

¡¡Prohibido distraerse!!

El debido proceso y el nivel de atención de los árbitros en las audiencias

Por Roque J. Caivano

Sabíamos que el derecho a ser oído es uno de los elementos que componen el denominado “debido proceso”, [1] una garantía de los litigantes frente a cualquier proceso adversarial. Y también sabíamos que, en el arbitraje, ese elemento adquiere una enorme importancia, desde que se erige en una explícita condición de validez y de ejecutabilidad de los laudos: probar que no ha podido, “por cualquier razón, hacer valer sus derechos” es una de las pocas causas por las cuales una parte puede procurar la anulación de un laudo (artículos 99, a, II, de la Ley 27.449), [2] o solicitar que se deniegue su reconocimiento y ejecución (artículo V, 1, b, de la Convención de Nueva York). [3]

Lo que no sabíamos es qué tan literal podía llegar a ser. Una sentencia de los tribunales de Hong Kong anuló un laudo porque comprobó que, durante la audiencia, un árbitro no había estado suficientemente concentrado en lo que allí estaba sucediendo. [4]

(1) El caso “Song” [\[arriba\]](#)

Dos personas físicas tenían una controversia relativa a un contrato de compraventa de acciones, que fue dirimida en arbitraje bajo las reglas del Centro de Arbitraje de Chengdu (Chengdu Arbitration Commission). El laudo que dictó el tribunal arbitral, que hizo lugar al reclamo y condenó al demandado a pagar una indemnización, fue cuestionado ante los tribunales de Hong Kong por el demandado, quien alegaba –entre otros agravios– que no había podido presentar adecuadamente su caso y que esa afectación al debido proceso haría que la ejecución del laudo violase el orden público.

Como parte del proceso judicial de anulación, la Corte revisó la grabación del video de la audiencia y comprobó que uno de los árbitros, que no había participado presencial, sino virtualmente, [5] no estaba suficientemente concentrado en lo que estaba ocurriendo en ella. Para ilustrar tal afirmación, la Corte describió en su sentencia que, durante buena parte de la audiencia, al árbitro se lo ve moviéndose de una ubicación a otra, no solo dentro del edificio, sino en la calle, sin auriculares o audífonos, hablando o gesticulando con otras personas, conduciendo un automóvil, mirando a la distancia sin fijar la vista en la pantalla del teléfono e, inclusive, directamente desconectado durante algunos momentos.

A la vista de los hechos, la Corte concluyó que la manera en que el árbitro participó en la audiencia fue disruptiva del procedimiento, lo cual evidenciaba que no había escuchado a las partes. Ello, analizó el tribunal, no solo puso en riesgo la imparcialidad del árbitro al exhibir desinterés sobre lo que las partes tenían que decir, sino que también impactó sobre el derecho que estas tienen a ser oídas.

(2) Breve comentario [\[arriba\]](#)

Más allá de las particulares cuestiones fácticas involucradas, el razonamiento jurídico de la Corte de Hong Kong es impecable: el derecho de las partes a ser oídas en juicio implica mucho más que darles la oportunidad de manifestarse, sea en forma escrita u oral. De nada sirve que puedan hablar si el destinatario de esas palabras, el juez, no las escucha. Naturalmente, para que esa condición se cumpla, no es necesario que el juez admita todo lo que se le pide ni deja de ser oído aquel a quien no se le da la razón. [6] En cambio, sí es necesario que, para tomar la decisión, el juez pondere (evalúe, considere, sopesa, reflexione, estudie) lo que cada parte le plantea. La sentencia tiene que ser el resultado

de un proceso intelectual que analice los hechos, la prueba y las normas aplicables, así como los argumentos que cada uno expuso.

Desde antaño venimos abogando por que los árbitros no escatimen esfuerzos a la hora de explicar las razones que motivan los laudos.[7] Estamos convencidos de que, además del derecho que las partes tienen a conocerlas, una fundamentación sólida y completa es también necesaria para reforzar la legitimidad del arbitraje (cuanto mejor fundadas estén las decisiones, más confiarán las partes en el sistema), incrementa las posibilidades de que la decisión se cumpla espontáneamente (el ser humano es más proclive a resistir aquellas que no entiende o acerca de las cuales no encuentra justificación) e, inclusive, redundante en un beneficio propio para el árbitro (la fundamentación es uno de los mejores elementos para juzgar su idoneidad y seriedad).

Ello, empero, no significa que en el laudo el tribunal deba refutar todos y cada uno de los argumentos de las partes ni mencionar cada pieza o elemento de juicio analizado. Como ha dicho autorizada la doctrina y ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, el atributo del derecho a la motivación no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos mencionados por las partes, siendo suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso.[8]

Lo que en todo caso sí es exigible a los árbitros es que mantengan, durante el proceso, un comportamiento apropiado, acorde con la seriedad de su delicada tarea de administrar justicia. Y ello, como mínimo, requiere que permanezcan atentos y concentrados en lo que se actúa durante las audiencias, sean virtuales o presenciales. Porque, si bien la presencialidad no necesariamente garantiza una adecuada concentración de los árbitros,[9] las audiencias virtuales, con las partes y los árbitros frente a sus propias pantallas y cada uno en un entorno físico distinto, aumenta el riesgo de dispersión.

Empujada por la necesidad durante la pandemia del Covid-19, la virtualidad llegó a las audiencias arbitrales para quedarse. Aunque es de Perogrullo afirmar que, a los fines de una audiencia de prueba, la presencialidad supera en eficiencia a la virtualidad, debe señalarse que (i) la realización de una audiencia en forma telemática no es una circunstancia que, por sí sola, sea capaz de generar indefensión, y (ii) especialmente en arbitrajes internacionales,[10] la utilización de la tecnología aporta una solución para casos en que los costos (materiales y de tiempo) harían inviable una audiencia presencial. Ambas afirmaciones surgen de la experiencia. Hoy numerosas audiencias (sino la mayoría) se llevan a cabo en forma virtual, y no se conocen casos de anulación de laudos por esa sola razón.[11] Y en la ecuación efectividad-costo, muchas veces se puede sacrificar algo del primero, a cambio de reducir significativamente el segundo.

No solo las partes tienen el derecho de optar por una audiencia virtual; también los árbitros, ante la falta de acuerdo de aquellas, tienen atribuciones para decidir llevarla adelante de ese modo. Lo que no tienen los árbitros es el derecho a estar menos atentos en una audiencia virtual de lo que estarían en una presencial, y deben poner un celo especial para evitar no solo distraerse con cuestiones que suceden fuera de la audiencia, sino también que las partes sientan que no está prestando suficiente atención.

(3) Conclusión [\[arriba\]](#)

El caso comentado muestra un grado de desaprensión del árbitro en una cuestión pocas veces visto en la práctica; es un burdo ejemplo de lo que no debe hacerse. En todo caso, sirve para llamar la atención sobre el comportamiento de los árbitros que, especialmente durante la audiencia, deben extremar los recaudos para estar y mostrarse atentos frente a la producción de la prueba y a las alegaciones de las partes. Por un lado, porque el

derecho de las partes a ser oídas no se garantiza con solamente permitirles que se expresen, sino que requiere que quien las va a juzgar efectivamente aprehenda las ideas, es decir, que materialmente las escuche, pero, además, las entienda y las incorpore para procesarlas al tomar la decisión. Y, por el otro, porque, como reza un aforismo que reiteran siempre los tribunales anglosajones, el debido proceso no solo exige que se haga justicia, sino que se vea que se hace justicia[12] como modo de preservar la confianza del público en la seriedad del sistema.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Gozáini, Osvaldo Alfredo. (15 de junio de 1999). “El debido proceso sustancial y las garantías necesarias para la seguridad jurídica”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, IJ-XXX-552.

[2] Para los arbitrajes domésticos con sede en Argentina, esa circunstancia calificaría como una “falta esencial del procedimiento”, causal de anulación prevista en el artículo 760 del CPCCN.

[3] Sobre la vinculación entre anulación y reconocimiento, puede verse Caivano, Roque J. Control judicial en el arbitraje, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

[4] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, October, 5, 2023, “Song Lihua v. Lee Chee Hon”, [2023] HKCFI 2540.

[5] En la audiencia, las partes y dos de los árbitros estaban físicamente presentes, y uno de ellos participó en forma virtual.

[6] Como es obvio, en un juicio existen dos o más litigantes que plantean pretensiones y argumentos encontrados, y en ese escenario es inevitable que exista una parte a quien se le niegue razón.

[7] Caivano, Roque J. Arbitraje, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, pp. 224 y ss. Ver, asimismo, Caivano, Roque J. “La elaboración de un laudo arbitral”, en Bullard Gonzalez, Alfredo (ed.). Destrezas legales en el litigio arbitral, Lima, Palestra Editores, 2018, pp. 241 y ss.

[8] Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

[9] En Inglaterra, la Corte de Apelaciones anuló la decisión de un tribunal judicial porque el juez se había dormido durante la audiencia [England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 15 de diciembre de 2003, “James Michael Stansbury v. Datapulse PLC & another”, [2003] EWCA Civ 1951].

[10] Donde la mayoría de las veces las personas que regularmente participan en una audiencia (las partes, sus abogados, los árbitros, los testigos, los expertos y eventualmente los auxiliares –estenógrafos, traductores, etc.–) suelen residir en países distintos.

[11] De hecho, contemporáneamente a la sentencia dictada en el caso “Song”, la misma Corte de Hong Kong resolvió que la decisión del tribunal arbitral de realizar la audiencia en forma virtual no perjudicó el derecho de las partes a ser oídas (High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, 12 de junio de 2023, “Sky Power Construction Engineering Limited v. IrAero Airlines JSC”, [2023] HKCFI 1558).

[12] “Not only must justice be done, but it must also be seen to be done”.