

El principio de cooperación en el arbitraje como condición necesaria de su efectividad

Diego Coste¹, José Pablo Sala Mercado², Alejandro H. Ramírez³

Sumario: El arbitraje busca resolver conflictos con rapidez, eficacia y calidad: la eficacia supone un laudo ejecutable y la calidad una fundamentación suficiente. Su éxito, sin embargo, depende también de la cooperación de las partes. Conductas obstructivas como impugnaciones infundadas, recusaciones sin sustento, resistencia a medidas cautelares, pruebas excesivas o negativa a exhibir documentación generan demoras, mayores costos y pérdida de confianza en la institución arbitral. El problema es cultural: se privilegia la astucia litigiosa por sobre la colaboración. La buena fe, entendida como deber positivo, exige coherencia, honestidad y cooperación, sin que ello implique sacrificar intereses legítimos. La tensión con el derecho de defensa es solo aparente, pues ningún derecho es absoluto cuando se ejerce abusivamente. Derecho argentino, comparado y soft law internacional (Reglas IBA y de Praga) coinciden en imponer deberes de cooperación y sanciones, incluso inferencias adversas, para desalentar conductas dilatorias y garantizar laudos rápidos y legítimos.

Palabras clave: Arbitraje - Cooperación - Conductas dilatorias – Inferencias adversas - Eficacia

1. Contexto.

El arbitraje, como método idóneo de resolución de conflictos, data de tiempos remotos.⁴

Quienes someten sus controversias este mecanismo buscan un objetivo concreto: lograr en el menor tiempo posible, con costos razonables, un laudo eficaz y de calidad.

La eficacia se alcanza cuando la decisión arbitral puede ejecutarse sin obstáculos ni dilaciones. La calidad exige que el laudo se funde adecuadamente, de modo que la decisión no solo resuelva el conflicto, sino que también resulte legítima ante las partes⁵.

El cumplimiento de estos valores no depende solo de la capacidad técnica y rectitud de los árbitros: sin la colaboración de las partes el arbitraje se degrada.

La falta de cooperación de las partes se suele manifestar en diversas prácticas⁶, que socavan

1

2

3

⁴ Incluso en pasajes de la biblia se advierte la recepción del instituto, como ocurre en Job.9.33 que reza: “Si hubiera al menos un árbitro entre nosotros, que pusiera su mano sobre los dos...”.

⁵ La experiencia muestra que rara vez quien resulta vencido en un litigio considera que la sentencia es justa. Ello revela que la calidad de una decisión no puede identificarse con la satisfacción subjetiva de todas las partes, pues el conflicto mismo implica intereses contrapuestos. La noción de calidad debe situarse en otro plano: en la garantía de que el procedimiento se desarrolló dentro de un marco de igualdad, donde cada parte tuvo la posibilidad real de presentar su versión de los hechos, ofrecer y producir prueba pertinente y controvertir los argumentos de su contraparte. Así entendida, la calidad no depende del resultado final, sino del modo en que éste se construye. Lo decisivo no es que ambas partes queden conformes —objetivo imposible—, sino que puedan reconocer que el procedimiento les otorgó oportunidades equitativas de defensa y que el tribunal fundó su decisión en razones claras, pertinentes y suficientes.

⁶ A modo de ejemplo podemos enunciar: (i) Impugnación de la validez o la operatividad de la cláusula arbitral sin fundamentos serios, generando conflictos de competencia que retrasan significativamente la resolución y aumentan los costos; (ii) Recusaciones de árbitros carentes de sustento, utilizadas como una herramienta dilatoria para frenar el avance del procedimiento; (iii) Resistencia al cumplimiento de medidas cautelares, instrucciones o laudos arbitrales, que provoca la intervención de la justicia estatal, contraviniendo el objetivo de autonomía y desvinculación judicial que caracteriza al arbitraje; (iv) Formulación de planteos procesales dilatorios, orientados a generar retrasos y a construir, en caso de rechazo, un escenario favorable para solicitar la nulidad del laudo. Esta dinámica es favorecida por la llamada “paranoia del debido proceso”, fenómeno por el cual los árbitros prefieren tramitar incidentes de dudosa utilidad antes que arriesgar la eventual anulación del laudo por una presunta afectación del derecho de defensa; (v) Maniobras destinadas a obstaculizar la producción de prueba, como la negativa injustificada a entregar documentación solicitada por los peritos o

la confianza en el arbitraje y deben ser neutralizadas con firmeza.

Seguidamente se analizan los remedios propuestos y aplicados tanto a nivel nacional como internacional.

2. Problema cultural.

Nos han formado para litigar con astucia, no para cooperar. Como resultado, el principio de buena fe suele interpretarse de manera restrictiva, entendido apenas como un límite a lo prohibido y no como una exigencia positiva de colaboración. Esta diferencia no es menor: para que el arbitraje cumpla su función, no alcanza con abstenerse de actuar de mala fe; es indispensable actuar de manera cooperativa.

La buena fe, como principio general del derecho, impone conductas de coherencia, honestidad y colaboración dentro del marco normativo vigente. Sin embargo, las partes y sus abogados suelen creer que cooperar en un procedimiento debilita sus intereses, en una especie de dilema del prisionero.

Entendemos que tal creencia es errónea: en el contexto arbitral actual, la conducta obstruccionista y dilatoria, lejos de ser una muestra de habilidad podría acarrear consecuencias negativas graves para la parte que se comportó de ese modo.

Obrar de buena fe no implica renunciar a los intereses legítimos, porque nadie se sometería a un procedimiento con el propósito de dañarse a sí mismo. La cooperación, entendida como derivación de la buena fe, tampoco supone sacrificios desmedidos ni la obligación de trabajar en beneficio exclusivo de la contraparte. Consiste, más bien, en defender con firmeza los propios intereses dentro de un marco que respete, al mismo tiempo, los valores comunes del procedimiento: rapidez, eficacia y calidad. Estos valores no son ajenos a los fines individuales, sino que coinciden con los intereses legítimos de todas las partes involucradas.

Uno de los aspectos más conflictivos en ese punto recalca en la tensión entre el derecho de defensa (en tanto manifestación de la garantía de debido proceso) y el principio de cooperación. Pero no vemos en ello un obstáculo porque la tensión es sólo aparente: ningún derecho es absoluto, perdiendo su protección cuando se lo intenta ejercer de forma abusiva. Así, nadie puede invocar un derecho legítimo a tergiversar, ocultar información ni a obtener ventajas derivadas de errores, inconductas u omisiones. El aforismo “*nemo tenetur edere contra se*” carece del impacto que tuvo en épocas pasadas y es válido sostener, en el ámbito del derecho privado, que fue equiparado en importancia por el principio de cooperación procesal.⁷

La versatilidad o flexibilidad procesal del arbitraje necesariamente se sostiene en la conducta colaborativa de la parte, pues el proceso puede ajustarse a medida según consenso (sin perjuicio del proceso instaurado por la institución arbitral, en su caso), a instancias de un sinceramiento de los contendientes sobre los intereses y posiciones expuestos por lado, la producción solo de la prueba pertinente, y finalmente un laudo ejecutable (a veces incluso inapelable).

Asimismo, en la elección del árbitro, acto de fundamental trascendencia, la colaboración de las partes resulta esencial. La idoneidad del árbitro para el conflicto particular quizá es una de las notas más distintivas del instituto que refuerza su ventaja comparativa, frente al supuesto del juez natural.

Por otro lado, el deber de colaboración también afecta al árbitro, quien debe prestar entera disponibilidad como un presupuesto esencial para conducir el proceso. La facilidad en la concesión de audiencias a los efectos del avenimiento se potencia en el arbitraje, a diferencia de los procesos judiciales. En ese sentido, el tiempo es oro y la responsabilidad de las partes y del árbitro de obtener el máximo provecho posible de las reuniones fijadas, va de suyo.

⁷ Abraham, Sabrina: “El derecho constitucional de defensa en juicio: un derecho relativo”, LA LEY 27/01/2022, 1; en igual sentido Peyrano, Jorge W.: “El Principio de Cooperación Procesal”, publicado en “Principios Procesales”, T 1, Peyrano, Jorge W. Director, Barberio, Sergio J. y García Solá Marcela M., Coordinadores, p. 399, Ed. RubinzalCulzoni, Santa F, 2011).

la reticencia a exhibir información relevante (p. ej., rendiciones de cuentas o facturación), con el objetivo de dificultar la acreditación de daños por la contraparte; (vi) Presentación de prueba excesiva y dispersa, con la intención de complejizar el procedimiento y ralentizar su desarrollo; (vii) Recursos de apelación disfrazados de nulidad, que intentan la revisión del fondo por los tribunales estatales o demorar la ejecución del laudo.

Finalmente, según la modalidad de arbitraje de que se trate, incluso será determinante en mayor o menor medida la conducta comprometida. Vale decir que, en los arbitrajes ad hoc, la necesidad de acompañamiento de las partes resulta fundamental, en tanto no se cuenta con una institución arbitral que respalde el arbitraje con su estructura técnica, de recursos humanos, tecnológica y de seguimiento de los procesos. El árbitro y las partes serán los dueños absolutos del destino del proceso.

3. La cooperación en el derecho argentino.

Independientemente de lo dicho al inicio de esta ponencia, la justicia estatal también exhibe un anhelo por la rapidez, eficacia y calidad. La diferencia entre ambos mecanismos no debe encontrarse, entonces, en sus principios, sino en la capacidad real para cumplirlos.⁸

Dentro de esa búsqueda de efectividad, varios códigos procesales provinciales, proyectos de reforma y doctrina especializada han hecho importantes contribuciones que sirven como apoyo argumental para nuestras propuestas.

Desde hace décadas y bajo distintas fórmulas, las leyes de procedimiento exigen a las partes actuar con lealtad, probidad y buena fe. Además, en los últimos años, varias reformas han buscado que la buena fe, la probidad y la cooperación dejen de ser meros valores decorativos y pasen a ser deberes jurídicos efectivos⁹.

El artículo 163, inciso 5°, del CPCCN, ya contenía una norma que implícitamente permitía estas inferencias negativas. El proyecto de reforma del año 2019 profundiza esta línea en sus artículos 7 y 10, en sintonía con los códigos citados.

La doctrina más especializada, por su parte, explica que se ha producido una evolución del principio contradictorio, íntimamente vinculado con el de cooperación.¹⁰ El contradictorio, en su versión inicial, quedaba cercada en la garantía de información, reacción e igualdad entre las partes. Después se produjo la constitucionalización del derecho privado y procesal, sobre todo en temas de consumo y ambiente. Se busca la protección de intereses considerados superiores y allí aparecen nuevas legitimaciones e intervenciones de terceros, acciones colectivas, etc.

Con el tiempo, el contradictorio se transformó en un sistema dialogal entre las partes y el juez. Hay dos modalidades: contradictorio colaborativo o el contradictorio fuerte (de máxima cooperación).

Las citas de nuestros códigos provinciales, como así también la del proyecto de reforma del 2019 del CPCCN responden al contradictorio colaborativo: se busca la cooperación de las partes a

⁸ Desde esa perspectiva, creemos que el arbitraje está mejor posicionado. El sistema judicial estatal enfrenta obstáculos estructurales graves: burocracia excesiva, aumento sostenido de la litigiosidad, escasez de recursos, falta de transparencia y demoras en la cobertura de vacantes. Esta combinación ha generado una crisis crónica. Aún los jueces más idóneos carecen del tiempo necesario para estudiar a fondo cada caso y dictar decisiones bien fundadas y oportunas. El arbitraje, aunque más ágil, también presenta dificultades. Entre ellas se destacan, el escaso conocimiento del instituto por parte de profesionales y ciudadanos, lo cual constituye una fuerte barrera de entrada; la imposibilidad de ejecutar directamente los laudos; y, tal vez el mayor peligro, la posibilidad de un mal árbitro. Sobre este último aspecto, los errores de un juez estatal pueden ser corregidos en instancias superiores, aunque ello afecte la celeridad. En cambio, los errores de un árbitro son difícilmente revisables, dado que el sistema supone la renuncia a todo recurso salvo el de nulidad, cuyas causales son excepcionales y graves. Lograr eficacia en el sistema judicial exige reformas estructurales: reducir la burocracia, aumentar los recursos, designar a tiempo a funcionarios idóneos y asignar a cada juez una carga razonable de trabajo. Ninguna de estas condiciones ha sido satisfecha en las últimas décadas, ni parece haber voluntad política para hacerlo. El arbitraje requiere menos: una reforma limitada que reduzca o racionalice la injerencia estatal, garantice la ejecución de los laudos y acote los recursos. Estas modificaciones parecen más alcanzables que una reforma integral del Poder Judicial.

⁹ Así lo reflejan los códigos de Córdoba (art. 316), Corrientes (arts. 6, 10, 15, 17, 19 y 327), Entre Ríos (arts. 160), Tucumán (Capítulo 1, arts. 24, 25 y 26) y Jujuy (arts. 9 y 18), que no sólo obligan a las partes a colaborar activamente, sino que facultan al juez a extraer conclusiones adversas sobre las pretensiones de quienes incumplen.

¹⁰ Berizonce, Roberto Omar: “El contradictorio como garantía de la tutela judicial efectiva”, Revista de Derecho Procesal, El Proceso Eficaz, Tomo 2021-1, p. 59, Ed. RubinzalCulzoni.

través de ciertos refuerzos como las sanciones por abuso procesal e, incluso, presunciones que pueden definir el fondo del asunto.

Más drástico es el caso de Brasil, basado en el derecho alemán, donde el juez debe esclarecer oportunamente las dudas sobre las posturas de las partes o prevenirlas sobre los defectos subsanables. El Código brasileño establece un proceso judicial de continuo diálogo entre las partes y el juez, quien debe ser permeable a constantes planteos a fin de llegar al resultado definitivo.

Esos ejemplos sirven de muestra para resaltar que tanto en Argentina como en el mundo, litigar con mala fe no es sinónimo de astucia. La afirmación puede ser inocente, pero veremos que las sanciones son un castigo que pone en duda la conveniencia de no cooperar.

4. La cooperación en el soft law.

En el comercio internacional el arbitraje es la regla, no un mecanismo alternativo. Por eso, aunque este trabajo se enfoca en el arbitraje doméstico, conviene consultar la experiencia de tribunales institucionales con décadas de experiencia en esta clase de entuertos.

Los avances en el tópico colaborativo se producen a raíz de un cambio en la percepción de la eficacia de los arbitrajes. Durante la década de los 90' se elogiaba la rapidez y reducción en costos de esta clase de procedimientos. Pero a partir de allí la situación se fue alterando y uno de los factores fue la problemática generada por las partes que no cooperaban.¹¹

Son numerosos los intentos para fomentar los deberes de buena fe y cooperación. Nos limitaremos a los más relevantes, de acuerdo con la literatura revisada sobre el tema.

Las Reglas de la IBA (International Bar Association), surgieron como un intento de armonizar el derecho anglosajón con el continental, a fin de sugerir a las partes en conflicto una normativa aceptable para las distintas tradiciones jurídicas.

Estas Reglas, entre sus diferentes normas, disponen que si una Parte no suministrar, sin explicación satisfactoria, cualquier documento o prueba relevante (incluyendo testimonios), el Tribunal por considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte. Además, en adición a cualquier otra medida que estuviese dentro de sus facultades, podrá tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje.¹²

Con posterioridad y bajo el argumento relativo a que las Reglas IBA estaban más orientadas al common law que al derecho continental, en el año 2019 surgieron las denominadas Reglas de Praga. Sin introducirnos en ese debate sobre influencias, lo relevante para este trabajo es que estas últimas contienen un mayor poder de los árbitros para sancionar las conductas abusivas en los procedimientos arbitrales.

Además de regular sanciones y multas para los incumplidores, en su artículo 10 introduce una presunción similar a las de los códigos procesales transcritos: *“Conclusiones Desfavorables: Si una parte incumple las órdenes o las instrucciones del tribunal arbitral, sin justificación, el tribunal arbitral, cuando corresponda, podrá derivar conclusiones desfavorables para esa parte sobre ese aspecto o sobre su asunto”*.

El matiz sobre el fondo del asunto no puede pasar desapercibido.

Algunas de las citas normativas permiten a los jueces y árbitros formular presunciones para interpretar el aspecto probatorio específico.

En cambio, cuando se hace referencia a la posibilidad de realizar inferencias adversas sobre los intereses de la parte incumplidora o sobre el fondo del asunto, el poder de decisión es muy superior: significa que puede -siempre que la inferencia sea razonable- dictar sentencia haciendo lugar o no a la demanda, o bien definiendo su alcance, en función de dicha conclusión adversa.

¹¹ Risse, J.: “Ten drastic proposals for saving time and costs in arbitral proceedings”, *Arbitration International*, 29-3, P. 453-466, 2014.

¹² Artículo 9 de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, versión revisada en 2020.

5. **Propuestas.**

En el arbitraje existe un amplio marco de autonomía de la voluntad. Siempre que se respete el derecho de defensa y debido proceso¹³, se pueden fijar normas que incentiven la cooperación bajo apercibimientos graves.

Los arbitrajes en los que hemos participado y los problemas en ellos advertidos, nos sugieren que las normas de procedimiento deberían incluir:

(i) Una mención sobre los principios que inspiran el arbitraje, como por ejemplo: “*Los principios de buena fe, igualdad, contradicción, concentración, celeridad y cooperación son*

esenciales para el procedimiento arbitral”. Esta inclusión concede contexto de interpretación a las restantes normas.

(ii) La posibilidad de que el tribunal arbitral o árbitro impongan multas a la parte que, en virtud de una resistencia infundada, obligue la intervención de la justicia estatal a fin de ejecutar una medida cautelar.

(iii) La facultad de realizar inferencias adversas. Una forma de proponerlo sería: “*Si una parte, sin justificación razonable, incumple las órdenes del tribunal arbitral -o árbitro-, adopta una conducta dilatoria u obstaculiza la búsqueda de la verdad material, el tribunal -o árbitro- podrá asumir conclusiones desfavorables para esa parte sobre ese aspecto específico y sobre el fondo del asunto*”.

(iv) Permitir, además de las sanciones por temeridad y malicia, que el tribunal o el árbitro puedan tomar en consideración la conducta de las partes a los efectos de asignar las costas.

Estas propuestas conceden un incentivo al desempeño de buena fe y colaborativo de las partes durante el procedimiento arbitral, de manera tal que el comportamiento mezquino puede resultar contraproducente.

No son novedosas y se encuentran en sintonía con las tendencias actuales tanto en el soft law internacional como así también en el derecho procesal argentino.

¹³ En simples términos, las reglas procedimentales elegidas deben asegurar igualdad de oportunidades a cada parte para exponer su caso, realizar la actividad probatoria pertinente y cuestionar la versión de su contraparte.