

2020
ARBITRATION
DAY



NORMAS SOFT LAW

MEMORIAS DEL CONGRESO

CYA

COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



PROGRAMA NORMAS SOFT LAW

2020
ARBITRATION
DAY

NORMAS SOFT LAW: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE

Lunes 31 de agosto
4:00 - 6:30 p.m. (hora Costa Rica)

- Andrea Hulbert (Hulbert Volio Montero - Costa Rica)
- Javier Jaramillo (Pérez Bustamante & Ponce - Ecuador)
- Moderador: Guillermo Zúñiga (BTA Legal - Costa Rica)

NORMAS SOFT LAW APLICABLES AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Martes 1 septiembre
4:00 - 6:30 p.m. (hora Costa Rica)

- Víctor Garita (Arias Law - Costa Rica)
- Teresa Rodríguez de las Heras (Andersen - España)
- Catalina Amenábar (PPU Legal - Chile)
- Omar Guerrero (Hogan Lovells - México)
- Moderadora: Ma. Alexandra Álvarez (Lexincorp - Costa Rica)

NORMAS SOFT LAW APLICABLES A LAS AUDIENCIAS

Miércoles 2 septiembre
4:00 - 6:30 p.m. (hora Costa Rica)

- Dione Meruane (Ovalle & Bulnes Abogados - Chile)
- Hinda Rabkin (Freshfields Bruckhaus Deringer - Estados Unidos)
- Fernando del Castillo (Del Castillo y Castro Abogados - México)
- Moderadora: Dominick Delgado (Colbs Estudio Legal - Costa Rica)

NORMAS SOFT LAW APLICABLES AL FONDO DE LAS CONTROVERSIAS

Jueves 3 septiembre
4:00 - 6:30 p.m. (hora Costa Rica)

- Federico Torrealba (Facio & Cañas - Costa Rica)
- Anna-Katharina Scheffer da Silveira (L.O. Baptista - Brasil)
- Huáscar Ezcurra (Bullard Falla Ezcurra - Perú)
- Gaela K. Gehring Flores (Arnold & Porter - Estados Unidos)
- Moderadora: JI Soo Kim (Batalla - Costa Rica)

NORMAS SOFT LAW SOBRE EL USO DEL PERITAJE EN CONSTRUCCIÓN

Viernes 4 septiembre
4:00 - 6:30 p.m. (hora Costa Rica)

- Sergio Rodríguez (Fonseca, Rodríguez & Perchemlian - México)
- Elna Mereminskaya (WAGEMANN Lawyers & Engineers - Chile)
- Moderadora: Silvia Trejos (LPA Legal - Costa Rica)

APOYO INSTITUCIONAL

NORMAS SOFT LAW



PRESENTACIÓN

El presente documento tiene como fin principal recopilar los aspectos más importantes de los paneles realizados en el congreso Arbitration Day del presente año. El tema central del congreso en esta ocasión está en boga en las distintas áreas del arbitraje, y está a la vanguardia en el mundo de la resolución alternativa de conflictos; este es el *Soft Law*.

Como se observó a lo largo del congreso, el *Soft Law* está compuesto por una serie de instrumentos de carácter “normativo” que resultan ser constantemente cambiantes y adaptables a los distintos escenarios que pueden surgir en un arbitraje. Existen diversos organismos de *Soft Law* y su aplicación versátil permiten ser aplicadas tanto a cuestiones procesales, así como reglas de toma de evidencia, cuestiones de fondo y disposiciones contractuales desventajosas para alguna de las partes. Además, logramos observar que su aplicación no es únicamente a nivel de arbitraje comercial, sino que los de inversión y construcción también logran de incluir dichos cuerpos normativos en su resolución de disputas.

Queremos agradecer en primera instancia a todas las personas que hicieron este congreso posible. En Costa Rican Young Arbitrators intentamos difundir información útil para aquellas personas que, como a nosotros, el tema del arbitraje nos apasiona y nos hace querer cumplir nuestra misión para con el gremio de proveer información actualizada de un tema que está tan a la vanguardia y que prontamente a nivel costarricense y regional tenga muchos más avances.

Esperamos que el presente documento funja como una fuente de consulta para todas aquellas personas que asistieron al congreso y tengan el interés de refrescar la información dada en los paneles.

Asimismo, todo este proceso de organización no hubiese sido posible sin el apoyo institucional de diferentes organizaciones y entidades a nivel nacional e internacional, las cuales nos colaboraron con la difusión y promoción del evento.

Dicho esto, nos despedimos con nuestros mejores deseos, especialmente en estas épocas de pandemia. Los instamos a que se cuiden entre ustedes para que pronto el Arbitration Day pueda realizarse presencialmente de nuevo, y podamos intercambiar directamente con ustedes.

Atentamente,

Gabriel Chaves Corrales
Asociado
Costa Rican Young Arbitrators

Sophia Villalta Chong
Presidente
Costa Rican Young Arbitrators

Panel inaugural: Normas Soft Law: Concepto, Características y Alcance

Fecha: lunes 31 de agosto

Panelistas:

- Andrea Hulbert
- Javier Jaramillo

Moderador: Guillermo Zúñiga.

Redactado por el asociado: David Ruiz Badilla.

G: Son normas no estatales, en el sentido que no son derecho positivo emitido por un ente estatal, y que no tienen la misma fuerza originaria de las leyes en nuestros ordenamientos jurídicos.

A: Vivimos en un mundo cada vez más internacional donde ya no hay fronteras para compartir el conocimiento, y mucho menos fronteras para las operaciones comerciales internacionales, que son cada vez más sofisticadas, modernas y tecnológicas. Enfrentamos contratos internacionales complejos, con estructuras y grupos de interés transfronterizos, habiéndose borrado todas las fronteras, debiendo el derecho ajustarse a esa nueva realidad.

Eso pasó con las normas del Soft Law desde el siglo pasado.

El Derecho Internacional Privado de los países se convirtió en insuficiente para regular los contratos comerciales internacionales, así como las disputas derivadas de ellas. Rapidez del mundo moderno vs Lentitud del Poder Legislativo. A esto se sumó una crisis de confianza en los sistemas tradicionales de justicia. Se ha visto minada la seguridad y la previsibilidad de cómo se resuelven las disputas.

¿Qué es el soft law?

Soft Law o ley voluntaria. Compuesto por lineamientos, reglas o códigos, que nacen gracias a iniciativas de organizaciones públicas o privadas, nacionales o internacionales, que reúnen sus esfuerzos para crear normativa que sea aplicable de una manera universal. La idea es crear normas y reglas que puedan ajustarse a las diversas culturas jurídicas, y con eso darle un buen servicio al derecho internacional.

Esta normativa se ha creado con normas procesales y de fondo. Lo importante a tener en cuenta es que se trata de normas que no son vinculantes, ni obligatorias, sino que son de aplicación facultativa para las partes. Estas escogen, según sus necesidades, las normativas de soft law que tengan a la mano y que conozcan. Esa posibilidad de escoger está limitada a todas las materias o derechos en los que las partes pueden disponer el Derecho. Es la Autonomía de la Voluntad de las Partes cual es el mejor derecho para sus partes, atendiendo a la seguridad jurídica y la previsibilidad para ellos.

Principio UNIDROIT (1995)

Reglas de la IBA sobre recepción de la prueba

La finalidad que buscan estas normativas es buscar asistir a diferentes culturas jurídicas que estén relacionadas por alguna relación contractual o no contractual, pero que deseen escogerlo después. El éxito de la norma blanda va a depender de la aceptación y la aplicación que las partes den a esas normas.

J: El origen de estas normas es naturalmente privado; en el derecho privado, todo lo no prohibido, está permitido. Son las partes las que, casi por la necesidad que impone las transacciones comerciales internacionales, comienzan a desarrollar, en principio, sobre la base de la costumbre. Luego, tras la repetición automática en varios lugares y jurisdicciones, termina convirtiéndose en la Lex Mercatoria. Justamente, por la necesidad de que las prácticas consten en documentos escritos, es que comienzan a desarrollarse estas normas públicas de Soft Law, con mayor implicancia en las transacciones comerciales y en el arbitraje, partiendo de que las partes han sido quienes las han aceptado. Es por eso que gozan de una legitimidad incluso mayor que las normas escritas impuestas sobre la base de un proceso legislativo en los estados.

¿Cuál es la intención de estas normas, más allá de la pura práctica? ¿Por qué se comienza a materializar en documentos físicos de referencia para resolución de disputas posteriores?

La idea del Soft Law es buscar una uniformidad del Derecho, con el fin de lograr una mayor consistencia y seguridad.

¿Por qué nace esta idea de mayor consistencia y seguridad?

Las transacciones comerciales de derecho privado únicamente suceden dentro de los bordes de un estado. Aunque la costumbre, por lo general, se refiere como fuente de Derecho, en Ecuador hay una norma que dice que la costumbre no es fuente de Derecho, salvo que la ley se remita a ella. Es por eso que en las transacciones que no traspasan las fronteras, únicamente la ley dura es aquella que regula estas transacciones de Derecho Privado.

Pero ¿qué pasa cuando hay una transacción entre alguien de Costa Rica y Ecuador? Incluso si tenemos una tradición jurídica más similar, ciertamente las normas nunca van a ser iguales, en cuestiones de Derecho Privado. No va a ser extraño que cada parte y su abogado quiera llevar la transacción más hacia el derecho de su país. Para no tener esa discusión, comienzan a desarrollarse estas prácticas comerciales para tener una mayor consistencia en mis transacciones. Estas prácticas, siendo tan repetidas, permite que nazca el Soft Law, para dar esa unificación, e, incluso, por un tema de comodidad de los comerciantes.

Como decía Andrea, una de las primeras codificaciones de Soft Law son los Principio UNIDROIT. Estos cuerpos son como lo re-statements en los Estados Unidos, que, aunque no son fuente de derecho, recogen estas prácticas para la resolución de disputas, que, aunque no son obligatorias, sí son super persuasivas, y, de alguna forma, hasta vinculantes.

A: Es la misma dinámica comercial, y luego la misma dinámica jurídica, las que nos van diciendo cómo es que las partes quieren comportarse.

Las normas de la IBA, que han tenido una gran influencia en la rama procesal, obedecen a organismos grandes, con profesionales de alto nivel, de muchísimas nacionalidades diferentes, para lograr una redacción en la que se pueden converger aspectos del Common Law y del Derecho Civil, como en el tema de recepción de la prueba. Hay otras reglas de la IBA que refieren al tema de conflictos de interés para los árbitros. Con el paso del tiempo y la experiencia, nos vamos dando cuenta que hay cosas que hacen falta. Esas cosas luego las van rellenando estas organizaciones, a través de los profesionales que las integran, a través de los procesos de consulta.

J: Derecho Internacional Privado contiene principios para resolver conflictos entre normas. Cuando existe este conflicto de normas, va a haber incluso conflicto entre las normas que pretenden resolver el conflicto. Nos obliga a intentar aplicar un solo derecho: una norma nacional. Pero lo que quieren los comerciantes, en su mayoría, es la aplicación de normas comerciales internacionales que apliquen a las transacciones en general. Eso es el Soft Law. Por eso nacen iniciativas como los principios UNIDROIT, los contratos modelo de la ICC, la Ley Modelo UNCITRAL, normas sobre la practica de la prueba y conflictos de interés en arbitraje internacional de la IBA.... Estas, lo que buscan es, tras ese principio de uniformidad, personas que representen a varios Estados y tradiciones jurídicas, para que el desarrollo de principios englobe las practicas de derecho comercial en los distintos estados.

¿Cómo puede tener incidencia el Soft Law? ¿Cómo pueden estas normas volverse relevantes en la práctica del Derecho, si no son vinculantes? ¿Cómo entran al tráfico jurídico?

Tres fuentes:

1. La iniciativa legislativa. Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Puede tener obligatoriedad, y entrar al tráfico jurídico, aunque no pierde ese principio referencial de soft law
2. Decisiones de tribunales jurisdiccionales pueden tomar en cuenta, sea referencialmente o de forma vinculante, los principios o normas de soft law.
3. Partes, en un convenio arbitral, indican la aplicación obligatoria de esas normas referenciales, en caso de conflicto.

A: En el momento de pactar la cláusula arbitral en un contrato, las partes pueden escoger la ley que quieren que se aplique a su contrato. Pueden escoger, como ley de fondo, esas normas de soft law, al igual que las normas de carácter procesal para ese arbitraje internacional. La reina que manda en todo esto es la autonomía de la voluntad.

G: ¿Puede un árbitro escoger la aplicación de una norma Soft Law, ya sea sustantiva o procesal, o habría algún problema relacionado a esto?

A: Uno de los principios básicos del arbitraje es que las partes son las que deciden el procedimiento. Aunque los árbitros tenemos ciertos poderes, como la conducción del procedimiento, y no van a tender a imponer; vamos a querer proponerle a las partes que usemos las reglas de la IBA. Normalmente, no va a haber una imposición. Lo que buscamos es que las dos partes estén cómodas, y que sean ellas las que decidan.

Hay algo que sí puede hacer uno, en la resolución de instalación del Tribunal puede decir que aplicará o que tomará en cuenta, o que considerará, la regla A, B o C, y si las partes no se oponen en ese momento, entonces queda por hecho que vamos a poder aplicar esas normas porque no

hubo una oposición. Pero ya se ha puesto en conocimiento de las partes el conocimiento de las mismas. Uno le sugiere a las partes la relevancia de una u otra.

Por esto es tan importante la redacción de la cláusula arbitral, y la escogencia del procedimiento que quiero, y el tipo de institución que quiero que administre mi arbitraje. Esto porque cuando las partes están en un nivel de contención es muchísimo más difícil que logren acuerdo, sobre todo sobre normativa aplicable.

Soft Law tiene un nacimiento 100% privado, habiendo normas procesales y de fondo.

J: Algunos cuerpos de Soft Law sustantivo son estos re-statements, que toman la forma de un Código, ley o contrato, que desarrollan y establecen de manera específica, estas prácticas. En manera sustantiva, el soft law ha tenido mayor implicancia en el derecho comercial internacional. Con esto, personas de todo el mundo pueden hablar el mismo idioma, porque se recogen prácticas bastante comunes.

Principio Unidroit

Viéndolos, se puede deducir que pueden ser el Código de Comercio de un país. Pero con una redacción perfecta, que permite ver los aspectos más profundos de cada una de las relaciones comerciales o jurídicas. Los principios UNIDROIT se han establecido como la codificación de la Lex Mercatoria, con las debidas guías, acciones y remedios.

CISG-> tiene un ámbito de aplicación muy particular, regular las transacciones de compraventas de mercaderías. Tiene muy bien desarrollado las obligaciones del comprador al momento de recibir los bienes, por ejemplo. A veces, los comerciantes no necesariamente tienen siempre un contrato escrito y en sentido formal. Por esto se estudia a fondo la formación del consentimiento en estas transacciones, de ahí que sea tan importante que se tomen en cuenta las prácticas de los comerciantes.

INCOTERMS-> Desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional. Buscan darles a las partes distintos INCOTERMS, y desarrollar esos distintos escenarios en los que el riesgo se transmite en un momento u otro: CIF (en el puerto). Son actualizados constantemente, según las prácticas de los comerciantes.

Contratos o cláusulas modelo-> Cláusula Modelo de Fuerza Mayor de la CCI. Se han hecho muchos esfuerzos por desarrollar modelos de contratos completos, que son una referencia de soft Law muy importante. Lo mismo ocurre con los contratos modelo de FIDIC, para contratos de construcción y sus provisiones, que buscan darle a las partes herramientas de referencia, para que puedan basarse en ella, por las prácticas que han tenido comerciantes en situaciones similares.

A: Ya existe bastante material, cuando nos enfrentamos a operaciones comerciales internacionales, que tiene que ver con el derecho sustantivo, que las partes podrían usar. ¿Cómo es que la van a poder usar esas partes? Solo si sus abogados las dominan, qué es, cuál el contenido de esas normas, y su intencionalidad. En la ICC hay muchos contratos modelo. Lo mismo con la IBA, y el Club Español de Arbitraje con su Código de Buenas Prácticas en Arbitraje Comercial Internacional. Reglas de Praga, como reclamo a las reglas de la IBA, con un sentido más civil, y menos acercado al Common Law.

Lo importante es que todos sepamos que existen. En Derecho Internacional no se puede estar atrás; tenemos que estar viendo cuáles normas están saliendo, cuál es el contenido que tienen, si están siendo aceptados por el mercado... todo de la mano con la autonomía de la voluntad.

Poco a poco, las normas del Soft Law nos han ido enseñando que cada vez más se decantan por buscar la buena fe en las transacciones internacionales. Entonces, de alguna manera, los códigos viejos de los países, en su regulación del derecho internacional privado, de forma codificada, dejan espacios, en los que no podemos ubicar estos contratos modernos dentro de esos códigos, sirviéndole a las partes comportarse de formas inadecuadas. En cambio, los contratos y normas modelo, cada vez más, tienden a una búsqueda de la buena fe.

J: Incluso, se hacen esfuerzos por establecer un estándar sobre la buena fe. Como ocurre en los IBA Guidelines de Conflictos de Interés, se desarrolla un estándar de razonabilidad detrás del disclosure, o de esta obligación de los árbitros de señalar un posible conflicto. Incluso, señala un estándar que podría ser el aplicable: ¿una tercera persona, en las mismas circunstancias, consideraría que aquí podría existir una apariencia de conflicto? Esto mismo hacen los principios UNIDROIT u otros principios relacionados con materia sustantiva. Buscan hacer esos principios jurídicos indeterminados algo más determinado.

Buena fe subjetiva vs Buena fe objetiva, y la preferencia de la segunda para resolver conflictos.

G: ¿Es posible que, durante el desarrollo del procedimiento arbitral, más de una norma soft law al mismo tiempo, p. ej. más de una sustantiva, tomando en cuenta lo que las partes consideren más idóneo a su caso? ¿Y más de una norma procesal, p.ej. una para pruebas en específico, y otras para el resto del proceso?

A: ¡Cuidado con la creatividad! No es que no se puede hacer; es su contrato. Pero va a poner al Tribunal en un predicamento enorme sobre la aplicación de esas normas. Puede que no resulte ser muy funcional.

J: Es difícil responder esa pregunta con un absoluto sí, o con un absoluto no. Hay normas que, aunque parecidas, puede que difieran en su naturaleza y que puedan sobrevivir juntas/coexistir, tanto con normas procesales, como con las de fondo. Hay que ser cuidadosos con la creatividad, y ser detallistas, pensando en qué va a beneficiar a la cláusula y la posible disputa.

A: Una de las finalidades que ha tenido el nacimiento del Soft Law es la seguridad jurídica, y la capacidad que tengamos cómo se va a interpretar ese contrato, y cómo va a ser ese procedimiento en caso de que surja el conflicto. Si comenzamos a hacer esas mezclas, perdemos, precisamente, ese espíritu.

J: ¿El soft law, sobre todo en materia procedimental – en países que aceptan la libertad procedimental- no es el que permite que se desarrollen las mejores prácticas arbitrales, frente a las prácticas localistas que suelen ser similares a las que se desarrollan en la sede judicial?

A: Totalmente de acuerdo. En Costa Rica y su legislación, se hace una escala de las normas jurídicas aplicables, se refiere a las normas internacionales de organismos incluso privados, que tengan que ver con arbitraje, dejando de último el Código Procesal Civil (para arbitraje doméstico).

G: Judicialización del Arbitraje. ¿Cómo consideran ustedes que se puede probar la existencia de la lex mercatoria como soft law? Algunos críticos consideran que la Lex Mercatoria es un invento de los árbitros para aplicar la ley que ellos quieren a los arbitrajes.

A: La lex mercatoria no es más que los usos comerciales, que han sido una fuente para regular las relaciones mercantiles o de intercambio mercantil entre los comerciantes. Con UNIDROIT tenemos referencias directas a la Lex Mercatoria. Pero, en relación con la autonomía de la voluntad de las partes, si estas no referencian un código o una ley específica, y no referencian otros principios, sino que le dicen al Tribunal que apliquen la lex mercatoria, es porque confían que los árbitros aplicarán los usos comerciales, en su mejor entendimiento. No habría una forma de ponerle un límite específico, más que la razonabilidad, obviamente.

J: La lex mercatoria se ha extendido a otras áreas. Más que un cuerpo de normas es el conocimiento de esas prácticas comerciales. La crítica sí puede existir en relación en qué tanto se ignoran prácticas comerciales de zonas como en Asia, o el Sharia; de alguna forma se puede intentar unificar, pero difícilmente se podrá satisfacer a todo el mundo.

G: ¿Consideran necesario implementar normas soft law para las actualizaciones de los códigos sustantivos nacionales? Me parece que el Soft Law es un poco más maleable que el Derecho Positivo.

A: La gran ventaja del Soft law es que está en constante renovación, y de manera muy rápido. Esto no lo podemos hacer con la ley nacional, dado que esos principios y normas que quizá queremos implementar como hard law, quizá ya estén desactualizados para el momento de su promulgación.

J: Eso no es la cura para todo. Las practicas localistas tienen que ir cediendo a los principios generales del arbitraje. A veces no es la ley la que logra esta actualización, sino, por ejemplo, los reglamentos de los centros de arbitraje, que vayan actualizándose conforme a las prácticas arbitrales. Capaz que nunca exista la voluntad legislativa de cambiar la ley nacional de arbitraje. Por lo que el avance con el Soft Law, y sus prácticas, como convenios arbitrales o reglamentos de los centros, va más allá de un avance en materia legislativa, propiamente

A: Tenemos que ir aprovechando siempre los avances de los países o los profesionales que se han dado a la labor de redactar mejor las normas, dar mayor claridad y uniformidad, ajustarlas... Como no hay fronteras: la ley puede estar obsoleta, pero el reglamento del centro va a ser muy moderno, gracias al estudio internacional de las mejores prácticas, y ha tratado de recogerlo, y las partes se benefician de eso cuando lo escogen en su contrato.

G: Existe un reglamento de arbitraje de un centro en Guatemala, donde se explica de forma expresa que, derivado de la facultad que tiene el tribunal arbitral de conducir el arbitraje de la forma que más beneficia a las partes, en cuanto lo contemplado en materia de prueba: este reglamento sugiere que se puede tener en cuenta las reglas de la IBA sobre práctica de prueba. ¿Consideran ustedes que los reglamentos de arbitraje deberían contener disposiciones similares? ¿Corresponde a los centros de arbitraje regular este aspecto?

J: No estoy en desacuerdo de ese tipo de disposiciones, porque no hace que esas normas sean aplicables, sino que están a título ejemplificativo. Debe ser una redacción más general, que le

permita al árbitro tomar decisiones en respeto a principios del debido proceso. La idea es que sean la práctica y los árbitros, sobre la base de esa disposición suficientemente abierta, tomen en cuenta las mejores prácticas del arbitraje para el caso en particular.

A: Podría surgir un problema con las fechas, la temporalidad y su aplicabilidad. En eso, yo prefiero que se acuda a las partes.

G: Actualmente, la situación obligó a que el origen de los contratos se diera de la mano con nuevas tecnologías. ¿El soft law debería cambiar o implementar normas relacionadas con lo ya conocido como “Legal Tech” para su mejora? ¿Conocen ustedes alguna norma de soft law que hable sobre estas nuevas tecnologías y regule este tema?

A: Para la redacción de los contratos, en específico, que yo conozca, no. Recientemente, ha habido una enorme cantidad de recomendaciones de diferentes centros, sobre cómo debemos conducir los procedimientos virtuales, y los árbitros le agregamos otra serie de cosas y lo que las partes quieren, sobre forma y cuidados. Es algo que está en desarrollo

J: Con la idea de Smart Contracts o el tema de transacciones de criptomoneda, podría mejorarse sobre la base de la práctica; de lo que los actores de ese mercado vayan desarrollando como mejores prácticas de esa área en específico.

G: Si la ley o reglamento arbitral no regulan el desahogo o práctica de la prueba, ¿cómo creen que se debería regular tal desahogo? Para tener certeza jurídica antes de iniciar un proceso arbitral, y también para poder saber cuáles son las reglas al respecto.

A: Si hay un hueco en el reglamento o en la ley, es algo que tengo que prever en el momento que estoy haciendo mi contrato, y es parte de nuestra responsabilidad como abogados. Lo mejor es considerar estas cosas en el proceso de confección del contrato, de modo que sea satisfactorio para las partes, y no poner a sufrir al tribunal.

J: Importante realizar medicina preventiva en materia de arbitraje. El asesoramiento a los contratantes sobre la base de qué normas de soft law podrían resultar aplicables; no es tanto por qué tan populares son, sino si son buenas para un contrato que le rige la lex arbitria ecuatoriana o la costarricense. La excesiva creatividad puede generar complicaciones. La redacción de la cláusula debe ser propicia, tomando en cuenta lo que está detrás de escoger un cuerpo normativo nacional o de soft law.

A: En Latinoamérica, debemos pensar en normas de soft law que se ajusten a las costumbres de nuestra región. Si se negocia en un idioma, que sea el arbitraje en ese mismo idioma; si es regional, debe buscarse gente de la región, para que el resultado del laudo final o resolución del conflicto sea más satisfactorio.

G: Los Principios UNIDROIT, ¿son siempre soft law, o pueden ser derecho supletorio al derecho sustantivo aplicable?

J: Yo diría que siempre será soft law. Salvo que el estado lo haya determinado como norma aplicable supletoriamente. En ese caso, ser haría hard law, por volverse parte del cuerpo normativo de ese estado.

A: Es una norma de soft law, y creo que no deberíamos meterlo como norma de hard law, para no enredarnos en nuestros propios mecate. Le quitaríamos la gracia de la capacidad de estarse renovando al mismo ritmo que ese está renovando el mercado.

G: Con respecto al tema mencionado, de que los árbitros intenten imponer la aplicación de una norma soft law en el arbitraje, ¿podría estar el tribunal actuando en actos ultra vires? ¿Podría esto perjudicar el laudo?

A: Lo ideal es que las partes hayan escogido sus procedimientos. Trataría siempre de consensuar ese procedimiento con las partes, conversarlo, y que sea algo que se adopte por parte de ellos.

J: No creo que un árbitro decida aplicar un cuerpo de normas soft law, si las partes no lo quieren. Si el reglamento permite al tribunal tomar una determinación frente al desacuerdo de las partes, no estaría actuando ultra vires.

¿Podría esto afectar el laudo? Es un tema distinto, y dependerá de la lex arbitrii y las posibles causales de nulidad. Todo dependerá de lo que digan las normas relacionadas con la ejecución y la nulidad. Más allá de eso, los árbitros buscan el acuerdo de las partes, y no imponer a las partes, salvo cuando ocurra un desacuerdo entre ellas. Esto busca que el arbitraje tenga una mayor aceptación para resolver situaciones complejas.

CONCLUSIONES

A: Todas las reglas que existen de Soft Law buscan unificar y hacer que sea más sencillo el entendimiento entre las partes, tanto de las normas de fondo como las procesales. Ese deseo de unificación es lo que da seguridad, y va contra la crisis de confianza en el sistema arbitral. Para evitar esas crisis de confianza en el sistema arbitral y en el sistema de resolución alterna de conflictos, necesitamos ser eficientes, y que las partes entiendan lo que estamos resolviendo.

Lo que hay que hacer es tener conocimiento de las normas que existen, y escoger muy bien en el momento que estoy redactando el contrato. Si no lo hacen, y quedará algún vacío, le corresponderá al tribunal manejar la deficiencia que las partes dejaron en el contrato. Las normas de Soft Law, sin lugar a dudas, han ido enseñándonos que es la mejor manera de acomodarnos al uso mercantil, y a ir al ritmo que tiene que ir el comercio, y romper las barreras, y no a pegarnos aplicando las normas de conflicto claramente establecidas en un contrato, y tenemos que comenzar a ver cuál es la jurisdicción, ir a pelear frente a jueces y leyes que no conocemos. Todo está en manos de las partes. Todo está en la autonomía de la voluntad.

J: Importancia para los practicantes y los árbitros, de mantenerse actualizados con las normas de soft law, aunque no nos gusten. Es importante entrar en este tipo de discusiones y mantenerse informado. Hacer la aplicación con conocimiento de causa, y buscando que la aplicación sea eficiente y relevante, para el proceso en particular.

A: Todas las normas de soft law tienen que madurar para medir su aplicabilidad

Segundo Panel: Normas aplicables al procedimiento arbitral

Fecha: martes 1 de setiembre

Panelistas:

- Catalina Amanábar
- Omar Guerrero
- Teresa Rodríguez
- Victor Garita

Moderadora: María Alexandra Álvarez

Redactado por la asociada: Valeria Alvarado Andrade.

I. Características generales del soft law y su aplicación al procedimiento arbitral

La terminología “*soft law*” en sí llama la atención. Cuando se ven algunos intentos de traducción en diversos textos, algunos autores se refieren a “soft” por “blando” o “soft” por “derecho flexible” o por “derecho suave”. En realidad, lo importante parece ser su confrontación con lo opuesto: el “hard law”. Parece quedar la idea si la palabra “hard” o “soft” puede tener alguna connotación peyorativa en el sentido de determinar cuál es “mejor”: ¿el “hard” o el “soft” law? La sensación es que el “soft law”, el flexible, es un derecho mejor al “hard law” que alude al duro, al inflexible, que no se ajusta a las realidades.

Los elementos tipológicos del soft law se derivan de la doctrina. Con base en ello hay que tener presentes los siguientes elementos fundamentales:

1. No es resultado de un procedimiento formal de emisión de una ley, en el sentido de que no hay un ente habilitado desde el punto de vista político o desde el punto de vista legal para nacimiento a una nueva norma de esta naturaleza. En cambio, la particularidad del soft law es que su fuerza legitimadora deriva del convencimiento, la idoneidad, la rigurosidad técnica y consenso generalizado de que tiene valor desde un punto de vista normativo.
2. No es vinculante, no se puede aplicar forzosamente. Más bien, depende de la aceptación voluntaria de los sujetos para poder ser adoptada y, finalmente, aplicada.
3. Tienden a ser normas programáticas, que encierran principios más que contenidos dispositivos puntuales, aunque no necesariamente es así en todos los casos.

En todo caso, el elemento más fundamental es que su obligatoriedad deriva del consentimiento y su valor intrínseco. Hay que recordar que el soft law no se encuentra jerarquizado en la pirámide forma de las normas, por lo que se considera una fuente informal del derecho al que sólo se puede recurrir por la vía de la aceptación y no por el origen formal.

Los aportes del soft law en materia arbitral y, específicamente, en el procedimiento arbitral, son muchos, pero quizás uno de los más visibles es la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional emitida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Como su nombre establece se trata de un modelo que fue acuñado en el seno de las Naciones Unidas que, en algún momento, y como parte normal de estos procesos, comenzó a compilar algunos principios

procesales en relación con el procedimiento arbitral que terminaron dando origen a este cuerpo normativo. Comenzó a constituirse en una especie de “referente obligado” en una época en la cual la gran mayoría de ordenamientos jurídicos empezaron a reformar sus leyes. En este sentido hay que recordar que en los años 80’s y 90’s el arbitraje formaba parte de un capítulo del Código Procesal Civil, completamente olvidado, sin mayor estudio, aplicación, ni vigencia. Así las cosas, esta “ley” vino a convertirse en el modelo de transformación de la legislación de nuestros países.

Un ejemplo de lo anterior es Costa Rica que, a finales de la década de los 90’s pasó de tener una legislación en arbitraje olvidada en el Código Procesal Civil a una ley de arbitraje doméstico pero muy inspirada en los principios de la Ley Modelo. Es posible concluir que todos los procesos de reforma que se dieron en ese entonces y que han continuado en el tiempo se orientan en dicho instrumento, quedando claro mediante este ejemplo los aportes del soft law al procedimiento arbitral.

Sin embargo, dada su falta de obligatoriedad, a veces puede surgir la siguiente duda *¿Será el soft law un mero entretenimiento jurídico?*

Parte del problema que tienen los ordenamientos jurídicos es que usualmente están atrapados en la vivificación y proceso de renovación en virtud de los (i) procedimientos de los órganos formales que emiten legislación, (ii) problemas políticos y (iii) de capacidad y recursos técnicos. La experiencia sugiere que los procesos de vivificación de los sistemas legales -sustantivos o procesales- sobre la base de reformas formales es sumamente lento, complicado y a veces ineficaz.

En este sentido se señala que el soft law tiene varios aportes muy importantes:

1. *La nueva lex mercatoria*: Sobre la base de principios y directrices se van produciendo nuevas tendencias que se van modelando sobre la base de la realidad, produciendo un nuevo derecho (siendo un claro la Ley Modelo mencionada anteriormente, que ha sido generadora de grandes cambios en el arbitraje internacional).
2. *Una avanzada para el hard law*: Una especie de “primera grada” para la promulgación de una ley formal.
3. *Una alternativa para el hard law*: Esta situación es más complicada porque se puede generar una contradicción entre la norma formalmente emitida por el organo competente y la norma basada en la fuerza moral de la rigurosidad técnica.
4. *Rol integrador*: En algunas ocasiones la normas en una determinada materia se quedan cortas, pudiéndose recurrir a toda una gama de normativa soft law para complementar dichas lagunas. Así las cosas, en materia de arbitraje internacional hay instrumentos que se estudiarán posteriormente que regulan aspectos relacionados con la evacuación de la prueba, conflictos de interés, etc.
5. *Parámetro interpretativo*: Pueden ayudar a dilucidar que quiere decir una palabra o una ley.

El mayor reto parece ser el adoptar el soft law como una fuente vivificadora del derecho procesal y sustantivo, aun con toda la combinación y “choques” entre los diversos sistemas jurídicos

que pueden confluír. No obstante, claramente se constituye como una importante fuente de inspiración para el sistema jurídico contemporáneo, por lo que no es correcto considerarlo un mero entretenimiento.

II. ¿Es el soft law como una técnica propia de la regulación internacional ante la dificultad de armonizar la normativa o también forma parte de las estrategias regulatorias nacionales?

El soft law ha tenido y tiene un recorrido aparentemente paralelo al desarrollo del derecho uniforme, particularmente en el caso del derecho internacional para los negocios. Lo anterior porque en el ámbito internacional se encuentra el campo idóneo para llevar a cabo normativa de esta naturaleza por lo fundamental que era contar con instrumentos y por tanto productos mucho más flexibles que permitieran dar una respuesta mucho más rápida a pesar de que perdieran ese elemento de vinculatoriedad que se logra por ejemplo con un tratado internacional. Entonces se podría decir que es un elemento muy apegado a las particularidades del derecho internacional.

No obstante, lo anterior, se puede notar como ha ganado un espacio propio en el derecho nacional. Esto en tanto forma parte del catálogo de métodos y estrategias legislativas y regulatorias del ámbito nacional en una forma muy sutil. Con el soft law se logra incorporar al proceso de identificación de problemas y de propuesta de soluciones: (i) flexibilidad, (ii) intereses del propio mercado por ser mucho más permeable, y (iii) un mejor reflejo de la maleabilidad que necesitan las normas cuando se habla de transacciones y disputas internacionales. Por lo tanto, se logra un mayor consenso de todos los actores que hay en la sociedad. Así las cosas, en el derecho nacional el soft law también cumple un papel fundamental, que ha ido variando a través de las últimas décadas. Lo anterior se puede visualizar en dos ejemplos:

1. En el ámbito de derecho de sociedades: La primera respuesta al gobierno corporativo vino de la mano de los códigos de conducta. Entonces, la mejor manera para comprender un fenómeno que todavía estaba poco definido fue identificarlo a través de soft law (recomendaciones, códigos de conducta, estándares o prácticas). En este caso pronto se identificó que el soft law era muy útil, pero no era suficiente. Consecuentemente, una vez detectados los problemas era necesaria una respuesta legislativa pura.
2. En el ámbito de las nuevas tecnologías, inteligencia artificial y comercio electrónico: La propia ley incorpora y promueve el desarrollo de códigos de conducta y recomendaciones porque es consciente de que es incapaz de identificar todo el terreno, dejando la puerta abierta a la intervención del soft law.

Por lo tanto, está muy vinculado con el derecho internacional, pero en el derecho nacional también cumple un papel muy interesante sin perder de vista el ámbito del arbitraje.

¿Hay iniciativas de soft law con fuente inicialmente estatal, pero con vocación de aplicación internacional?

Un ejemplo ilustrativo puede ser el Club Español de Arbitraje que se trata de una asociación española sin ánimo de lucro que busca promover el arbitraje como método de resolución de conflictos, pero, en particular, promoverlo en lengua española o portuguesa o con componente iberoamericano.

El Club ha elaborado un Código de Buenas Prácticas de Arbitraje. El Código incorpora una serie de características que merecen ser tomadas en consideración: (i) trata de ofrecer un modelo omnicomprendivo del arbitraje como método de resolución de conflictos, incorporando recomendaciones que afectan a todos los actores que participan en el arbitraje (instituciones, árbitros, abogados, peritos, financiadores, etc.). Lo anterior permite destilar en un único documento auténticos estándares, principios y recomendaciones comunes que han alcanzado un nivel de convicción como buenas prácticas a nivel internacional.

Por ende, se pone en manifiesto que es posible impulsar este tipo de proyectos basados en modelos de soft law desde la perspectiva nacional.

El Código de Buenas Prácticas de Arbitraje del Club Español de Arbitraje

Este Código fue elaborado en el 2019, encontrándose sumamente actualizado a las necesidades del arbitraje moderno. Su búsqueda de ser omnicomprendivo, significando que trata de abordar todas las diversas dimensiones y considerar que el arbitraje, como procedimiento, requiere incorporar los mejores estándares en todos los componentes del sistema. Finalmente, con respecto a su proceso de elaboración, este se basó en los antecedentes más relevantes tanto nacionales, como internacionales, reglamentos de instituciones arbitrales, además de la mejor doctrina y jurisprudencia con el objetivo de reforzar todos los estándares para garantizar la imparcialidad, la independencia, la lealtad de las partes, entre otros. Por ende, la función que procura cumplir es reforzar al hard law y generar una mayor confianza en el arbitraje, dejando aún más clara las importantes funciones que puede desempeñar el soft law.

Como ejemplo de lo mencionado anteriormente, se puede señalar el Código contiene recomendaciones interesantes sobre temas con mucha relevancia en la actualidad:

1. *El tercero financiador*: Busca resolver este asunto en una forma sumamente concreta estableciendo la necesidad de que la parte que cuenta con uno revele a la contra parte y al árbitro de su existencia en un momento anterior al arbitraje o ulterior si no hubiera sido posible previamente. Si el arbitro llegara a requerir más información lo puede hacer, salvándose la parte el derecho de excluir información confidencial o algo que pueda llegar a ser crítico en el análisis del caso.
2. *Con respecto al convenio arbitral*: Además de proponer un modelo, lo cual se sabe que es una práctica común en las instituciones arbitrales, merece la pena señalar las siguientes sugerencias propuestas por el Código con respecto al mismo: (i) que la sede se encuentre en un Estado parte del Convenio de Nueva York de 1958 para efectos de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral resultante, (ii) que se eviten las cláusulas arbitrales híbridas que refieran ciertas disputas al arbitraje y otras a la vía judicial ya que en ocasiones genera situaciones difíciles de resolver cuando surge la disputa y, finalmente, (iii) si las partes quieren mantener un nivel de confidencialidad más estricto deberían pactarlo expresamente y delimitar que aspectos del arbitraje quieren mantener bajo estricta confidencialidad.

III. Normas soft law reconocidas en el ámbito del arbitraje: Las reglas y directrices publicadas por el International Bar Association (IBA).

a. Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional

Aspectos generales

Son de las más utilizadas para apoyar lo que dictan los reglamentos arbitrales institucionales, constituyéndose como reglas que, en su versión actual, son del 2010. Es importante recordar que las Reglas de la IBA nacen con la intención de crear una serie de principios que complementen reglas que fusionan temas tanto del derecho civil, como anglosajón y que pueden ser válidamente aplicables en procedimientos internacionales.

No son vinculantes salvo que las partes las hayan pactado en su cláusula arbitral o que las hayan incorporado en un momento anterior. Lo más común es que los árbitros o abogados soliciten su incorporación porque contienen reglas de aceptación universal en gran variedad de temas: ofrecimiento de testimonios (de parte o de expertos), práctica de inspecciones, ofrecimiento de documentos tanto en posesión de la parte como de terceros, etc. Las mismas tienen como objetivo que los procedimientos sean económicos, eficientes y eficaces para efectos de cumplir con las funciones básicas del arbitraje.

Después de la pandemia probablemente valdrá la pena hacer una revisión ulterior para efectos de incorporar temas electrónicos o de manejo virtual o bien determinar si se puede continuar manejando como hasta la actualidad (con protocolos virtuales).

Las pruebas testimoniales

Uno de los grandes baluartes de las Reglas de la IBA es su regulación con respecto a cómo presentar los testimonios tanto de testigos propios o, de hecho, como de testigos expertos o peritos. En muchos ordenamientos jurídicos se requiere que la prueba testimonial sea presentada directamente ante al tribunal. Esto no ocurre en los arbitrajes internacionales en los que se utilizan las Reglas de la IBA ya que dictan claramente que los testigos de hecho pueden presentar sus declaraciones por escrito siguiendo una especie de “modelo” y declaración de veracidad del testimonio.

Alrededor de este punto se han planteado discusiones importantes que a los límites de lo que se puede hacer como abogado con respecto al contenido de dicho testimonio. Aunque estos límites aún no están establecidos claramente en las Reglas, lo que sí es cierto es que como abogado está absolutamente prohibido influir de tal modo que lo que se vierta en el testimonio sea contrario a la verdad. Esta situación sería una falta ética y si el tribunal arbitral descubriera una situación de esta naturaleza podría llegar a restarle todo el valor probatorio al testimonio respectivo.

Otro aspecto importante por señalar es que en materia arbitral no se tiene problema en presentar como testigos a empleados, representantes o personas que dependan de algún modo de la propia parte. Esto suele estar prohibido en la tradición civil, en la que no presenta la confesión de la propia parte porque la regla es que la confesión sólo surte efectos con respecto a lo que perjudica, no con respecto a lo que beneficia. En el proceso arbitral, como ya se mencionó, no está prohibido pero su eventual valor, materialidad y relevancia será determinado por el tribunal.

Con respecto a los testigos expertos se tiene una estructura muy particular ya que no necesariamente hay que llevar un interrogatorio planteado con preguntas y respuestas, sino que normalmente se lleva en una narrativa muy bien redactada donde se ilustre al tribunal arbitral los aspectos en los cuales requiere del conocimiento técnico. Con respecto a estos testimonios las Reglas de la IBA requieren que el experto haga una mención de que lo emitido es su honesta opinión con respecto al caso concreto.

El discovery o la producción de documentos

Alude a la solicitud planteada por una parte de documentos que están en manos de la otra y que por su relevancia, materialidad y pertinencia es necesaria su exhibición aun cuando la parte que los posee sabe que le pueden ser perjudiciales.

Las Reglas de la IBA contienen disposiciones expresas y se trata de llegar a un balance razonable para no caer en el discovery desde la concepción anglosajona que podría llegar a catalogarse como una especie de “fishing expedition”. En el caso de que hubiera una orden expresa del Tribunal de exhibir los documentos y no se diera, las Reglas permiten llevar a cabo “inferencias adversas” respecto de la parte que se negó a colaborar en la entrega del documento.

Con respecto a las inferencias adversas, es importante señalar que si las partes adoptaron las Reglas de la IBA, estas consintieron que el tribunal arbitral tiene facultades expresas para desprender estas presunciones de la parte que se negó a cooperar. Además, en los casos que la *lex arbitri* lo habilite, la parte interesada en obtener los documentos puede solicitar al tribunal arbitral que requiera la asistencia del poder judicial para compeler a la fuerza del Estado en la producción de la prueba. Sin embargo, lo anterior no suele darse en la práctica porque la inferencia adversa es una presunción legal sumamente poderosa.

En todo esto el régimen de excepciones no puede perderse de vista ya que hay situaciones en las que una parte puede negarse a entregar un documento en virtud de una objeción válida (por ejemplo, la imposibilidad material de entregarlo por destrucción del documento). Otro aspecto trascendental que tendría que ser valorado por el tribunal arbitral son los supuestos de privilegio (también conocido como secreto profesional). También hay determinadas circunstancias en las que se podría determinar que sólo el tribunal arbitral o un tercero contratado por este tenga acceso al documento y saque las conclusiones pertinentes, sin permitir que la otra parte lo vea.

Comparación con las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional

Las Reglas de Praga fueron emitidas en el 2018 y en su momento generaron cierto debate con respecto a las Reglas de la IBA (¿eran mejores? ¿meramente complementarias? ¿podrían eventualmente desplazar a las Reglas de la IBA?). Del estudio de las Reglas de Praga surgieron una serie de consideraciones en relación con las dudas mencionadas anteriormente:

1. *Si se trataba de un debate falso:* Si bien es cierto que por el hecho de que las Reglas de Praga se habían emitido en el 2018 se podía pensar que las Reglas de Praga estaban más actualizadas, lo cierto del caso era que la representatividad de los países de tradición civil en los grupos de trabajo fue mucho menor que los de tradición anglosajona.

Las Reglas IBA ya contemplan muchos principios de la tradición civil, en combinación con reglas del derecho anglosajón, convirtiéndose en un instrumento con amplia aceptación. En cambio, las Reglas de Praga no cuentan con el mismo bagaje ni histórico, ni práctico.

2. *Las Reglas de Praga promueven una proactividad excesiva por parte del tribunal arbitral:* Un claro ejemplo de esto se encuentra en su artículo 7 que dicta que el tribunal arbitral puede investigar de oficio fundamentos de derecho y aplicar disposiciones legales no convenidas por las partes. El principio *nova iura curia* ha sido ampliamente utilizado en la judicatura en los procedimientos tradicionales, pero no deja de ser conflictiva su aplicación en los procedimientos arbitrales.

Dichas Reglas también le dan al tribunal arbitral la posibilidad de intervenir como un amigable componedor para efectos de llegar a una resolución de la controversia. Esta situación es polémica porque la encomienda del tribunal es resolver la disputa en forma vinculante para las partes, no ser un facilitador o tercero asistente para que las partes encuentren un acuerdo.

3. *Diferencias culturales con respecto a la figura del “discovery” o producción documental:* Es uno de los puntos en los que la tradición anglosajona y la civil pueden chocar. En este punto, las Reglas de Praga parecen ser más limitantes en cuanto a la producción de documentos que se pueda dar con respecto de un tercero. Su regla general es procurar evitar que eso ocurra y, como excepción, en tanto se logre acreditar la materialidad y relevancia de dicha prueba poderlo solicitar.
4. *Examen de testigos:* Las Reglas de Praga habilitan una participación mucho más activa que las Reglas de la IBA en cuanto al número, necesidad o no de interrogar a los testigos, etc.

La conclusión a la que se llega con respecto a este punto es que las Reglas de Praga no han tenido la misma difusión y aceptación por diversas razones (como, por ejemplo, no haber consultado a barras arbitrales, no contar con grupos de trabajo más variado y numeroso, etc.). Esta situación, en contraposición con las Reglas de la IBA que con normas con una amplia aceptación universal.

b. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional

Aspectos generales

En arbitraje internacional intervienen árbitros que son jueces y que por lo tanto deben cumplirse con el principio fundamental de independencia e imparcialidad. En ese sentido se procura evitar cualquier tipo de influencia e interferencia que pudiera existir de factores externos de lo que se le plantea al arbitro para resolver la disputa. Con este objetivo es que se dictaron las Directrices sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional.

Las mismas procuran guiar a los árbitros y a los representantes de las partes para crear certeza sobre qué estándares se aplicarán a las revelaciones, objeciones o a las recusaciones de los árbitros. Sobre esta línea de pensamiento se debe aclarar que se entiende por una revelación, la cual tiene por finalidad informar a las partes acerca de una situación en la que podría ser necesario indagar más para determinar si la independencia e imparcialidad se ve afectada. De este modo, establecen unas normas o estándares generales que vienen acompañadas de notas explicativas.

Además, hay una sección segunda de las Directrices en las que se enlistan y aplican los estándares generales y se clasifican en un modo bastante didáctico al dividir las potenciales conductas en una lista roja, naranja y verde.

- Lista roja: Situaciones graves donde se recomienda que necesariamente haya una revelación. Hay situaciones no renunciables, en las cuales se imposibilita que las partes consientan la intervención de un arbitro por la gravedad de esta (por ejemplo: identidad de parte y juez). Por otro lado, hay situaciones renunciables en las que es necesaria la revelación pero que, una vez puesta en conocimiento de las partes, podrían eventualmente acceder a que el arbitro se mantenga en el conocimiento de la causa.
- Lista naranja: Las Directrices son más “blandas” y recomiendan que el arbitro ponga en conocimiento a las partes. Si las partes no dicen nada o no objetan, no habría problema en que el arbitro continúe en el ejercicio del asunto.
- Lista verde: No se recomienda informar a las partes de la situación porque el asunto no es tan relevante.

Tomando todo lo anterior en cuenta se puede concluir que las Directrices tienen tres objetivos:

1. De guía:
 - Para los árbitros: Al determinar cuál información debe ser revelada o entregada a las partes.
 - Para las partes: Al analizar la independencia e imparcialidad de los árbitros.
 - Para las instituciones y cortes: Al analizar recusaciones que se interponen en contra de los árbitros.
2. Unificar la práctica internacional para efectos de tener más claridad al enfrentar una situación en la que puedan suscitar conflictos de interés.
3. Reducir el creciente problema de conflictos de interés que podría existir entre los árbitros, como también disminuir las recusaciones que se plantean en contra de estos.

Ámbito de aplicación

En el año 2014 se hizo una revisión de las Directrices que pretendió aclarar dudas que fueron surgiendo en su aplicación. Entre algunas de las dudas interesantes que se fueron planteado se pueden citar las siguientes:

- *¿Resultan aplicables las directrices tanto a los conflictos de interés en el arbitraje comercial, como a los que suscitan en el arbitraje de inversión?*
- *¿Son aplicables a tanto a los árbitros que ejercen la abogacía, como a aquellos que no?*

Algo que sí se aclaró expresamente es que, por ejemplo, estas sí resultan aplicables a los secretarios administrativos del tribunal arbitral, por lo que deben ser sometidos a la misma revisión y chequeos con respecto a posibles conflictos de interés. También se determinó que aplican a los terceros financiadores ya que se entiende que son equivalentes a las partes por existir un interés económico

directo en el resultado del laudo. Por ende, existe un deber de aclarar si estos financiadores están presentes con la finalidad de esclarecer si el tribunal tiene algún conflicto de interés con respecto a estos.

Por último, también se hicieron determinación con respecto a los estudios jurídicos a los que pertenecen los árbitros, estableciéndose que se entiende que existe una identidad entre ellos. Sin embargo, las disposiciones con respecto no son tan estrictas, siendo necesario hacer un estudio caso a caso y analizar (i) cuanto ha intervenido el estudio jurídico en otros asuntos de la parte o de una afiliada de la parte, (ii) cuánto intervino el árbitro en un asunto dependiendo de la naturaleza de su trabajo, (iii) si existe una relación activa entre el estudio y la parte, etc.

Entonces, volviendo al punto inicial es posible concluir que el ámbito de aplicación no se reduce exclusivamente a abogados y árbitros, sino a distintos entes que intervienen en el procedimiento arbitral.

Los árbitros repetidos

Es una situación que suscita cuando una compañía designa al mismo arbitro en varios arbitrajes o cuando un mismo abogado designa varias veces a un mismo arbitro para casos diferentes pero que guardan ciertas similitudes.

Las Directrices también se hicieron cargo de este tema, haciendo un señalamiento expreso en la lista naranja. Lo anterior ya que podrían generarse dudas justificables de que hay una afectación a la imparcialidad o independencia cuando el árbitro, en los últimos tres años, ha sido designado en dos o más ocasiones por una de las partes o un afiliado de las partes. Otro supuesto expresamente enlistado es cuando en los últimos tres años el árbitro ha servido en otro arbitraje en un tema relacionado.

Dentro de este punto también se puede traer a colación el denominado “*double hatting*” que son casos en los cuales el abogado de una parte también tiene rol como árbitro con respecto a esta en un caso distinta. Todas estas son situaciones delicadas, con respecto a las cuales existe la necesidad de analizar caso a caso para lograr concluir que efectivamente haya una situación que genere una duda justificada con respecto a la imparcialidad e independencia en el supuesto concreto.

Casos concretos de aplicación de las Directrices

Las Directrices no han sido aplicadas solamente por instituciones arbitrales, sino que han existido algunos casos en los que cortes de distintas jurisdicciones se han referido a las mismas.

Ejemplos:

1. Tampico Beverages Inc. V. Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquería (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017).

En este caso Alquería, que era el demandado, se opuso al reconocimiento del laudo arguyendo que existía un conflicto de interés porque el árbitro propuesto por el demandante ya había fungido dicha función en otro arbitraje promovido por este ante el CIADI. Por ende, se alegó que se había infringido el orden público arbitral.

La Corte Suprema de Colombia desechó este argumento luego de analizar el caso diciendo que se trataba de una causa dirimida ante el CIADI, que la naturaleza del conflicto era diferente, las partes eran extrañas, etc. Consecuentemente, lo descartó luego de hacer un análisis objetivo de la situación, rescatándose que la Corte reconoció las Directrices expresamente en su pronunciamiento.

2. Caso dirimido ante en el Tribunal Supremo de Justicia de Madrid, España

Se planteó un caso en el que se invocó un conflicto de interés como causal para no reconocer el laudo porque uno de los árbitros era accionista minoritario de los demandados, por lo que se alegó que tenía un interés. Luego de analizar la situación el Tribunal lo descartó, estableciendo que si bien una declaración por parte del arbitro hubiera sido lo más conveniente, pero que la circunstancia no revelada no denotaba falta de independencia e imparcialidad. En esta sentencia también se citan las Directrices de la IBA a la hora de llevar a cabo el análisis.

IV. Conclusión

El arbitraje es sumamente evolutivo. Aunque pareciera que hay aspectos sumamente arraigados por lo que la respuesta siempre sería la misma, hay tanto dinamismo que el soft law puede ser la medio que conduzca a nuevos caminos, interrogantes y formas de resolver diversos aspectos que se creían totalmente resueltos.

En este sentido, las normas de soft law en materia del procedimiento arbitral se están modificando constantemente, por lo que no hay que dejar de estar atento a su evolución. No se ignora que en su aplicación pueden llegar a surgir dudas importantes, pero se espera que las situaciones que aún son “grises” se vayan dirimiendo poco a poco en la práctica e incorporando a futuras recomendaciones.

Tercer Panel: Normas Soft Law Aplicables a las Audiencias

Fecha: miércoles 2 de setiembre

Panelistas:

- Fernando del Castillo
- Hinda Rabkin
- Dione Meruane

Moderadora: Dominick Delgado

Redactado por el asociado: Sebastián Ayala

Fernando del Castillo: (Reglas de la IBA sobre práctica de prueba en arbitraje internacional y Guía ICC sobre conducción eficaz del arbitraje)

Las reglas de arbitraje se pueden convertir en obligatorias, entonces existe una línea muy delgada entre lo que es soft law y lo que contractualmente debe aplicarse. En el contexto de la audiencia, el reglamento de la ICC y muchos otros señalan que son los árbitros quienes tienen la facultad de determinar la celebración de la audiencia, aunque las partes no la soliciten. La celebración de la audiencia cae más en adherirse a determinadas reglas. Realmente el soft law y estas reglas de la IBA sobre audiencia pasan a ser reglas de logística y, trascienden al mundo de la estrategia para presentar un caso.

Los árbitros en el derecho civil no imparten justicia, lo que quiere decir que el árbitro desempeña una labor contractual, lleva a cabo una misión que vive a partir de una estipulación contractual y debe ceñirse a esta, a diferencia de un juez. En el arbitraje la persuasión es más protagónica que en el caso de los jueces. Por ejemplo, se puede utilizar la estrategia de las cuatro esquinas del contrato. La audiencia puede ser tomada como una herramienta para la estrategia del caso.

Fernando del Castillo

Las normas del soft law que se pueden usar a nuestro favor, van más allá. ¿Se debe consultar quién es la audiencia? ¿El cliente? ¿El Tribunal Arbitral? ¿La contraparte? Si una parte de que el Tribunal es la audiencia, se debe asumir que los árbitros no pueden recordar toda la documentación aportada al expediente. El objetivo principal es que el tribunal tenga conocimiento de los puntos fundamentales de las audiencias, por lo que se debe intentar en el mejor de los casos que en la orden procesal se determinen una serie de reglas para llevar a cabo la audiencia. Por ejemplo, estas reglas pueden versar sobre el tiempo, la flexibilidad, etc. Esto para evitar objeciones futuras dentro del proceso.

También es importante determinar qué es lo que se busca con los interrogatorios, ya sea hacer ver que el testigo incurrió en falsedades, que es inconsistente en su declaración, etc. Por tanto, las reglas de logística que se pactan en la audiencia deben tomar en cuenta todos estos aspectos.

Proyección de Consultas:

¿La decisión de celebrar una audiencia tiene impacto en tener un laudo favorable?

La mayoría del público votó que sí. Esto es interesante, no hay respuestas completamente correctas. En la práctica actual, el contacto directo con las partes y testigos abonan a que el árbitro se sienta persuadido. El árbitro debe conocer el expediente, sin embargo, no se puede dejar de lado la gran cantidad de documentos que se ventilan en los procesos actuales.

¿Qué factores deben tomarse en cuenta por las partes para acordar la celebración de una audiencia?

La oportunidad de presentar el caso contrasta cuando el caso es de puro derecho o interpretación contractual. Difícilmente en la actualidad un arbitraje es de pura interpretación contractual, usualmente se deben tomar en cuenta todos los hechos alrededor. La oportunidad de presentar el caso siempre es un factor para preferir la audiencia, en vez de no celebrarla. Un elemento adicional es que en Latinoamérica los abogados no tienen tanto entrenamiento en los contrainterrogatorios, contrario a lo que sucede en Estados Unidos. En muchas ocasiones las partes deciden hacer el contrainterrogatorio, y lo limitan a un cierto número de preguntas, sin embargo, esto se complica cuando el interrogatorio es a peritos, ya que se le añade la parte técnica la cual puede sacar de su base al abogado.

En algunos casos, se utilizan normas de soft law para que sea el perito quien interroge al otro perito, o que asista al abogado en la explicación de asuntos técnicos. Usualmente, esto puede generar objeciones en la contraparte. Debido a esto, en muchos casos no se permite a los peritos participar en interrogatorios.

Un claro ejemplo, novedoso, relativo al soft law es que ya no se requiere copiar a la contraparte para enviar escritos y, sea el tribunal quien se encarga de hacer la distribución de los documentos. Esto es contrario a lo que ha sucedido en otros casos, en los que las partes se esperan al último momento para enviar el escrito y que así la contraparte no tenga tanto tiempo para revisar el escrito.

¿Si no se celebra la audiencia en la sede del arbitraje, el laudo es nulo, se incumple la cláusula arbitral o no pasa nada? Es 2020.

La sede del arbitraje es un vínculo jurídico con el convenio arbitral, pero no, es más. No es una restricción geográfica. No se debe confundir la sede del arbitraje, con el lugar donde se celebran las audiencias. La sede se usa para determinar por ejemplo donde se debe solicitar la nulidad del laudo, o donde debe colaborar una instancia judicial con el tribunal arbitral. El laudo debe entenderse firmado en la sede.

Dione Meruane: Protocolo de Seúl para Videoconferencias en Arbitraje Internacional y las Directrices Para Audiencias de Testigos en el Arbitraje Internacional, Chartered Institute of Arbitrators

Directrices Chartered Institute of Arbitrators:

Guías prácticas para el careo de testigos. Usualmente esto se da con peritos, y también puede darse entre testigos de hecho. Marco de normativas de soft law para mejores prácticas. El careo de testigos es lo mismo que witness conferencing, un proceso en el cual dos o más testigos al mismo tiempo rinden su testimonio ante el tribunal. Estas guías aportan una lista de verificación para constatar si es apropiado o no realizar el careo de testigos. Otorgan directrices estándar y específicas para hacer el careo.

Otorgan notas explicativas sobre cuando llevar a cabo un careo de testigos y como hacerlo. La lista de verificación determina si es conveniente en el caso concreto llevar a cabo el careo. Esta lista se divide en cuatro aspectos principales: discovery en litigio (opiniones distintas), testigos, audiencia previa y logística. Si las diferencias de criterio son mayoritarias, se recomienda realizar el careo.

Esta guía abarca temas relativos a la credibilidad del testigo. También se señala que es preferible no realizar los careos cuando hay relación entre los testigos, si se conocen o son amigos, o incluso si existen trasfondos culturales. Por ejemplo, en algunas culturas hay mucho respeto por las personas mayor de edad, por lo que puede ser irrespetuoso hacer el careo con personas mayores de edad. La guía también brinda disposiciones una vez se decide llevar a cabo el careo, por ejemplo, si debe ser presencial, con traducción simultánea, entre otros.

Las directrices estándar: El careo también lo pueden dirigir los testigos. Se recomienda realizar un programa de las áreas en que hay acuerdo y desacuerdo. También se recomienda realizar una cronología de los hechos y que se tengan a mano los documentos en que se contienen los informes periciales. Hay tres alternativas que se recomiendan: dirigido por el tribunal, por los abogados o por los testigos. Cada testigo debe reconocer su evidencia escrita o su informe. Cuando hay dirección del tribunal, el perito debe hacer un resumen inicial de los hechos. Cuando son los testigos quienes dirigen el careo, se puede confrontar al otro experto dentro de la misma audiencia, y la parte final es para la intervención de los abogados. Cuando los abogados dirigen, se pueden interrogar a todos los testigos.

¿Respecto a las preguntas, el cross examination, deben atenderse a ciertas reglas para su formulación?

Hinda Rabkin: No hay reglas para su formulación, pero hay una práctica establecida. Se intenta formular preguntas cerradas, ya que es más recomendado que las abiertas en las que el testigo puede hablar de más.

Fernando del Castillo: Es un tema interesante. Hay unas reglas que tienen que ver con lo que el Tribunal permite a las partes, y qué puede incluir la pregunta. Usualmente estas reglas se pueden pactar entre las partes previamente. Debería haber un ejercicio de reglas relativas a estos interrogatorios. Se debe tener cuidado con las preguntas abiertas a los peritos, dado que con conceptos técnicos se pueden traer abajo una teoría del caso.

Dione Meruane: En el careo existen ventajas y desventajas. Es eficiente y hay ahorro de costos. Dentro de las desventajas puede haber discrepancias entre los testigos, así como con los abogados de distintas tradiciones jurídicas.

¿La guía de la ICC para mitigar efectos del Covid (audiencias virtuales) y de AAA sobre zoom en arbitrajes son soft law?

Dione Meruane: Sí son normas del soft law, al no ser obligatorias, únicamente son guías

Dione Meruane: Protocolo de Seúl:

Se anunció en noviembre de 2018, y su lanzamiento fue en marzo de 2020 por la contingencia del COVID19. Da reglas y consejos técnicos para las videoconferencias. Es un conjunto de normas de soft law para el desarrollo de videoconferencias, da consejos prácticos y técnicos. Establece que la

solicitud de la videoconferencia debe realizarse 72 horas antes de la misma, la parte solicitante debe preocuparse de todos los aspectos prácticos y asumir costos adicionales. Se establecen definiciones como por ejemplo la de observador, quien es un garante del buen desarrollo de la audiencia. El observador es imparcial y se debe preocupar de la buena forma de la audiencia. Este protocolo también se refiere a las videoconferencias de testigos. Las partes deben cumplir con todos los requisitos logísticos. Establece que cuando las partes y el testigo están en el mismo recinto, deben permanecer a distancia y con la cámara activada, la cara y parte del cuerpo del testigo siempre se deben ver.

Para efectos de la audiencia, debe haber un computador con correo electrónico e impresora, en cada uno de los recintos. El artículo 1.7 ha sido polémico, ya que permite al tribunal terminar la videoconferencia en cualquier momento, si considera que la videoconferencia es insatisfactoria para alguna de las partes. Este protocolo establece aspectos relevantes sobre quienes pueden ser los asistentes a la audiencia, no se permiten personas externas a las audiencias. Se debe tener la información sobre los asistentes a la audiencia.

Se debe poner a disposición del tribunal, partes y testigos una copia de cada uno de los documentos. Las partes se pueden poner de acuerdo en hacer un repositorio de documentos virtual, siempre y cuando mantengan la seguridad debida. Se contienen las velocidades mínimas para una buena transmisión de señal, al igual que la calidad mínima en la imagen. Las partes deben asegurar copias de seguridad respecto de la videoconferencia. No se pueden realizar grabaciones si el tribunal no las autoriza.

¿Utiliza las videoconferencias usualmente en arbitraje? (pregunta al público)

Con la pandemia de COVID19 ha aumentado masivamente la realización de videoconferencias, a pesar de que anteriormente ya se utilizaban. En una encuesta de White and Case, un 43% de los entrevistados aseguraron que frecuentemente utilizaban las videoconferencias, con la pandemia posiblemente se aumente la estadística en relación con quienes siempre utilizan las videoconferencias.

¿Después de esta conferencia se considera que el careo de testigos trae más ventajas o desventajas? (pregunta al público)

Mayoría del público considera que trae más ventajas.

Hinda Rabkin: Nunca ha visto el careo en la práctica y tampoco lo considera necesario.

Fernando del Castillo: Los careos que ha visto siempre son controlados por el tribunal. Dirección de testigos en el careo puede darle un carácter muy informal a la audiencia, ya que tienen perspectivas muy subjetivas, se cuestiona su ayuda para el tribunal.

Dione Meruane: Resulta complicado que los testigos y peritos intervengan sin la dirección del tribunal.

¿Las videoconferencias se convertirán en el medio más usual para llevar a cabo procesos arbitrales?

Dione Meruane: Definitivamente sí, aunque no se debe dejar de lado la percepción en persona de los testigos ante el Tribunal Arbitral. En temas de ahorro y costos, las videoconferencias de testigos se quedarán.

Fernando del Castillo: Definitivamente se pueden hacer las videoconferencias, no obstante, no siempre es lo más recomendable. Se debe poner en si para el caso concreto conviene llevar a cabo ese tipo de audiencia

Reglas de Praga:

¿Un Tribunal se debe limitar a lo que le definen las partes o debe ser un agente activo en la búsqueda de la verdad en el proceso?

Mayoría del público considera que debe ser un agente activo.

Hinda Rabkin: En los sistemas de common law el árbitro usualmente se queda con lo definido por las partes. Hay partes del procedimiento en que el tribunal debe ser más activo, como por ejemplo en lo relativo a la jurisdicción.

Las Reglas de Praga no son vinculantes, son fuente de soft law. Las partes pueden acordar aplicarlo en todo o en parte, o también usarlas como guía. Estas reglas son el producto de un grupo de trabajo compuesto por profesionales de 30 jurisdicciones, en su mayoría de representantes del derecho civil. No hay ningún representante de un país latinoamericano. El arbitraje usualmente se ha asociado al common law y su práctica adversarial, en el que las partes se encargan de dar curso al proceso y presentar evidencia. Las reglas intentan aportar una mirada desde el derecho civil, en que el tribunal adopte un rol más activo en la disputa. La encuesta de White and Case y Queen Mary, el 60% de los encuestados consideró que los costos eran un aspecto negativo del arbitraje, aunado al tiempo.

Estas reglas buscan que el tribunal tenga un rol más activo. En concreto, las reglas son un poco anti-audiencia, dándole prioridad a buscar resolver el proceso con base en los documentos aportados. Por ejemplo, el reglamento de ICC tiene unas reglas para procedimientos abreviados, las cuales facultan al Tribunal a decidir sobre la disputa con base en documentos y sin audiencia. En las reglas de Praga, si se solicita la audiencia, esta se debe organizar de manera más eficiente posible, limitando el tiempo y tratando de utilizar medios electrónicos.

Tienen similitudes con otras reglas de soft law, como por ejemplo las de la IBA. Las reglas de Praga también poseen importantes diferencias. Por ejemplo, llaman a evitar los métodos de reproducción de documentos, lo cual pareciera ser inusual en comparación con la práctica. Las reglas prefieren que los peritos sean designados por los tribunales arbitrales. Las reglas son claras en otorgar al tribunal la dirección del interrogatorio, se pueden rechazar preguntas, definir el tipo de preguntas y finalizar el interrogatorio. Todo lo anterior en aras de limitar los costos.

Estas reglas son controversiales, y se ha dicho que podrían tener poco uso en la práctica. En algunos casos de arbitraje internacional ya han sido aplicadas, por ejemplo, hay tres casos de arbitraje de inversión. En un caso contra Argentina, el tribunal designó a su propio experto, quien emitió un informe y luego las partes hicieron sus observaciones. También se ha dado que los tribunales pueden ser quienes llaman a declarar a los testigos, sucedió en otro proceso arbitral de inversiones

contra Argentina. Hay experiencias en casos en que los interrogatorios se extienden y los tribunales interrumpen para acortar las declaraciones. Las reglas de Praga pueden ayudar a que se utilicen más a menudo estas herramientas y, en principio los tribunales no se encuentran limitados de las facultades que contemplan las reglas de Praga. Es posible que, en casos complejos, estas reglas no tengan tanta aplicación, sin embargo, en procesos más pequeños pueden ser muy útiles.

Estas reglas deben ser vistas como un complemento que promueve la eficiencia, mediante tribunales con roles más activos en la disputa. En cada caso se debe tomar las necesidades de las partes, del caso concreto y el debido proceso.

Dione Meruane y Fernando del Castillo opinan que no han visto la aplicación de estas reglas en la práctica.

Fernando del Castillo: Estas reglas son consideradas invasivas. Los reglamentos más genéricos ayudan al tribunal a ser más flexibles. La ejecución de estas reglas no ha sido lo mejor.

¿Cómo conciliar estas reglas con el due process paranoia?

Fernando del Castillo: Hay temor en aplicar estas reglas dado que en principio no están pactadas, por lo que se puede utilizar para anular un laudo. Estas reglas tienen a darle a los árbitros naturaleza de jueces.

¿En las reglas de Praga se le da mayor importancia al papel del Tribunal por encima de los abogados?

Hinda Rabkin: No es una buena opción que el tribunal sea tan protagonista, de modo que exceda la participación activa, el tribunal no puede ordenar todo.

¿Hasta qué grado un tribunal puede ser más activo con base en estas reglas, hasta suplir deficiencias de los abogados, suplencia de la queja?

Hinda Rabkin: El tribunal no puede por ejemplo otorgar resoluciones incongruentes, que no se apeguen a las pretensiones de las partes. En el arbitraje hay un principio de que el demandante debe probar su caso, este rol no lo puede tomar el tribunal.

Fernando del Castillo: No se pueden utilizar estas reglas para facilitarle el proceso a las partes, de forma que un tribunal no puede ir dando indicios acerca de cómo va a resolver, no se trata de que el proceso vaya en modo “piloto automático”

¿Las reglas de Praga representan el civil law y las de la IBA del common law?

Hinda Rabkin: Las reglas de Praga son muy inspiradas en el civil law, las reglas de la IBA se diseñaron para aplicarlas de forma más general, de modo que haya un balance. No obstante, las reglas de Praga si corresponden más al civil law.

¿Se podría decir que la actuación activa de los árbitros está preceptuada en los principios Unidroit?

Fernando del Castillo: La génesis de Unidroit es conciliar distintos sistemas jurídicos, sin violentarlos. Por ende, las reglas de Praga que se inclinan más al rol de los jueces se apartan de los principios Unidroit.

¿Un laudo con base en las reglas de Praga podría tener problemas de ejecución en un país de common law?

Fernando del Castillo: Si el laudo no ha sido anulado, no habría problemas. Ahora si se utilizan las reglas de Praga, y se alega la nulidad del laudo, dependería mucho del caso y la causal que se invoque. Depende mucho de la interpretación del orden público en cada país

Hinda Rabkin: Las reglas de Praga son soft law, solo aplican si hay acuerdo de partes, por lo que sería difícil que posteriormente una de las partes alegue que son contrarias al debido proceso.

¿Coinciden que las Reglas de Praga representan un recelo geopolítico de los países de Europa del Este que llegan a satanizar el discovery?

Fernando del Castillo: El intercambio y exhibición de documentos puede ser utilizado para agregar más tiempo al proceso arbitral. Si hay carga geopolítica, aunque se ha ido superando la idea de que exhibir documentos es contrario a derecho constitucionales. Todavía falta para que las reglas de Praga se socialicen en el arbitraje.

Fernando del Castillo: Se ha vuelto habitual la exhibición de documentos, aunque no llega al nivel de los Estados Unidos, siempre hay ciertos límites.

Dione Meruane: En Chile aplica subsidiariamente el Código de Procedimientos Civiles, donde se contempla en discovery, pero no como el discovery.

Fernando del Castillo: Luego de pedir la exhibición de documentos, cuesta canalizar la información para utilizarla. Sucede mucho que la exhibición no es prueba dentro del expediente, ya que el documento que se quiere mostrar se debe aportar e identificar formalmente. Por ende, es de difícil manejo.

Cuarto Panel: Normas Soft Law aplicables al fondo de las controversias

Fecha: jueves 3 de septiembre

Panelistas:

- A. Katharina Scheffer
- Huáscar Ezcurra
- Gaela Ghering
- Federico Torrealba

Moderadora: Ji Soo Kim.

Redactado por el asociado: Gabriel E. Chaves Corrales

I. **Soft Law vs. Hard Law: Una historia de elección natural.**

Las instituciones jurídicas evolucionan según la necesidad de la sociedad. Las prácticas comerciales siguen el mismo principio, se resumen en tres pasos: (i) Generación, se crean una variedad de reglas y prácticas (usos y costumbres); (ii) Competencia, las reglas y prácticas creadas entran en un proceso competitivo que define su mayor adaptabilidad al contexto específico (ensayo y error, descubrimiento e innovación) donde se encuentran las mejores prácticas; y (iii) Propagación, donde las prácticas más útiles persisten en el tiempo y se generalizan.

¿Qué diferencia al Soft Law de las leyes Estatales?

1. Generalidad vs especificidad:
 - “One size fits all”, las leyes estatales aspiran a la generalidad y no a atender las necesidades de cada mercado. Mientras que el Soft recopila las reglas particulares de cada mercado, que son generadas por la práctica comercial. Se refleja por ejemplo en los contratos FIDIC, que cada uno atiende una necesidad diferente.
2. Top-down vs bottom-up:
 - En el caso de las leyes estatales, éstas son obligatorias para todos y nadie puede elegir que no se le apliquen (enfoque top-down), mientras que en el caso del soft law las normas responden a las necesidades de la sociedad (bottom up).
3. Anacrónico vs. Sincrónico:
 - Las leyes estatales suelen quedar estacancadas conforme pasa el tiempo y tienden a desfazar rápidamente, y éstas se vuelven anacrónicas. Mientras que en el caso del soft law estamos ante un proceso evolutivo, donde las normas se adaptan a la necesidad y constantemente recogen las mejores prácticas que se generan en el tiempo a nivel del mercado. Por ejemplo, los principios UNIDROIT, que cada 7 años se actualizan.

¿Cuál es más apta para sobrevivir?

- Caso Peruano: Una vez que se promulgó la ley de arbitraje en Perú en el año 2008, se abrió el portillo para la aplicación del soft law. Esta ley, además, genera que, en los tribunales arbitrales peruanos, exista la potestad de nombrar árbitros extranjeros de mayor experiencia, que con su intercambio entre sus pares árbitros nacionales generan un mayor conocimiento de las normas soft law, y por ende una mayor difusión.

II. **Soft Law aplicado al fondo de las controversias: Relevancia y Aplicación en Arbitraje Comercial Internacional.**

1. Relevancia del Soft Law en el arbitraje internacional.

- El Soft Law, proviene del Derecho Internacional Público y se define como un conjunto de reglas que son ratificadas por los Estados, que tienen la particularidad de ser escritas y vinculantes entre las partes. Un incumplimiento de esas normas podría ser considerado una falta a la Buena Fe.
- Por otra parte, el Soft Law en la materia del Derecho Internacional Comercial, no configura una obligación legal ni política para su cumplimiento, y no tiene que ser por escrito. Se incluyen las “best practices”, los usos comerciales y la lex mercatoria.
 - o Se divide en (i) Soft Law Procesal: IBA guidelines, entre otros; y (ii) Soft Law aplicado al fondo, que es el objeto de la presentación.
- Es relevante (el Soft Law) ya que típicamente, en los arbitrajes internacionales, las partes envueltas en el proceso arbitral (país del comprador, del vendedor, de la sede, de la ejecución, de la entrega de los bienes, etc.), son de distintas nacionalidades y cada una con sus respectivos derechos.
- Asimismo, la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad del adjudicador está menos limitada que en el caso de los procedimientos estatales.
- “Fuera de cualquier orden legal, los árbitros no están sujetos a ninguna ley en particular” (D. Bureau). Más si están en la obligación de emitir un laudo ejecutable.

2. Los Principios UNIDROIT.

- Cuerpo normativo que establece reglas generales para los contratos comerciales internacionales.
- Es el instrumento de Substantive Soft Law más reconocido a nivel mundial. Inclusive ha llegado a ser denominado como “Un sinónimo del Soft Law” (H. Kronke).
- Tienen como objetivo principal reafirmar los principios generales del Derecho Contractual, independientemente de las tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en los que se aplicarán.

3. Análisis de caso: Prakash Steelage Ltd. v. Uzuc S.A.

- La empresa de acero Prakash entregó tubos de acero defectuosos al comprador rumano Uzuc, que tenía la intención de construir y revender los tubos a un comprador en Qatar.
- Uzuc envió la solicitud de arbitraje en la CCI de París, demandando una compensación por parte de la compañía de la India.
- No existía una cláusula arbitral en el contrato, más si un acuerdo verbal en comunicaciones.
- No existían una cláusula de escogencia de ley aplicable. Existía dicidencia entre si el Derecho Indio o el Derecho Rumano eran aplicables al caso.
- El tribunal falló a favor del demandante, ordenando a Prakash a pagar un millón de euros en daños. Basando su decisión únicamente en principios UNIDROIT.

4. Aplicación del substantive Soft Law – Condiciones y Consideraciones.

- Condición previa: Que no exista una elección de ley aplicable fondo previamente establecida por las partes.
- Existe una amplia capacidad de decisión para los árbitros, para determinar la ley o “reglas de Derecho” aplicables al fondo.
- Consideración:
 - o El reglamento institucional.
 - o Lex arbitri.

- Ley del País de la ejecución.
- En caso de que no exista una ley más idónea para aplicarle al fondo.
- Que la decisión de utilizar el Soft Law no sea “sorprendente”, en el entendido que ambas partes estén al tanto de que existe la posibilidad de aplicarla.
- El Soft Law debe de ser aplicado con cuidado, ya que no se puede perder de vista la misión del árbitro, que es emitir un laudo ejecutable.

Pregunta del público: ¿Cómo debe de proceder un árbitro, en caso de que la ley electa por las partes tenga un vacío legal que impida la resolución del conflicto?

R/ Cabe rescatar que el árbitro tiene la facultad, al igual que un juez estatal, de interpretar la ley para darle una resolución al conflicto. Los árbitros están llamados a integrar costumbres utilizadas en el mercado para darle solución a un conflicto en caso de que la ley electa por las partes no lo contemple. Además, se pueden utilizar organismos de soft law, para intentar de llenar el vacío, siempre y cuando este se adapte al caso concreto.

Pregunta de la Moderadora: En su experiencia profesional, ¿Qué tanto se aplican los principios UNIDROIT?

R/ En los últimos años ciertamente ha habido un incremento en la aplicación de los principios UNIDROIT en los casos, sin embargo, sigue existiendo una renuencia a la hora de aplicarlos. En el tiempo que se trabajó en el ICC, se observaron muy pocos casos, principalmente porque las partes ya habían escogido la ley aplicable al contrato. Además, los casos en los que se aplicaron los principios, las partes habían determinado los UNIDROIT como la ley aplicable al fondo.

III. Las normas Soft Law aplicables al fondo, desde un enfoque costarricense.

La fuente del Derecho es el sitio donde se encuentra la norma jurídica, a primera vista cuando se habla norma, de busca aquella promulgada por la Asamblea Legislativa, sin embargo, esas mismas normas aluden a las normas no escritas como lo son los principios generales del Derecho, los usos y costumbres. Las normas de Soft Law son cuerpos de preceptos con eficacia meramente persuasiva. Son cuerpos de normas estructurados como una ley escrita, más les falta el componente coercitivo.

En el ámbito de los contratos internacionales, existe una amplia variedad de cuerpos normativos. En el transporte multimodal, por ejemplo, existe una gran oposición para que se llegue a uniformar la materia. Por ende, todos estos contratos de transporte se tienen que basar en organismos de soft law y contratos modelo. En el año 1992 la UNCTAD y la CCI promulgaron las reglas uniformes sobre transportes multimodal, que no es una convención, sino que es soft law puro, mismo que ha servido para inspirar los formularios de conocimientos de embarque publicados por la FIATA.

En el ámbito de las cartas de crédito, destacan las reglas UCP-600 emitidas por la CCI, y lo propio por las reglas URF-800, reglas uniformes al forfaiting. El comercio multinacional funciona a base de Soft Law.

Las reglas de Soft Law ofrecen reglas modelo que se presentan y se justifican por ser “justas y razonables” y las partes las pueden incorporar por referencia a sus contratos, generando una

fuerza *inter partes*. El mismo fenómeno sucede con los INCOTERMS, en donde las partes toman el modelo ofrecido y lo incorporan a su contrato en particular.

Los Principios UNIDROIT, son reglas de aplicación universal que sirven para todas las culturas. Son una Ley Modelo de Derecho Natural, que son aplicados universalmente. Algunos de los principios incluidos en este cuerpo normativo, son de carácter universal (pacta sunt servanda, buena fe, etc), más no todos lo son por ejemplo el Hardship o la excesiva onerosidad sobreviniente, donde se dispone la adaptación del contrato. Los países anglosajones, tienen una mayor dificultad para aceptar las figuras de adaptación de los contratos, lo que desemboca en que se incluyan cláusulas de *force majeure* para que la adaptación sea viable. Los Principios UNIDROIT son aplicables a contratos comerciales internacionales, tiene un mayor ámbito de aplicación que organismos como la CISG, por ejemplo. Entran en juego además cuando las partes han manifestado una oposición de que una ley nacional sea aplicable al contrato. Uno de los usos en los que sería importante hacer ahínco, es en la integración a los vacíos del Derecho Positivo. En Costa Rica existen bastantes casos donde se han aplicado los UNIDROIT para interpretar mismas reglas del Derecho Positivo a nivel arbitral.

Funciones de los Principios UNIDROIT:

- Reforzamiento, se invocan los principios para justificar una decisión ya tomada a la luz de una ley nacional, y se utilizan de manera caso “ornamental”.
- Integradora, se encargan de llenar lagunas en el Derecho Internacional Privado, donde se complementa inclusive con organismos como la Convención de Viena.
- Como fuente primaria, cuando las partes le han dado poder a los árbitros para que actúen como amigables compositores, árbitros de equidad no sujeto a las fuentes escritas. Además de cuando las partes han expresado el negative choice, o bien aceptado en el curso del procedimiento que se utilicen los principios.

Aplicación de los principios UNIDROIT a los laudos costarricenses:

- Disexport international & Autochic vs. SGS holdings:
 - o Incumplimiento de contrato de consorcio internacional.
 - o SGS se salió del consorcio a la hora de presentar la licitación lo que provocó la pérdida de oportunidad para Disexport et al.
 - o El Tribunal, justifica en el laudo la utilización de los principios UNIDROIT, para la introducción de una figura que en la jurisprudencia costarricense no existía, como lo es la pérdida de chance. Figura que sí se encuentra en los principios.

Pregunta del público: ¿Cosidera que el Soft Law puede ser una solución alterna de conflictos?

R/Totalmente, es una figura que se aplican en procesos alternos de resolución de controversias. En el caso de los procesos judiciales, los jueces distan de aplicar estas normas porque se inclinan más a las fuentes dfinidas legalmente. Por ejemplo, los UNIDROIT, más allá de ser una solución alterna, son una costumbre comercial que no es necesariamente acoplada a la realidad comercial universal, no es una lex mercatoria como ellos en el preámbulo alegan.

IV. Retos en la aplicación de las ormas soft law en la actualidad.

¿Estamos viendo Soft Law de color Rosa?

El reto más significativo de Soft Law en el arbitraje internacional, es la naturaleza del arbitraje internacional.

Retos:

1. El Consentimiento es la piedra angular del arbitraje internacional, se tienen dos partes de países distintos que van a un arbitraje internacional, con base a un acuerdo previamente pactado. A la hora de que un tribunal arbitral decide aplicar un organismo de soft law, está distando del consentimiento de las partes y por ende está “violentando” la piedra angular. ¿Cómo se puede superar el requerimiento del consentimiento?
2. La expectativa de certidumbre, las partes que llegan a un acuerdo para resolver sus disputas por medio de un arbitraje internacional. El mundo del arbitraje internacional busca la manera en la que se le pueda dar certidumbre a los participantes.

Existen momentos donde la aplicación del soft law se encuentra contra la pared, en el caso de una institución tan prestigiosa como lo es el CIADI, el consentimiento y la certeza son claves para el desenvolvimiento natural del arbitraje internacional. Se menciona que las decisiones deben ser tomadas, cuando las partes estén de acuerdo, bajo *ex aequo et bono*. Se establece la diferencia entre el arbitraje internacional comercial y el arbitraje internacional de inversión, la frecuencia de la utilización

La esperanza en el vacío: Hay que buscar lacuna existente para aplicar el soft law.

- Conflictos de interés y la aplicación de IBA guidelines a cuestiones del fondo de cuáles circunstancias se pueden clasificar como un conflicto. No existe a nivel internacional público, un tratado, una convención que regule o defina qué es un conflicto de interés. En estos casos, los tribunales deciden utilizando los IBA guidelines, independientemente de la materia, sea en el ámbito comercial o de inversión.
- La necesidad de aplicar soft law a la interpretación de reclamos de tratamiento justo y equitativo en arbitrajes de inversión. No existe una regulación que hable acerca de lo justo y lo equitativo. Cuando los árbitros deciden con respecto a lo bueno y lo equitativo, muchas veces de manera intrínseca están utilizando un soft law, o bien un *ex aequo et bono*. Sin embargo, no todas esas decisiones de los conceptos de justicia y equidad tienen una base de hard law.

Panel de Clausura: Normas Soft Law sobre el uso del peritaje en construcción

Fecha: viernes 4 de septiembre

Panelistas:

- Elina Meeminskaya
- Sergio Rodríguez

Moderadora: Silvia Trejos

Redactado por el asociado: Gabriel E. Chaves Corrales

I. ¿Cuáles son las cuestiones que típicamente se resuelven en peritajes en arbitrajes de construcción?

Son muy diversas las cuestiones que un perito debe de resolver en un arbitraje de construcción, pero una de las cuestiones donde más se utilizan es en relación con que si la obra realizada cumple con las disposiciones del contrato, y si las cumple o no las cumple, explicar porqué. Esa justificación de que, si la obra está bien construida o no, no depende únicamente de la calidad de la obra en sí, sino que los peritos deben realizar un análisis a fondo aspectos inclusive relacionados con quién fue el ingeniero a cargo de la obra. Las otras cuestiones que generalmente se abordan por los peritos, es el que si durante la ejecución de los trabajos existieron retrasos a la ruta crítica que impactaron al proyecto, y si hubo pérdida de productividad. Y, por último, los impactos financieros que afectaron la obra.

Es importante establecer que hoy en día existe una diferencia entre un asesor técnico de parte y un perito. Por lo general los asesores técnicos de las partes, son personas que ya han trabajado en la compañía anteriormente, y el hecho de que fuesen llamados como peritos podría verse afectado por la parcialidad del mismo ya que sería dar un dictamen sobre su propio trabajo. Y se diferencia del perito de parte ya que los peritos suelen tener otra serie de reglas de comportamiento acerca de la información dada.

II. ¿Para qué emerge el Soft Law aplicado al peritaje de construcción?

Por las mismas razones que el soft law nace en otras áreas. Dado que el arbitraje internacional es una actividad intrínsecamente internacional, los Estados afortunadamente no han sido capaces de crear una normativa universal para dicha actividad. Para esos espacios donde no hay una regulación y existe una incertidumbre, el soft law llega a llenar esa incertidumbre. Los organismos internacionales reconocidos (Convención de Nueva York y la Ley Modelo de UNCITRAL) tocan de manera muy sucinta los aspectos procesales, por ello recurrimos a organismos de soft law que han obtenido su “autoridad” por una reiterada selección en otros tribunales arbitrales, es una legitimación discursiva.

III. ¿Con qué frecuencia se utilizan las normas de soft law en materias periciales?

Siempre, las normas Soft Law están aquí para llenar un vacío que tienen las normas de arbitraje. Los árbitros a la hora de aplicar las normas de soft law lo pueden hacer de dos formas (i) Por medio de una referencia a uno de los organismos normativos de soft law; y (ii) Por medio de

una inclusión a carácter de hard law por medio de una de las órdenes procesales. Siempre se utilizan los organismos de una forma u otra.

IV. ¿Cuál es el común denominador entre todos los organismos de Soft Law en materia pericial?

Son Instrumentos con distinta autoridad en la práctica, por ejemplo, las reglas de la IBA son organismos que típicamente se utilizan en los procedimientos arbitrales y los árbitros los utilizan de facto. Pero hay otros instrumentos que están en progreso, porque de nuevo la autoridad de los organismos de soft law viene dada por una reiterada aplicación. Dicho esto, el común denominador de los organismos de soft law alusivos a la materia, coinciden en un tema crucial, que es el actuar objetivo del perito.

Por ejemplo, las reglas de la IBA apuntan a la independencia del perito, además a diferencia de los árbitros no tiene que ser imparcial. Mientras que el sesgo que tiene un perito esté justificado de manera objetiva, la práctica del peritaje no se ve afectada. Pero eso sí, el perito debe ser independiente de las partes. El hecho de que los peritos en los arbitrajes tengan un sesgo específico, los hace ser jugadores repetitivos, inclusive son llamados “hired guns” ya que ese sesgo que tienen puede llegar a beneficiar a alguna de las partes. Esta independencia de los peritos (nombrado por las partes o el tribunal), según las reglas de la IBA debe de ser declarada por escrito. En el caso del código de buenas prácticas del club español de arbitraje, se les exige a los peritos ser objetivos e independientes, y aclara que tiene que ver con que el perito no tenga ningún interés financiero en el proceso. Toda la regulación gira en torno a un comportamiento objetivo del perito.

V. ¿Cómo podríamos diferenciar los lineamientos para el experto acerca de lo que nos dicen las reglas de la IBA y las reglas de Praga?

Más allá de cuestiones de formas y requisitos de cada una de las leyes, el enfoque de cada uno es distinto, las reglas de Praga, son desde la perspectiva del poder del tribunal de nombrar peritos y admitir peritos, es decir parten de la idea de que hay un perito del tribunal. Mientras que en el caso de las reglas de la IBA la perspectiva es desde las facultades de las partes de presentar los peritos, es decir que las reglas parten del supuesto de que hay un perito presentado por las partes.

VI. ¿En qué innova el código de buenas prácticas del CEA (Club Español de Arbitraje)?

El código, tiene tres disposiciones muy rescatables: (i) Exigencia del perito de hablar con la verdad, estableciendo tanto las cosas que favorecen como las cosas que son desventajosas para la parte que lo favoreció. (ii) Introduce una lista de situaciones que deben ayudar al perito a determinar su independencia. (iii) Se solicita al perito que en su informe indique si las conclusiones tomadas, contravienen algo dicho por el mismo perito en otro foro.

*Eiser v. España (caso CIADI), donde se anuló el laudo debido a la previa relación laboral existente de los árbitros, con el perito presentado por la misma parte que lo propuso como árbitro.
*

VII. ¿Las reglas de la IBA sobre los representantes legales, puede aplicársele a los peritos?

Se establece en las reglas cómo se deben comportar los abogados de las partes con los peritos, es decir ¿Qué tanto puede ayudarle al perito el abogado de las partes? Sí le puede ayudar al perito, siempre y cuando éste no le diga qué poner en su informe. Siempre y cuando la ayuda que brinde el abogado al perito no llegue a comprometer la objetividad del mismo.

Es importante recalcar que en los mismos guidelines se establecen aspectos tales como el pago de los honorarios del perito, esto es un aspecto que puede llegar a ser cuestionado y existe una disidencia entre México y Chile.

VIII. ¿Qué aportan los lineamientos de designación y usos de peritos de parte del CI Arb?

La visión de los lineamientos está dirigida hacia los árbitros, sobre cómo admitir la prueba pericial dentro de un arbitraje. Bajo los principios de eficiencia (buscar una prueba verdaderamente útil). Además, en las directrices se habla acerca de las comunicaciones que se llevan a cabo entre los peritos designados por el tribunal, y el tribunal en sí. En estos casos deben cuidarse acerca de las cuestiones del fondo, ya que podría comprometer las labores de los árbitros. Asimismo, en el caso de los peritos designados por las partes, hay ciertas comunicaciones que no están privilegiadas, como lo son las instrucciones y conversaciones acerca de la contratación del perito. Además, el CI Arb tiene otro cuerpo de normas específicamente para los cross examinations (witness comprehending), en este caso un ejemplo de un aporte importante del instrumento es que en ese careo sólo se discuten los temas en los que hay disidencia entre lo dicho por ambos expertos.

IX. ¿Qué aportan los guidelines del ICA?

La instrucción más novedosa, señala que se espera de los expertos respondan a las órdenes del tribunal arbitral aún cuando estas contraríen alguna de las órdenes que les han dado los abogados de la parte que los nombró.

X. ¿Existe una sobre-regulación de Soft Law, en el ámbito pericial?

No sólo en la materia pericial, sino que en la mayoría de los ámbitos del arbitraje. El hecho de que cada vez parece que hay más y más organismos de soft law, genera un sentimiento de que los árbitros podrían llegar a perder su capacidad de decidir libremente, y tener que verse sujetos a organismos de soft law que busquen llenar todos los vacíos. Ahora bien, en la materia pericial, la utilización de organismos de soft law va de la mano con la búsqueda de una prueba eficiente y que al final del día sea útil. La razón de que existan es, lógicamente, que sean utilizadas por los árbitros, siempre que se realiza un análisis del caso y se determine que dicha norma es óptima para ser utilizada en ese traje hecho a la medida que es el arbitraje.

XI. ¿Existen organismos del Soft Law alusivos a la sustancia de los peritajes?

Si. Existe la más famosa que es el "Delay and disruption protocol" de la sociedad de construcción del Reino Unido. Este es un instrumento sumamente práctico, en Europa se utiliza mucho y en América Latina va en avance. Otro instrumento, es el "American Association Cost Engineering Protocol", que sigue la misma línea del cuerpo normativo del Reino Unido.

XII. ¿Qué recomendaciones se pueden dar en la aplicación de las normas soft law en los arbitrajes?

Que las partes sepan acerca de las normas y estén de acuerdo con la hora de incluirlas en los procesos. Además, que, a la hora de incluir este tipo de normas, no se pierda la naturaleza de las mismas. Que sea soft law aplicado, y no un hard law creado por las partes por medio del acuerdo de las partes. Además de que la aplicación se realice en aras de que la prueba que resulte sea útil para el tribunal arbitral.



2020
ARBITRATION
DAY