

PANEL VI

El Acuerdo arbitral y sus efectos en el Reconocimiento o Ejecución de Sentencias y Laudos Extranjeros

Dra. Verónica Sandler

Dr. José Astigarraga

Dr. José Astigarraga: Los temas que veremos versan sobre la cláusula compromisoria, y el acuerdo arbitral en general. Sabemos que este tema es clave. La redacción del acuerdo arbitral es un tema esencial.

Los temas que se viven en Latinoamérica se vivieron en USA hace 70 años. Por ejemplo, el tema o la pregunta de si el árbitro es un agente judicial o no.

La ley de arbitraje Norteamericana se redactó para garantizar que el acuerdo se cumpla de manera forzosa. En la práctica comúnmente tenemos litigios que se enfocan en el contenido de la cláusula arbitral. El alcance de la cláusula. Cualquier diferencia que se derive del contrato.

No se puede enfatizar de manera suficiente la importancia de la redacción de la cláusula. Parte de la capacitación es poderle comunicar al poder judicial el sentido del valor de la cláusula. En el Mercosur hay un acuerdo de que la cláusula debe estar en negrilla o muy evidente. El día va a llegar cuando un abogado dirá que la cláusula no está escrita en la forma prescrita.

Verónica Sandler:

EL ACUERDO ARBITRAL

El Acuerdo Arbitral es la piedra angular. Abre las puertas al arbitraje. El concepto de cláusula ha evolucionado tanto como el concepto de arbitraje. La prueba de que el concepto de acuerdo arbitral no esté claramente definido es el hecho que hoy estamos hablando de él.

La cláusula arbitral y el compromiso arbitral no son lo mismo. La cláusula da partida al arbitraje, mientras que el compromiso raya en la continuidad procesal durante el arbitraje.

Requisitos del Acuerdo Arbitral

No requiere ningún pacto posterior que lo confirme. Un acuerdo claramente articulado permite que se desplieguen los efectos del arbitraje.

El correcto consentimiento de las partes con una voluntad de llegar al arbitraje es suficiente. Este consentimiento ha de ser libre, es decir que no haya sido presionada la parte o llevada hacia algo para lo cual no estaba facultada para decidir.

Capacidad: las partes deben ser capaces para decidir, dirimir sus conflictos en arbitraje.

La materia a dirimir tiene que ser susceptible a sometimiento a arbitraje.

En Argentina materias de familia o sucesorios no pueden ser sometidos a arbitraje.

Validez o nulidad del Acuerdo Arbitral

Requisitos formales y materiales: Un acuerdo válido incide directamente en la ejecutabilidad del laudo, en re-

ferencia a una relación jurídica concreta. Cuanto más genérica o ambigua es la cláusula, más probable que esta fracase. Se da entonces el caso de las cláusulas patológicas.

Tratamiento en instrumentos universales

UNCITRAL o CNUDMI en su importante trabajo en cuanto a la recopilación de normas, ha establecido cómo debe ser interpretado un artículo relacionado con la forma o soporte de la cláusula.

Los requisitos mínimos están planteados de forma enunciativa..., pero no es exhaustiva. El estándar permite tener un piso mínimo pero no un techo...hay que ver la ley modelo.

Modifica el requisito de forma escrita. En caso de silencio será la ley de la sede la que determine la validez.

El derecho aplicable es aquél elegido por las partes (Convención de Nueva York). En su defecto por la ley de la sede.

Aquí se ve la importancia de seleccionar el derecho o de fijar la sede en un sitio neutral por la transcendencia que esto tiene.

El Protocolo de Ginebra 1923 fue el primer instrumento relacionado al arbitraje que hoy en día sólo mantiene su vigencia para países que no son parte de Convención de Nueva York.

La Convención de Nueva York, a pesar de los años, se mantiene vigente. Es muy clara en cuanto a la practicidad. El derecho americano aplica más la economía de palabra.... la Convención de Nueva York es tributaria de esta cultura legal y tiene una ventaja en que es práctica y no genera conflictos. Se aplica muy bien en EEUU. La Convención de Nueva York ya puede ser considerada como costumbre internacional.

El valor de Panamá es que permitió incorporar conceptos de Convención de Nueva York a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que de lo contrario no hubiesen entrado (como de hecho entraron gracias a Panamá) tan temprano pues muchos países tardaron mucho tiempo en adoptar Convención de Nueva York.

La ley modelo CNUDMI. EL valor para adecuar la legislación de los países.

Requisitos a nivel internacional de la forma del Acuerdo Arbitral

El requisito “por escrito” y las nuevas tecnologías

Los dos requisitos más importantes son i) por escrito; y ii) firmado por las partes (firma presente en los instrumentos).

Los avances tecnológicos han hecho que se requiera repensar el requisito de forma escrita. No sólo en un contrato.... antes sí se requería que la cláusula esté en un contrato o en un documento de naturaleza contractual.

Estos cambios tecnológicos los vemos en la reforma de la ley modelo que plasma la posibilidad.... por medio de la incorporación de otras formas de plasmar la manifestación de este compromiso.

Tratamiento en instrumentos y leyes regionales

El caso de la República Argentina

El caso argentino da un tratamiento bastante similar a otros países latinoamericanos que aún no han adoptado una ley especial en materia de arbitraje internacional. En Argentina no contamos con una ley. Aun así es valioso evaluar la regulación del acuerdo arbitral. Por tanto el acuerdo es regulado por el Código Procesal Civil. Es posible

delegar cuestiones transables en árbitros. Una crítica al CPC es que continúa regulando la cláusula y así requiere una reiteración de la misma por otro pacto. Suscitada una disputa se exige un nuevo acuerdo en escritura pública. Es muy difícil, suscitado el conflicto, obtener el acuerdo posterior, sobre todo de la parte que ha incumplido.

La necesidad de acuerdo posterior que complementa el acuerdo originario ha significado una intervención constante de los tribunales ordinarios. Esto es necesario para poder continuar con el arbitraje.

A partir de la adhesión de Argentina a todas estas convenciones.... entendimos lo que está en juego y lo básica de la reglamentación del CPC. La modificación constitucional mejoró lo que tiene que ver con la jerarquía constitucional de los tratados, superior a las leyes.

Mercosur requiere que el acuerdo sea por escrito. Se requiere envío y confirmación de recepción de cartas.

Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Argentino

Argentina cuenta con un proyecto de reforma del Código Civil y del Comercial (mercantil) que los refunde en un sólo código. Este proyecto de reforma implica la derogación de muchas normas.... incluidas muchas del CPC con relación al arbitraje. Probablemente prospere pues es un proyecto oficialista. Hace referencia a los anteproyectos de reforma del código anteriores y menciona el Código Civil de Quebec y la ley modelo CNUDMI, y también la regulación francesa sobre arbitraje de 2011.

Dos fallos que confirman que el acuerdo es un contrato que despliega los efectos del mismo son Yacimientos Fiscales y Roca Consultores que incorporan los principios de autonomía del acuerdo.

No hay una relación completa o acabada sobre los procedimientos de ejecución. Remitámonos al CPC que regula el tema de ejecución y reconocimiento de laudos que lo ve como una sentencia internacional que debe ser pasada a exequatur.... como de sentencia.

No contamos en el proyecto con clarificaciones respecto de este tema. Van a derivar a la ley de Sociedades Comerciales, la que regulará normas específicas de designación de los árbitros. Con todas las implicancias del caso.

EFFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL Y SU RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

El Acuerdo Arbitral y el carácter obligatorio del laudo

La temática de esta ponencia era el valor del acuerdo y su relevancia en el reconocimiento y ejecución. Que si las partes se comprometen a litigar en arbitraje, se comprometen también a cumplir el laudo. Lo cual significa efectos directos a la hora de la ejecución.

Si no hay cláusula válida el laudo es anulable.

CONCLUSIONES

- Tener en cuenta a la hora de la redacción de la cláusula arbitral el no crear cláusulas de imposible ejecución. Siempre tener en miras las leyes aplicables a este acuerdo ya que esto incide en el reconocimiento y ejecución del posible laudo. Tener en miras la normativa de la sede o de la selección. La ejecución va depender de la validez de la cláusula. Esta debe ser clara y precisa. Las decisiones sumarias dificultan, mientras que las decisiones motivadas son mejor recibidas.

- Finalmente, con respecto de la interpretación de “nulo, ineficaz e inaplicable” sobre la cláusula que hace la Convención de Nueva York. Cada uno de estos términos es considerado, interpretado de una manera diferente. Hay que tener cuidado con las precisiones sobre estos conceptos.
- Tengamos en cuenta que el control que van a hacer los jueces son controles mínimos. Sin distraerse del espíritu del arbitraje y que los tribunales intervengan lo menos posibles.
- Es importante una cláusula lo suficientemente fuerte, lo más completa, precisa, y ejecutablemente posible.
- Finalmente quisiera citar un caso de un arbitraje de inversión. El caso Vegegroup vs. Argentina que se llevó a cabo bajo normas UNCITRAL. Deriva el conflicto de un tratado de inversión entre el Reino Unido y Argentina.... algo sobre la pesificación.... CIADI. Es importante tener en cuenta que el tribunal anula el laudo porque el acuerdo preveía 18 meses de litigio previo antes de llegar a la instancia arbitral y en la realidad Vegegroup fue directamente a arbitraje sin la espera indicada. Esta circunstancia no fue valorada así por el tribunal federal.

Debate Panel VI:

Dr. Fernando Cantuarias: sobre la cláusula arbitral. Cómo los tribunales van a interpretar la cláusula 2. Por escrito formal. Podemos utilizar una interpretación estricta. CCI conoce contratos complejos con muchas partes, donde la cláusula clásica se ha vuelto una excepción y no la regla. El Artículo 2 de la Convención de Nueva York debe ser interpretado a la luz del artículo 7 de la ley de arbitraje peruana.

Dr. José Astigarraga: sobre la extensión de la cláusula. Hemos tenido casos donde la sede es fuera del país donde sería el litigio. El contrato se rige por ley extranjera.... hemos encontrado que el juez local es muy renuente a aplicar derecho extranjero. El juez local se fija en su derecho y decide el litigio puramente de acuerdo a su derecho.

Dr. Fernando Cantuarias: el juez peruano al momento de analizar el convenio arbitral, tendría que ver si ha sido formalizado de acuerdo a la ley modelo? Si el acuerdo ha sido bien extendido.... el laudo debiera pasar.

Dr. José Astigarraga: el análisis tiene que ser más sofisticado que “aplicar el derecho local por no aplicar el derecho extranjero”

Dr. Fernando Cantuarias: no es sólo un problema latinoamericano. Hay un problema de aceptación de la ley extranjera en general.

Los arbitrajes CCI son complejos. Habría que trabajar un poco como región para tener una interpretación más contractualista. No ver al arbitraje como hermanito menor que hay que cuidarlo y añadirle formalismos. Que la parte contractual no ceda ante los formalismos.

Dr. Horacio Grigera Naón: critico el restatement del Caso Four Seasons con sede en Miami. Se cuestiona nuestra jurisdicción, se aplicaba la ley venezolana. La cláusula era AAA. Una Cláusula que permite recurrir al tribunal venezolano. Bajo la nueva jurisprudencia venezolana lleva al juez venezolano... si se aplica el restatement se iba a Venezuela, pero con la interpretación del Federal Arbitration Act se pudo reafirmar la jurisdicción del tribunal arbitral en Miami.

Dr. José Astigarraga: ¿cómo se hace valer la cláusula cuando hay una decisión pendiente?

Ministro Milton Juica: en Chile hay un capítulo en el Código de Procedimiento Civil relativo al procedimiento arbitral que hace precisiones acerca del compromiso. Las partes acuerdan quién será el árbitro. Lo cual es importante porque si el árbitro no acepta el asunto, este vuelve a la jurisdicción ordinaria. El nombre debe estar en el

“compromiso”. Se trata de un acto solemne formal. Desde el punto de vista del arbitraje... quizás menos solemne... ya que se acepta la presunción de arbitraje cuando las partes no se opongan. Repito, carácter presuntivo.

Dr. José Astigarraga: pido aclaratoria... si por ejemplo, se suscita un pleito, y una de las partes demanda en el juzgado, ¿entonces?

Ministro Milton Juica: entonces es cuando puede una parte oponer la excepción de arbitraje.

Dr. José Astigarraga: el problema nace en que la contraparte va al juzgado y sólo el juez puede proteger al demandado si hay compromiso arbitral.

Ministro Milton Juica: el juez debe resolver como cuestión previa desestimando la demanda jurisdiccional y debe remitir a los árbitros.

Magistrado Román Solís: desde la experiencia del arbitraje doméstico. Es de exclusiva competencia del tribunal arbitral decidir respecto de su propia competencia y sobre la existencia del compromiso. Sin intervención jurisdiccional.

La validez del convenio arbitral es independiente de la validez del contrato.

La orientación de mi Sala es favorable al arbitraje. Toda interpretación es in dubio pro arbitraje.

El otro escenario es el jurisdiccional en la que una parte demanda, aun habiendo cláusula arbitral.

Cuando se plantea la demanda en la jurisdicción correspondiente, la parte que quiere hacer valer el convenio tiene tres días para presentar la excepción de acuerdo arbitral. Caben recursos hasta casación.

Una parte renuncia al arbitraje al demandar y la otra al contestar pidiendo excepción... también incurre en una tácita renuncia.

Dr. José Astigarraga: pongo el caso hipotético de falsedad de la firma en la cláusula. ¿Quién decide? ¿El tribunal arbitral o el jurisdiccional?

Magistrado Román Solís: quedaría pendiente hasta que la jurisdicción penal decida.

Dr. Horacio Grigera Naón: ¿no existe otra posibilidad? La jurisprudencia en Francia niega lo dicho por Solís. Sería muy fácil oponer esta causal y causar la dilación que constituye esperar por la decisión del tribunal penal.

Magistrado Román Solís: una resolución llevando el asunto a juicio. El arbitraje puede continuar mientras la investigación penal culmina. Sólo se paraliza el arbitraje si hay juicio penal.

Dr. Fernando Cantuarias: el tribunal que sabe que tienen competencia sigue y el que no se aguanta cuando hay decisión judicial pendiente. Porque en otras cosas corre el riesgo de incurrir en la devolución de honorarios.

Es una forma de limitar la libertad, los principios de separabilidad y competence-competence. En Perú está bien resuelto, pero en otros países se ha dejado mucho campo de interpretación al juez.

Dr. José Astigarraga: ¿en un arbitraje con sede en Lima que ha sido anulado, tienen que devolver los árbitros y litigantes sus honorarios?

Dr. Fernando Cantuarias: y cuando se lauda fuera de plazo, también hay que devolver, se han dado casos. Además con intereses, lo que actúa como todo un contrapeso. La ley peruana permite aplicar en todo o en parte la ley si es más favorable, pero no permite relajar la aplicación del tratado.

Hago una crítica a la jurisprudencia peruana... No colabora. No se puede esperar fallos tipo Francia, EEUU. No hay esa posibilidad en Perú ya que hay que jugar en campo normativo.

Dr. Mauricio Gomm: el tema del acuerdo arbitral es tan nervioso como la ejecución de laudos. En lo que se refiere a la ley brasileña, siguiendo la Convención de Nueva York II.2, el acuerdo es escrito. El legislador pensó en un contrato escrito tradicional. Debe haber unos 45 casos: Liverpool, Fossa, etc.... La forma de entrar en contrato es más informal en *lex mercatorum*, *lex agricultorium*... Parece muy fácil oponer la excusa de “yo no firmé...”. Firmar el contrato no es el único modo de probar el compromiso.

Dr. Hernán de León: quisiera hacer algunos aportes. Desconozco la normativa de sus países. La Constitución reformada de 2004 en Panamá eleva el arbitraje al rango constitucional como medio de resolución de controversias y lo ubica bajo el título de administración de justicia. Se busca en una futura reforma darle aun mayor valor y fuerza a este principio constitucional de arbitraje. El convenio se puede redactar en cualquier momento, aun después de suscitada la disputa. En Panamá no hay tanto el problema de la redacción. La Cámara de Comercio de Panamá es muy importante y sus reglas de procedimiento son las más utilizadas.

Dr. José Astigarraga: último tema sobre la precisión que debe tener la cláusula. Debe ser algo sencillo estilo CCI o de otra escuela que requiere cláusula detallada para ayudar a la judicatura. Por ejemplo, como en el proyecto de Perú.