



Huáscar Ezcurra Rivero^(*)

Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses^(**)

Corruption and Arbitration: With regard to the IBA Rules on conflicts of interest

Resumen: En las últimas décadas el arbitraje ha experimentado un amplio desarrollo en el Perú. Sin embargo, esto no significó la ausencia de corrupción en los procesos arbitrales. En el presente artículo el autor señala algunos ejemplos en los que la corrupción se manifiesta dentro de ellos. Asimismo, se abordan sus posibles soluciones, con especial énfasis en la competencia y su condición necesaria: la información. Sobre esta última adquieren especial relevancia las Reglas IBA para la resolución de conflictos de intereses.

Palabras clave: Arbitraje - Competencia - Información - Reglas IBA

Abstract: In recent decades the arbitration has undergone extensive development in the Peru. However, this did not mean the absence of corruption in the arbitral proceedings. In this article the author points out some examples in which corruption manifests itself within them. Also, possible solutions are addressed with particular emphasis on competition, and its necessary condition: information. On this last, the IBA rules acquire special relevance for the resolution of conflicts of interest.

Keywords: Arbitration - Competence - Information - IBA Rules

¿Por qué creció tanto el arbitraje en el Perú? ¿Qué nos indica tal crecimiento sobre las preferencias de los hombres de negocio o las preferencias de los inversionistas?

En mi opinión, el crecimiento del arbitraje en el Perú se explica, en su mayor parte, por dos razones que se complementan: (i) La primera razón, y quizá la causa determinante, es el crecimiento de los negocios (mayor inversión); y (ii) La segunda razón, y complementaria, es la crisis del

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Law por la Universidad de Yale. Profesor de diversos cursos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en las áreas de Litigio, Arbitral y Derecho Concursal. Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Miembro Extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 7 de abril de 2015 y aprobada su publicación el 30 de abril del mismo año.

Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses *Corruption and Arbitration: With regard to the IBA Rules on conflicts of interest*

Poder Judicial y su manifiesta incapacidad para atender las necesidades urgentes de tales negocios en crecimiento.

Para que la inversión y los negocios crezcan se requiere un mecanismo justo de resolución de disputas, y el Poder Judicial no dio (ni da hoy) garantías de justicia. Para un país en crecimiento, como lo es el Perú a partir de la década de 1990 en adelante, el arbitraje surge como una alternativa necesaria frente a un Poder Judicial corrupto, lento y mediocre. Un Poder Judicial que se mostraba (y se muestra todavía) absolutamente incapaz de atender las necesidades de los negocios (predictibilidad, imparcialidad, tecnicismo y rapidez), no daba ninguna garantía a la inversión.

En ese sentido, desde la década de 1990 hasta la fecha el hombre de negocios manifestó, en mi opinión, clara preferencia por un mecanismo de resolución de disputas imparcial, celeridad y técnico; y un rechazo frontal al Poder Judicial. Tal rechazo al Poder Judicial implica también un rechazo a las prácticas corruptas, así como la búsqueda de prácticas mejores para atender las necesidades de los negocios.

Entonces, un voto a favor del arbitraje, lo entiendo como un voto a favor de las buenas prácticas en la resolución de disputas. Eso me llena de esperanza. Creo que estamos cambiando y caminando hacia un país mejor. Un país más justo y menos corrupto. Ahora... ¿acaso no hay corrupción en el arbitraje? Lamentablemente, sí la hay.

Les doy algunos ejemplos de malas prácticas o prácticas que calificaré como corruptas:

- a) El árbitro preferido; aquél que nombras cuantas veces puedes y quieres (para todos tus casos, todos tus clientes), Y siempre estará contigo, a tu lado, apoyándote para que ganes todos tus casos. Tú lo necesitas. Él te necesita. Tú y él son inseparables.
- b) El árbitro *puertas abiertas*; aquél con el que se puede conversar cada vez que sea necesario y conveniente. Te reúnes con él para designarlo (y allí no habría necesariamente un problema). El problema se genera cuando le cuentas el caso y le pides una opinión. Y hasta te pondrá su opinión por escrito, y luego, será consecuentemente, y aceptará ser designado árbitro por tu cliente. ¿Se imaginan quién ganó el caso? Además, el árbitro *puertas abiertas* te

contará cómo va el *partido*. Incluso tiene la gentileza de darte consejos para que profiles mejor tu defensa.

Ahora, cuando se da todo lo anterior en un solo árbitro, se perfila claramente el siguiente tipo de árbitro...

- c) El árbitro *coimero*; aquél árbitro al que se le designa, y se le pagan honorarios por el encargo de tal, se le paga legítimamente pues su trabajo consiste en ser imparcial, independiente, y diligente. Pero el árbitro *coimero* es diferente. Es uno que recibe dicho honorario, pero no es imparcial. Es tu *árbitro preferido* y también puede ser *puertas abiertas*. Siempre te favorece. En mi opinión, cuando un árbitro recibe un pago, pero no es imparcial, el pago que recibe deja de ser legítimo. En estricto se le entrega y recibe una coima. Es una coima pues lo designas y se le paga para que falle a favor de tu cliente. Tú eres un coimero y el árbitro que tu cliente designó también. Dicho de otra forma, cuando el árbitro es imparcial se llama honorario de los árbitros, cuando el árbitro es parcializado, el pago se convierte en coima.

Otro caso interesante que también se presenta, a veces mezclado con los anteriores, es el caso del abogado oculto.

- d) El abogado oculto; en ocasiones, para camuflar el conflicto de interés, y la falta de imparcialidad del árbitro, el abogado se mantiene oculto. No firma los escritos, pero los prepara; no asiste a las audiencias, pero las prepara también. Incluso, prepara un informe legal de *experto* que luego se convierte en la pieza central del laudo. Allí, si no hubo imparcialidad, sino más bien un arreglo entre el árbitro y el abogado *real*, también estamos ante corrupción. Se paga un honorario arbitral abultado, para verse favorecido y, a cambio, se entrega una decisión parcializada.



Huáscar Ezcurra Rivera

Entonces, en el arbitraje, sí hay corrupción. Ahora, ¿La corrupción en el arbitraje es tan mayoritaria como lo es en el Poder Judicial? No lo creo. Creo que en el arbitraje hay corrupción, pero hay bastante menos que en el Poder Judicial. Y ¿por qué? La razón principal es porque en el arbitraje existe competencia y la competencia funciona como un buen antídoto anti corrupción. En el arbitraje el cliente elige a su árbitro. Y la otra parte fiscalizará dicha elección. En el Poder Judicial no tengo la posibilidad de elegir. En el arbitraje además se fiscalizó y cuidó que la otra parte elija a su árbitro, respetando buenas prácticas. En el Poder Judicial no elijo y los mecanismos de fiscalización no son igualmente efectivos.

Entonces, como los árbitros son elegidos, sabiendo que serán fiscalizados, el proceso da mayores garantías para la elección de árbitros imparciales. En arbitraje, al Presidente (cuando se trata de un tribunal) lo eligen ambos árbitros por acuerdo (con coordinaciones con las partes y sus abogados). Si el Presidente es aceptable para ambos, el proceso brinda mayores garantías de imparcialidad.

No olvidemos que los abogados compiten por ganar el caso. Hay entonces incentivos muy fuertes para fiscalizar la elección del árbitro de la contraparte, y para elegir aquél árbitro que pasará la fiscalización que la otra parte con seguridad hará. De la misma forma, también existen incentivos muy fuertes para promover un Presidente que también pase la prueba de fiscalización.

Entonces, en mi opinión, la competencia entre los abogados por ganar el caso y el proceso de conformación que permite fiscalizaciones recíprocas, redundan en conformar un tribunal idóneo (imparcial y diligente) para la tarea de resolver la disputa.

En el Poder Judicial la competencia entre los abogados por ganar el caso (que sí existe), no obstante no impacta en una mejor conformación de los magistrados que decidirán el caso. Entonces, en el Poder Judicial habrá mayores probabilidades de encontrar corrupción que en el arbitraje.

En conclusión, el proceso de designación del tribunal arbitral constituye un antídoto sumamente efectivo frente a la corrupción. La alternativa del Poder Judicial simplemente no ofrece ese antídoto ni algún sustituto adecuado.

Luego, existe también competencia entre los árbitros. Efectivamente, a mayor prestigio se tenga como árbitro

imparcial, técnico, trabajador, diligente, celer; ello redundará en más encargos y encargos cada vez más importantes. En cambio, a menor prestigio, por falta de diligencia, falta de tecnicismo o incluso prácticas corruptas; ello a la larga redundará en menos encargos y encargos cada vez menos importantes.

Mi opinión es que la suma de estas dos competencias, la competencia entre abogados por ganar el caso, y la competencia entre árbitros por adquirir prestigio, mantenerlo, y acrecentarlo, redundan en menor riesgo de corrupción en el arbitraje que en el Poder Judicial.

Entonces, ¿Hay corrupción en el arbitraje? Sí la hay. Creo sin embargo que es un mal (todavía) menor, y creo que, si hacemos bien las cosas, va camino a extinguirse o a mantenerse en un nivel absolutamente residual.

Ahora ¿Por qué hay corrupción? Es, creo, la suma de ignorancia y conveniencia. Más conveniencia que ignorancia quizás. En efecto, amigos abogados (y clientes) consideran que está bien designar a un mismo árbitro varias veces. No ven un problema. También consideran que está bien reunirse con el árbitro y hablarle del fondo del caso. He escuchado varias veces decir que eso no afecta la independencia del árbitro.

Si bien algunas veces la ignorancia agudiza el problema, creo que hay una buena dosis (y quizás la mayor dosis) de conveniencia. Se considera conveniente llevar adelante tales prácticas porque con tales prácticas se incrementarían las probabilidades de ganar casos, creen algunos.

Hay quienes creen que las (malas) prácticas del Poder Judicial son trasladables al arbitraje. En el Poder Judicial puedo hablar con el juez. Saco una cita, me registran, y le explico mi caso. Lo haré cada vez que

Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses *Corruption and Arbitration: With regard to the IBA Rules on conflicts of interest*

sea necesario hacerlo. Luego, si eso está bien en el Poder Judicial, se considera que eso debe estar igualmente bien en el arbitraje.

Además, no olvidemos que hoy los abogados mal acostumbrados a las malas prácticas del Poder Judicial se dedican cada vez más al arbitraje. Entonces, los abogados son los portadores de tales malas prácticas del Poder Judicial al arbitraje. Los abogados del Poder Judicial llevan el virus de las malas prácticas del Poder Judicial al arbitraje.

¿Y cómo combatimos mejor la corrupción en el arbitraje? ¿Cómo la eliminamos o la mantenemos a un nivel residual? Hay que fomentar más competencia, y para eso considero fundamental generar más información. “La Luz del Sol es el mejor de los desinfectantes”, escribió Louis Brandeis, Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Creo que para el objetivo de generar más información es crucial el rol que desempeñan las reglas IBA sobre conflictos de intereses. Las reglas IBA reflejan las mejores prácticas sobre cómo manejar los conflictos de intereses a nivel de arbitraje internacional. No son normas obligatorias, pero son el mejor reflejo de la costumbre internacional que cada vez, en mayor medida, se convierte en costumbre local. En efecto, cada vez son más los centros arbitrales que las adoptan, y cada vez son más las partes que las aceptan como las mejores prácticas.

¿Qué son el listado rojo, naranja y verde a que se refieren las reglas IBA sobre conflicto de intereses 2004 y 2014? En mi opinión estos listados funcionan como un semáforo. Y como tal, dicho semáforo da luz para mejores decisiones y, con ello, logran asegurar una mayor competencia. Son Listados de circunstancias (roja, naranja y verde) que se considera crean o no un conflicto de intereses.

a) Bajo el Listado Rojo se incluyen circunstancias que reflejan el principio de que nadie puede ser juez y parte. No puedo, por ejemplo, nombrar árbitro al representante de una de las partes que se someterá a arbitraje, y aquí ni revelando la circunstancia ni aceptándola, se elimina el conflicto.

- b) Bajo el Listado Naranja, se recogen circunstancias que a los ojos de las partes crean dudas sobre la imparcialidad. Estas circunstancias deben revelarse, y si en 30 días no hay objeción, el silencio se entiende como aceptación.
- c) Y bajo el Listado Verde se incluyen aquellas circunstancias que desde el punto de vista específico no generan dudas sobre la imparcialidad. No hay deber de revelar en estos casos.

Todas estas reglas apuntan justamente en la misma dirección. Asegurar más y mejor información para asegurar con ello una mejor competencia. Veamos algunas reglas de las directivas IBA que considero importantes mencionar como reflejo de lo anterior.

En relación a las circunstancias incluidas bajo el listado Naranja, una de las reglas que más frecuentemente he visto aplicar es aquella según la cual, existe obligación de revelar aquellos casos en los que ocurra que el árbitro designado ha sido designado previamente, en más de tres ocasiones, en los últimos tres años, por clientes del mismo abogado o bufete de abogados⁽¹⁾. Aquí se indica que existe obligación de revelar, y si en 30 días luego de comunicada la revelación no se objeta, el nombramiento se considera aceptado. Al contrario, si se formulara una objeción, corresponderá evaluar el caso concreto. Esta obligación de revelar genera más y mejor información, y así se colabora en una competencia más transparente.

Igualmente importante es la regla contenida en las Reglas IBA sobre conflicto de intereses del 2014, según la cual el secretario o sus

(1) “3. Listado Naranja

3.3. Relaciones entre árbitros o entre árbitro y abogado

3.3.7 En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados”.



Huáscar Ezcurra Rivera

asistentes están regidos por el mismo deber de independencia e imparcialidad que los árbitros⁽²⁾. Se considera entonces que existe obligación de revelar un potencial conflicto por parte del secretario o asistente del Tribunal, conforme a listado rojo, naranja o verde, según sea aplicable. Se trata igualmente de una regla que genera, en su aplicación mayor información, y colabora en una mejor competencia.

En el mismo sentido va la regla según la cual la parte (y no solamente los árbitros o el secretario) también tienen obligación de revelar cualquier circunstancia que pueda constituir conflicto de intereses. Las reglas de la IBA sobre conflicto de intereses indican que la parte, a su propia iniciativa y a la mayor brevedad que le sea posible, está obligada a informar a los árbitros y al centro arbitral.

Finalmente, igualmente importante, para generar mejor información que asegure una buena competencia, es la obligación contenida en las Reglas IBA sobre conflictos de intereses, en su versión 2014, según la cual la parte tiene la obligación de informar la identidad de su abogado lo más temprano posible, así como tiene la obligación de informar sobre la relación del abogado y los árbitros⁽³⁾.

¿Qué más podemos hacer (más allá de las Reglas IBA) para asegurar una mejor competencia? Creo que podemos, entre otros, hacer lo siguiente:

En primer lugar, debemos ampliar la oferta de árbitros de mejor calidad. La ley de arbitraje permite que se designen árbitros extranjeros⁽⁴⁾. Entonces, si designamos árbitros extranjeros (y mejor, si escogemos a los mejores de la región) eso generará más oferta de árbitros de la mayor calidad. Eso generará más y mejor competencia. Y, en esa competencia, entre las buenas prácticas internacionales, y las malas prácticas locales que subsisten (al Poder Judicial), las buenas prácticas sin duda superarán a las malas prácticas.

En segundo lugar, y no por eso menos importante, estoy convencido que ayudaría tener otros medios para generar más información y fomentar una mejor competencia. ¿Cuáles? Se me ocurren los siguientes.

Como se sabe, los rankings de revistas especializadas como *Chambers & Partners*, generan información valiosísima sobre los árbitros más destacados de cada país. Esta información es muy útil cuando se trata de ampliar la oferta local considerando a los mejores árbitros de la región. Y esta mayor información, por ende, genera mayor competencia.

(2) "(5) Alcances

Secretarios arbitrales o administrativos o los asistentes de un árbitro o del tribunal arbitral, se encuentran regidos por el mismo deber de independencia e imparcialidad que los árbitros, y es responsabilidad del Tribunal Arbitral el asegurar que dicho deber sea respetado en toda las instancias del arbitraje". Traducción libre del siguiente texto:

"(5) Scope

Arbitral or administrative secretaries and assistants, to an individual arbitrator or the Arbitral Tribunal, are bound by the same duty of independence and impartiality as arbitrators, and it is the responsibility of the Arbitral Tribunal to ensure that such duty is respected at all stages of the arbitration".

(3) "Explicación del Estándar General 7

(...)

(b) El abogado que aparece en el arbitraje, es decir, las personas que participan en la representación de las partes en el arbitraje, deben ser identificados por las partes en la primera oportunidad. El deber de una parte de revelar la identidad de los abogados que figuran en el arbitraje se extiende a todos los miembros del equipo de abogados de esa parte y surge desde el inicio de las actuaciones". Traducción libre del siguiente texto:

"Explanation to General Standard 7:

(...)

Counsel appearing in the arbitration, namely the persons involved in the representation of the parties in the arbitration, must be identified by the parties at the earliest opportunity. A party's duty to disclose the identity of counsel appearing in the arbitration extends to all members of that party's counsel team and arises from the outset of the proceedings".

(4) "Artículo 20.- Capacidad. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro".

Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses *Corruption and Arbitration: With regard to the IBA Rules on conflicts of interest*

No obstante la utilidad de estos rankings de mejores árbitros, hay siempre el riesgo de equivocarse, pues acceder a información específica sobre las calidades del árbitro que se propone como candidato, es en ocasiones muy costoso. Entonces, es válido preguntarse cómo mejoramos el acceso a más información, y con eso, cómo logramos reducir el riesgo de error.

Creo que sería sano que se generaran más rankings y que tales rankings brindaran al mercado información más específica sobre las calidades de los árbitros.

Por ejemplo, sería muy conveniente que los centros arbitrales (como son los centros arbitrales de AMCHAM, La Cámara de Comercio de Lima, y la PUCP) trabajaran en la creación de rankings que nos den a los usuarios de sus servicios arbitrales información más precisa sobre, por ejemplo, los árbitros percibidos como los más diligentes, los más técnicos, los que trabajan los laudos más claros, los que conducen los procesos más cortos, los que son percibidos como los árbitros imparciales o, al contrario, los que son considerados poco diligentes, parcializados, los árbitros más recusados, etcétera.

Considero que esta mayor información, adecuadamente seleccionada, filtrada, medida y con eso convertida en conocimiento, crearía acaso un ambiente mejor para una mayor y mejor competencia, en la que las buenas prácticas arbitrales destaquen y superen a las malas prácticas. Creo que trabajar en ese sentido sería un antídoto mejor contra las malas prácticas actuales.

Incluso, así como la competencia en el mercado de servicios hoteleros mundial, ha mejorado sustancialmente gracias a la mejor información y conocimiento que se genera con una aplicación como *trip advisor* que

se descarga en cualquier *smartphone*, en segundos y sin costo, creo que podría hacerse algo similar en el mercado arbitral ¿Por qué no pensar crear en una aplicación de naturaleza similar para generar mayor información y mayor competencia en el mercado arbitral? ¿No será ese el futuro de los rankings actuales contenidos en revistas como *Chambers & Partners*? Creo que ese es el futuro, y si las revistas actuales especializadas en rankings no toman esa iniciativa empresarial, otras revistas nuevas surgirán y lo harán.

La resolución de disputas bajo arbitrajes es un servicio, y si quienes demandamos tal servicio lo demandamos es porque requerimos: (i) Imparcialidad; (ii) Diligencia; (iii) Celeridad, entre otros. Como ocurre en cualquier otro mercado de servicios, tenemos derecho a recibir más y mejor información sobre el desempeño de los árbitros y los centros arbitrales para poder conocer y medir mejor su imparcialidad, diligencia y celeridad. Téngase en cuenta que ninguna de estas exigencias de mayor información afectaría el carácter confidencial de las actuaciones arbitrales. Por tanto, considero que no es correcto el argumento según el cual la propuesta contenida en este artículo afectaría la confidencialidad.

Entonces ¿Corre el arbitraje el riesgo de convertirse en corrupto, lento y mediocre? ¿Es posible que con el tiempo y con su crecimiento el arbitraje padezca los mismos males del Poder Judicial? No lo creo. Creo que la mayor información y mejor competencia son el antídoto al virus de la corrupción. Y considero que mientras la competencia exista, seguirá ocurriendo que las buenas prácticas superarán a las malas prácticas.

No obstante, es fundamental estar atentos. Mantenerse alerta. Crear nuevos rankings que faciliten el acceso, a bajo costo, a la información pertinente, para una mayor competencia.

El virus de la corrupción existe. Está vivo, y buscará sobrevivir y propagarse. Hay que mantener los antídotos actuales para combatirlo y tenerlo a raya (algunos de los cuales se mencionan en este artículo). Además, es fundamental revisar, mejorar y sofisticar permanentemente dicho antídoto. No olvidemos que, como escribió Louis Brandeis, Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos “La Luz del Sol es el mejor de los desinfectantes”. 