

RECUPERANDO LA CONFIANZA EN EL ARBITRAJE. ÚLTIMAS IMPLEMENTACIONES DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES PARA HACERLO MÁS CÉLERE Y TRANSPARENTE

ÁLVARO ESTRADA ROSAS*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 7 de octubre del 2021 / Aceptado: 8 de diciembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5459>

RESUMEN. Una serie de casos en los que el uso desmedido y negativo del arbitraje sirvió para cometer actos de corrupción a gran escala han hecho que el arbitraje pierda credibilidad en el Perú. Como consecuencia, desde el Estado se han propuesto normas y proyectos de ley que buscan impedir esos abusos, pero que no hacen sino entorpecer el proceso arbitral como mecanismo de solución de controversias.

Este artículo identifica las más recientes herramientas y regulaciones implementadas en algunas instituciones arbitrales nacionales e internacionales con el objetivo de volver más célere y transparente el arbitraje y así recuperar la confianza del ciudadano en este. Esas herramientas y regulaciones son el calendario de actuaciones arbitrales, las sanciones objetivas por la demora en las que incurran los árbitros, las notificaciones y actuaciones virtuales, la secretaría administrativa, el Faro de Transparencia de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), nuevas exigencias a las partes y a los secretarios de un arbitraje para evitar supuestos de conflictos de interés y el deber de las partes de informar sobre una financiación de terceros.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / corrupción / celeridad / eficiencia / transparencia / buenas prácticas / institución arbitral / tercero financiador

* Abogado por la Universidad de Lima. Secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL). Fundador del Círculo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima. Cuenta con especialización en Arbitraje Nacional e Internacional por la CCL; en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por ESSEC Business School, y estudios de posgrado en la Universidad Católica de Lovaina, la Universidad de Ginebra y la Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS).

REGAINING CONFIDENCE IN ARBITRATION. LATEST IMPLEMENTATIONS OF ARBITRAL INSTITUTIONS TO MAKE IT FASTER AND MORE TRANSPARENT

ABSTRACT. A series of cases in which the excessive and harmful use of arbitration served large-scale acts of corruption have caused arbitration to lose credibility in Peru. Consequently, the State has proposed bills and regulations to prevent these abuses but has only hindered the arbitration process as a dispute resolution mechanism. This article identifies the most recent tools and regulations implemented in some national and international arbitration institutions to make arbitration faster and more transparent and, thus, recover the citizen's trust in it. These tools and regulations are the calendar of arbitral proceedings, objective sanctions for delays on the part of the arbitrators, virtual notifications and proceedings, the administrative secretariat, the Lima Chamber of Commerce (CCL)'s tool "Faro de Transparencia", the new requirements for the parties and the secretaries of arbitration to avoid conflicts of interest, and the duty of the parties to report on third-party funding.

KEYWORDS: arbitration / corruption / celerity / efficiency / transparency / good practices / arbitral institution / third-party funding

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje, a diferencia del Poder Judicial, ha sido elegido frecuentemente porque es un proceso mucho más célere, porque participan personas en calidad de decisores que cuentan con la especialidad requerida para dedicar una atención detallada a las cuestiones que van a resolver, porque las partes tienen la facultad de establecer las reglas que consideren cómodas para presentar sus posiciones, entre otros aspectos favorables, lo que no hace sino demostrar que el arbitraje es interesante y eficiente.

Lamentablemente, no todo es color de rosa. En nuestro país comenzaron a presentarse una serie de casos en los que, debido a un uso desmedido y negativo del arbitraje, sirvieron para cometer actos de corrupción a gran escala¹.

En gran medida, debido a estos hechos de conocimiento público, y a otros incidentes nacionales e internacionales que se han presentado en el camino, el arbitraje ha perdido un poco de credibilidad frente a los ciudadanos.

Y no necesariamente ante los ojos de los practicantes o conocedores del arbitraje, pues quienes usamos esta herramienta diariamente comprendemos que se trata de sucesos aislados y generados por personas que le han dado un uso negativo. Pero quienes no están familiarizados caen incorrectamente en la cuenta de que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias para cometer actos de corrupción. No es coincidencia la aparición en nuestro país de normas² y/o proyectos de ley que tratan de regular excesiva e incorrectamente el arbitraje³ para “revertir” estas situaciones.

Lo cierto es que el arbitraje no es perfecto. Dista mucho de serlo. Pero en la actualidad muchas instituciones arbitrales se encuentran maximizando sus esfuerzos para que se pueda volver a confiar en el arbitraje.

1 El caso de Rodolfo Orellana y los arbitrajes que le permitieron a su red criminal adueñarse de predios que pertenecían a terceras personas. La información en el siguiente enlace: <https://ius360.com/algunas-reflexiones-sobre-la-red-criminal-de-rodolfo-orellana/>

De igual manera, el caso Lava Jato, conocido por los arbitrajes en contrataciones públicas en los que participaba Odebrecht, quien sobornaba a funcionarios y, en algunos casos, a árbitros para obtener resultados favorables. La información en el siguiente enlace: <https://www.connectas.org/caso-lava-jato-arbitrajes-a-la-odebrecht/>

2 Como el caso del sumamente cuestionado Decreto de Urgencia 20-2020, que modifica el Decreto Legislativo 1071.

3 Proyecto de Ley 7161/2020-CR, que busca incorporar el artículo 4-A al Decreto Legislativo 1071, que, entre otros aspectos, en los arbitrajes de derecho, exige a los árbitros extranjeros haber validado y/o reconocido sus títulos profesionales por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu).

El objetivo del presente artículo es identificar algunos supuestos que se encuentran en la normativa peruana de arbitraje⁴ y qué herramientas y regulaciones han implementado ciertas instituciones arbitrales nacionales e internacionales a fin de optimizarlo y afianzarlo como un mecanismo de solución de controversias atractivo pero, sobre todo, confiable.

2. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PERFECTIBLE

La lógica procedimental que se encuentra detrás de la normativa que regula el arbitraje en nuestro país reúne principios, reglas y prácticas internacionales que la hacen atractiva en todo el mundo. Lo es porque lo diferencia en gran medida de lo que sería un proceso judicial, que contiene formalismos excesivos, dejando libre a las partes, en gran medida, cómo serán las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales.

Sin embargo, el arbitraje no es el mecanismo de solución de controversias perfecto. Más bien, es perfectible en la medida en que ha sido creado por seres humanos. Así, como en cualquier otra materia, en el decurso del uso del arbitraje se van presentando problemas que ameritan una revisión en torno a algunas exigencias y figuras que damos por sentadas o que consideramos que no deberían corregirse.

Por ejemplo, en la práctica, ¿se puede sancionar objetivamente al árbitro por algún mal accionar en el desempeño de sus funciones? Si bien en la normativa de arbitraje peruana encontramos una disposición bastante interesante que señala que, una vez aceptado el encargo, los árbitros y la institución arbitral se encuentran obligados a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieran en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable⁵, se trata de una disposición que tiene poca (o ninguna) aplicación práctica en la realidad, lo que en principio daría un margen bastante amplio a los árbitros para no fomentar la celeridad y la transparencia.

Otro asunto sobre el cual resulta relevante cuestionarse es si el árbitro es el único actor que debe evitar incurrir en situaciones que pongan en duda su imparcialidad e independencia. Esta duda surge en la medida en que la normativa de arbitraje peruana establece que el árbitro debe ser y permanecer durante todo el arbitraje imparcial e independiente, y que sea solo este actor quien deba revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia⁶. Aunque la

4 Para este trabajo se tomará en cuenta el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje) como punto de partida para identificar qué novedades han sido implementadas en algunas instituciones arbitrales a nivel nacional e internacional.

5 Artículo 32 de la Ley de Arbitraje.

6 Numerales 1 y 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje.

normativa circunscribe esta exigencia únicamente al árbitro, más adelante veremos que, poco a poco, se ha ido incluyendo a más actores para cumplir con esta exigencia.

Otra cuestión interesante es la regulación de la confidencialidad en el arbitraje. Así, y salvo pacto en contrario, quienes de alguna u otra forma intervienen en un arbitraje están obligados a guardar confidencialidad sobre las actuaciones arbitrales⁷, salvo cuando se trate de arbitrajes en los que participa el Estado, en donde no se aplica la confidencialidad porque el laudo y las actuaciones arbitrales son públicos una vez se haya concluido con el proceso⁸. Una de las razones por las que los particulares deciden resolver sus controversias en arbitraje es porque sus actuaciones serán confidenciales, aunque comprobaremos que con el progreso del arbitraje la confidencialidad ha dejado de ser una columna inquebrantable, dando paso poco a poco a lo que se conoce como transparencia arbitral.

Por estas situaciones, entre otras más, el arbitraje dista de ser un proceso perfecto. Es razonable, entonces, pensar que el ciudadano haya ido formándose una idea errada de que el arbitraje no es un mecanismo de solución de controversias seguro. No obstante, veremos que en los últimos años algunas instituciones arbitrales han buscado recuperar la confianza en el proceso arbitral y para ello han implementado una serie de regulaciones y herramientas que apuntan a la celeridad y, especialmente, a la transparencia.

3. RECUPERANDO LA CONFIANZA EN EL ARBITRAJE: ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN ARAS DE LA CELERIDAD Y LA TRANSPARENCIA

Diferentes instituciones arbitrales han implementado nuevas figuras y exigencias para contribuir con la celeridad y transparencia del arbitraje. A continuación, veremos cuáles son las herramientas y regulaciones que se han incorporado en los últimos años en los reglamentos de algunos de los centros arbitrales más reconocidos a nivel nacional e internacional.

A. Optimizando la celeridad del arbitraje: reglas y calendario de actuaciones arbitrales

El éxito y cumplimiento de la celeridad de un proceso arbitral depende de diversos factores, como la colaboración de las partes, la correcta conducción del arbitraje por parte del tribunal, la existencia de reglas determinadas, entre otros.

⁷ Numerales 1 y 2 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje.

⁸ Numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje (modificación introducida por el Decreto de Urgencia 20-2020).

De todos los factores, el más importante es la predictibilidad de las actuaciones arbitrales. Así, en tanto las partes conozcan exactamente las actuaciones arbitrales que se desarrollarán en el proceso y anticipadamente las fechas en las cuales se realizarán, tendremos un arbitraje célere. Con ello, las partes ya no se podrán desviar de la ruta trazada en el calendario de actuaciones arbitrales.

Por tal motivo, en estos últimos años, las instituciones arbitrales han hecho bastante hincapié en que los procesos arbitrales, además de contener reglas que apliquen a estos, cuenten con un calendario de actuaciones arbitrales.

El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2017 (en adelante, Reglamento CCI 2017) ya exigía en sus arbitrajes que los tribunales arbitrales siempre establezcan un calendario procesal para seguir la conducción del arbitraje⁹.

Debido al impacto positivo de esta medida, muchas instituciones arbitrales, en la actualidad, han optado porque la regla general y obligatoria sea que en todos sus arbitrajes se cuente con reglas de juego; pero, sobre todo, con un calendario de actuaciones arbitrales.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL), a fin de hacer más eficientes sus arbitrajes y que pueda cumplirse con el principio de celeridad, el 30 de septiembre del 2020, emitió la Nota Práctica 3/2020 (en adelante, NP3)¹⁰, que recoge las mejores prácticas internacionales y que se elaboró tomando en cuenta sugerencias efectuadas por la comunidad arbitral peruana, a fin de mejorar la calidad y celeridad de sus procesos arbitrales¹¹.

Como aspecto novedoso en pro del arbitraje, este documento exige que, en cada proceso administrado por la CCL, se emitan reglas del arbitraje y, sobre todo, un calendario de actuaciones a consideración de las partes¹². Efectivamente, con la emisión de la NP3, se genera una obligación para los tribunales arbitrales de la CCL de emitir un calendario de actuaciones arbitrales con fechas exactas, es decir, que se establezcan fechas determinadas y de manera anticipada para presentar la demanda y la contestación de la demanda (y, de ser el caso, formular reconvencción y/o excepciones), para contestar la reconvencción

9 Numeral 2 del artículo 24 del Reglamento CCI 2017.

10 Nota Práctica 3/2020 para la conducción célere y eficiente de los arbitrajes, emitida por el Consejo Superior de Arbitraje el 30 de septiembre del 2020. Este documento puede ubicarse en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2020/10/Nota-Pr%C3%A1ctica-No.-3.2020.pdf>

11 Objetivos de la Nota Práctica 3/2020 establecidos por el abogado Luis Bustamante Belaunde, presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCL.

12 Sección I de la Nota Práctica 3/2020.

y para celebrar audiencias, formular conclusiones finales y emitir el laudo arbitral que ponga fin a la controversia. Tan importante es este calendario de actuaciones que solo se podrá modificar por acuerdo de las partes o por circunstancias especiales debidamente justificadas¹³.

Similar caso encontramos en el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid del 2020 (en adelante, Reglamento CIAM 2020), que establece que la primera decisión que dicta un tribunal arbitral es el acta de misión, que recoge la información de las partes, una exposición sumaria de las pretensiones de las partes, los puntos litigiosos, etcétera, y junto a este documento, o inmediatamente después, y previa consulta a las partes, el tribunal arbitral emite una orden procesal que contiene el calendario de actuaciones arbitrales, que debe ser acordado con el centro¹⁴.

En la misma línea, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú del 2021 (en adelante, Reglamento AmCham 2021) establece que el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, debe fijar un calendario de actuaciones arbitrales¹⁵.

Por lo tanto, en estos últimos años se ha generalizado en las instituciones arbitrales una práctica bastante sana y eficiente para maximizar la celeridad de los procesos arbitrales: fijar un calendario de actuaciones arbitrales que previamente determine las actuaciones que se desarrollarán en el arbitraje y las fechas en las que se realizarán.

B. Desincentivando la demora de los árbitros para no incurrir en sanciones pecuniarias

Es indispensable que exista una advertencia de que, si no se hacen las cosas correctamente, como consecuencia habrá una sanción. Ello a fin de que todos los participantes en el arbitraje colaboren para que este pueda desarrollarse de manera eficiente. Y una forma interesante es la propuesta reciente de la CCL de establecer supuestos objetivos en los que se “sanciona pecuniariamente” a los árbitros que contribuyen en la demora de los procesos.

Para entender esto, es importante mencionar que el árbitro asume ciertas obligaciones y deberes de cara a un proceso arbitral.

13 Numeral 1.6 de la sección I de la Nota Práctica 3/2020.

14 Artículo 28 del Reglamento CIAM 2020.

15 Numeral 2 del artículo 28 del Reglamento AmCham 2021.

Una obligación esencial es la de emitir un laudo arbitral. Esta obligación presenta un “aspecto material” y un “aspecto temporal”. En torno al aspecto material, el árbitro debe cumplir con el encargo conferido por las partes: emitir una decisión a través de la cual ponga fin a la controversia o las controversias suscitadas entre aquellas. En atención al aspecto temporal, el árbitro debe emitir el laudo arbitral dentro del plazo fijado para tal efecto. Así, el emitir un laudo arbitral fuera del plazo implica un incumplimiento de esta obligación esencial, lo cual deviene en la anulación de aquel¹⁶.

Por su parte, dentro de sus deberes está que el árbitro no solo sea imparcial e independiente, sino que además cuente con la disponibilidad suficiente para poder prestarle la debida atención al caso que debe resolver. Este último punto es bastante importante, porque el deber de contar con disponibilidad no solo implica “contar con tiempo” para resolver el caso, sino también “contar con tiempo” para conducir correcta y eficientemente el arbitraje.

Aunque parezca paradójico, y al ser la celeridad uno de los pilares del arbitraje, durante mucho tiempo la “disponibilidad” del árbitro no ha sido tomada como un criterio relevante. Son muy poco los casos en los que ha prosperado una “recusación por falta de disponibilidad”. Y ello porque estamos dentro de un ámbito sumamente subjetivo (¿qué factor determina que un árbitro esté incurriendo en demora?).

Sin embargo, recientemente, la CCL ha establecido formas objetivas para “sancionar” pecuniariamente a los árbitros que contribuyan con la demora (o, mejor dicho, no promuevan la celeridad) en los procesos arbitrales, o que simplemente no cumplan con su encargo. Efectivamente, una novedad que nos trae la NP3 de la CCL es que establece parámetros de reducción de honorarios en caso de que un tribunal arbitral (sea unipersonal o colegiado) no emita el laudo arbitral oportunamente¹⁷. En efecto, considera que, en los siguientes supuestos, se deben reducir los honorarios de los árbitros:

- Los honorarios de los árbitros se reducen en un 10 % si el plazo de emisión del laudo final se amplía hasta por quince días hábiles, salvo que el plazo adicional sea pactado por las partes o que el Consejo amplíe el plazo por factores ajenos al control de los árbitros o circunstancias especialmente fundamentadas.

16 Literal g) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

17 Sección II de la Nota Práctica 3/2020.

- Los honorarios de los árbitros se reducen en un 15 % si el plazo de emisión de laudo final se amplía por más de quince días hábiles, salvo que el plazo adicional sea pactado por las partes o que el Consejo amplíe el plazo por factores ajenos al control de los árbitros o circunstancias especialmente fundamentadas.
- Cuando venza el plazo para emitir el laudo final sin que se haya cumplido con su depósito, los honorarios de los árbitros se reducen en un 100 %.

Entonces, la CCL ha creado novedosamente una fórmula objetiva para “sancionar” pecuniariamente a los árbitros que contribuyan con la demora de los arbitrajes (en que se aplican reducciones de honorarios del 10 % o el 15 %) o que simplemente incumplan su encargo de emitir el laudo arbitral (en que se aplica una reducción del 100 % de los honorarios), lo cual implica un desincentivo para no contribuir en la demora del arbitraje.

C. Regla general: notificaciones y actuaciones arbitrales virtuales

Es común saber que las notificaciones en un proceso (sea judicial o arbitral) se han efectuado a los domicilios físicos de las personas. Esta siempre ha sido la regla general. Sin embargo, recientemente las instituciones arbitrales han fijado como regla *sine qua non* la notificación virtual.

La normativa peruana de arbitraje establece una secuencia determinada para notificar un documento o comunicación a una parte de un proceso: (i) entrega personal al destinatario, (ii) domicilio de la parte, (iii) residencia habitual y (iv) lugar de actividades principales. Luego, precisa que también será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico¹⁸.

Se observa que la principal manera de notificar siempre ha sido dirigir la comunicación al domicilio físico de la persona, aunque, agotada esta posibilidad, podría realizarse también a través de medios electrónicos. Tenemos que, en la práctica, la regla general de notificación fue hasta hace poco la física.

No obstante, esta manera de notificar o enviar comunicaciones a una parte ha variado debido a la pandemia generada por el COVID-19, que afectó en diversos aspectos, como salud, economía, política, administración de justicia, etcétera.

En los procesos judiciales y arbitrales se volvió una carrera obligatoria adecuar la manera de administrar justicia aplicando las metodologías y técnicas virtuales. Por esta razón, ahora, la regla por excelencia es la notificación virtual.

18 Literal a) del artículo 12 de la Ley de Arbitraje.

Un ejemplo de ello es que la CCL, con carácter urgente, a fin de continuar administrando sus procesos arbitrales, implementó los medios virtuales como regla general para presentar y notificar documentos. Efectivamente, en su Nota Práctica 1/2020, emitida el 25 de abril del 2021¹⁹, estableció lo siguiente:

- i. que las solicitudes de arbitrajes se presenten a través de su mesa de partes virtual;
- ii. que las actuaciones arbitrales se notifiquen a las direcciones electrónicas señaladas por las partes;
- iii. que se comunique a un árbitro su designación únicamente a su correo electrónico;
- iv. que las reglas que establezcan los tribunales arbitrales sean acordes con la conducción del arbitraje por medios virtuales;
- v. que las conferencias, reuniones y audiencias no sean presenciales y que se realicen a través de plataformas virtuales, y
- vi. que los laudos arbitrales y las resoluciones integrantes del laudo se emitan virtualmente y sean notificados a los correos electrónicos de las partes.

En la misma línea, el Reglamento CIAM 2020 establece que las comunicaciones y los documentos “se presentará[n] en formato digital y será[n] remitid[os] por vía electrónica”²⁰ y que la comunicación se considerará recibida por la parte respectiva el día que haya sido “recibida en su dirección electrónica”²¹.

Como se observa, actualmente la regla general es la notificación virtual, y solo si se presentan problemas en la recepción de documentos por este medio se recurrirá a la notificación física²².

La CCI no ha sido ajena a este cambio, y es muy clara cuando señala que

en cuanto a la conducción de los procedimientos, las modificaciones del 2021 reconocen el aumento del uso de la tecnología en los arbitrajes, tales como la transmisión de la Solicitud de Arbitraje y la Contestación por medios electrónicos (Artículos 4 y 5) y la posibilidad de que el tribunal arbitral determine que las audiencias puedan celebrarse de forma remota previa consulta a las partes (Artículo 26(1))²³.

19 Este documento puede ubicarse en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2020/04/Nota-practica-N-1-2020.pdf>

20 Numeral 1 del artículo 3 del Reglamento CIAM 2020.

21 Literal a) del numeral 8 del artículo 3 del Reglamento CIAM 2020.

22 Literal b) del numeral 2 del artículo 6 del Reglamento AmCham 2021.

23 Sección “Arbitraje” del prefacio del Reglamento CCI 2021 [nota al pie del autor].

De esta manera, debido a circunstancias que han obligado a utilizar los medios tecnológicos para continuar administrando justicia, ahora la regla general de notificación de cualquier documento es la vía electrónica, lo cual contribuye de manera positiva a evitar los tiempos muertos en el arbitraje y optimizar su celeridad.

D. Un “nuevo” actor en el arbitraje: la secretaría administrativa, a cargo y costo del tribunal

La secretaría administrativa es una figura “novedosa”²⁴ contemplada en algunos reglamentos de las instituciones arbitrales y que reformula de manera abrupta la labor que usualmente desempeñaba la secretaría de la institución arbitral. Elimina la idea de que la secretaría de la institución arbitral tenga el deber de apoyar directamente al tribunal arbitral en la conducción de los arbitrajes, ya sea notificando sus comunicaciones y/o decisiones, sus ampliaciones de declaración, asistiéndolo en la elaboración de proyectos de resoluciones, entre otras funciones; estableciendo que sea el tribunal arbitral, a su propio costo y riesgo, quien designe a la persona que lo apoyará en estas labores; y, por supuesto, asumiendo la responsabilidad que genere la actuación del secretario administrativo, lo cual impulsa a que el tribunal arbitral sea más cuidadoso y eficiente en la conducción del proceso.

Para ello, es relevante recordar que la diferencia entre un arbitraje *ad hoc* y un arbitraje institucional es que en el primero el tribunal arbitral conduce directamente el arbitraje, mientras que en el segundo es una institución arbitral quien organiza y administra el proceso²⁵.

En los arbitrajes *ad hoc*, frecuentemente, es el presidente del tribunal arbitral (o, en su caso, el árbitro único) quien designa a un secretario arbitral para que le preste su apoyo en la conducción del arbitraje y sirva de intermediario entre las partes y los árbitros. A este se le denomina “secretario *ad hoc*”, y comúnmente las partes además de solventar los honorarios de los árbitros también remuneran la labor del “secretario *ad hoc*”²⁶.

24 Cabe precisar que la figura de secretaría administrativa es novedosa en nuestro país; no obstante, presenta la misma dinámica que en un arbitraje administrado por la CCI o por CIADI, en donde el tribunal arbitral es quien conduce directamente el proceso y no a través de la secretaría arbitral del centro.

25 Artículo 7 de la Ley de Arbitraje

26 Cabe precisar que esta es una práctica que se ha recogido del proceso judicial, en donde existe la figura del “secretario judicial”, quien asiste directamente en el trámite al juez (proyectando las resoluciones, los oficios, etcétera). Es curioso mencionar que el pago al secretario *ad hoc* no se encuentra exigido en ningún extremo de la Ley de Arbitraje, aunque en los arbitrajes *ad hoc* domésticos sea una costumbre.

En el caso de un arbitraje institucional, la institución arbitral es quien presta sus servicios de infraestructura, reglamentario, y para ello designa un representante que acompañará y apoyará en la administración del proceso al tribunal arbitral. A este se le denomina “secretario de la institución arbitral”. En la práctica, el secretario de la institución arbitral es quien apoya directamente al tribunal arbitral en la conducción del proceso, y la demora que se generaba en el arbitraje podía ser atribuida por el tribunal a la secretaría de la institución arbitral.

Sin embargo, en la actualidad, algunas instituciones arbitrales han implementado una nueva figura: la secretaría administrativa.

Por ejemplo, el Reglamento AmCham 2021 contempla la figura de la secretaría administrativa, identificándola como “la persona nombrada por el tribunal arbitral, a su cuenta y costo, para asistirlo durante el desarrollo del arbitraje”²⁷, y precisando que “en ningún caso las partes asumirán el costo de este secretario ni este adoptará las decisiones ni ejercerá funciones propias de un árbitro”²⁸.

Vemos que la secretaría administrativa es una figura creada para permitirle al tribunal arbitral de un caso asistirse de una persona (que podría ser de una determinada profesión o simplemente no tenerla, pues no se establece ningún requisito para ser secretario administrativo) en las labores de trámite y conducción del arbitraje.

Esta figura se distingue del administrador del caso, personal de la institución arbitral, quien tiene únicamente la función “de supervisar el cumplimiento del Reglamento de Arbitraje y los plazos establecidos en los arbitrajes a su cargo y de colaborar con el tribunal arbitral en la organización del arbitraje”²⁹. Ahora, en algunos centros de arbitraje, el administrador del caso (o secretario de la institución arbitral) ya no tiene la obligación de asistir en las tareas organizativas ni propias de la conducción al tribunal arbitral.

El Reglamento CIAM 2020 también ha incorporado la figura de la secretaría administrativa, siendo más preciso en la labor que desempeña:

Las tareas administrativas, organizativas y de apoyo que se le encomienden por los árbitros, tales como la transmisión de comunicaciones en nombre de los árbitros, la organización y custodia de la copia del expediente arbitral hasta la finalización del procedimiento, la organización de audiencias y reuniones

27 Definición r) del artículo 2 del Reglamento AmCham 2021.

28 Numeral 3 del artículo 27 del Reglamento AmCham 2021.

29 Artículo 10 del apéndice I, “Estatuto del Centro Internacional de Arbitraje”, del Reglamento AmCham 2021.

del tribunal, la asistencia a audiencias, reuniones y deliberaciones, la elaboración de notas escritas o memorandos, o las correcciones formales en órdenes procesales y laudos. La preparación por el secretario administrativo de notas escritas o memorandos no eximirá a los árbitros de su deber personal de revisar el expediente y de redactar cualquier decisión³⁰.

En el caso del Reglamento CIAM 2020 es más restrictiva la participación del secretario administrativo en un caso, ya que el tribunal tiene la obligación de proporcionar un curriculum vitae a las partes del candidato a ser secretario administrativo³¹ y su participación depende exclusivamente del consentimiento de las partes³². Esto se debe a que el secretario administrativo en dicha institución arbitral adquiere un papel más protagónico, debido a las funciones que puede desempeñar, y por lo tanto es pasible de ser recusado³³.

Es el tribunal arbitral quien corre por su cuenta en la designación y pago del secretario administrativo³⁴, ya no las partes o la institución arbitral, y por lo tanto es responsable de los defectos en los que este incurra³⁵. Así, la demora del secretario administrativo es la demora del tribunal arbitral.

Así pues, con estas implementaciones, el tribunal arbitral cuenta con menor margen de justificación ante alguna irregularidad generada por quien le presta el servicio de apoyarlo en el trámite y conducción del proceso: el secretario administrativo. Más adelante veremos que incluso esta figura se encuentra sujeta al deber de imparcialidad e independencia³⁶.

De lo señalado, se aprecia que en algunas instituciones arbitrales se ha incluido un nuevo actor en el arbitraje: la secretaría administrativa, la cual corre a cuenta y riesgo del tribunal arbitral, y que es designada por los árbitros para que los asista directamente en las funciones administrativas y de trámite que permitan hacer más eficiente el arbitraje, y en caso de que se genere alguna demora será el tribunal quien directamente asuma la responsabilidad de esta.

30 Numeral 4 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020 [nota al pie del autor].

31 Numeral 2 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

32 Segundo párrafo del numeral 1 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

33 Numeral 6 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

34 Numeral 7 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

35 Numeral 3 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

36 Sección F del presente artículo.

E. Información para verificar la calidad de los árbitros: Faro de Transparencia

Una novedad que ha sido bastante aplaudida por la comunidad arbitral es la implementación del Faro de Transparencia por parte de la CCL. Con esta herramienta es posible identificar cuántos arbitrajes tiene o tuvo un árbitro, si algún laudo ha sido anulado o no, si se le ha formulado recusación y cuál ha sido el desenlace de este, si ha sido sancionado, entre otra información relevante.

El arbitraje siempre ha sido sinónimo de confidencialidad. Y ello en la medida en que una de las razones por las que las partes deciden pactar un convenio arbitral y no acudir a un proceso judicial es que las controversias y lo que se discuta se mantendrían en secreto y solo serían conocidos por quienes han intervenido en el arbitraje.

Esta manera de entender el arbitraje generó, por mucho tiempo, que no pueda darse paso a la transparencia de las actuaciones arbitrales porque se caía siempre en la idea candado de que la confidencialidad era un pilar inquebrantable. Poco a poco se fueron presentando situaciones en las que relucía un problema constante: ¿en nombre de la confidencialidad se va a ocultar información a las partes, quienes tienen el derecho de ser juzgadas por árbitros que deben mantenerse imparciales e independientes y que tienen la obligación de revelar cualquier circunstancia que ponga en tela de juicio estas cualidades?

No obstante, esta característica se ha ido diluyendo en tanto en cuanto el arbitraje se ha ido adaptando a las nuevas exigencias. Comienza a darse paso al principio de transparencia arbitral. Efectivamente, desde hace algunos años poco a poco diversas asociaciones e instituciones relacionadas con el arbitraje han ido exigiendo que se brinde y maneje más información respecto a quienes intervienen en los casos para cumplir con estándares elevados de transparencia.

Solo por dar un ejemplo, de los muchos esfuerzos institucionales, la International Bar Association (IBA)³⁷ ha plasmado en sus diversas publicaciones cuáles son las buenas prácticas que se desarrollan en los arbitrajes internacionales, en aras de encontrarnos frente a un arbitraje sano, libre de cualquier cuestionamiento.

A esta labor recientemente se ha sumado la CCL, que a fines del 2019 lanzó al mercado el Faro de Transparencia³⁸.

37 Entre sus publicaciones más importantes, cuenta con las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, entre otras.

38 El Faro de Transparencia se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/farodetransparencia>

Con esta novedosa herramienta se ha hecho mucho más énfasis en que el camino al cual nos dirigimos es uno donde la transparencia sea el pilar, evidentemente sin desconocer la confidencialidad característica del arbitraje. Y, ¿cómo se puede ser transparente sin conflictuar con la confidencialidad? Justamente eso es lo que muestra el Faro de Transparencia. Este brinda información puntual del 2012 en adelante, sin afectar la confidencialidad, sobre los árbitros para el interés de los usuarios del arbitraje (partes, abogados, etcétera):

- Lista de árbitros nacionales e internacionales.

En esta sección se encuentra los nombres y la información específica (como especialidad, universidad, experiencia profesional y si ejerce docencia) de cada uno de los profesionales que conforman la nómina de árbitros de la CCL.

- Los árbitros que conforman los tribunales arbitrales en los casos que administra la CCL.

Al ingresar a esta ficha se podrá buscar la siguiente información de los profesionales que conforman la nómina de árbitros de la CCL: (i) el número de casos en los que se encuentran participando o han participado en el pasado y el estado actual de estos; (ii) el cargo que desempeñaron o desempeñan en dichos arbitrajes, bien sea como árbitros de parte o como presidentes del tribunal arbitral/árbitro único; (iii) los nombres de los árbitros con quienes comparten o compartieron los tribunales arbitrales, y los nombres de los estudios de abogados patrocinantes de las partes demandante y demandada; (iv) el número de veces que fueron recusados, y (v) el tiempo promedio para la emisión de un laudo.

Como se observa, esta sección es importante para que una parte pueda designar a un árbitro que cumpla con ser celeré y que no presente un potencial conflicto de interés en el proceso; pero, sobre todo, para que una parte identifique si el árbitro designado por otra parte o el presidente del tribunal arbitral realmente cumple con revelar situaciones que comprometan o no su deber de ser imparcial e independiente.

- Sanciones recibidas por los árbitros.

Una vez dentro de esta sección, el usuario podrá identificar la relación de los árbitros sancionados por el Consejo Superior de Arbitraje de la CCL, y conocer los motivos y las sanciones impuestas.

- **Laudos anulados.**

El usuario, al ingresar a esta opción, encontrará la información de los laudos arbitrales que fueron anulados, independientemente de si se trata de arbitraje entre privados o con el Estado.

- **Laudos de casos en los que haya participado una entidad estatal.**

En esta sección, únicamente identificando el nombre de la parte o del árbitro que quiera buscarse se podrá ubicar el laudo (y, de ser el caso, la respectiva decisión que resuelva las solicitudes de laudo) emitido en determinado arbitraje. Es una herramienta más práctica que la proporcionada por el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para identificar rápidamente respecto a quiénes han participado en un arbitraje con el Estado.

- **Reseñas sobre laudos en materia comercial.**

En esta última sección el usuario podrá encontrar reseñas sobre algunos casos comerciales, en que de manera resumida y anónima se muestra el desarrollo y las actuaciones de un caso arbitral en específico, para fines académicos.

El Faro de Transparencia, herramienta puesta a disposición del público por la CCL, ha sumado al aporte de varias organizaciones involucradas en el arbitraje, para generar más confianza y transparencia en el arbitraje. Gracias a esta herramienta, en la actualidad los usuarios cuentan con información (que antes era imposible obtener) de los árbitros, con la finalidad de evaluar sus pros y contras ante una potencial designación.

F. Conflicto de interés en torno a la representación de partes y al secretario de un arbitraje

Con el tiempo, tener un arbitraje totalmente transparente (o que cumpla con estándares que permitan verificar que es lo suficientemente transparente) se ha vuelto un requisito esencial. Por esta razón, la exigencia de la imparcialidad e independencia se ha extendido ahora a los representantes y a los secretarios de un arbitraje.

Es un hecho que se debe evitar algún tipo de conflicto de interés que perjudique el proceso arbitral. Por esta razón, se impone como deber a los árbitros que sean imparciales e independientes y que cumplan a cabalidad con revelar cualquier circunstancia que pondría en tela de juicio su participación en el arbitraje.

Era tradición que el árbitro fuera el único que debía cumplir con ser imparcial e independiente, dada la importancia de su función en el arbitraje. No obstante, con la constante práctica arbitral, la transparencia ha ido jugando un papel bastante importante y el deber en mención se ha ido extendiendo a otros actores.

Efectivamente, en las Reglas de la International Bar Association sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional del 2014 (en adelante, Reglas IBA 2014) se extendió la aplicación de sus directrices hacia los secretarios de un arbitraje y se precisó que también debían cumplir con ser y mantenerse imparciales e independientes durante todo el arbitraje, bajo responsabilidad del tribunal arbitral³⁹, y la obligación de cualquiera de las partes de informar, lo antes posible, de cualquier relación que pudiera haber entre una parte (o sus representantes) y el árbitro⁴⁰.

Resulta lógico pensar que, a mayor cantidad de controversias resueltas en arbitraje, cada vez se exijan más altos estándares de revelación; de lo contrario, el arbitraje dejaría de ser un mecanismo de solución de conflictos seguro. Por ello, en estos últimos años, reglamentos arbitrales de diversas instituciones han modificado sus regulaciones con el objetivo de generar más confianza a los usuarios respecto a la calidad de sus arbitrajes.

El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2021 (en adelante, Reglamento CCI 2021) ha tomado parte importante en esta carrera hacia la maximización de la transparencia. Ahora no solo faculta al tribunal arbitral o la secretaría para que en cualquier momento del proceso requieran a una parte que pruebe su representación o informe algún cambio⁴¹, sino que va más allá en aras de evitar cualquier conflicto de interés que perjudique al arbitraje por culpa de su representación, que en el peor de los casos consiste en excluir del proceso a los nuevos representantes de las partes de todo o de una parte de las actuaciones⁴².

Junto con estos interesantes cambios, y como se mencionó líneas arriba, se ha implementado en los actuales reglamentos arbitrales del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid y de la Cámara de Comercio Americana del Perú, adicionalmente, que la secretaría administrativa cumpla con el deber de ser y permanecer imparcial e independiente. Tenemos lo siguiente:

39 Literal b) del numeral 5 ("Ámbito de aplicación") de las Reglas IBA 2014.

40 Numeral 7 ("El deber de las partes y del árbitro") de las Reglas IBA 2014.

41 Numeral 1 del artículo 17 del Reglamento CCI 2021.

42 Numeral 2 del artículo 17 del Reglamento CCI 2021.

- El Reglamento CIAM 2020 señala que “el secretario administrativo se encontrará sujeto a los mismos estándares de imparcialidad e independencia que los árbitros”⁴³.
- El Reglamento AmCham 2021 precisa que “el secretario [administrativo] deberá realizar una declaración de imparcialidad e independencia que deberá ser notificada a las partes”⁴⁴.

Entonces, poco a poco se han ido implementando mayores exigencias y estándares de transparencia para que el arbitraje se mantenga como un mecanismo de solución de conflictos de confianza para los usuarios. Para lograr este objetivo, diversas instituciones arbitrales han introducido cambios con la finalidad de que las partes colaboren con la transparencia del arbitraje y que los nuevos actores como la secretaría administrativa deban efectuar una declaración de imparcialidad e independencia, manteniendo este estándar a lo largo del proceso.

G. Obligación de informar sobre la financiación de terceros (*third-party funding*)

Debido a la proliferación de la figura del *third-party funding* (o tercero financiador), el arbitraje se ha visto en la necesidad de regular el impacto que podría tener dicha figura en la transparencia del arbitraje. De esa manera, la práctica arbitral poco a poco exige que las partes informen sobre la existencia de la financiación de terceros a fin de que los árbitros puedan cumplir de una mejor manera con su deber de declarar sobre algún conflicto de interés que ponga en duda su imparcialidad e independencia.

En términos simples, a través del *third-party funding*, uno o varios terceros (personas naturales o jurídicas) buscan financiar total o parcialmente a una parte de un proceso (en este caso, de arbitraje) respecto a los gastos en que se va a incurrir por la tramitación de este. Así, el tercero asume el pago de los gastos arbitrales (e incluso los gastos de la defensa legal) de una determinada parte a cambio de un beneficio económico que dependerá del reconocimiento de los reclamos en el laudo arbitral.

Aunque desde hace mucho ha existido la figura de financiación de terceros (en un proceso arbitral o judicial), en la práctica se observaba que la participación de empresas en la financiación de una parte suponía la existencia de un posible conflicto de interés y que era necesario que se informara sobre la existencia de las financiadoras para evitar alguna afectación a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

43 Numeral 3 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

44 Numeral 3 del artículo 27 del Reglamento AmCham 2021.

De hecho, hace algún tiempo las Reglas IBA 2014 hicieron hincapié en los eventuales conflictos de intereses que se generan por los terceros financiadores y las aseguradoras, quienes podían tener un interés económico en el resultado del laudo⁴⁵.

A causa de todo lo anterior, en varios reglamentos actualmente se ha implementado la obligación hacia las partes de informar, lo más pronto posible, la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación.

Por ejemplo, en el Reglamento CCI 2021 se ha regulado la exigencia hacia las partes de “informar con prontitud ... la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje”⁴⁶.

En la misma línea, el Reglamento AmCham 2021 ha incluido tal exigencia precisando que esta implementación tiene por finalidad “contribuir con el deber de revelación de los árbitros”⁴⁷.

El Reglamento CIAM 2020 es más enfático en exigir a la parte demandante que, en su solicitud de arbitraje, informe sobre la existencia del tercero financiador⁴⁸, y da la posibilidad al tribunal arbitral de que exija a las partes no solo que revelen la identidad de la empresa financiadora, sino la información que considere oportuna⁴⁹.

Surge la duda de hasta qué punto se puede exigir a las partes respecto a la financiación. Es decir, ¿el tribunal podrá solicitar a una parte que incluso revele los términos del acuerdo de financiación? ¿Ello no implicaría una afectación a la confidencialidad del acuerdo entre la parte del arbitraje y el tercero financiador?

Esta cuestión es bastante discutida en la actualidad. Sin embargo, poco a poco, en la práctica arbitral, se irá definiendo cuál es el límite de la exigencia de revelación de la financiación hacia una parte. Lo importante es que las nuevas regulaciones de las instituciones arbitrales se dirigen a un arbitraje más transparente.

45 Literal b) de la sección 6 (“Relaciones”) de las Reglas IBA 2014.

46 Numeral 7 del artículo 11 del Reglamento CCI 2021.

47 Numeral 5 del artículo 3 del Reglamento AmCham 2021.

48 Literal f) del numeral 2 del artículo 5 del Reglamento CIAM 2020.

49 Artículo 23 del Reglamento CIAM 2020.

Pues bien, estas son las herramientas y las regulaciones que ofrecen algunas de las instituciones arbitrales más reconocidas de nuestro país y a nivel mundial para asegurar que el proceso arbitral cumpla con ser eficiente.

4. CONCLUSIONES

No resulta sorprendente afirmar que el arbitraje es elegido como mecanismo de solución de controversias debido a las distintas características positivas que presenta frente a lo que ofrece el Poder Judicial.

A pesar de esta situación, el arbitraje ha sufrido algunas caídas que han generado un poco de desconfianza y que se satanice como una alternativa para cometer actos de corrupción o ilícitos en general. Nada más alejado de la realidad para quienes conocemos a detalle cómo funciona el proceso arbitral. Sin embargo, objetivamente frente a los ojos de los ciudadanos el arbitraje ha perdido un poco de credibilidad. Al final del día, lo ocurrido se debe a que el arbitraje es perfectible, y solo la práctica permite ver en qué se está fallando y cómo se puede solucionar.

En esta tarea por devolver esa confianza al arbitraje, algunas instituciones nacionales e internacionales, como principales promotores del arbitraje, han implementado mecanismos para que este proceso sea más transparente y cumpla con ser célere. Poco a poco van recuperando la confianza en el arbitraje.

REFERENCIAS

- Algunas reflexiones en torno a la red criminal de Rodolfo Orellana.* (2014, 16 de noviembre). IUS 360. <https://ius360.com/algunas-reflexiones-sobre-la-red-criminal-de-rodolfo-orellana/>
- Moreno, L., & Cabral, E. (2016, 6 de diciembre). *Caso Lava Jato: arbitrajes a la Odebrecht.* Connectas. <https://www.connectas.org/caso-lava-jato-arbitrajes-a-la-odebrecht/>
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú. (2021).
- Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. (2020).
- Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2017).
- Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2021).
- Reglas de la International Bar Association sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional. (2014).

BIBLIOGRAFÍA

Decreto de Urgencia 20-2020, que modifica el Decreto Legislativo 1071. (2020, 23 de enero).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008, 1 de septiembre).