

FACULTADES IMPLÍCITAS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN CUESTIONES ETICAS

1. Introducción

La práctica actual del arbitraje comercial internacional presenta con creciente frecuencia la necesidad de abordar disquisiciones acerca de los poderes inherentes o implícitos de los árbitros para dirigir y decidir sobre materias que no están expresamente previstas en los acuerdos, las leyes o en los reglamentos aplicables al caso. Las materias jurídicas que hoy deben acometer los árbitros ya no consisten sólo en disputas contractuales sino que se expanden a tópicos legales complejos que comprometen el interés público, como es el caso en los conflictos que involucran leyes antimonopolio (antitrust). Los árbitros enfrentan entonces situaciones de fraude y corrupción que podrían involucrar la colusión de las mismas partes y otras infracciones elementales a la ética y a la buena fe. Dentro de estas materias, las cuestiones de naturaleza ética, o sea aquellas propias de la integridad moral del procedimiento y de la sentencia con la que está llamado a concluir, adquieren una dimensión central, no sólo por su importancia sino por los matices culturales característicos del arbitraje internacional, donde la calificación de una determinada conducta determina a veces proposiciones contrapuestas. Aun así, los árbitros parecen hoy más dispuestos que antes a ejercer facultades

que pueden ser consideradas discrecionales, inherentes o implícitas en su función jurisdiccional, especialmente a partir de una consistente doctrina que acompaña esta saludable tendencia a preservar la integridad moral del arbitraje.²

2. ¿Poderes implícitos o inherentes?

El reciente reporte de la International Law Association (ILA) durante su conferencia de Washington, DC sobre arbitraje comercial internacional³ encaró en general la temática de los poderes implícitos de los árbitros con la advertencia de la dificultad conceptual de categorizar esos poderes como tales o inscribirlos en géneros usados en la doctrina como equivalentes o fungibles, en el caso “discrecionales” o “inherentes”.

El reporte divide los poderes no enumerados o explícitos del tribunal en tres categorías: Poderes Implícitos, que se entienden ínsitos en los acuerdos arbitrales, en la ley aplicable o en las reglas de procedimiento; Poderes Discrecionales, que son aquellas facultades generalmente conferidas pero no específicamente detalladas; y Poderes Inherentes, disponibles cuando circunstancias extraordinarias puedan poner en riesgo la integridad del proceso o la ejecución del laudo

¹Arbitro, abogado y docente universitario. Graduado en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y en Cornell University (New York, EUA). Ex Procurador General Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor titular en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Socio del estudio jurídico Ortiz & Asociados de Buenos Aires, Argentina.

Desde una definición eminentemente semántica, una característica, facultad o poder es inherente al ejercicio de otra en la medida que pueda predicarse que se trata de un atributo o cualidad permanente de aquélla. Así expresado, parecería que dichos poderes o facultades inherentes no deberían variar con las peculiaridades del caso, o sea que serían absolutos o incontestables, noción cuando menos discutible. Sin embargo, se trata de poderes necesarios para decidir una disputa jurídica equitativamente y en una forma consistente con mínimos requisitos de debido proceso y consideración por el interés público.

Los fundamentos de esta noción de poderes inherentes han de hallarse en el imperativo de proteger la jurisdicción y conjurar los abusos del procedimiento aun a costa de postergar las preferencias de las partes. Para una parte de la doctrina, como veremos, allí militan los poderes arbitrales con respecto a las cuestiones éticas, mientras que otras opiniones se inclinan por considerarlos poderes implícitos.

Desde que estos poderes inherentes son esenciales para asegurar un laudo ejecutable consecuencia de un procedimiento equilibrado y neutral, no es imaginable que puedan ser siquiera restringidos por acuerdo de partes, en tanto se trata de obligaciones arbitrales propias de una jurisdicción legal. En punto a la idea de “poderes implícitos”, ésta parte de la base de que existe una

regla o previsión de las partes en el acuerdo de arbitraje –que incluye naturalmente el reglamento que se aplique al procedimiento– que supone la existencia de ese poder. Al ejercer facultades implícitas, el árbitro no hace más que efectivizar el acuerdo de arbitraje que le confiere jurisdicción.

A diferencia del poder inherente, que sería un atributo del poder jurisdiccional de los árbitros, el poder implícito ha sido conferido por las partes en forma no expresa. En tanto la autoridad y jurisdicción del árbitro surgen del consentimiento de las partes, aquél debe siempre referirse a los textos de los acuerdos, de los reglamentos y eventualmente de las leyes que rigen el procedimiento para determinar el rango de sus facultades implícitas en ausencia de expresas disposiciones.

Por ejemplo, una provisión reglamentaria que impone al árbitro conducir eficientemente el procedimiento lleva implícita la facultad de, por ejemplo, bifurcar el trámite cuando el tratamiento de cuestiones jurisdiccionales y sustanciales lo hace aconsejable o limitar la cantidad de presentaciones escritas de las partes.

El trabajo de la ILA detalla como categoría adicional los poderes discrecionales propios del procedimiento, que son aquellos que emergen de la naturaleza misma de la conducción del caso por los árbitros –conferida por las propias partes– y que los habilitan a adoptar

²Véase Margaret L. Moses, Loyola University, Chicago, 15/9/ 2014 <http://ssrn.com/abstract=2503028>

³INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. REPORT FOR THE BIENNIAL CONFERENCE IN WASHINGTON D.C. APRIL 2014

decisiones dentro del marco del convencional en tanto no haya acuerdo en contrario. Se trata de llenar claros (gap filling) o sortear lagunas en ausencia de disposiciones específicas en los acuerdos o en los reglamentos. El trabajo de la ILA propone como ejemplo de esta categoría la consolidación de causas en el CIADI en el caso *Abaclat v. República Argentina*.⁴ Allí, la mayoría del tribunal entendió que el silencio de la convención del CIADI con respecto a procesos colectivos constituía un vacío legal que los árbitros estaban facultados para integrar por efecto del poder discrecional que sobre el procedimiento les confería el artículo 44 del Tratado de Washington y el artículo 19 del reglamento de procedimiento de CIADI.

En la medida que este tipo de facultades descritas en la reglas y guías sean apreciadas como expresamente o implícitamente oriundas en las normas aplicables al procedimiento, será más improbable que sean cuestionadas y habrían de influir en los árbitros que, sujetos a reglas diversas, sean llamados a adoptar decisiones similares para llevar a cabo adecuadamente su función adjudicatoria.

3. Ética y arbitraje

Una cuestión o disputa ética en el contexto del arbitraje tiene lugar cuando la integridad moral del procedimiento –y por ende del laudo mismo– se ven sustancialmente y adversamente afectadas en detrimento

del objetivo de justicia que la existencia legal del instituto tiene con base en el interés público, por acciones u omisiones de las partes o de los mismos árbitros.

El arbitraje, como es sabido, tiene lugar en virtud de una prórroga convencional de la jurisdicción admitida por las leyes nacionales e internacionales que le confieren jerarquía equivalente a la del juicio estatal y esa admisión conlleva el deber de los árbitros de actuar con la misma integridad moral que se espera de los jueces del estado. De allí que el poder inherente o implícito del tribunal arbitral de preservar la integridad del proceso que conduce es una proposición difícil de cuestionar. Se ha dicho con acierto que los poderes, deberes y jurisdicción de un tribunal arbitral emergen de una compleja combinación de la voluntad de las partes y de las leyes que rigen el acuerdo arbitral, en la sede del arbitraje y en el lugar donde el laudo habrá de ser reconocido o ejecutado.⁵

Así entendido, el arbitraje es un sistema judicial privado para impartir justicia en una disputa entre dos o más partes, al punto que para Alexis Mourre, desde que los árbitros son los jueces naturales del comercio internacional, son los guardianes naturales de la ética y de las buenas costumbres en el comercio internacional. Sin embargo, este llamado al árbitro a la ejecución de valores morales y éticos como guardián

de una política pública internacional en sentido amplio es hoy materia de debate. Los reglamentos arbitrales más comunes confieren a los árbitros de manera expresa o implícita la facultad, hija de la obligación, de asegurar justicia e integridad procesales.

Porejemplo, las nuevas reglas de London *Court of International Arbitration (LCIA)* incluyen ahora un anexo intitulado *General Guidelines for the Parties' Legal Representatives* que prodiga al tribunal el poder expreso de regular la conducta de los abogados prohibiendo por ejemplo las conocidas guerrilla *tactics* u otras prácticas que indebidamente obstruyan o pongan en riesgo el arbitraje o el laudo, incluyendo cuestionamientos infundados a la jurisdicción del árbitro, manifestaciones falsas o la participación consciente en la introducción de evidencia apócrifa. Bajo las reglas de LCIA, los tribunales están investidos de la facultad de imponer sanciones y de adoptar discrecionalmente medidas enderezadas a preservar la integridad del proceso.

En similares términos, el artículo 17.1 del reglamento 2010 de la CNUDMI (UNICTRAL) dispone que en *el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.*

Acaso las reglas del International Center

for Dispute Resolution (ICDR) sean las más explícitas en la materia, desde que permiten al tribunal imponer costas, extraer inferencias adversas y adoptar otros cursos de acción necesarios para proteger la eficiencia y la integridad del arbitraje.⁷

Las circunstancias que pueden incitar la actividad del tribunal en cuestiones éticas son innumerables y como dije antes, las apreciaciones culturales son inevitables, particularmente cuando entran en colisión costumbres forenses que exhiben distintos grados de tolerancia con respecto a la reticencia en la producción de documentos, a las distintas formas de autoincriminación, a la presentación de pruebas falsas, a la presión indebida a testigos y a la corrupción en sus infinitas y perversas formas⁸.

En esta tesitura, se ha dicho con algo de razón, que la proliferación de guías y reglas relacionadas con la ética en el arbitraje provoca no pocas trifulcas sobre las facultades de los árbitros al respecto⁹. La Asociación Suiza de Arbitraje (ASA) criticó el tenor de las guidelines de la LCIA y de la Internacional Bar Association (IBA)¹⁰ en la inteligencia de que sería más eficaz crear una entidad independiente realmente transnacional con facultades de aplicar estándares éticos en el arbitraje.¹¹

4. Deberes y facultades de los arbitros en la proteccion de la integridad del proceso

⁴Abaclat and Others (Antes, Giovanna Beccara and Others) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 Aug. 2011).

Fundamentalmente los árbitros tienen el deber de adjudicar la disputa con justicia, o sea respetando el debido proceso en todos los aspectos del procedimiento, cualesquiera sean las reglas que deban aplicar. En este sentido, el Código de Ética de American Arbitration Association dispone que un árbitro debe sostener la integridad y justicia del proceso arbitral en tanto tiene la responsabilidad no sólo hacia las partes sino también hacia el proceso arbitral mismo y debe observar altos estándares de conducta de modo que la integridad y justicia del proceso sean preservadas...el árbitro debe reconocer esa responsabilidad hacia el público, hacia las partes sobre cuyos derechos decide y hacia las demás personas que participan del proceso. Los modos para ejercer este poder implícito o inherente pueden incluir el dictado de medidas provisionales, decisiones sobre el fondo del asunto, la exclusión de pruebas o la adjudicación de costos.¹²

4.1. Medidas Provisionales

En 2010, el tribunal actuante en un arbitraje de inversión CIADI dispuso una medida extraordinaria ordenando a la demandada que suspendiera el proceso criminal con el que amenazaba el arbitraje. Para decidir de esa manera, el panel concluyó que no había duda de que disponía del poder de ordenar medidas provisionales para preservar la integridad del proceso, particularmente el acceso a la integridad de la prueba, en

tanto los demandantes demostraron la existencia de una amenaza a la integridad procedimental del arbitraje CIADI, que le impedía su derecho a acceder a la evidencia a través de un potencial testigo.¹³

En la misma tesitura se había expedido otro panel CIADI en *Biwater Gauff v. Tanzania*¹⁴ cuando decidió que las campañas mediáticas de ambas partes presentaban un riesgo a la integridad del proceso arbitral y les ordenó abstenerse de adoptar cualquier acción que pudiera afectar la integridad del procedimiento o el apropiado funcionamiento del proceso en la medida que pudiera agravar o exacerbar la disputa por conducto de la divulgación de los actos procesales a terceros sin autorización.

4.2. Acusaciones penales

La incursión de las partes de un proceso arbitral en conductas delictivas asociadas al arbitraje es ciertamente el más grave y extremo de los supuestos de agresión a la integridad del caso. El deber de preservar esa integridad puede imponer a los árbitros la obligación o la necesidad de denunciar penalmente a quienes atenten criminalmente contra ella, en la inteligencia de que los aquéllos no pueden ser accesorios de un fraude ni avanzar conscientemente hacia el pronunciamiento de un laudo que por esa misma razón no podrá ser ejecutado. Ante la evidencia o la alegación de circunstancias que podrían habilitar instancias penales, los árbitros están llamados a

⁵Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, nota 72, p. 313 (2009)

⁶A. Mourre, *Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator*, 22(1) *Arb. Int'* 195, 97 (2006).

balancear cuidadosamente la naturaleza privada del procedimiento y de la disputa subyacente con la imprescindible protección de la ética en el comercio internacional. Fuera de la colusión entre las partes en el contexto de un arbitraje ficto para consumir fraude fiscal o lavado de dinero, el más común de los episodios criminales que afectan el arbitraje esté dado por la intimidación a testigos. En el primero de los supuestos, los árbitros deberían ante todo terminar el proceso o apartarse de él y en el segundo instar la intervención de la autoridad estatal competente.

4.3. Desestimación de demandas o de defensas por conductas procesales indebidas

¿Puede el tribunal arbitral rechazar la demanda (a pedido del demandado) o la contestación (a instancias del demandante) como castigo a la violación de preceptos o principios éticos?

En *Waste Management v. México*, el estado demandado arguyó que *Waste Management* había incurrido en abuso del proceso al promover procedimientos bajo NAFTA y ante tribunales estatales sobre la misma disputa y pidió al panel que la desestimación de la acción. El tribunal no accedió al pedido sosteniendo que no es necesario decidir si bajo el Capítulo 77 del NAFTA el tribunal posee la facultad inherente para rechazar una demanda por abuso del proceso o bajo

cuáles circunstancias ello estaría justificado. Ninguna provisión de la Convención CIADI confiere esa facultad...aunque podría inferirse que si semejante poder existe, sólo podría aplicarse para proteger la integridad del proceso del tribunal o para abordar peticiones genuinamente vejatorias.¹⁵

En *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Turkey*, la parte demandante propuso como sanción a la grabación efectuada por un fiscal en Turquía la supresión de la presentación defensiva y el dictado inmediato del laudo a su favor. Si bien el tribunal no aceptó la petición y ordenó cesar la interceptación de comunicaciones entre la parte y sus abogados, comentó: El tribunal no duda ni por un momento que, como cualquier otro tribunal internacional, debe ser considerado como investido de los poderes inherentes requeridos para preservar la integridad de su propio proceso aun cuando los remedios disponibles sean necesariamente diferentes de aquellos disponibles para una corte estatal en un estado miembro de CIADI. El tribunal expresaría el principio que en tanto las partes tienen la obligación de actuar justamente y de buena fe, un tribunal arbitral tiene la inherente jurisdicción para asegurar que esa obligación se cumpla; este principio se aplica en todos los arbitrajes, incluido el arbitraje de inversión y a todas las partes, incluyendo los estados.¹⁶

Los precedentes citados parecen indicar que una sanción consistente en resolver sobre los méritos en contra del infractor

⁷ICDR Rules for International Arbitration, Article 20.7. Rules Amended and Effective June 1, 2014

⁸David W. Rivkin 2014 Seoul Arbitration Lecture Ethics in International Arbitration December 9, 2014

⁹Véase Michael Schneider, President's Message in 31 ASA Bulletin 3/2013 (Septiembre)

¹⁰Guidelines on Party Representation, adopted by the International Bar Association (May 2013)

¹¹OutLaw.com, 10/21/2014

¹²Véase Julie BEDARD et al. Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process en *The Paris Journal of International Arbitration* 2010-3, pp 737 y siguientes.

¹³*Quiborax S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, . No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures (ICSID Feb. 26, 2010).

ético no constituye un temperamento compatible con facultes inherentes o implícitas de un tribunal arbitral.

4.4. Exclusión de pruebas o inferencias adversas

Es habitual que los tribunales arbitrales excluyan pruebas obtenidas indebidamente o que se extraigan inferencias adversas al infractor cuando la evidencia fue por ejemplo eliminada, tal como sucedió en el caso *Methanex v. United States*¹⁷. En la especie, el tribunal accedió al pedido de los Estados Unidos de excluir evidencia obtenida por *Methanex* mediante intrusión ilegal.

4.5. Adjudicación de costas

Es también habitual que los tribunales arbitrales determinen la adjudicación de costas con sustento en la buena o mala fe procesal de las partes.¹⁸ En un caso CCI que involucraba la venta de una planta manufacturera, el tribunal cargó las costas a la parte que obtuvo sustancialmente el laudo a su favor, debido a su mala fe procesal. El panel sostuvo entonces que no sólo debe considerar el resultado del proceso sino también el comportamiento de las partes durante su transcurso. En la especie, el demandado había evitado efectuar los pagos de adelantos para costas, presentó extemporáneamente una contrademanda,

no participó en audiencias y designó a sus representantes a último momento.¹⁹

En el caso *ReliaStar Life Ins. v. Nat'l Travelers Life Co*²⁰, el tribunal arbitral había ordenado a la parte vencida pagar a la otra los costos del proceso a pesar de que la cláusula arbitral disponía expresamente que cada parte pagaría sus propios gastos. Planteada la nulidad del laudo, en primera instancia la corte federal del distrito anuló el pronunciamiento arbitral con ese argumento, pero la Corte de Apelaciones revocó la sentencia y sostuvo la decisión del panel. Sostuvo entonces que el acuerdo de arbitraje confiere a los árbitros la autoridad inherente de sancionar a una de las partes cuando participa en el arbitraje de mala fe y que una de esas sanciones incluye la adjudicación de costas en tanto ello no es incompatible con el acuerdo de arbitraje.

5. Conclusión

La doctrina y los precedentes –arbitrales y judiciales– examinados parecen coincidir en que los tribunales arbitrales están implícitamente investidos de facultades jurisdiccionales para preservar la integridad moral del proceso y realizar el deber de buena fe que se espera de las partes y de sus representantes. Estas facultades pueden trascender incluso la expresa veda que las partes puedan haber acordado a través de sus acuerdos arbitrales o del reglamento aplicable cuando la violación ética pone en riesgo la existencia misma del proceso y la validez del laudo.

¹⁴*Bewater Gauff v. Tanzania*, Procedural Order NO.3 Id. 141, 145 (ICSID Sept. 29, 2006).

¹⁵ARB(AF)/OO!3, Decision on Preliminary Objections (ICSID jun. 26, 2002)

¹⁶No. ARB/06/S, Decision on jurisdiction (ICSID jun. 23, 2005)

¹⁷*Methanex Corp. v. United States*, Final Award (ICSID Aug. 3, 2005).

¹⁸Véase B. Hanotiau, *The Parties' Costs of Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration 213 (2006).

¹⁹ICC Case No. 8486 (*Netherlands v. Turkey*), Final Award, XXIVa Y.B. Com. Arb. van den Berg ed., 1996).

²⁰*ReliaStar Life Ins. Co. of N. Y. v. Nat'l Travelers Life Co.*, 564 F.3d 81 (2d Cir. 2009).