tecnología requiere principalmente de un software que de manera segura reciba, ordene y envíe las comunicaciones, ya que para su almacenamiento “en la nube” existen en el mundo múltiples opciones relativamente baratas y con alto grado de seguridad, mucho mayor que el que cualquier centro de arbitraje por sí solo podría pretender.

A estas alturas del desarrollo tecnológico, es innecesario un expediente físico, salvo tal vez para algunas diligencias menores. Tanto los escritos de las partes como las resoluciones del tribunal arbitral pueden ser elaborados y firmados digitalmente. Los documentos que aporten las partes como prueba serían escaneados y agregados al expediente digital y solo sería necesario cotejarlos cuando exista solicitud de una parte, que deberá correr con los costos que ello conlleve, a menos que del cotejo resulte falsedad total o parcial del documento digital y se trate de un documento que incida en el resultado del proceso, caso en el cual el tribunal arbitral deberá condenar a la parte que lo aportó el pago de las costas ocasionadas con el cotejo.

En caso de ejercer un recurso de nulidad o de apelar alguna de las resoluciones en cuya decisión deba intervenir la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, nada impide, en mi criterio, que el recurso como tal se sustancie en un expediente físico y que se otorgue acceso a los magistrados al expediente digital o bien se les entregue una copia digital.

Sin duda alguna, el uso preferente de recursos tecnológicos en el desarrollo del proceso arbitral reduciría sustancialmente los costos, haciendo innecesarias (salvo casos excepcionales) las audiencias con presencia física (costos de viaje, alojamiento y alimentación de árbitros, abogados, testigos y personal de apoyo), y reduciendo notablemente el costo de papel y otros materiales de impresión, así como el courier para envío de documentos al Centro, a los árbitros y a los abogados. Incluso los videos de las audiencias deben poder consultarse en el expediente digital, eliminando la necesidad de costosas transcripciones, salvo que una parte lo pida y corra con el gasto.

2. Uso de papel en exceso

El artículo 2(1) del reglamento del CCA obliga a presentar los escritos, los documentos y las copias de estos en papel y un soporte digital. Deben aportarse copias para cada parte, para cada árbitro y para el CCA.

Esta ha sido, hasta ahora, la constante en el arbitraje comercial internacional. Se habla de

camiones completos con cajas de documentos que forman un expediente inmanejable, que obliga a las partes a incurrir en enormes gastos de fotocopiado, compaginación y traslado de la documentación. Debe ponerse fin a este despilfarro, no solo por el costo que ello implica para el arbitraje comercial internacional, sino también para la sociedad como un todo, porque ya sabemos el costo ambiental que tiene cada hoja de papel que imprimimos. Esto vale igualmente para los arbitrajes domésticos.

Este aspecto tiene que ver con el uso de tecnología a que me referí en el aparte anterior, pero lo menciono porque es una norma expresa del Reglamento que debe ser reformada, una vez que el CCA cuente con una plataforma capaz de administrar los expedientes digitales con seguridad y eficiencia.

3. Decisión sobre cuestiones de procedimiento

Al igual que el reglamento de UNCITRAL, el Reglamento de la CCA faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir sobre cuestiones de procedimiento, pero –agrega–, “a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral”. Esta reserva, que no está en la Ley, me parece innecesaria y conflictiva, en el tanto puede producir discusiones innecesarias entre los árbitros y puede inducir a las partes a ejercer presiones indebidas sobre los otros dos árbitros para que cuestionen las decisiones del árbitro presidente, causando demoras innecesarias

en el proceso. Si se faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir con respecto a cuestiones de procedimiento, se asume que se relacionan únicamente con aspectos de mero trámite que no inciden en temas de fondo y, por ello, no deben ser motivo de mayor controversia.

Opino, por eso, que debe eliminarse esa reserva.

4. Sanciones a las partes

Entre las técnicas recomendadas por la CCI para evitar demoras y gastos innecesarios, está la carga imperativa de las costas procesales y personales de las actuaciones de una parte que, a juicio del tribunal arbitral, sean meramente dilatorias, incluyendo el diligenciamiento de medios de prueba excesivos o que no tengan una importancia decisiva en el resultado del proceso.

“La distribución de la carga de los costos puede ser un medio útil para propiciar un comportamiento eficaz y desalentar una conducta procesal poco razonable. El tribunal arbitral es libre de asignar los costos de la manera que le parezca más apropiada. Puede ser útil precisar al inicio del procedimiento que el tribunal arbitral en el ejercicio de su libre apreciación en cuanto a la distribución de la carta de los costos tomará en cuenta las actitudes poco razonables de las partes”.⁸

8 CCI, Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008. Pág 44.

Para que sean efectivas, estas sanciones deben estar expresamente previstas en el Reglamento, dando pautas a los árbitros para decidir con respecto a la distribución de las cargas del proceso. Por eso considero necesario incluirlas en el Reglamento del CCA.

5. Plazo para laudar. Sanciones a los árbitros

Conviene establecer en el Reglamento, sin perjuicio de lo convenido por las partes, un plazo razonable para laudar contado a partir de la finalización de la etapa instructiva del proceso, susceptible de ser ampliado en casos excepcionales debidamente justificados. El incumplimiento del plazo para laudar debe aparejar sanciones para el árbitro o árbitros responsables de la demora, tales como una reducción de sus honorarios proporcionalmente al tiempo en exceso que tomaron para emitir el laudo.

Árbitros

De los árbitros depende en gran medida el que un arbitraje tarde más tiempo y sea más costoso. La ponderación de la naturaleza del proceso, el estudio temprano del caso, la elaboración de un calendario realista y el compromiso de cumplirlo, así como el rigor en la aplicación de las técnicas que se sugieren para controlar el tiempo y los costos, son aspectos que dependen principalmente de la actitud y las decisiones de los árbitros. El Reglamento los faculta para dirigir el proceso

con criterios amplios de discrecionalidad y en su artículo 14(1) dispone que “[e]n el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz de la controversia entre las partes”. Conviene que el Centro recuerde con frecuencia esta norma a los árbitros y puede que convenga verificar si es necesario reforzar esta conducta con la inclusión de otras normas reglamentarias.

También es un aspecto relevante, al momento de su nombramiento, la disponibilidad del árbitro para atender con prontitud las obligaciones de su cargo, como bien lo señala el Reglamento en su artículo 7(1).

Tanto el Centro como las partes deben esforzarse por nombrar árbitros competentes, comprometidos con su función y conocedores de la materia del conflicto y de las normas procesales que rigen el arbitraje comercial internacional. Y deben los árbitros ponderar su idoneidad con franqueza a la hora de decidir si aceptan el nombramiento.

Partes en conflicto

Las partes deben preocuparse por contratar abogados experimentados en el manejo del procedimiento arbitral, para evitar que los costos del aprendizaje influyan en el costo del arbitraje. Para ello pueden acudir a las listas de los centros de arbitraje autorizados y pueden también recurrir a la copiosa información sobre los profesionales exitosos

que normalmente está disponible en la Internet.

Es común en los abogados pensar que por el hecho de desempeñarse bien en los procesos judiciales están debidamente capacitados para atender un proceso arbitral. Esto frecuentemente termina en una judicialización del procedimiento arbitral y en demoras ocasionadas por la necesidad de que el tribunal arbitral atienda más gestiones de las necesarias, principalmente si ese mismo tribunal no toma medidas apropiadas para evitarlo.

Como no es posible para el Centro, ni para el tribunal arbitral, ni para la parte contraria cuestionar la escogencia de sus asesores legales por una de las partes, es conveniente que en la divulgación del servicio se insista en estos factores, motivando a la vez a los abogados litigantes a estudiar las técnicas del arbitraje comercial internacional antes de comprometerse a asumir la responsabilidad de representar a su cliente en un proceso de esta naturaleza.

De igual modo, cuando la parte tiene derecho a nombrar un árbitro o a participar en el nombramiento de un árbitro único, debe tener en cuenta las recomendaciones mencionadas en el apartado anterior, relativas a la competencia, sentido de responsabilidad, preparación profesional y disponibilidad del árbitro. Como es común que estos nombramientos sean hechos

con la recomendación de su abogado, es aconsejable que la parte se asegure de que éste se ha basado en esos criterios a la hora de recomendar.

Abogados de parte

Es en los abogados de parte, quizás, sobre quienes recae principalmente la responsabilidad de que el desarrollo del proceso se lleve a cabo sin dilaciones y sin exceder los costos razonables. Para ese efecto, deben los abogados tener presentes los siguientes aspectos:

1. Buena preparación profesional

Como ya se mencionó en el apartado anterior, el abogado debe estar preparado profesionalmente para participar en un arbitraje comercial internacional, no siendo normalmente suficiente el haber obtenido su título profesional, ni aún en los casos en que hubiese cursado lecciones teóricas sobre la materia. El arbitraje comercial internacional es una disciplina en constante cambio y evolución, que exige del abogado estudio permanente y experiencia, la que se puede obtener apoyando el trabajo de otros abogados más experimentados, antes de hacerse cargo personalmente de un arbitraje. El abogado debe ser sincero con respecto a su propia idoneidad a la hora de asumir una tarea.

2. Discernir entre el arbitraje comercial y el proceso civil

El abogado debe comprender que no siempre puede aplicar en el arbitraje comercial las técnicas propias del proceso civil. Debe evitar la judicialización de los procesos mediante el uso (o abuso) de gestiones de impugnación, el sometimiento de peticiones innecesarias, el exceso de medios de prueba y otras prácticas comunes al proceso civil.

Debe ser conciso y directo en sus escritos, mencionando solo los hechos que tengan relevancia en la explicación de su caso, tanto a la hora de demandar como de responder.

Debe comprender que cada gestión de su parte obliga a una respuesta del tribunal arbitral y, usualmente, de la otra parte, por lo que debe procurar incluir en un solo memorial todas las gestiones útiles y necesarias que le corresponda hacer en defensa del interés de su cliente.

3. Cuestiones formales

El abogado debe ser minucioso en la forma de presentar sus escritos y documentos que los acompañan, identificándolos apropiadamente y en forma ordenada, ya que de esa forma hará más fácil la comprensión de sus argumentos y la relación de los hechos con los documentos aportados, por parte del tribunal arbitral y del abogado de la contraparte. Además de una cuestión

de propia conveniencia es, por ello, una cuestión de cortesía.

Este aspecto cobra especial relevancia en el caso de expedientes digitales, en los que el abogado deberá ajustarse a las instrucciones y recomendaciones del Centro en relación con la forma de organizar la documentación, para acomodarla a las exigencias del sistema informático respectivo.

4. Familiaridad con el uso de la tecnología

Por las razones expresadas más arriba, el abogado debe familiarizarse con el uso correcto y provechoso de los medios tecnológicos que serán utilizados en el proceso. Esto facilitará la comunicación con su cliente, con el tribunal arbitral y con el abogado de la contraparte, y evitará que cometa errores inconvenientes en sus comunicaciones de toda índole.

Autoridades judiciales competentes

Las autoridades judiciales competentes para conocer de ciertas cuestiones relativas al arbitraje comercial internacional (desde medidas cautelares hasta el recurso de nulidad), deben cooperar para que el arbitraje comercial internacional no pierda sus características de agilidad y eficiencia, resolviendo con prontitud y con base en los principios que lo rigen.

En el caso de Costa Rica, los magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de

Justicia han sabido valorar esta necesidad y sus decisiones generalmente han propendido al favorecimiento del arbitraje y a la conservación del laudo.

Uno de los mecanismos que han utilizado para la conservación del laudo en los arbitrajes domésticos ha sido la figura del reenvío del laudo al tribunal arbitral, para que subsane errores o vicios del laudo que podrían producir su nulidad, pero que no son de tal envergadura que amerite desperdiciar todo el tiempo y los recursos invertidos en el proceso.

Ha dicho la Sala:⁹

“... resulta explicable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, en cuanto normativa costarricense (Artículo 22). Dentro de este principio la Sala (sic) no deja de preocuparle el resultado del proceso arbitral cuando, por razones procesales, deba declararse la nulidad de un laudo. Esto es así porque en algunas de las causales si los vicios resultan evidentes, (sic) e insalvables se declaran por la Sala, podrían las partes eventualmente recurrir a la vía ordinaria a dirimir sus diferencias porque el proceso arbitral fue inoperante o no cumplió el cometido previsto por las partes. En otros casos la nulidad decretada podría tener

valor de cosa juzgada. Pero también puede ocurrir que el vicio detectado sea subsanable y en consecuencia en este caso debe evitarse el mayor perjuicio a las partes y al instituto mismo del arbitraje obligando al Tribunal Arbitral a corregir los vicios u omisiones para dictar un nuevo laudo ajustado a derecho. Esto significaría integrar la normativa procesal del arbitraje con la figura del reenvío prevista en el Código Procesal Civil (Artículo 610 inciso 1), de tal suerte que aún considerando procedente la nulidad por infracción de alguna de las causales previstas, la Sala lo declare así y ordene devolver el expediente al Tribunal Arbitral para que, verificadas las reposiciones del caso, proceda a subsanar los errores y dictar nuevamente el laudo ajustado a derecho”.

Considero que no existe impedimento para aplicar el procedimiento de reenvío al arbitraje comercial internacional, tanto en aplicación de las mismas normas mencionadas en la resolución citada, como con fundamento en lo que dispone el artículo 34 inciso 4) de la Ley, a saber: *“El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, a fin de dar al tribunal arbitral*

9 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 594-F00 de las 11:40 horas del 18 de agosto de 2000.

oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.

Autoridades administrativas competentes

No es poco lo que debe hacer el Estado costarricense para promover al país como sede de arbitrajes internacionales. Cuanto mayor sea la seguridad jurídica de los participantes, mayor será la eficiencia y eficacia del proceso arbitral y ello redundará en la buena fama que pudiese llegar a tener el país ante la comunidad arbitral internacional.

El arbitraje comercial internacional requiere de reglas claras, así como de su aplicación transparente y ágil, en materias tales como la importación de documentos y otros medios de prueba; permisos migratorios para los abogados, partes, testigos, peritos y otros participantes; tarifas de impuestos y medios de pago; cuestiones todas en las cuales no siempre se tiene certeza o, cuando se tiene, no falta un funcionario que busque sobresalir por su incompetencia o deseo de aprovecharse de la ocasión.

El gobierno de la República debe decidir si ve en el arbitraje comercial internacional un “proyecto-país” y coordinar las acciones interinstitucionales que sean requeridas para despejar el camino y generar la necesaria confianza por parte de la comunidad internacional.

Instituciones de enseñanza

Deben fortalecerse los programas y cursos que contemplan materias para el estudio del arbitraje como un todo y del arbitraje comercial internacional en particular. De la adecuada formación de los abogados depende que un país pueda contar con buenos árbitros y procesos eficientes. Costa Rica está en un momento propicio para incorporar en los programas de estudio de las facultades de derecho las materias que contribuyan a formar abogados capaces de asumir esas funciones y también para especializar abogados en programas de maestría y doctorado, haciendo del arbitraje comercial una especialidad.

Estas son solo algunas de las medidas que han de tenerse en cuenta para lograr arbitrajes más eficientes y menos costosos. Es necesario insistir en su importancia y promover la generación de otras ideas que, sin afectar la eficacia del arbitraje comercial internacional, ayuden a eliminar los vicios que se han ido creando a su alrededor. De este modo, se irá formando con el tiempo una verdadera cultura arbitral que lleve implícita la idea de eficiencia y bajo costo como uno de sus principios primordiales.

San José, 4 de octubre de 2012