

La Negociación de Cláusulas Arbitrales con Empresas Americanas

LOBO & GRAHAM
ABOGADOS

Dr. James A. Graham,
Socio, Lobo & Graham
graham@lobo-graham.com
www.lobo-graham.com



Elegir la institución

- Evitar la AAA porque demasiada "nacionalista"
- Optar para la CCI
- Si no es posible la CCI, optar para la LCIA

Elegir la sede *de jure* del arbitraje

A recordar de no confundir sede *de jure* y sede *de facto*

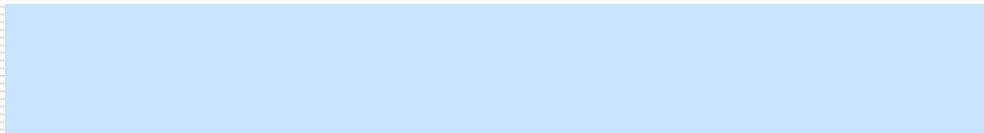
- La importancia de la sede *de jure*
 - El juez de apoyo
 - El juez de la nulidad
 - Los viáticos (en caso de procedimientos judiciales)
- Evitar los Estados Unidos
 - La FAA, la legislación local y la jurisprudencia *sui generis* no son fáciles de acceso para los abogados civilistas
 - Permiten una forma disfrazada de revisión sobre el fondo a través del "*manifest disregard of the law*" (creación jurisprudencial *Wilko v. Swan*) y "*mistakes of law*"
- Elegir en primer lugar:
 - Paris
 - Suiza
- Sino elegir en segundo lugar:
 - British Columbia
 - Londres
 - New York
 - En el país de la contraparte

Elegir la sede *de facto* del arbitraje

Fácil de acceso

- Viáticos
 - Tiempos
-
- 

Elegir el número de árbitros

- Si la suerte principal es arriba del millón de dólares, elegir 3 árbitros
 - Sino optar para 1 árbitro único (razones de costo)
 - O dejar la autoridad de nominación decidir
-
- 

Elegir el sistema probatorio

- Excluir el *Discovery*
- O optar para las Reglas de la IBA

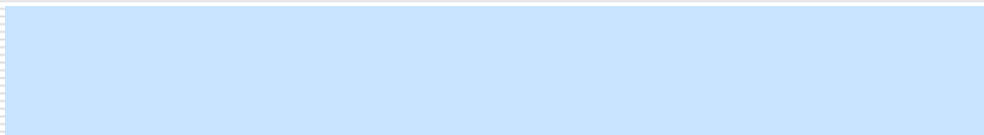
IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration

Adopted by a resolution of
the IBA Council
1 June 1999

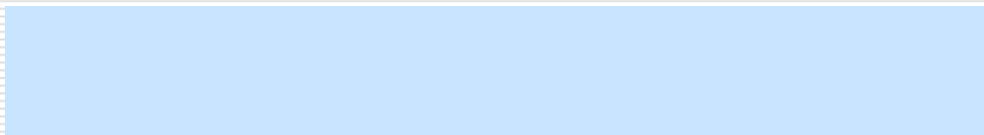
International Bar Association



Elegir la confidencialidad

- ❑ Aunque la doctrina y las partes consideren que la confidencialidad es un principio general del arbitraje, no es así en el derecho positivo
 - ❑ Tampoco en los EU legalmente existe un principio de confidencialidad *per se* (cf *US v. Panhandle Corp.* 118 FRD 346 (D.Del 1988))
 - ❑ Por lo tanto, incluir una cláusula de confidencialidad
-
- 

Incluir el principio de la *Kompetenz-Kompetenz*

- ❑ Países civilistas: Si la K-K constituye un principio general, tal no es el caso en los EU.
 - ❑ Por lo tanto incluir una cláusula expresa estableciendo que el tribunal arbitral tiene k-k
-
- 

Medidas cautelares

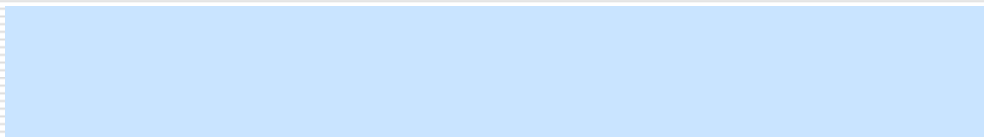
- Americanos prevén expresamente la posibilidad de solicitar medidas provisionales a los tribunales estatales
 - Porque hay ciertas decisiones judiciales americanas que niegan la facultad del juez estatal de ordenar tales medidas en un procedimiento arbitral
- No hay problema para la contraparte civilista en la medida que consideramos como normal el recurso paralelo ante el juez estatal

Excluir los *Punitive damages*

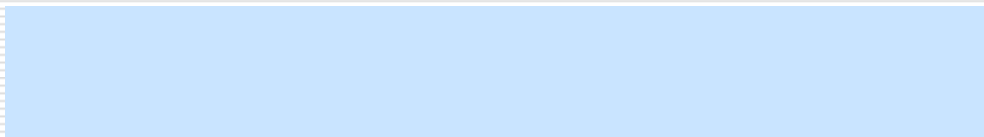
□ Excluir expresamente

- *Porque Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton* 514 US 52 (1995) otorga la facultad a los árbitros de condenar en *punitive damages* si la ley aplicable lo prevé

Costas

- ❑ Decidir si se aplican el principio de las *American Rules* (50/50) o las *English Rules* (él que pierde paga)
 - ❑ Ambos tienen su ventajas
 - *American Rules*: frena los costos del arbitraje porque aunque si una parte está segura de ganar, sabe que tiene que pagar la mitad de los costos
 - *English Rules*: ayuda a negociar durante el procedimiento, porque él que pierde tiene que pagar todo.
-
- 

Excluir el Reconocimiento de laudo

- ❑ No existe ninguna razón para tal cláusula (CNY) (Cap. 2 + 3 y no Cap. 1 FAA se aplica)
 - ❑ Al contrario, tal cláusula podría dejar a pensar que el laudo no es final y obligatorio.
-
- 

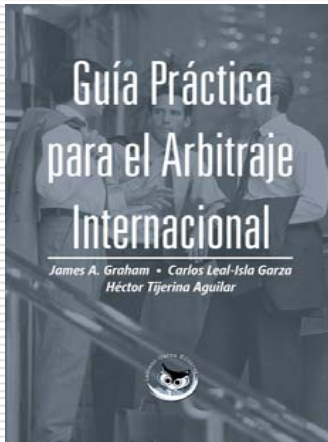
Recursos judiciales

- ❑ Excluir cualquier recurso judicial que permite una revisión *de novo*
- ❑ Elegir un reglamento arbitral que excluye las revisiones *de novo* (entonces opt in! Cf 28.6 CCI; 26.9 LCIA; House of Lords, *Lesotho Highlands Developments Authority v. Impregilo SpA*, [2005] UKHL 43)
- ❑ Si por cualquier razón se debe ceder sobre este punto, elegir la ley inglesa como ley aplicable e ir ante los tribunales ingleses para una revisión *de novo* (*Sec 69 English Arbitration Act 96*): ventaja: poco menos nacionalistas que los tribunales americanos

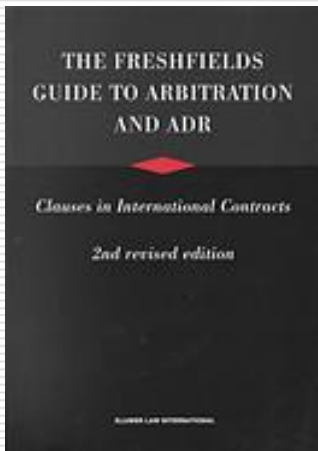
Otras cláusulas MASC

- *"The bigger the company the bigger the dispute clause"*
- Mediación
 - Ojo a la definición
 - Referencia útil: Reglas de Conciliación de la UNCITRAL
- Importante: los plazos
 - No es suficiente de decir que se tiene que agotar la mediación antes el arbitraje, sino precisar la fecha limite en donde se acaba el procedimiento de la mediación para iniciar el arbitraje

Material de Referencia



Graham *et alii*, *Guía práctica para el arbitraje internacional*, Lazcano, 2006



Paulsson *et alii*, *The Freshfields Guide to ADR Clauses*, Kluwer, 1999