

Simetría para los desiguales

Trato igualitario y libertad de regulación en el Arbitraje

Por Alfredo Bullard
Julio Olortegui

La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho.
Honoré de Balzac.

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Jorge Luis Borges dijo, en una ocasión, que: “Hace diez años, bastaba cualquier simetría con apariencia de orden -el materialismo dialéctico, al antisemitismo, el nazismo- para embelesar a los hombres”. Quizás, Borges nunca estuvo en un arbitraje. Pero de haberlo estado, hubiera incluido al arbitraje en su lista de “simetrías con apariencia de orden”. Y sin duda, esa simetría embelesa (quizás, por razones atendibles) a un tipo de hombres (o mujeres): los abogados.

Es tan importante el trato simétrico que en muchos procesos arbitrales, capta más la atención y toma más importancia que el fondo de lo que se discute. Se vuelve casi una religión. Un acto de fe en la capacidad que tiene el orden para imponerse sobre el caos. Un arbitraje es, por definición, conflicto. Es caos potencial. Para evitar que ese caos nos arrase, lo ordenamos. La simetría y el orden es la forma de convertir el conflicto en civilizado. Pero la simetría no está en el fondo, sino en la forma. Los fundamentos y argumentos de las partes no deben ser simétricos. No importa si una parte esta defendida por un abogado brillante y la otra, por un inepto. No importa si a uno le sobran razones y al otro le faltan. Lo que importa es que el brillante sin razones y el inepto con fundamentos se enfrentan en una cancha que ofrece condiciones iguales para ambos.

Las reglas que canalizan el conflicto, para ser respetadas (y respetables), deben de ser iguales para todos. A veces, es más importante que las reglas del proceso sean justas a que la decisión de fondo lo sea. Tanto es así, que los laudos se anulan antes, por nacer de asimetrías formales que por tener un resultado injusto en el fondo. La legitimidad de las reglas legitima lo injusto en tal grado, que una decisión contraria a derecho prevalecerá, si se respetaron esas reglas formales y no será anulada. Pero la ilegitimidad de las reglas permite incluso anular un laudo justo. Y es que el Derecho ha preferido privilegiar la discusión civilizada que la justicia, aunque nos cueste admitirlo.

Pero está bien que ello sea así. Son las reglas en el enfrentamiento las que lo convierten en civilizado. Un arbitraje se parece más a un juego que a una guerra. Como en el fútbol, el ganador no es el que juega mejor, sino el que dentro de las reglas, mete más goles. Como también dice Borges, hablado del deporte: “...yo creo que habría que inventar un juego en el que nadie ganara”. Quizás, sería mejor. Pero el arbitraje no es ese juego. Pero sí es un juego en el que las reglas son muy importantes. Demasiado importantes.

Un proceso arbitral puede ser tanto o más complicado que un proceso judicial. Las actuaciones pueden ser largas y requerir una gran cantidad de reglas. Y es que entre lo que hay que hacer en uno y otro, al menos conceptualmente, no hay diferencias

sustanciales: presentar escritos, escuchar testigos y peritos, presentar documentos, realizar inspecciones, manejar audiencias, resolver impugnaciones, etc.

Sin embargo, las leyes de arbitraje son sustancialmente más austeras en articulado y texto que un código procesal. Una ley de arbitraje, posiblemente, tenga entre 50 y 80 artículos (la Ley Modelo UNCITRAL tiene solo 36). En contraste, un código procesal civil puede rondar los 1000 artículos.

¿Cómo es que dos cuerpos legales con tanta diferencia en volumen de texto, lidian como procedimientos igualmente complejos? En el arbitraje, la regla es la libertad de regulación. En el proceso civil, la regla es la rigidez. En el primero, las partes construyen, junto con el Tribunal, las reglas. En el segundo, las partes y el juez quedan sometidos a una estructura prefabricada por el legislador, en la que mover paredes y levantar techos no es posible.

Las reglas, en el arbitraje, quedan sujetas a unos pocos principios. La construcción de las reglas tiene como fuente principal la autonomía privada. Sea mediante la elección de un reglamento arbitral, el acuerdo directo entre las partes o el sometimiento a las reglas que señale el Tribunal, el insumo básico de la construcción del procedimiento es el consenso. Y como el consenso es por definición, llenar vacíos, las normas arbitrales están, conscientemente, llenas de vacíos y espacios para ser rellenados, lo que contrasta con la estructura barroca de los códigos procesales que expresan un “horror al vacío”. Estos buscan llenar todo espacio con adornos, esculturas y molduras, que no dejen ya espacio para la imaginación.

Entre los principios que limitan la creación de reglas en el arbitraje, está el de igualdad. El Tribunal tiene como límites el permitir a las partes expresar sus posiciones. Pero a su vez, garantizar reglas equivalentes. Una de las reglas de la “arquitectura arbitral” es la simetría: lo que está a la derecha es el reflejo exacto de lo que está a la izquierda. Si a la derecha hay dos columnas y una viga, a la izquierda, debe haber también, dos columnas y una viga iguales. En términos bélicos, se habla de “igualdad de armas”. Ello no significa, sin embargo, igualdad a secas. Las partes son diferentes. Como dijo Abraham Lincoln: “Todos los hombres nacen iguales, pero es la última vez que lo son”. Quien ha estado en un arbitraje sabe que fijadas las reglas, las partes parten en igualdad de condiciones, pero es la última vez que son iguales.

Las partes no son iguales en la arena del litigio. Unas tienen mejores abogados, mejores argumentos, mejores pruebas, peritos con más experiencia. Y quizás, la mayor desigualdad esté en que una tiene toda la razón y la otra no tiene nada de razón. Un arbitraje será justo cuando el que tiene la razón gane. Peor, la justicia exige también, que para que ese resultado se dé, las reglas que seguimos den igualdad de derecho de defensa al ganador y al perdedor.

La “igualdad de armas” no significa que el brazo que sostiene la espada y la experiencia de los espadachines sean iguales. Lo que es igual es la espada que se entrega para el duelo. En el litigio arbitral, la igualdad de trato no significa compensar a una parte por las diferencias que en los hechos pueda existir con la otra. Por eso, en un proceso en el que las dos partes son tratadas iguales, el resultado suele ser la desigualdad entre la victoria y la derrota de una parte frente a la otra. Es el proceso el que debe tratar con igualdad a las partes, no el resultado del laudo. La regla no es entonces, igualar a las partes, sino igualar los derechos para que ejerzan su defensa. No es el rol de esas reglas evitar la superioridad que

una parte pueda tener en su posición, sino que las diferencias no queden determinadas por las reglas, sino por la sustancia.

Por ello, merece una especial discusión para entender la igualdad de procedimiento, analizar cómo se construyen las reglas de arbitraje, cómo opera esta libertad de regulación y cómo se manifiesta esta igualdad.

El juego entre libertad, derecho a ser oído e igualdad no es sencillo. ¿Puede una parte acordar tener un derecho desigual de defensa? ¿Se puede reconocer que una parte tendrá derecho a presentar el doble de testigos, o tendrá el triple de plazo para contestar una demanda o puede tener un plazo para impugnar más largo que el de su rival? ¿Puede una parte aceptar voluntariamente que el árbitro solo escuche a su contraparte? Si la regla es el consenso, ¿por qué no se podrían pactar todas esas cosas? A final de cuentas, de eso trata este trabajo: de la relación entre libertad, derecho a ser oído e igualdad.

Después de varios intentos fallidos, el pasado mes de julio de 2018, el Senado argentino aprobó la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional, la cual está basada en la Ley Modelo UNCITRAL, con sus enmiendas del año 2006. Esta nueva ley trae muchas novedades a la práctica del arbitraje internacional en Argentina y, a su vez, refuerza instituciones que ya se encontraban recogidas en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación del 2014.

Dentro de las más relevantes de estas provisiones, se encuentran los arts. 62[1], 63[2] y 64[3] de la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina (en adelante, “la Nueva Ley”). Estos artículos, basados en el texto literal en los arts. 18[4] y 19[5] de la Ley Modelo UNCITRAL (“Ley Modelo”), recogen los tres principios fundamentales de los que estamos hablando. Esos principios son tan relevantes que han sido calificados como la “Carta magna” del arbitraje.[6] Estos principios son: (i) el de libertad de regulación del procedimiento arbitral; (ii) el de trato igualitario; y (iii) la plena oportunidad de las partes de hacer valer sus derechos.

A lo largo del presente artículo, buscaremos desarrollar estos principios desde una perspectiva internacional, teniendo en consideración las diferentes jurisdicciones que, como Argentina, han basado sus legislaciones en la Ley Modelo. Los autores nos tomaremos la licencia de usar, además de otras jurisdicciones, para el análisis de la nueva legislación argentina, la Ley de Arbitraje Peruana, no solo por ser la que mejor conocemos, sino por contener algunas innovaciones en su texto, en relación con la Ley Modelo, que pueden ser útiles para efectos de la comparación.

II. La libertad de regulación y la determinación de las reglas del proceso arbitral [\[arriba\]](#)

Las reglas aplicables al arbitraje son centrales para el buen desarrollo del mismo. A la conocida frase “la calidad del arbitraje depende de la calidad de sus árbitros”, habría que añadirle “y de sus reglas”. La trascendencia de las reglas es tal que su adopción o incumplimiento pueden dar lugar a vicios que, en última instancia, pueden derivar en la nulidad del laudo. Así como las reglas dan vida al arbitraje, pueden también matarlo.

Como decíamos, a diferencia de un código procesal civil, las leyes de arbitraje son bastante más austeras, parcas y mucho menos detalladas. Las reglas son más generales y la regulación menos frondosa, que la que se tiene en un código procesal

civil. Ello, porque el principio es que el procedimiento se construye para cada caso en concreto.

La base del arbitraje es el consentimiento. Y las reglas que regulan el procedimiento no pueden ser la excepción. Además, la flexibilidad tiene un sentido práctico y es realmente provechosa para el éxito del arbitraje.

Todo ello tiene una explicación lógica. Un juez ordinario no es elegido por las partes. Usualmente, es el azar (un sistema de turnos o un sorteo físico o virtual) el que define qué juez conocerá un caso. Ante ello, el sistema legal ha establecido un conjunto detallado de reglas que garantizan que ese juez, cuya designación es ajena a la autonomía privada, se ajustará a ciertos parámetros. El mutuo consentimiento no constituye un mecanismo de control. Cuando la justicia es un servicio estatal, son necesarias garantías y mecanismos legales que nos protejan de la discrecionalidad y la arbitrariedad del juzgador.

En cambio, en el arbitraje, las partes pueden elegir a sus árbitros (o el procedimiento, a través del cual serán designados) e incluso las reglas que regularan dicho procedimiento, directamente en el convenio o mediante la elección del reglamento de una institución arbitral o, por delegación, a los propios árbitros. Es la combinación de la autonomía privada y la confianza en los árbitros el mecanismo a través del cual las partes se protegen de la discrecionalidad y la arbitrariedad. En un juicio común, es el sistema legal el que protege el interés de las partes a tener un proceso equitativo y justo. Por eso, las leyes temen dejar vacíos que sean llenados por los jueces. En un arbitraje, ese rol le corresponde a las decisiones de las partes. En el arbitraje, la garantía de la ley es reemplazada por la libertad de regulación.

Así, mientras que la idoneidad de las reglas en un juicio es protegida por la ley, la idoneidad de las reglas en un arbitraje está protegida principalmente, por la autonomía privada. Mientras que la seguridad en un juicio viene de arriba (la ley), la seguridad en un arbitraje viene de abajo (el pacto entre las partes).

La Nueva Ley ha sido cuidadosa para preservar esta lógica y ha entendido que es a las partes (o en su defecto, a los árbitros) a quienes les toca definir qué reglas son adecuadas. Por eso, las reglas se ajustan caso por caso.

El art. 63 de la Nueva Ley regula lo que hoy en día, se considera la principal razón de por qué las partes utilizan el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, frente a la resolución de disputas ante las cortes nacionales: la libertad de poder escoger las reglas que serán aplicadas por aquellos que dirigen el arbitraje.

Asimismo, en caso, las partes, deliberadamente o no, decidan no establecer una reglamentación arbitral, siguiendo el principio de libertad de regulación, la Nueva Ley señala que será el Tribunal Arbitral el llamado a determinar, con un amplio margen de flexibilidad y teniendo en consideración las circunstancias del caso, las reglas aplicables al proceso arbitral. Así, cuando las reglas no son consecuencia de un acto directo de autonomía, lo son de un acto indirecto: la delegación a los árbitros para definir tales reglas.

El acuerdo sobre las reglas puede estar contenido en el convenio arbitral mismo. Pero no es usual que un convenio arbitral sea muy detallado y establezca todas las reglas aplicables.

Más común es que las reglas sean las establecidas en el reglamento de la institución arbitral elegida por las partes. Pero estos reglamentos tampoco suelen ser “barrocos”. No son muy detallados y siguen dejando un amplio campo de discrecionalidad a las partes y a los árbitros para llenar vacíos.

También, puede someterse a reglas o directivas ajenas a un centro arbitral, como podría ser el Reglamento UNCITRAL (pensado principalmente, para arbitrajes ad hoc) o las Reglas de la International Bar Association (IBA Guidelines), en especial, la referida a la práctica de prueba en el arbitraje.

Incluso, cuando las reglas son definidas por los árbitros, no se excluye la participación directa de las partes en su formulación. Es una práctica común en arbitraje internacional (y afortunadamente, cada vez más frecuente en arbitraje doméstico), que los árbitros consulten con las partes cuáles son las reglas a aplicarse, antes de aprobarlas en un acta de instalación, acta de misión u órdenes procesales consensuadas y discutidas con las partes.

Así, no es extraño que los árbitros presenten un borrador de acta de misión o de orden procesal a la partes para recoger sus opiniones y sugerencias. A veces, se abre un espacio para que sean las propias partes las que negocien su redacción. Y ello es lógico. Las partes conocen su caso mejor que los árbitros. Por ello, saben qué necesitan, qué plazos requieren, cómo organizar las actuaciones y cómo reducir los costos de las mismas. Tenemos la impresión que es un ejercicio muy provechoso útil y conveniente. Ese ejercicio es imposible de ver en un proceso judicial común.

No obstante, ¿qué sucede cuando ni las partes ni el reglamento arbitral han establecido reglas para determinada actuación arbitral?

A. Reglas aplicables a falta de pacto expreso

De acuerdo al reporte de TAWIL y CAMPOLIETI, respecto al arbitraje en Argentina (anterior a la promulgación de la Nueva Ley), frente a la falta de regulación de actuaciones (principalmente, probatorias), los Tribunales Arbitrales cuentan con dos opciones: (i) la primera, proceder de acuerdo al art. 751 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual establece que los árbitros deberán aplicar las reglas del procedimiento civil ordinario; o (ii) la segunda, aplicar el art. 1658 (c) del Código Civil y Comercial de la Nación (el cual contiene un texto muy similar al art. 64[7] de la Nueva Ley), según el cual el Tribunal Arbitral se encuentra facultado a conducir el procedimiento arbitral de la forma que considere apropiada.[8]

Si bien entendemos que esta es una práctica generalizada, tanto en arbitraje nacional, como internacional, a nuestro criterio, los arbitrajes que se rijan bajo las disposiciones de la Nueva Ley deberán evitar el utilizar la primera opción, mencionada por TAWIL y CAMPOLIETI.

Si bien tanto el Proceso Civil, como el Arbitraje, son mecanismos heterocompositivos de resolución de controversias, a diferencia del primero, el Arbitraje es un mecanismo célere y flexible que nace producto de la voluntad de las partes, teniendo estas la posibilidad de determinar, desde quiénes serán sus juzgadores, hasta las reglas aplicables al proceso. Y esta no es una diferencia menor. Es una diferencia sustancial. Entendemos que al igual que el Código Procesal Civil peruano, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino no permite, salvo excepciones, que los jueces creen o modifiquen las reglas aplicables al proceso ni

que el pacto de las partes pueda modificar dichas reglas. Ello es contrario a lo que ocurre todos los días en el arbitraje y que es una de sus principales ventajas. Un arbitraje, como un ser vivo, evoluciona y se ajusta a las circunstancias que le toca vivir en cada caso.

Por tal motivo, el aplicar supletoriamente al arbitraje, normas caracterizadas por su exceso de formalismo y falta de celeridad, sería atentar contra la propia naturaleza de dicho mecanismo de solución de conflictos.

Una situación similar se presentó en el Perú. Todos los que estamos inmersos en la práctica arbitral peruana, en algún momento, ya sea como abogados litigantes o como miembros de un Tribunal Arbitral, nos hemos encontrado con una afirmación similar a la siguiente:

“Y a falta de regulación en el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje) y en las reglas institucionales, es de aplicación supletoria del Código Procesal Civil”.

En el Perú, existía el mito de que frente a los vacíos en la regulación establecida por las partes, por el Tribunal Arbitral o supletoriamente por la misma Ley de Arbitraje, habrá de aplicarse la normativa contenida en el Código Procesal Civil. Pero eso, al menos con la Ley de Arbitraje vigente, no es correcto.

La Ley de Arbitraje del Perú no establece, sin embargo, en ninguno de sus artículos, que a falta de regulación, habrá de aplicarse el Código Procesal Civil. En este sentido, como señala el profesor SANTISTEVAN DE NORIEGA[9], la Comisión Técnica que elaboró la Ley de Arbitraje terminó por “[excluir] como fuente supletoria al Código Procesal Civil (art. 34.3 y Décima Disposición Complementaria del DL 1071)”.[10] Así, como sostiene el citado profesor, la no inclusión del Código Procesal Civil en el texto del art. 34, num. 3 de la Ley de Arbitraje Peruana, no fue casual, siendo la intención de Comisión Técnica no considerarlo como una fuente supletoria de normas al proceso arbitral. El texto señala que: “Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrán aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral”. Como se ve, el texto salta de la ley de Arbitraje a las reglas que fije el criterio del Tribunal, en base a los principios, usos y costumbres arbitrales.

La afirmación del SANTISTEVAN DE NORIEGA es fiel a lo que ocurrió en las deliberaciones al interior de la Comisión Técnica. Una de las versiones iniciales decía expresamente que no era de aplicación al arbitraje el Código Procesal Civil. Ello para zanjar definitivamente cualquier discusión. El resultado final es más producto de razones de técnica legislativa que de cambio de opinión.

La discusión se origina en una interpretación errada relativamente común, en especial entre los procesalistas, del propio Código Procesal Peruano, en particular, de la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil:

“PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”.

Si bien, tanto el Proceso Civil, como el Arbitraje, son mecanismos heterocompositivos de resolución de controversias, a diferencia del primero, el

Arbitraje es un mecanismo célere y flexible que nace por la voluntad de las partes, teniendo estas la posibilidad de determinar, desde quiénes serán sus juzgadores, hasta las reglas aplicables al proceso. Y no es una diferencia menor. Es una diferencia sustancial. El Código Procesal Civil no permite, salvo excepciones, que los jueces creen o modifiquen las reglas aplicables al proceso ni que el pacto de las partes pueda modificar dichas reglas. Ello es contrario a lo que ocurre todos los días en el arbitraje y que es una de sus principales ventajas.

Por tal motivo, el aplicar supletoriamente al arbitraje normas, caracterizadas por su exceso de formalismo y falta de celeridad, sería atentar contra la propia naturaleza de dicho mecanismo de solución de conflictos.

Como decíamos, el proyecto original de la Ley de Arbitraje decía expresamente que el Código Procesal Civil no era aplicable. Sin embargo, con buen criterio, fue el propio SANTISTEVAN DE NORIEGA, quien sugirió que debía cambiarse la redacción. Y tiene mucho sentido. Es una mejor técnica legislativa para definir reglas, no señalar que no se aplica, sino señalar que es lo que se aplica.

Y eso es lo que se hizo. La Ley de Arbitraje señaló en el num. 3 del artículo bajo comentario, la lista de fuentes aplicables a la determinación de las reglas y cierra con una que no deja espacio a la aplicación supletoria de otro cuerpo legal: al final, si no se encuentra una regla, la señalan los árbitros, en base a los usos y costumbres arbitrales. En este punto, la redacción de la Ley de Arbitraje del Perú es innovadora y se diferencia de la Ley Modelo. Pero a su vez, recoge lo que es la práctica arbitral internacional.

La Ley peruana hace así, expresa referencia a los principios, usos y costumbres arbitrales. Bajo esta regla, tribunales arbitrales domésticos o internacionales han aplicado, incluso sin pacto de las partes, las reglas de IBA sin mayor problema, pues las mismas están llamadas por la misma Ley.

En consecuencia, el Código Procesal solo es aplicable: (1) si las partes así lo señalan en su pacto (lo que no es nada recomendable); o (2) si los árbitros encuentran que alguna regla de dicho Código es compatible con los principios, usos y costumbres arbitrales. Pero no se aplica por supletoriedad, sino por decisión de los árbitros.

Y es que debemos preguntarnos si sería conveniente aplicar reglas del proceso civil al proceso arbitral. Basta con revisar la doctrina a nivel internacional. BORN califica la aplicación de las reglas de Derecho Procesal Civil de la sede como una visión arcaica, debiendo excluir su aplicación y usar únicamente las reglas acordadas por las partes, las establecidas por los árbitros y, como excepción, las normas imperativas contenidas en las leyes de arbitraje de dicha sede.[11] En sentido similar, se pronuncia KNOLL, quien indica que la aplicación de normas procesales ordinarias tendría que derivarse del acuerdo de las partes.[12]

La jurisprudencia internacional apunta en el mismo sentido, al excluir la aplicación de normas de proceso civil a los arbitrajes.[13]

Como explica el profesor KARRER de forma contundente: “(...) uno tendría que preguntarse como reglas no pensadas para un arbitraje deberían aplicarse en un arbitraje (...)”.[14]

La respuesta a la pregunta es entonces fácil de articular. Al estar plagado de formalismos y normas excesivamente rígidas, las reglas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al igual que las reglas del Código Procesal Civil peruano, no encajan dentro del esquema flexible y célere del proceso arbitral, creando problemas para las partes[15] y, por tal motivo, no es recomendable su aplicación supletoria. Las reglas procesales ordinarias reflejan finalmente, desconfianza en un juez no nombrado por las partes y por eso, se entra a un detalle que lo encasilla con rigideces y límites. Las reglas arbitrales se construyen, en cambio, en base a la confianza en los árbitros, dejando que sean ellos los que las establezcan.

Por estas razones, la primera opción, mencionada por TAWIL y CAMPOLIETI, no debe ser utilizada en los arbitrajes que se rijan bajo la Nueva Ley. Pero debemos hacer algunas precisiones, respecto a la segunda opción (que el Tribunal Arbitral conduzca el arbitraje como considere apropiado).

Y es que bajo el mismo criterio, en base al cual señalamos que las reglas del proceso civil ordinario no deben aplicarse al arbitraje, principalmente, el internacional, tenemos que “levantar la bandera”, respecto a la facultad de conducción del Tribunal Arbitral. Así, si bien el art. 64 de la Nueva Ley cuenta con una redacción amplia, consideramos que una buena guía para la correcta aplicación de dicha facultad puede encontrarse en dos conceptos: (i) los principios arbitrales; y (ii) los usos y costumbres en materia arbitral.[16] Y es que el árbitro debería dejarse guiar por lo que podríamos considerar, una suerte de *lex mercatoria* arbitral.

Es recomendable que los Tribunales Arbitrales, al determinar las reglas aplicables ante la falta de pacto, tengan en consideración los dos criterios antes mencionados, principalmente, a fin de respetar las expectativas de las partes, las cuales al someterse a un arbitraje internacional, esperan que su controversia sea resuelta de forma célere, flexible y bajo estándares que reflejen la práctica internacional. Y la práctica tiene una ventaja sobre la imaginación pura: ha sido probada en el baño ácido de la realidad. Si algo se vuelve un principio y una regla se vuelve costumbre, es porque en los hechos se han identificado ventajas claras frente a los costos que implica. Finalmente, los principios y reglas, como las especies biológicas provienen, en términos darwinianos, de la evolución. Y en la evolución, las especies que sobreviven son las que mejor se adaptan a su medioambiente (y en el caso del arbitraje, a sus circunstancias).

Pero entonces, ¿qué debemos entender por estos dos conceptos?

a.- Principios arbitrales:

¿Qué principios son estos? Existe una diversidad de los mismos, que pueden ser identificados en la práctica arbitral. Pero hay dos particularmente relevantes: (i) el principio de flexibilidad, entendido como aquel que permite al Tribunal Arbitral el elegir aquellas normas que mejor se ajusten a las necesidades de las partes[17]; y (ii) y el principio de celeridad, en base al cual, tanto las partes, como los árbitros, deben actuar de forma célere durante la conducción del proceso arbitral[18], lo cual es consistente con la voluntad de las partes de ir arbitraje, para evitar la lentitud de las cortes ordinarias.

El Tribunal Arbitral debería, a la falta de regulación, ir en armonía con los principios antes mencionados, debiendo ajustarse a las necesidades de las partes, permitiendo así la conducción célere del proceso arbitral.

b.- Usos y costumbres en materia arbitral:

Si bien no conocemos actualmente, institución alguna que se encargue de identificar, recopilar y presentar las mejores o más comunes prácticas a nivel arbitral en Argentina (y tampoco en Perú, Chile o en la región), hoy en día, un grupo importante de árbitros, como de abogados litigantes, vienen reconociendo a las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses (“las Directrices de la IBA”) y a las Reglas de IBA sobre la práctica de la Prueba (“las Reglas de la IBA”), como los “usos y costumbres en materia arbitral”.

Algún practicante que no haya tenido la oportunidad de toparse antes con ellas se preguntará: ¿qué son las Reglas y Directrices de la IBA? Estas son cuerpos de softlaw o “derecho blando”, elaboradas y emitidas por los distintos grupos de especialistas en materia arbitral, miembros de la International Bar Association (“IBA”), con el propósito de identificar y recopilar las mejores prácticas arbitrales a nivel internacional.

Entonces, ¿podemos considerar que estos cuerpos de softlaw son los “usos y costumbres”, a los que se refiere el artículo bajo comentario? Revisemos algunos de los últimos estudios realizados sobre esta materia.

En el 2014, la profesora Elina Mereminskaya condujo una encuesta, respecto del uso de distintos cuerpos de softlaw en el arbitraje internacional.[19] Los resultados de dicha encuesta son claros: las Reglas y Directrices de la IBA son los cuerpos de softlaw más famosos y más utilizados a nivel de la práctica arbitral internacional.

La encuesta de la profesora Mereminskaya reportó una gran aceptación y uso de estas reglas, tanto en Norte América[20], Europa del Este[21], Europa Oriental[22], y Latinoamérica, región donde estableció que, respecto a las Reglas de la IBA, un 15.4 % de los participantes señaló utilizarlas siempre; un 46.2 %, regularmente; un 30.8%, ocasionalmente; mientras que solo un 7.7 % reportó nunca haberlas utilizado.

Estos resultados son compatibles con lo reportado por la firma White & Case, en conjunto con la Queen Mary University of London y el School of International Arbitration[23], en su encuesta sobre arbitraje internacional del 2015.

De acuerdo a dicha encuesta, en relación con las Reglas de la IBA, un 77 % de los participantes habría estado en procedimiento donde estas reglas se habrían utilizado, siendo que 69 % consideraría que estas son efectivas, al momento de brindar reglas, respecto a la práctica de la prueba en el arbitraje internacional.[24]

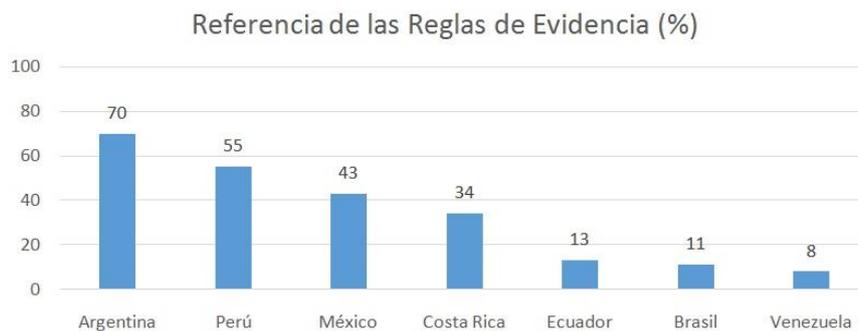
Por su lado, un 70 % de los participantes habría estado en un procedimiento, donde se han utilizados a las Directrices de la IBA, siendo que un 60 % consideraría que estas son efectivas, al momento de brindar criterios claros, respecto a cómo lidiar con los conflictos de intereses.[25]

Ya en el 2016, el “IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee”, comité encargado de revisar la aplicación de las Guías y Reglas emitidas por la IBA, publicó el “Report on the reception of the IBA arbitration soft law products” (en adelante,

el Reporte de la IBA), el cual contiene información sumamente interesante, respecto al uso de estos cuerpos de soft law.

Como detalla el Reporte de la IBA, el uso de las Reglas de la IBA para la Práctica de la Prueba se da casi en el 50 % de los casos, en regiones como Asia, Europa, el Medio Oriente y los Estados Unidos, presentando un 25 % de uso en África y un 30 % en Latinoamérica.[26]

Lo curioso de esto es que, como detalla el siguiente cuadro, es en esta región, donde se encuentran alguno de los países donde se utilizan más estas reglas[27]:



Así, el Comité de la IBA ha precisado que:

“The Rules on Evidence were referenced in more than 70 % of the arbitrations known to the Respondents in Argentina (a percentage particularly high in light of the fact that several local arbitral institutions such as the Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, the Centro de Mediación y Arbitraje Comercial (CEMARC), and the Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, have their own rules on evidence); approximately 55 % of such arbitrations in Peru; around 43 % in Mexico; and 34 % in Costa Rica. The frequency of instances in which the Rules on Evidence were referenced is, however, significantly lower in Ecuador (13 %), Brazil (11 %), and Venezuela (8 %)”.

Respecto a su vinculatoriedad, el Reporte de la IBA ha recolectado información sumamente interesante respecto a Latinoamérica. Así, se detalla que dichas Reglas fueron consideradas vinculantes en el 45 % de los casos reportados en Argentina, Chile, Colombia y Perú; en el 30 % de los casos reportados en Brasil, República Dominicana y Ecuador, llegando a un 15 % en Costa Rica, El Salvador y México.[28]

Respecto a las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses, el Reporte de la IBA señala que los tomadores de decisiones en Latinoamérica (instituciones arbitrales, cortes locales y tribunales arbitrales) han hecho referencia a dichas directrices en un 62 % de los casos reportados, al momento de desarrollar sus decisiones sobre conflictos de intereses. Asimismo, el Reporte señala que en un 66 % de los casos, los tomadores de decisiones han seguido lo señalado en dichas directrices al momento de fallar, siendo que solo en un 6 % han rechazado seguirlas (no tomando posición, al momento de decidir en un 28 % de los casos).[29]

Disgregando la información por países, el Reporte de la IBA ha señalado lo siguiente[30]:



Como se puede observar, Argentina es uno de los países que presenta las cifras más constantes en el uso formal de las Directrices de la IBA.

Todos estos estudios, que demuestran el uso continuado de dichos cuerpos de soft law, han sido corroborados, tanto por la doctrina internacional[31], los tribunales arbitrales comerciales[32], los tribunales arbitrales de inversiones[33] y hasta por las cortes nacionales de distintos Estados[34], todos los cuales reconocen que, tanto las Directrices, como las Reglas de la IBA, representan la expresión de las mejores prácticas arbitrales a nivel internacional, tanto en la práctica de la prueba, como en la revisión de conflicto de intereses.

Esta amplia aceptación ha llevado a que, desde hace algunos años, autores vengam señalando que, tanto las Reglas, como las Directrices de la IBA, forman parte de la lex mercatoria o, de forma más precisa, de una nueva “procedural lex mercatoria”.

Respecto de las Reglas de la IBA, el profesor MEYER señala que:

“Commentators are already referring to this legal conflagration as a procedural lex mercatoria or lex arbitrationis. The clearest manifestation of this development is found in the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (1999) (“IBA Rules”), that contain provisions on the relevance and materiality of the evidence to be submitted, how specific a request to produce should be, as well as the discretion available to the arbitrator when deciding the application”. [35]

En relación con las Directrices de la IBA, después de realizar un estudio en base a la jurisprudencia de distintas instituciones arbitrales y a lo desarrollado por las cortes nacionales de distintos Estados, el profesor LUTTRELL sostiene que:

“The author’s opinion is that the IBA Guidelines qualify as lex mercatoria on the basis of their growing acceptance in the jurisprudence of state courts and arbitral institutions, and their representation in municipal arbitration laws. The Guidelines satisfy both of Parisi’s formative elements: a growing number of state courts and arbitral institutions treat them as persuasive, and because so many serving arbitrators are IBA members, the Guidelines have a good claim to both Generality and opinio juris”. [36]

Por todo lo anterior, en base a su amplio reconocimiento internacional, consideramos que, tanto las Reglas, como las Directrices de la IBA, han de ser

entendidas como “los usos y costumbres en material arbitral”, debiendo ser, en principio, la principal fuente, a la cual los árbitros habrán de remitirse, frente a aquellos casos donde existan vacíos dentro de las reglas establecidas.

Y utilizamos el término “en principio”, debido a que la aplicación de estos estándares (principios y usos y costumbres arbitrales) está sujeta al criterio del Tribunal Arbitral. Esto, debido a que existe la posibilidad de que algún Tribunal Arbitral considere que las reglas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación (o simplemente, su propia experiencia arbitral) reflejan, tanto los principios, como los usos y costumbres en materia arbitral.

Ante esto, volvemos a preguntarnos: “¿(...) uno tendría que preguntarse cómo reglas no pensadas para un arbitraje deberían aplicarse en un arbitraje (...)”[37]? ¿Cómo reglas que no están pensadas para las exigencias del proceso arbitral pueden, de alguna forma, reflejar los “usos y costumbres” en materia arbitral?

Es hora de salir de nuestra “zona de confort” y dejar de lado estas reglas que, si bien pueden ser más familiares, ya sea por el hecho de haberlas estudiado en las aulas universitarias o haberlas utilizado con anterioridad en algún proceso ante las cortes estatales, son totalmente ajenas al proceso arbitral.

III. El derecho al trato igualitario y a la oportunidad de hacer valer sus derechos [\[arriba\]](#)

Como señalamos al inicio de este comentario, el art. 62 de la Nueva Ley contiene las garantías básicas para un proceso arbitral justo e igualitario.

De acuerdo a dicho artículo, el Tribunal Arbitral deberá siempre asegurar un trato igualitario para las partes y que estas hayan tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. Autores como BORN sostienen que esta es una regla de carácter mandatorio y, como tal, no puede ser objeto de pacto en contrario ni dar lugar a pactos que contengan reglas que no respeten estos principios.[38]

Este es un punto en nuestra opinión discutible. Tenemos claro que en una situación de vacío de regulación, en el que ni el pacto de las partes ni las normas aplicables brindan una situación, el Tribunal no puede dejar de respetar el principio de derecho a hacer valer sus derechos y el de trato igualitario y fijar reglas que no se ajusten a los mismos.

Pero ¿pueden las partes, de manera consciente y voluntaria, pactar que una de ellas no será oída o que será oída de manera desigual (menos tiempo para hablar, menos testigos, limitación en la presentación de documentos que la otra parte si puede presentar, plazos más largos para presentar escritos, entre otros)? ¿Es posible que la libertad de regulación sacrifique el derecho a ser oído o de ser tratado de manera igual? Nuestra impresión es que sí. De la misma manera que uno puede pactar menos derechos en un contrato que su contraparte, puede pactar reglas menos ventajosas. Puede estar motivado por la gran confianza que tiene en los árbitros o, simplemente, en la necesidad de celeridad de su caso.

Pero la pregunta es más teórica que real. Es muy poco probable que una parte acepte derechos procesales limitados en relación con su contraparte. De hecho, nunca

hemos visto que ello ocurra de una manera exagerada o grosera (aunque sí hemos visto pactos que admiten limitaciones ligeras, razonables y no significativas).

Pero además de ello, es un pacto muy riesgoso y por tanto, es poco recomendable que las partes lo lleven a cabo así estén convencidos de su validez, pues luego, ello puede generar la anulación o no reconocimiento y ejecución del laudo por parte de jueces que no compartan el mismo criterio. Por tanto, será mejor guardar cautela. El ser excesivamente libertario para la discusión teórica y conceptual, y retirarlo de la práctica arbitral tiene sus riesgos. El mismo consejo debería ser seguido por un Tribunal que, frente a un pacto que admite desigualdad, lo ejecuta sin reflexión. El consejo es ser cauto, pues los jueces no suelen ser tan liberales con reglas tan extremadamente libertarias, así provengan de la autonomía privada.

Teniendo en cuenta esto, ¿qué debemos entender por cada uno de estos conceptos?

A. Trato Igualitario:

El derecho al trato igualitario es uno de los principios que conforman la “Carta Magna del Arbitraje Comercial Internacional” y debe ser entendido como aquel principio por el cual el Tribunal Arbitral debe asegurar que las partes estén en igualdad de condiciones durante la conducción de todo el proceso.

Ello significa, según Sachs y Lörcher, que ninguna parte puede recibir ventaja injustificada sobre la otra. No obstante, esto no significa que el Tribunal Arbitral no pueda tratar circunstancias diferentes de manera distintas. Una expresión de ello es, por ejemplo, que los plazos que se conceden a ambas partes sean equitativos, sin que ello signifique que deban, según las circunstancias, ser idénticos. No significa que las partes deban presentar el mismo número de testigos ni que se admita el mismo número de pruebas. En síntesis, se deberá considerar inequitativo, si una diferencia priva o limita la oportunidad a alguna de las partes para presentar su caso.[39]

Rompería el principio de trato igualitario, si a una de las partes se le permite presentar una pericia y no a la otra. O se establece que el memorial de demanda tendrá un límite de extensión de páginas, que no será aplicable al memorial de contestación, salvo, claro está, una razón justificada, donde la igualdad implique tratar desigual situaciones desiguales. Por ejemplo, que se dé un mayor número de páginas a un de las partes para tratar un asunto adicional que la otra parte ya abordó en un escrito anterior sin autorización... O si se admite que una de las partes puede tener comunicación con el tribunal o con alguno de los árbitros sin conocimiento de la otra parte, salvo razones justificadas, como es el caso de una medida cautelar, que según el criterio de Tribunal, debe dictarse sin oír a la contraparte.

No obstante esto, ¿qué debemos entender por tratar a las partes en “igualdad de condiciones”? ¿Acaso el Tribunal Arbitral debe dar un trato exactamente igual a las partes?

Como señala el profesor BORN:

“In determining what constitutes “equality of treatment” it is necessary to consider in detail the circumstances of the parties’ respective positions, claims and evidence, and the arbitral process as a whole. “Equal” treatment does not mean the “same”

treatment and there are circumstances where treating the parties identically will in fact be both unfair and unequal.

Instead, the core value reflected by “equality” of treatment is that both parties are guaranteed the same status before the tribunal. No party is entitled to, or may be given, preferential treatment, favor, or dispensation by virtue of its identity, its nationality, or other factors extraneous to the arbitral process: any procedural decision of the tribunal should be no different if the parties’ positions in the arbitration were reversed. In particular, equal treatment means applying the same procedural rules and granting the same procedural rights to both parties, while ensuring that non-discriminatory or “like” opportunities and treatment are afforded both parties”.^[40]

En este sentido, debemos entender que cuando el artículo bajo comentario señala que el Tribunal Arbitral deberá asegurar un “trato igualitario” a las partes, no significa que deberá darles siempre un tratamiento idéntico, sino que deberá asegurar que estas tengan la misma calidad de trato frente al Tribunal Arbitral, evitando en todo momento, un trato preferencial a favor de una.

Por ejemplo, la decisión de que el idioma del arbitraje sea el inglés, porque la mayoría de documentos están en ese idioma, no debe interpretarse necesariamente como un trato desigual, si un de las partes proviene de un país en el que se habla ese idioma y la otra parte no. Tampoco atentaría contra este principio el dar un plazo menor para contestar una solicitud, para la que se tuvo mayor plazo, si con ello se afecta el calendario procesal (por ejemplo, la realización de una audiencia ya programada), siempre, claro está, que el plazo que se conceda sea adecuado para plantear una defensa razonable. Más que igualdad absoluta, la regla es dar oportunidades igualmente razonables a ambas partes.

El derecho a igualdad de trato se encuentra, como veremos a continuación, intrínsecamente ligado al derecho de las partes de tener la oportunidad de hacer valer sus derechos.

B. Oportunidad de hacer valer sus derechos:

El derecho a que todas las partes tengan la “oportunidad de hacer valer sus derechos”, también conocido como el “derecho a ser oídas” significa que toda parte debe haber tenido la oportunidad de plantear su caso^[41] y de defenderse de los planteamientos de su contraparte.

Este es otro de los principios que conforman la “Carta Magna del Arbitraje Comercial Internacional” y es considerado como un principio fundamental del proceso arbitral. Su alcance incluye el derecho de cada parte de dar su punto de vista en toda y cada una de las circunstancias que son relevantes para la decisión, sustentar sus argumentos legales, plantear pedidos al Tribunal Arbitral, obtener y actuar las pruebas relevantes, y poder hacer un escrutinio de la posición de su contraparte y contestarla de manera adecuada.^[42]

Siguiendo lo señalado por los profesores Sachs y Lörcher, consideramos que este derecho tiene tres aspectos que el Tribunal Arbitral deberá considerar en todo momento durante el proceso arbitral.

a) El derecho de las partes de estar debidamente informadas: las partes tienen el derecho, no solo a ser debidamente informadas del inicio del proceso arbitral, sino también de la presentación de todos y cada uno de los escritos presentados por su contraparte. Expresiones de ello son, según Sachs y Lörcher:

a. Información oportuna del inicio y continuación del procedimiento arbitral;

b. Notificación plena de los escritos y posiciones de su contraparte;

c. Oportunidad para responder tales escritos y posiciones de manera adecuada, de manera que pueda ser considerada y evaluada por el Tribunal, al momento de formarse opinión;

d. Oportunidad de estar presente en las audiencias, conferencias y actuaciones probatorias que se lleven a cabo con el Tribunal;

e. Si una parte a la que se le dio la oportunidad de atender no lo hizo, mantiene su derecho a ser informado del contenido de cualquier actuación.[43]

Este derecho se basa en que una parte no podrá defenderse adecuadamente, si es que no tiene pleno conocimiento de todos los argumentos planteados por su contraparte en el proceso arbitral.

De ello, se deriva que no deben admitirse contactos entre una parte y el Tribunal Arbitral o alguno de sus miembros, sin la presencia o conocimiento de la contraparte. Esto entra en contradicción con una práctica relativamente común: entrar en contacto con los árbitros sin conocimiento de la contraparte. Dichas comunicaciones deben evitarse. Sin embargo, de darse tal circunstancia sin poder ser evitada, el árbitro involucrado debería informar de ese hecho a la otra parte y a sus coárbitros, indicando el contenido de la comunicación realizada, brindando a dicha parte la oportunidad de pronunciarse sobre lo señalado por su contraparte en la referida comunicación.

Ello, por supuesto, tiene algunas excepciones, como por ejemplo, el caso de una medida cautelar que para su eficacia, debe ser dictada sin oír a la contraparte, y siempre que luego de dictada, se le dé oportunidad adecuada de contradecirla.

b) El derecho de las partes a contestar los argumentos de la contraparte: las partes tienen el derecho de contestar a todos los hechos, pruebas (documental, testigos y/o expertos) y argumentos jurídicos que su contraparte presente durante el proceso arbitral.[44]

En este sentido, el Tribunal Arbitral no puede obligar a una de las partes a responder a todos los argumentos que su contraparte haya presentado, pero sí tiene la obligación de otorgarle las condiciones necesarias para que lo haga. Por ejemplo, si una de las partes presenta un nuevo argumento durante un closing statement, después del cual las reglas aplicables no contemplan la presentación de un nuevo escrito, el Tribunal Arbitral podrá decidir entre no considerar el nuevo argumento, o hacer una excepción a las reglas y darle el derecho a la otra parte de poder responder, concediéndole además, el tiempo razonable para estudiar el nuevo argumento y poder formular una respuesta.

En esa línea, uno de las misiones del Tribunal Arbitral dentro de este principio, es evitar el uso del llamado sandbagging, que es el guardar un argumento o prueba para ser presentado, en un momento en el que la contraparte ya no tendrá oportunidad razonable de responder (por ejemplo, para el último escrito o para la audiencia final).[45]

Mención especial merece la incorporación de argumentos no planteados por las partes por los árbitros. Ello no es extraño, invocando el principio *iuri novit curia*, según el cual los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

Si bien esa es una facultad de los árbitros, ello no significa que puedan aplicarla de manera sorpresiva para las partes, al momento de dictar el laudo, incluyendo un argumento legal que las partes no pudieron discutir. Si un tribunal arbitral advierte que hay un argumento legal pertinente (por ejemplo, la cita de una norma legal o el uso de un argumento jurídico), que las partes no han formulado, lo que debe hacer es consultar a las partes sobre tal argumento y darles una oportunidad razonable y adecuada para pronunciarse, sea por escrito o durante una audiencia. Ello puede ocurrir, incluso dentro del plazo para emitir el laudo. De lo contrario, no se le daría a las partes oportunidad suficiente para plantear su caso.

c) El derecho de las partes a que se consideren los argumentos presentados. Finalmente, el Tribunal Arbitral no solo debe permitir a las partes el poder presentar los argumentos que deseen, también debe tenerlos en consideración al momento de decidir la controversia.

Esto no quiere decir que el Tribunal Arbitral deberá mencionar punto por punto y de manera extensa en el laudo, todos y cada uno de los argumentos presentados por las partes durante el proceso arbitral. Por el contrario, bastará que de una lectura al laudo arbitral, se pueda inferir que el Tribunal Arbitral tuvo en consideración los argumentos presentados por las partes durante el proceso arbitral.[46]

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 62 (“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”).

[2] Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 63 (“Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”).

[3] Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 64 (“A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”).

[4] Ley Modelo UNCITRAL, art. 18 (“Trato equitativo de las partes. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”).

[5] Ley Modelo UNCITRAL, art. 19 (“Determinación del procedimiento. 1) Con

sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”).

[6] HOLTZMANN, Howard y Joseph NEUHAUS. A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. The Hague: Kluwer Law International, 1989, pag. 550. (“Art. 18 establishes the fundamental principles that in all arbitrations under the Law each party must be treated with equality and be given a full opportunity to present his case. Although art. 18 is only one sentence long, it is the heart of the law’s regulation of arbitral proceedings; other Articles provide the detailed mechanisms by which the goals of equality and fair procedure are to be achieved. For this reason, art. 18 has been rightly described as a key element of the “Magna Carta of Arbitral Procedure”). Asimismo, comentando el art. 19, los mismos autores señalan que: “[t]he UNCITRAL Secretariat observed that art. 19, along with art. 18, was the ‘Magna Carta of Arbitral Procedure’ and said that these articles might be regarded as ‘the most important provision[s] of the model law’”). Ibid., pág. 564.

[7] Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art.64 (“A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”).

[8] TAWIL, Santiago y Federico CAMPOLIETI. National Report for Argentina (2018). En: ICCA International Handbook on Commercial Arbitration (Paulsson and Bosman (eds), pág. 24. (“If the arbitration agreement does not include such provisions (such as, for instance, the application of the International Bar Association (IBA) Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration), de iure arbitrators may decide (1) to proceed in accordance with art. 751 of the CP, which provides that arbitrators shall apply the provisions concerning ordinary court proceedings or (2) to proceed in accordance with art. 1658 (c) of the NCCC, which states that, in the absence of any agreement by the parties on the matter, the arbitral tribunal shall be entitled to conduct the arbitration in the way it considers appropriate, which could include decisions on the taking of evidence outside the scope of the CP”).

[9] Quien conjuntamente con uno de los autores de este artículo formaron parte de la Comisión Técnica que elaboró el proyecto de ley de la Ley de Arbitraje.

[10] SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Arbitraje con el Estado. El presente artículo puede ser consultado en el siguiente enlace: http://www.arbitraje.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp.

[11] BORN, Gary. International Commercial Arbitration. 2nd Edition. The Hague: Wolter Kluwer Law & Business, 2014, pag. 2199 (“Also preliminarily, it is well-settled, under the New York Convention and most national arbitration legislation, that international arbitral tribunals are not generally required to apply the domestic rules of civil procedure applicable in litigation in the arbitral seat. As discussed in detail above, there is no requirement under the UNCITRAL Model Law, or most contemporary arbitration statutes, that arbitrators apply the civil procedure rules of the arbitral seat. This rejects the archaic view, adopted in some early authorities, that arbitrators were bound to apply the civil procedure rules of the arbitral seat, either mandatorily or because the parties were deemed to have selected those rules by agreeing to arbitrate in the arbitral seat. Rather, under all contemporary national arbitration legislation, the procedures applicable in an

international arbitration are those agreed upon by the parties or, absent agreement, specified by the arbitrators, subject only to those (limited) mandatory requirements imposed by the arbitration legislation of the arbitral seat”).

[12] KNOLL, Joachim. Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 2 PILS, Art. 182 (Procedure: Principles). En: *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*. ARROYO, Manuel (Ed). The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2013, págs. 104-105 (“A number of commentators have rightly cautioned against the submission of the arbitral procedure to a national procedural law, for several reasons. Procedural laws applying to state courts regularly contain provisions that are not applicable or at least not suitable to application in the context of an arbitration. The applicability of such rules would need to be determined by interpreting the parties’ intent, an exercise that does not guarantee the necessary degree of predictability of procedural rules to be applied in arbitration”).

[13] Award, ICC Case N° 12073, 2003. En: Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 2008 - Volume XXXIII*, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 33, pág. 73. (“(...) international arbitrators do not have a *lex fori* in the manner of a national court judge. In particular, the international arbitrator sitting in Switzerland is not required to apply either Swiss civil procedure rules or conflict of law rules. Where appropriate, reference may be made to Swiss procedural laws or conflict rules, just as reference may be made to other national procedural laws or to apposite international arbitration practice. In any event, Swiss civil procedure law (whether cantonal or federal) does not gain relevance on the mere basis that the seat of the arbitral tribunal is situated in Geneva”).

Interim Award, ICC Case N° 5029, 16 July 1986. En: Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1987 - Volume XII*, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 12 . (“The Arbitral Tribunal emphasizes that the applicability of Dutch arbitration law in the present case by no means implies that the Dutch rules concerning proceeding before Dutch State Courts are applicable. According to Dutch arbitration law, parties are free to agree on the rules of procedure and, failing such agreement, the arbitrator determines the conduct of the proceedings, subject to a few necessary mandatory provisions”).

[14] KARRER, Pierre. Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings. En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 10 N° 1*. 1999, pág. 19.

Traducción libre del siguiente texto: (“(...) one will have to ask how rules not designed for arbitration should be applied in arbitration (...)”) (resaltado añadido).

[15] *Ibid.* (“Difficult problems necessarily arise if the parties refer to state rules of civil procedure. Party representatives who all come from the same jurisdiction and have little experience of international commercial arbitration often back the idea. They believe that they will be on safe and familiar ground. The wisdom of this approach must be questioned. It leads to too much regulation too early. The procedure will become cumbersome and ill-adjusted to the needs of international commercial arbitration, and puzzling to other lawyers involved in the arbitration such as possibly the members of the arbitral tribunal, but certainly correspondent lawyers also involved in representing the parties. Sooner or later, one of the parties will be far happier with the reference to state court procedure than the other and the arbitral tribunal (...)”).

[16] Estos criterios, por ejemplo, han sido adoptados en el art. 34 de la Ley de Arbitraje peruana, el cual regula, al igual que los arts. 63 y 64 de la Nueva Ley, la libertad de regulación de actuaciones y la aplicación supletoria de reglas frente a la falta de pacto.

[17] BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015, pág. 1104. (“So long as the parties are treated fairly, an arbitration may be tailored to meet the specific requirements of the dispute, rather than conducted in

accordance with fixed procedural rules. To this flexibility of the arbitral process must be added the opportunity to choose a tribunal that is sufficiently experienced that it can take advantage of its procedural freedom. Such a tribunal should be able to grasp quickly the salient issues of fact or law in dispute. This will save the parties time and money, as well as offer them the prospect of a sensible award”).

[18] DERAÏNS, Yves y Stephan ADELL. Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés. En: Revista del Club Español de Arbitraje, pág. 34. (“Las partes y los árbitros, además de ser leales, deben actuar con celeridad. Merece alegrarse del hecho de que el nuevo derecho francés del arbitraje haga hincapié en la cuestión de la celeridad. Especialmente, porque desde hace algunos años, la celeridad del arbitraje ha sido cuestionada, especialmente, en razón de la creciente complejidad de los procesos arbitrales y de su judicialización. Es por esta razón, que instituciones arbitrales como la CCI han reflexionado sobre esta cuestión y han formulado propuestas que tienden a favorecer y facilitar la celeridad del proceso arbitral”).

[19] MEREMINSKAYA, Elina. Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration. En: Kluwer Arbitration Blog. La información puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/>.

Dicha encuesta contó con 63 respuestas, que aportaron información respecto del uso de los cuerpos de softlaw en distintas partes del mundo. Así, la experiencia de los participantes brindó información con respecto a la práctica en: África (6.6 %), el Medio Oriente (11.5 %), Asia (21.3 %), Europa del Este (23 %), Norte América (Estados Unidos y Canadá) (26.2 %), Latinoamérica (36.1 %) y Europa Oriental (44.3 %).

[20] Respecto a las Reglas de la IBA, un 7.1 % reportó utilizarlas siempre, un 78.6 % regularmente y un 14.3 % ocasionalmente. Respecto a las Directrices de la IBA, un 7.1 % reportó utilizarlas siempre, un 64.3 % regularmente y un 28.6 % ocasionalmente.

[21] Respecto a las Reglas de la IBA, un 8.3 % reportó utilizarlas siempre, un 83.3 % regularmente y un 8.3 % ocasionalmente. Respecto a las Directrices de la IBA, un 33.3 % reportó utilizarlas regularmente, un 41.7 % ocasionalmente y un 25 % nunca.

[22] Respecto a las Reglas de la IBA, un 50 % reportó utilizarlas regularmente, un 25 % ocasionalmente y un 25 % nunca. Respecto a las Directrices de la IBA, un 25 % reportó utilizarlas siempre, un 50 % ocasionalmente y un 25 % nunca.

[23] White & Case LLP, Queen Mary University of London y School of International Arbitration. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. La información puede ser consultada en el siguiente enlace:

<http://www.whitecase.com/publications/insight/2015-international-arbitration-survey-improvements-and-innovations>.

[24] Cabe precisar que un 12 % consideraría que son neutrales, mientras que un 19 % consideraría que no son efectivas.

[25] Cabe precisar que un 20 % consideraría que son neutrales, mientras que un 20 % consideraría que no son efectivas.

[26] Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, ¶ 269. Esta información puede ser corroborada en el siguiente enlace: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx

[27] Elaboración propia.

[28] Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 52. Esta información puede ser corroborada en el siguiente enlace: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx

[29] Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 129. Esta

información puede ser corroborada en el siguiente enlace: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx.

[30] Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 130-131. Esta información puede ser corroborada en el siguiente enlace: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx.

[31] BORN, Gary. International Commercial Arbitration. 2nd Edition. The Hague: Wolter Kluwer Law & Business, 2014, pag. 2207 (“At the same time, efforts to bridge or harmonize differences between traditional common and civil law procedures have been at least partially successful, particularly in recent years. These efforts are reflected in part in the development of internationally-accepted procedural guidelines or rules for the conduct of international commercial arbitrations, such as the IBA Rules on the Taking of Evidence, the IBA Guidelines on Conflicts of Interest, the IBA’s Guidelines on Party Representation and the ILA’s projects on parallel proceedings and res judicata”).

BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 6th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015, pag. 1234. (“The ‘soft law’ of international arbitration looks at the process from the inside. Over the years, many sets of ‘rules’ and ‘guidelines’ have been drawn up by established professional bodies or arbitral institutions, and some have achieved recognition and endorsement within the arbitration community. For example, the Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, published by the International Bar Association (IBA) in 2010 in a revised edition, provide useful guidance on the testimony of witnesses and experts, and on the principles governing the disclosure of documents”).

[32] Parties Not Indicated, LCIA Court Decision on Challenge to Arbitrator, LCIA Reference N° 81.160, 28 August 2009 in William W. Park (Ed), Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges. (“3.6 The Division stated that it was undisputed that the IBA Guidelines were neither binding authority nor having the force of law. However, it noted, Courts had considered them on various occasions and had held that, when considered along with an attorney’s duty to avoid conflicts of interest, the Guidelines might reinforce the finding of a reasonable impression of lack of independence and a real possibility of bias. 3.7 It was the view of the Division, therefore, that, to a considerable degree, the IBA Guidelines might be seen to reflect actual practice in significant parts of the international arbitration community, including within jurisdictions applying the ECHR, that practice being to apply the test of what a ‘fair minded and informed observer’ would conclude when applying the standards of independence and impartiality of an arbitral tribunal to specific situations”).

[33] Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, ICSID Case N° ARB/07/16, 19 March 2010. (“Further, since their adoption in 2004, the IBA Guidelines have been widely used as a catalogue of the bases for challenge as well as for the parameters of an arbitrator’s duty of disclosure. Multiple tribunals applying the ICSID Convention have recognized the persuasive authority of the IBA Guidelines”).

Perenco Ecuador v. Republic of Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Decision on Challenge to Arbitrator, ICSID Case N° ARB/08/6, 8 December 2009. (“The IBA Guidelines, published by the International Bar Association in 2004, were developed by a Working Group of experts and based on an understanding of the best current international practice firmly rooted in the principles expressed in the General Standards”).

Railroad Development Corp (United States of America) v Republic of Guatemala, ICSID, Case N° ARB/07/23 (October 2008) (“The IBA Rules are used widely by international arbitrators as a guide even when not binding upon them. (They) reflect the experience of recognized professionals in the field and draw their

strength from the intrinsic merit and persuasive value rather than from their binding character”).

[34] Case 4a_506/20071 March 20, 2008. Swiss Supreme Court (“In order to verify the independence of the arbitrators, the Parties may also refer to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration approved on May 22, 2004 (...). Such guidelines admittedly have no statutory value; yet they are a precious instrument, capable of contributing to harmonization and unification of the standards applied in the field of international arbitration to dispose of conflict of interests and such an instrument should not fail to influence the practice of arbitral institutions and tribunals”).

Constructora de Viviendas Unifamiliares, S.L. v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal), Sentencia N° 44/2015, 26 May 2015, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, pág. 573. (“Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3, LA, la Sala deja constancia de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 mayo 2004, por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso”).

Asimismo: Sacyr Concesiones, S.L. v. Inprisma, S.L., Superior Court of Justice of Madrid, 16 July 2013, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, pág. 209. (“(...) por otro lado, las normas del IBA son un recurso que el Comité Internacional de Arbitraje proporciona a las partes y a los árbitros, para obtener un procedimiento eficiente y equitativo, reglas que se pueden adoptar al inicio o durante el arbitraje y que permite que sean utilizadas como guías para los procedimientos, incluso se pueden incorporar a los convenios arbitrales (...).”)

En el mismo sentido, comentando uno de los últimos fallos de la Corte de Apelaciones de Lisboa: JÚDICE, José Miguel, Demandantes v. Demandada (...), Court of Appeal of Lisbon, Processo 1361/14.OYRLSB.L1-1, 24 March 2015, A contribution by the ITA Board of Reporters (“Secondly, and even more important, were the grounds for the decision. As we have explained above, the court relied upon, and demonstrated a clear awareness of, important texts from the international arbitration world, especially the crucial IBA Guidelines. The court used these Guidelines, in particular, the Orange List, to inform its search for the best way to a practical application of the abstract concepts of independence and impartiality adopted in the Portuguese law, and to ground its decision to remove the arbitrator”).

[35] MEYER, Olaf. Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, Issue 4, 2007, págs. 365-366. Aterrizando la conclusión del profesor MEYER, los profesores ABBUD, ALVES y RUIZ, al estudiar el uso de estas reglas por partes Latinoamericanas determinaron que de un total de 35 casos de la ICC entre el 2010 y el 2011, en 21 de ellos, el Tribunal Arbitral se refirió a estas reglas en los Términos de Referencia, sin el pacto previo de las partes, demostrando así la preferencia de los árbitros por este conjunto de reglas. En este sentido, como concluyen los citados profesores: (“Our study shows that the IBA Rules have been applied widely in international arbitrations involving Latin American parties, regardless of the nationalities of the parties and the arbitrators, the seat of the arbitration, the language of the arbitration and the law applicable to the merits. Furthermore, their use has extended to several of their provisions. Practitioners in Latin America

would appear to be conversant with the IBA Rules and here, as elsewhere, the Rules are well on their way to becoming the common ground for the production of evidence in international arbitration, especially-but not only-where there is a risk of a cultural clash”). ABBUD, André; ALVES, Rafael y Victor RUIZ. Taking Evidence in Latin America: Some Observations on Local Practices and Use of the IBA Rules. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 23 N° 2, pág. 20.

[36] LUTTRELL, Sam. Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test, International Arbitration Law Library, Volume 20. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pág. 198. Continuando con su idea, el profesor LUTTRELL sostiene que: (“Hayek would have agreed. It has been observed in the Chapter 1 that the international arbitration community is a ‘mafia’ of “individuals who exhibit a very high degree of Role Reversability (‘he who is counsel one day may be arbitrator the next’). The spontaneous order which as developed out of the non-coerced behaviour of the members of the international arbitration mafia (who act in rational response to the self-motivated incentives of future appointments) has produced customary rules of bias and conflict of interest that reflect the tenets of the IBA Guidelines. Members of this closed community use the IBA Guidelines to ensure they are not breaching the customs of the group when they reverse roles. The context of this cosmos and the custom it generates is both transnational and commercial. The IBA Guidelines are there fore *lex mercatoria*”).

Así, el profesor LUTTRELL explica que las Directrices de la IBA son utilizadas por los árbitros como las principales guías para evitar los conflictos de intereses, al momento en que realizan este “cambio de rol” entre su función como árbitros y como abogados litigante.

[37] KARRER, Pierre. Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 10 N° 1. 1999, pág. 19.

[38] BORN, Gary. International Commercial Arbitration. 2nd Edition. The Hague: Wolter Kluwer Law & Business, 2014, pág. 2164. (“It is clear that art. 18’s mandatory procedural guarantees apply to, and override, both the parties’ procedural autonomy and the arbitral tribunal’s procedural discretion. That is clear from the text of arts. 18 and 19 (1) and (2), with the former being phrased in unqualified terms and the text of both arts.19 (1) and (2) being similarly qualified (by reference to art. 18). Likewise, the drafting history of the Model Law includes specific comments (by the Working Group) that the guarantees of equal treatment and an opportunity to be heard “should be observed not only by the arbitral tribunal but also by the parties when laying down any rules of procedure”).

[39] SACHS, Klaus y Torsten LÖRCHER, Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter V: Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1042 - General Rules of Procedure. En: Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (eds), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice 2nd edition, pag. 244. (“The equal treatment principle requires that the proceedings are conducted in an even-handed and impartial manner. It means that no party may be given an advantage over the other. Its aim is, however, not to equate facts and circumstances which are not similar.(14) It also only pertains to the formal conduct of the proceedings and not to the material outcome of the dispute.(15) The principle of equal treatment is implemented by provisions such as § 1043 (1) Sentence N° 3 ZPO(16) or § 1047 (3) ZPO, pursuant to which the arbitral tribunal has to keep both parties equally informed on any issue regarding the proceedings. (17) The principle becomes particularly important for the tribunal when determining time periods for the parties’ submissions and the extent and manner of taking evidence. (18) However, equal treatment of the parties does not require that the time periods for claims and counterclaims are set exactly the same or that each party is allowed to present (only) the same number

of witnesses.(19) Moreover, the principle is only violated if the different treatment of the parties results in an unequal chance to present their case”).

[40] BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd Edition. The Hague: Wolter Kluwer Law & Business, 2014, pag. 2174.

[41] SACHS, Klaus y Torsten LÖRCHER, Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter V: Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1042 - General Rules of Procedure. En: Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (Eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 2nd edition, pag. 245. (“Aspects of the Right to Be Heard: The arbitral tribunal has to ensure at each stage of the proceedings that the parties are given the opportunity to present their case”).

[42] ZUBERBÜHLER, Tobias y Klaus MULLER, et al., *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary*. Zurich: Kluwer Law International, 2005, pag. 253 (“The right to be heard is a fundamental principle of procedural law. It is expressly protected by arts. 182 (3) and 190 (2) (d) PILS and art. 15(1). It includes the right of each party to give its views on any and all circumstances important for the decision, to support its legal points, to make motions, to obtain relevant evidence and to participate in any hearings. In addition, Swiss arbitration law requires that the parties are heard in adversarial proceedings (art. 182 (3) PILS). This means that each party must have the opportunity to scrutinize the other party’s arguments, to express its views thereon and to try to prove them wrong with its own allegations and proofs (DFT 116 II 643; PILS (Basel)-Schneider, art. 182 N 52-61”).

[43] SACHS, Klaus y Torsten LÖRCHER, Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter V: Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1042 - General Rules of Procedure. En: Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (Eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 2nd edition, pag. 245. (“a. Right to be duly informed: In order to effectively protect this right, it is necessary that the parties are not only informed in a timely and due manner about the beginning and continuation of the proceedings; they also have to be given sufficient notice of all their opponent’s pleadings and submissions. The parties must be able to respond adequately to such pleadings and submissions in a way which ensures that such response can be considered when the tribunal forms its opinion. The parties are entitled to be present at oral hearings and during the taking of evidence. If a party does not attend or participate in the taking of evidence, the tribunal may nevertheless proceed, provided that it had informed the parties in advance about its intention to take such evidence and that it subsequently communicates the results to the non-participating party”).

[44] *Ibid.* pag. 246. (“b. Opportunity to comment on the relevant facts and points of law: The parties also have to be given the opportunity to comment on all facts and evidence on which the arbitral tribunal wants to rely in its decision. The parties’ right to comment applies not only with regard to the factual circumstances of the case; it also includes the parties’ right to present and state their respective legal points of view and it presupposes that the parties are given sufficient time to exercise this right”).

[45] Se entiende por Sandbagging: “esconder argumentos fácticos o legales de la presentación inicial del caso, en un intento de evitar que la otra parte tenga el derecho a responder a ese argumento, generando escritos adicionales”. SMITH, Robert y ROBINSON, Tyler. *Costs Award in International Commercial Arbitration*. Pág. 727. Traducción libre de: “withholding legal or factual arguments from a party’s initial presentation of case, in an attempt to deprive the other party of a full opportunity to respond to them, occasioning supplemental briefing”.

[46] SACHS, Klaus y Torsten LÖRCHER, *op. cit.* pag. 247. (“c. Taking into account the parties’ arguments: In order to satisfy the right to be heard, it is not sufficient

to simply grant the parties the opportunity to present everything they deem relevant. Rather, the arbitral tribunal itself has to take into account all of the arguments made by the parties in their submissions and pleadings, unless the respective submissions must be deemed inadmissible due to procedural rules and principles, e.g. if a party's submission is precluded. However, the above-mentioned principles do not require the arbitral tribunal to expressly deal with each detail of the parties' submissions and arguments in the reasons of its award. A violation of the right to be heard can only be inferred if the arbitral tribunal's failure to take notice of the parties' arguments or the failure to take them into consideration is sufficiently clear").