

NO PAIN, NO GAIN: NUEVE PROPUESTAS PARA MEJORAR EL FUTURO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

NO PAIN, NO GAIN: NINE PROPOSALS TO IMPROVE THE FUTURE OF INTERNATIONAL ARBITRATION

José María de la Jara*
Bullard, Falla y Ezcurra +
Pontificia Universidad Católica del Perú
Ex miembro de THĒMIS-Revista de Derecho

Julio Olórtegui**
Bullard, Falla y Ezcurra +
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

The figure of international arbitration is briefly defined as a method of conflict resolution in the international level, alternative to the Administration of Justice, emphasizing its neutrality, speed and confidentiality.

This article shows the new challenges faced by arbitrators, in terms of choice, length of process and efficiency in decision making. In addition, it proposes nine solutions to improve arbitration performance and abbreviate the process of taking decisions.

KEYWORDS: *International arbitration; arbitration award; procedure.*

La figura del arbitraje internacional, es definida brevemente como un método de resolución de conflictos en el ámbito internacional alternativo a la Administración de Justicia destacando su neutralidad, rapidez y confidencialidad.

Este artículo pone de manifiesto los nuevos retos que afrontan los árbitros, en cuanto a la elección, duración del proceso y eficiencia en la toma de decisiones. Además, propone nueve soluciones para mejorar el desempeño arbitral y acortar la emisión de decisiones.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje internacional; laudo arbitral; procedimiento.*

* Abogado. Profesor de Análisis Psicológico del Derecho en la Universidad del Pacífico. Profesor Adjunto del curso de Seminario de Integración en Estrategia Procesal y Litigación Oral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Abogado. Asociado del estudio Bullard, Falla y Ezcurra. Intern at Dechert LLP (Paris) – International Arbitration Department.

I. LOS TRES RETOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La idea del arbitraje como una jurisdicción excepcional frente a la de las cortes nacionales ha quedado atrás. Hoy en día, las empresas lo consideran el principal mecanismo para resolver sus conflictos. Así, los papeles se han invertido: el proceso arbitral se ha convertido en la regla general para resolver las grandes controversias, mientras que los jueces son llamados excepcionalmente.

Ahora, si bien este mecanismo sigue manteniendo las principales características que lo han hecho tan popular (permitir a las partes elegir a sus propios juzgadores, flexibilidad y celeridad, emitir una decisión vinculante que no admite cuestionamiento de fondo), también es cierto que dichas cualidades se han convertido ya en un estándar. ¿Cuál es el problema? Que el mercado no busca servicios estándar, sino servicios VIP.

Así pues, el arbitraje en la actualidad se encuentra frente a la difícil tarea de superarse a sí mismo para poder responder a las exigencias cada vez más altas de sus usuarios. Los autores hemos identificado principalmente tres retos que enfrenta el arbitraje para mejorar como procedimiento de resolución de conflictos.

El primer reto: identificar a los mejores árbitros. Elegir un árbitro que no cumpla con sus expectativas es un error que las partes no puede darse el lujo de cometer. Pero para poder seleccionar de forma correcta a un árbitro, es necesario contar con información, la cual en muchos casos es difícil de obtener. Para superar este problema, el presente artículo presenta cuatro propuestas.

El segundo reto: conseguir que los arbitrajes sean aún más céleres. Si bien el arbitraje sigue siendo más rápido que las cortes nacionales, la sofisticación de las relaciones comerciales hace inviable que las partes se encuentren inmersas en conflictos por largos periodos. No hay que olvidar que quienes usan al arbitraje son comerciantes; el arbitraje no es su rubro de negocios. El presente artículo presenta tres propuestas para superar este reto.

El tercer desafío: mejorar el proceso deliberativo y la calidad de las decisiones. Las partes pactan que sus controversias sean resueltas por un cuerpo

colegiado con la finalidad de que la decisión sea la mejor posible. El problema, es que en muchas oportunidades no se logra este objetivo, ya sea por desorganización o por problemas al interior del Tribunal. Para superar este problema, presentamos dos propuestas.

A continuación, discutiremos sobre cada uno de estos retos y nueve propuestas para superarlos, con la finalidad de obtener un mejor proceso arbitral que se adapte a las exigencias del mercado.

II. PRIMER RETO: IDENTIFICAR A LOS MEJORES ÁRBITROS

El arbitraje es una criatura del consenso. Esto es un cambio sustantivo. Implica reconocer que las partes tienen el poder de desprenderse de las fallencias de la justicia ordinaria y de la asignación de juzgadores en base a materia, turno y grado.

De esta manera, las partes toman control sobre el destino de sus controversias. Son ellas quienes moldean el proceso dependiendo de sus expectativas y, especialmente, deciden quiénes estarán encargados de decidir sobre las controversias que podrían surgir en el futuro.

Esta renuncia no es gratuita. Las partes asumen el riesgo de sus decisiones y, específicamente, el riesgo de nombrar a un tribunal que no esté a la altura de sus expectativas. Como señalan Redfern y Hunter, "la calidad del tribunal arbitral hace o quiebra el proceso"¹.

No existe —ni debería existir— un recurso para desistirse a mitad del proceso de una designación equivocada. Si el árbitro nombrado carece de tiempo, conocimiento, experiencia o habilidades para administrar el proceso, a la parte que realizó tal nombramiento solo le queda "ir a llorar al río".

Al respecto, la encuesta del 2015 de White & Case LLP y Queen Mary University of London [en adelante, el Reporte del 2015] preguntó cuáles eran las características del arbitraje internacional más repudiadas del arbitraje internacional.² Las respuestas reflejan que existe una demanda por mayor información sobre los árbitros. Ver gráfico 1.

En concreto, la falta de conocimiento previo sobre la eficiencia de los árbitros fue elegida como la ter-

¹ REDFERDN, Alan y Martin HUNTER. "It is above all the quality of the arbitral tribunal that makes or breaks the process". Traducción libre. En: *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 95. 1999. p. 190.

² WHITE & CASE LLP Y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. "International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". p. 7. En: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

Gráfico 1. What are the three worst characteristics of international arbitration?

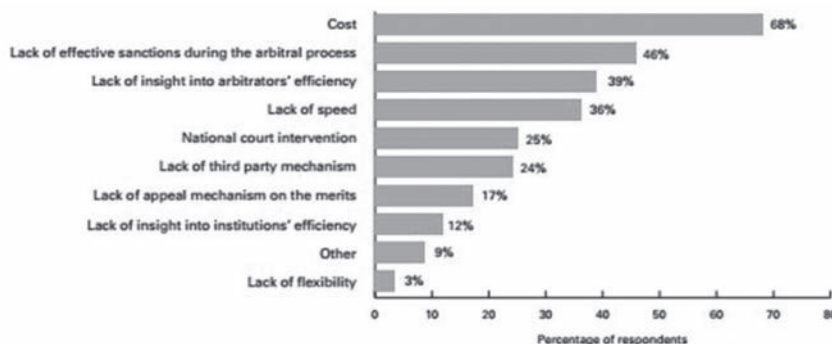
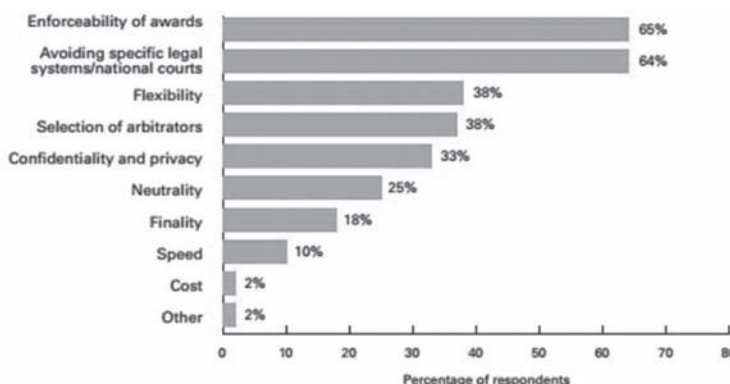


Gráfico 2. What are the three most valuable characteristics of international arbitration?



cera peor característica del arbitraje internacional. Ello, además, tiene impacto directo en el costo y la lentitud de los procesos (primera y cuarta característica, respectivamente).

En ese sentido, el reporte muestra que no hay correspondencia entre el mayor costo del arbitraje y los beneficios que ofrece. Si el proceso arbitral va a exigir un mayor desembolso de dinero, las partes requieren que éste sea más efectivo (sanciones durante el proceso) y eficiente (mayor rapidez).

En realidad, esta reacción significa que las partes quieren reducir los riesgos que asumen al designar a un tribunal arbitral. Ya no quieren confiar a ciegas en los árbitros; demandan tener más información sobre su eficiencia, su historial y sus habilidades de manejo del proceso.

En nuestra opinión, las siguientes cuatro propuestas ayudarían a resolver el problema de asimetría informativa entre los usuarios del arbitraje, democratizando el acceso a la data, permitiendo que nuevos árbitros se introduzcan al mercado con mayor facilidad y que los malos elementos sean identificados y separados con mayor rapidez.

A. Primera propuesta: mayor transparencia sobre conflictos de intereses

La confidencialidad es reconocida como una de las características principales del arbitraje. De hecho, ello fue confirmado por el 33% de los participantes del Reporte del 2015³. Ver gráfico 2.

Los resultados de esta son consistentes con los obtenidos en la encuesta del 2010 de White & Case LLP y Queen Mary University of London (el Reporte del 2010), donde el 65% de los participantes señaló que la confidencialidad es una característica “muy importante”, mientras que el 50% respondió que el arbitraje es confidencial aún si no existe una provisión expresa que lo indique.⁴

Pese a esto, una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional hoy en día es promover mayor transparencia en el arbitraje internacional. A simple vista, ello podría parecer contradictorio. ¿Cómo se puede promover la transparencia sin minar la confidencialidad del arbitraje?

A inicios del presente año, la International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce [en adelante, CCI] dio un paso importante

³ Ibid. p. 6.

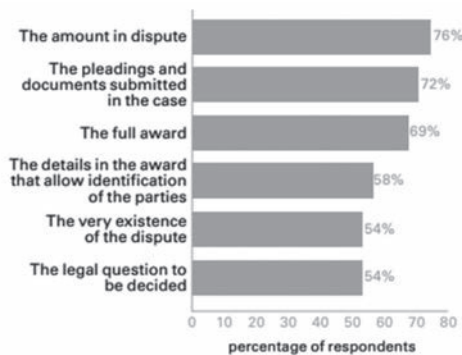
⁴ Ibid. p. 29.

para encontrar ese balance. En concreto, la nueva política de la CCI consiste en publicar la información de los casos que administra; es decir, quiénes son los árbitros de cada caso, sus nacionalidades, si es que estos fueron elegidos por la parte o designados por la corte⁵.

Esta medida, que está vigente y se viene aplicando con éxito desde junio del 2016⁶, brinda a las partes mayor información respecto a i) los casos CCI en los que están los árbitros que desean designar y, especialmente, ii) mayor información para evaluar posibles conflictos de intereses respecto a la participación de árbitros en varios procedimientos.

De esta forma, la medida de la CCI presenta un interesante balance entre la transparencia y la confidencialidad del arbitraje internacional. Vale la pena resaltar que, de acuerdo a los resultados del Reporte del 2010, la información publicada por la CCI no se encuentra dentro de la información que a las partes les importa que sea confidencial⁷. Ver gráfico 3.

Gráfico 3. Top aspects of the arbitration that should be kept confidential (based on multiple responses)



Consideramos que aplicar una medida similar traería consecuencias positivas en el Perú. Si bien el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, contiene un artículo que señala de forma expresa que el arbitraje es confidencial⁸, hacer pública la misma información que hoy en día publica la CCI no iría en contra de esta provisión⁹. Una medida como esta debe ser imitada.

B. Segunda propuesta: revelaciones más amplias sobre las habilidades de los árbitros

Antes de designar a un árbitro, sería útil conocer si apoya la celebración de “audiencias ómnibus”, qué tan permisivo es para los interrogatorios cruzados, cuánto tiempo en promedio demora en redactar el laudo, entre otras preferencias procedimentales y habilidades para manejar el caso.

Sin embargo, en la actualidad simplemente no existe una manera confiable de obtener dicha información. Como resultado, las partes y los estudios de abogados buscan y se basan en información transmitida de boca en boca sobre el desempeño de los tribunales. En ese sentido, Vidak-Gokjovic, Greenwood y McIlwrath señalan que:

“Ante la ausencia de alternativas, las partes se ven forzadas a recurrir a información anecdótica transmitida de boca en boca, canales poco fiables y filtros dudosos. Se otorga en secreto información limitada que a menudo no es verificada, complementada con datos con frecuentes estériles o que simplemente fueron extraídos sin mayor atención de un currículum”¹⁰.

Este tipo de búsqueda es sumamente subjetivo. La información recabada suele ser anecdótica y refle-

⁵ INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. “Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency”. En: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

⁶ INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Óp.cit. Loc. Cit.

⁷ WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 31.

⁸ Artículo 51.- “Confidencialidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones”.

⁹ El artículo 51 de la Ley de Arbitraje es claro al señalar que la confidencialidad se guarda respecto al curso de las actuaciones arbitrales, el laudo, y la información que se obtenga de estas. Que los centros de arbitraje publiquen el nombre de los árbitros, sus nacionalidades y si estos fueron designado por las partes o por el Corte de Arbitraje no contraviene dicha disposición.

¹⁰ VIDAK-GOJKOVIC, Ema; GREENWOOD, Lucy y Michael MCILWRATH. Chapter II: “The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Puppies or Kittens? How to Better Match Arbitrators to Party Expectations”. En: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCHKE, PITKOWITZ, POWER, WELSER & ZEILER (editores). “Austrian Yearbook on International Arbitration”. Viena: MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH. 2016. p. 64.

ja solo una versión de la historia. Además, la apertura para compartir información sensible –que es justamente el tipo de datos que resultan más relevantes– depende de la confianza que existe entre el que responde y quien realiza la indagación.¹¹

Asimismo, este mecanismo demanda mucho tiempo. Al ser considerado un favor, es aconsejable que la pregunta se realice a través de una llamada telefónica. De esta manera, además, se otorga mayor libertad para opinar (las palabras se las lleva el viento, el texto en un *e-mail* queda grabado para siempre). Así pues, preguntar sobre el desempeño del árbitro en cuestión requiere llamar a distintas personas, hacer *small talk* con cada una de ellas, responder preguntas vinculadas o no vinculadas que puedan tener (no todo es gratis).

Todo ello sin la seguridad de que la persona al otro lado de la línea tiene información valiosa, reciente, imparcial y, en realidad, sin siquiera saber si ha tenido la oportunidad de ver al árbitro en la cancha.

Frente a ello, Vidak-Gojkovic, Greenwood y McIlwrath proponen que los árbitros deberían llenar un cuestionario antes de ser incorporados a los centros arbitrales.¹² En este se daría la posibilidad a los árbitros de revelar, si así lo desean, sus preferencias sobre el manejo del proceso, en una escala del uno al cinco (donde uno es “siempre” y cinco es “nunca”)¹³. De esta manera, los usuarios del arbitraje tendrían la posibilidad de conocer mejor a los potenciales árbitros y así tomar una decisión más informada¹⁴.

Tomando como base dichas preguntas, en el Anexo 1 de este artículo proponemos un cuestionario de 22 preguntas respecto a las preferencias de los árbitros sobre cinco asuntos: i) elección del tribunal, ii) disponibilidad de tiempo y método de trabajo, iii) estilo de decisiones, iv) pruebas y audiencias y v) deliberación y emisión de laudo.

Las respuestas a estas preguntas, y a otras que el mercado demande, permiten disminuir los riesgos que asumen las partes al designar a árbitros sin contar con información suficiente. Esto permite

acercar las expectativas de las partes al servicio que realmente reciben, incrementando su satisfacción con el sistema arbitral, así como acelerar el filtro de los malos elementos del arbitraje (quienes se verían obligados a no declarar o mentir en los formularios, lo cual llevaría a airadas quejas por parte de quienes lo designen y, eventualmente, a destierro al lado oscuro del arbitraje).

C. Tercera propuesta: entrevistas más profundas

La entrevista con los posibles candidatos es un mecanismo alternativo para obtener información sobre los árbitros. Aquella permite moldear la conversación a las respuestas del árbitro y, por tanto, promete una visión más profunda de sus habilidades.

Sin embargo, la entrevista demanda más tiempo, implica un contacto personal que puede ser interpretado como un nombramiento casi asegurado (y una consecuente molestia si tal designación nunca llega) y puede incomodar a algunos árbitros.

De hecho, según el reporte del 2012 de White & Case LLP y Queen Mary University of London [en adelante, el Reporte del 2012], hasta 40% de los encuestados cree que solo a veces es apropiado tener entrevistas previas, mientras que 12% considera que no deberían llevarse a cabo. Notablemente, solo el 70% de entrevistados en Latinoamérica declararon haber tenido experiencia con entrevistas previas, frente a un 87% de profesionales de Norte América.¹⁵

Asimismo, no todos los usuarios del arbitraje –incluyendo a los árbitros– tienen claro qué asuntos pueden ser tratados en una entrevista. Al respecto, el mismo reporte de White & Case LLP refleja que, por ejemplo, 64% de los encuestados creen que es inapropiado preguntarle al árbitro si es un constructor o alguien influenciado por la equidad, 30% considera que no puede existir una discusión sobre sus preferencias procedimentales (por ejemplo, si aceptaría audiencias por videoconferencia) y, notablemente, 28% cree que no está permitido conversar sobre potenciales nomi-

¹¹ Ibid. 2016. p. 79

¹² Esto también podría ser replicado en los organismos que no tienen lista de árbitros, como la Cámara de Comercio Internacional. Para ello, bastaría que cada árbitro incluya el formulario en la página web de su estudio o en su perfil de LinkedIn.

¹³ VIDAK-GOJKOVIC, Ema, GREENWOOD, Lucy y Michael MCILWRATH. Óp. cit. pp. 69-71.

¹⁴ Conviene destacar otra propuesta interesante pero que, por el momento, nos parece más difícil de implementarse: que los árbitros tomen *tests* de personalidad para poder tener información sobre su compatibilidad con distintos co-árbitros. Ver: MICHAELSON, Peter. “Enhancing arbitrator selection: using personality screening to supplement conventional selection criteria for tripartite arbitration tribunals”. En: [http://www.mandw.com/PUBLICATIONS/CIArb%20-%20Enhancing%20Arbitrator%20Selection%20\(2010%20-%2076%20Arbitration%2098--112\).pdf](http://www.mandw.com/PUBLICATIONS/CIArb%20-%20Enhancing%20Arbitrator%20Selection%20(2010%20-%2076%20Arbitration%2098--112).pdf)

¹⁵ WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 6.

nados a presidente. En nuestra opinión, estos tres temas sí podrían ser materia de discusión en una entrevista¹⁶. Ver gráficos 4 y 5.

En vista de lo anterior, consideramos que el futuro del arbitraje depende también de un mayor uso de las entrevistas previas, así como de una mayor apertura de los árbitros frente a ellas. Así pues, creemos que el Cuestionario (Anexo 1) también podría ser utilizado como una guía para entrevistas previas. Ello permitiría satisfacer las expectativas del mercado de disminuir los riesgos asumidos por las partes, pudiendo conocer mejor las preferencias procedimentales, conductuales e ideológicas de los árbitros.¹⁷

D. Cuarta propuesta: feedback y ranking de desempeño

Las partes podrían tomar decisiones más informadas al elegir a un árbitro para que resuelva la controversia si tuvieran a su disposición cuestionarios sobre las preferencias procedimentales y la posibilidad de llevar a cabo una entrevista previa en la que puedan realizar preguntas sobre dichas particularidades sin generar incomodidades.

Sin embargo, y al menos hasta que los centros de arbitraje no tomen una posición firme sobre los cuestionarios como filtro previo para incorporar árbitros a sus listas, el éxito de dichas medidas depende finalmente de la disponibilidad, apertura y honestidad de los árbitros en cuestión.

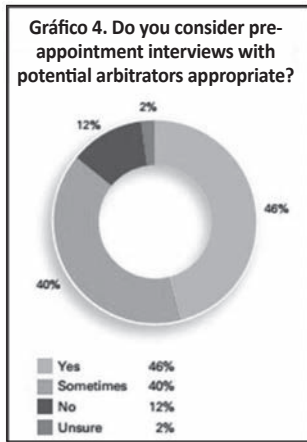
Por ello, creemos que las medidas mencionadas deben ser complementadas con *feedback* de los usu-

rios sobre su experiencia con distintos árbitros. Actualmente dicha información es conocida únicamente por quienes formaron parte del arbitraje e, indirectamente, por conversaciones informales.

En ese sentido, el primer paso consiste en liberar esa información, implementando mecanismos que permitan a las partes compartir su experiencia una vez que el proceso haya terminado. Ello ya ha sido implementado por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong con distintos formularios de evaluación del desempeño del centro, así como del manejo del caso por parte de los distintos tipos de árbitros (árbitro de emergencia, árbitro único y tribunal arbitral).

Sobre este último punto, el cuestionario permite a los usuarios calificar del uno al cinco: i) la preparación y familiaridad de los árbitros con las leyes y reglas aplicables, ii) su destreza para facilitar un proceso justo, neutral y efectivo, iii) sus habilidades de organización y manejo del caso, iv) su pericia para lidiar asuntos probatorios, v) sus habilidades de comunicación, (vi) su proceso de toma de decisiones y vii) su evaluación general. El Anexo uno de este artículo incluye el formulario para arbitrajes administrados y decididos por un tribunal arbitral.¹⁸

El futuro es aún más prometedor. Es así que el *Arbitrator Intelligence*, dirigido por Catherine Rogers, está recolectando laudos y decisiones en todo el mundo.¹⁹ De esta manera, esta iniciativa plantea democratizar el acceso a información crítica sobre la manera en que los árbitros toman decisiones,



¹⁶ Ibid. Loc. cit.

¹⁷ Repetimos, el uso debe ser responsable: no debe aceptarse cualquier intento de conocer la opinión previa del árbitro respecto a la controversia.

¹⁸ ARBITRATION EVALUATION FORM. "HKIAC Administered Arbitration". En: http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Arbitration%20Evaluation%20Form%20-%20Administered%20%28parties%29.pdf

¹⁹ ARBITRATOR INTELLIGENCE. "Arbitrator Intelligence aims to promote transparency, accountability, and diversity in arbitrator appointments". En: <http://www.arbitratorintelligence.org/>

promover un procedimiento más seguro y eficiente de designación de árbitros e incrementar la visibilidad de nuevos jugadores. De hecho, al día de hoy, *Arbitrator Intelligence* cuenta ya con más de 1360 laudos, correspondientes a las sedes que aparecen en el siguiente mapa:



Finalmente, en nuestra opinión, una propuesta que cambiaría radicalmente el sistema arbitral viene siendo promovida hace algunos años por Huáscar Ezcurra. En concreto, Ezcurra enfatiza la necesidad de facilitar el intercambio de información entre los usuarios del arbitraje a través de un mecanismo centralizado –lo llama *Arbitrator Advisor*– que permita que comparen sus experiencias y califiquen las distintas cualidades de los árbitros. Así, al igual que en *Trip Advisor*, las partes tendrían la oportunidad de comparar las distintas opciones con información de quienes ya tuvieron la experiencia, disminuyendo los costos de transacción y los riesgos que asumen al “comprar” la decisión de elegir a un árbitro en particular.

III. SEGUNDO RETO: LOS PROCESOS NO SON LO SUFICIENTEMENTE RÁPIDOS

La celeridad es reconocida como una de las características del arbitraje frente a la solución de controversias ante las cortes nacionales. Sin embargo, la sofisticación del arbitraje, la concentración de las designaciones en pocos árbitros (*repeat player effect*), la falta de incentivos suficientes para laudarse en menos tiempo y, en los últimos años, la

“paranoia del debido proceso²⁰” han causado que los procesos no sean tan rápidos como lo que las partes esperan.

Las siguientes propuestas se refieren a dicho problema.

A. Quinta propuesta: limitar la extensión de la producción de documentos²¹

El proceso de *discovery* y la producción de documentos permiten a las partes de un arbitraje internacional obtener información. Se cree que la nueva evidencia obtenida las conducirá a tomar conciencia de sus propias debilidades y fortalezas y por lo tanto fomentará un acuerdo. Sin embargo, esto ocurre muy pocas veces. De hecho, si la extensión del procedimiento de producción de documentos no se adapta al conflicto específico, es posible que éste solo cause una pérdida de tiempo y dinero a las partes.

En ese sentido, el Reporte del 2010 concluye que la entrega de documentos es la etapa que contribuye más a alargar los procesos arbitrales²². Como los abogados suelen cobrar por hora, entre más largo el arbitraje, mayores serán los costos para el cliente. Asimismo, 64% de los encuestados por la Investigación sobre Arbitraje Internacional llevada a cabo por Berwin Leighon Praisner [en adelante, el Reporte BLP] indica que la producción de documentos aumenta considerablemente los costos²³.

Dado el tiempo que consume y los costos, sería de esperar que la producción de documentos tenga un impacto directo en el laudo. Este no es el caso. De hecho, la información obtenida rara vez tiene un efecto importante en el resultado final. Así, en el Reporte del 2012²⁴, 41% de los encuestados dijeron que la revelación de información afectó el laudo de 0 a 2.5 veces de cada diez casos que tuvieron en los últimos cinco años, mientras que solo 8% de los encuestados del Reporte BLP sintieron que este procedimiento contribuyó de manera significativa a un resultado favorable.

²⁰ La “paranoia del debido proceso” se refiere a la renuencia de los tribunales por actuar de manera decisiva, temiendo que el laudo sea cuestionado a través de una anulación por una supuesta vulneración al debido proceso. En ese sentido, ciertos árbitros tienden a favorecer continuas extensiones de plazos, admitir evidencia nueva al final del proceso o perdonar conductas de mala fe por parte de los abogados. WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 10.

²¹ DE LA JARA, José María. “The irrationality of document production in international arbitration”. En: <http://www.youngiccablog.com/the-irrationality-of-document-production-in-international-arbitration/#more-858>

²² WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 11.

²³ BERWIN, Leighton. “International Arbitration research based report on perceptions of document production in the arbitration process”. p. 45. En: http://www.blplaw.com/media/International_Arbitration/BLP_International_Arbitration_Survey_2013_.pdf

²⁴ WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 13. En: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>

Entonces, la evidencia demuestra que la revelación de información podría ser más eficiente. Es más, el intercambio de documentos entre las partes no siempre puede ayudar a alinear su percepción sobre debilidades y fortalezas de sus propios casos. De hecho, la evidencia psicológica sugiere que el sesgo de confirmación en el procedimiento de producción de documentos podría llevar a un exceso de confianza, polarización, e incluso llevaría a las partes a separarse y alejarlas de resolver el caso.

Por esta razón, proponemos realizar el siguiente examen de tres pasos antes de sumergirse en un procedimiento de producción de documentos:

- i) Examen de Necesidad. ¿Mi cliente realmente necesita una etapa de producción de documentos? De ser así, ¿qué tan extensa debe ser? ¿Existe alguna alternativa?

Para prevenir el choque cultural y reducir la incertidumbre sobre la extensión de la etapa de producción de documentos²⁵, el equipo que redacte el convenio arbitral debe evaluar si las Reglas IBA Sobre la Obtención de Pruebas en Arbitraje Internacional (“Reglas IBA”) podrían ser incluidas dentro de la redacción del convenio arbitral. El estándar propuesto por estas reglas (“relevantes para el caso y sustanciales para su resolución”) es ampliamente aceptado y es más probable que sea aceptado antes de que surja una controversia.

Luego, el gerente legal de la empresa debe decidir si es conveniente contratar a un equipo de litigio externo. Un litigante tiene la experiencia para decidir qué evidencia recopilar antes de que la controversia surja, reduciendo la necesidad de una etapa de producción de documentos.

Además, un equipo de litigio sabe cómo proteger la confidencialidad de información privada y personal (Ejemplo, privilegio abogado-cliente), cómo prevenir fugas de información, datos contradictorios entre los miembros del equipo y, sobre todo, la pérdida de documentos (Ejemplo, si un empleado deja de trabajar en el proyecto toda su información debe ser guardada). Entonces, si un equipo de litigio toma el control del caso desde el inicio,

la mayoría de la información debería estar ya organizada y la etapa de producción de documentos podría no ser necesaria.

Finalmente, se deben tener en cuenta alternativas menos costosas. Por ejemplo, las entidades públicas están obligadas a entregar documentos que estén sujetos a solicitudes de acceso a la información pública. En Perú, este proceso es más rápido que un *discovery* y que la etapa de producción de documentos, durando aproximadamente un mes.

- ii) Examen de Eficiencia. ¿Cómo promuevo la eficiencia? ¿Qué medidas son aconsejables?

De acuerdo al Reporte del 2015, trabajar con el abogado de la contraparte para reducir los problemas y la producción de documentos son las mejores opciones para reducir el tiempo y costo en el arbitraje internacional.²⁶ Sin embargo, muy pocos abogados lo hacen. De hecho, solo 4% de los encuestados por el Reporte BLP declararon que se reunieron con sus oponentes para discutir el proceso de producción de documentos.

La respuesta, entonces, es clara: los litigantes deberán evaluar si es que es aconsejable trabajar con los abogados de la contraparte para reducir la producción de documentos. En este escenario, también podrían revisar si existe un margen de negociación suficiente para incluir las Reglas IBA o al menos un compromiso para usar el *Redfern Schedule*²⁷, que sorprendentemente, solo es usado por el 37% de los litigantes arbitrales²⁸.

- iii) Examen cognitivo. ¿Debería mi cliente mantener una “mentalidad de resolución”? ¿cómo manejo el sesgo de confirmación?

Alentar un arreglo o promover la mediación son dos de las medidas más elogiadas para reducir tiempo y costos en el arbitraje internacional. Incluso cuando cada cliente no está dispuesto a negociar, ni todos los casos pueden ser fácilmente resueltos, los litigantes siempre deben evaluar si resolver y “cerrando capítulos” es beneficioso para sus clientes.

²⁵ Los litigantes del *Common Law* están acostumbrados al *discovery*, mientras que los practicantes del *Civil Law* utilizan etapas de producción de documentos bastante acotadas, si alguna.

²⁶ WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 16. En: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>

²⁷ El *Redfern Schedule* es un documento utilizado para la etapa de producción de documentos, creado por Alan Redfern y en el que contribuyen el demandante, el demandado y el tribunal arbitral. Su objetivo es facilitar la revisión de cada uno de los pedidos de documentos, las objeciones y las respuestas a éstas. Ello facilita la tarea del tribunal, quien al final puede concluir con su decisión sobre cada pedido de revelación de documentos.

²⁸ WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 34. En: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>

El sesgo de confirmación evita que los litigantes puedan evaluar de manera racional las nuevas pruebas obtenidas durante la etapa de producción de documentos. Por tanto, es aconsejable utilizar técnicas de desesgamiento como, por ejemplo, tener en cuenta la perspectiva de la contraparte, pedirle a un miembro del equipo que actúe como el “abogado del diablo” o solicitarle a un abogado que dé una mirada fresca al expediente.

Por otra parte, también se podría contratar a un abogado externo dedicado únicamente a llegar a una conciliación. Sus consejos no estarían contaminados por la perspectiva sesgada del equipo de litigio y podría encontrar un camino razonable para alentar a las partes a llegar a un acuerdo²⁹.

En suma, las partes y los abogados deben estar conscientes de los sesgos cognitivos que están presentes al momento de analizar pruebas y trabajar en adaptar la etapa de producción de documentos a las exigencias del caso concreto. Si no se hace correctamente, dicho procedimiento puede terminar separando a las partes y costando más tiempo y dinero que lo previsto inicialmente.

Un equipo adecuado del litigio debe estar siempre preparado de antemano para evitar tal inversión irracional por su cliente. Como Benjamin Franklin dijo: “al no prepararse, se está preparando para fallar”.

B. Sexta propuesta: crear incentivos para acelerar la emisión de laudos

Según el Reporte del 2010, la demora en la emisión del laudo es el quinto aspecto que toma más tiempo en el arbitraje.³⁰

A nuestro entender, dicho escenario responde principalmente a la falta de incentivos para satisfacer las expectativas temporales de las partes. Frente a ello, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, ha emitido el presente año dos medidas que promueven mayor celeridad y eficiencia en esta etapa del arbitraje.

La primera, tomada a inicios del presente año, implica imponer sanciones económicas a los árbitros,

que impactan directamente en sus honorarios. Así, los árbitros cobrarán cada vez menos hasta que cumplan con remitir los borradores del laudo a la Corte para que ésta realice el escrutinio.

Así, esta medida toma como punto de quiebre la última actuación arbitral sustantiva, ya sea esta una audiencia o escrito (lo que normalmente se conoce como escrito post audiencia). Si los árbitros se demoran más de 7 meses en presentar el borrador de laudo, sus honorarios podrán verse reducidos entre un 5 a 10%; si demoran más de diez meses, podrían reducirse entre un 10 al 20%; finalmente, si demoraran más de diez meses, la Corte podría reducir sus honorarios entre un 20% a más³¹.

De esta forma, la CCI golpea donde más duele: en el bolsillo. Somos de la opinión que este incentivo negativo será una buena medida para asegurar mayor celeridad y eficiencia en el proceso arbitral, promoviendo que los árbitros que ya tengan una gran carga arbitral tengan una razón más para pensar dos veces si aceptar un arbitraje adicional.

Consideramos que esta también debería ser adoptada por los centros de arbitraje nacionales. Si bien nuestra Ley de Arbitraje cuenta con una causal expresa de anulación de laudo si es que este se emite de forma extemporánea, en muchos casos los tribunales se demoran meses en cerrar instrucción, los cuales son utilizados como un “periodo de gracia” para la preparación del laudo. Una medida como esta ayudaría a frenar esta práctica.

Por otro lado, la CCI ha emitido una medida adicional centrada en la celeridad de la propia Corte Internacional, con la posibilidad de **realizar descuentos en los gastos administrativos si la Corte se demora en la revisión del laudo**; y es que, si bien el escrutinio del laudo ejercido por la Corte constituye una garantía adicional otorgada por la CCI sobre la validez y ejecutabilidad del laudo, esta también retrasa la emisión de la decisión. [El énfasis es nuestro].

Ante esto, en la última versión de la “Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI”³², se ha establecido que en caso

²⁹ RACHLINSKI, Jeffrey y Jeff WISTRICH. “How Lawyers’ Intuitions Prolong Litigation”. En: SSRN Electronic Journal 34. 2015.p. 133.

³⁰ WHITE & CASE Y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 31. En: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>

³¹ INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. “Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency”. En: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

³² Esta nota puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Practice-notes,-forms,-checklists/>

la Corte se demore más de cinco o seis semanas en revisar el proyecto de laudo, y de no existir circunstancias excepcionales ajenas al control de esta, los gastos administrativos del proceso se podrían reducir hasta en un 20%³³.

Si bien no tenemos conocimiento que actualmente alguna institución arbitral peruana tenga una provisión similar al de la Corte respecto a la revisión de laudos, consideramos que de instituirse una, esta política promoviendo la celeridad en la revisión de laudos también debería ser asimilada.

Finalmente, consideramos relevante comentar una idea adicional propuesta por Paul Friedland, co-presidente del Comité de Arbitraje de la International Bar Association (en adelante, IBA) y socio de la firma White & Case.

Si por un lado la CCI ha elaborado propuestas apelando a incentivos negativos monetarios, el Comité de Arbitraje de la IBA busca incentivar a los árbitros a emitir de forma más célere sus laudos apelando a su reputación. Así, se ha propuesto crear una política de “*name and shame*”, en base a la cual se analice y publique el tiempo que le toma a los árbitros emitir un laudo desde la última presentación de un escrito.

Al igual que las medidas antes comentadas, esta también puede ser aplicada en el Perú. Como comentamos anteriormente, la confidencialidad del arbitraje regulada en el artículo 51 de la Ley de Arbitraje cubre únicamente las actuaciones arbitrales, el laudo y la información que se pueda obtener de estas; el publicar si un árbitro tiene un record de demora de diez meses para emitir un laudo desde la última actuación arbitral relevante no vulnera dicha confidencialidad.

C. Séptima propuesta: promover el uso de arbitrajes *fast-track*

Asimismo, consideramos que una propuesta adicional para dar mayor celeridad y eficiencia al

proceso arbitral es establecer la posibilidad de tener procesos abreviados o “*fast-track*” para controversias donde se discutan cuantías relativamente bajas.

En este sentido, el Reporte del 2015 señala que un 92% de los encuestados está a favor de que las instituciones arbitrales cuenten con un proceso abreviado para controversias menores a una cuantía determinada³⁴, siendo que el 40% de ellos considera que esta clase de arbitrajes debería aplicar para controversias menores a USD\$ 1'000,000.00.³⁵

Reglas como las propuestas en la encuesta antes mencionada ya han sido adoptadas por centros de arbitraje como el Swiss Chambers' Arbitration Institution y el Singapore International Arbitration Center, los cuales ya cuentan con procedimientos abreviados para cuantías menores a CHF 1'000,000.00 (un millón de francos suizos)³⁶ y S\$6'000,000 (seis millones de dólares de Singapur)³⁷.

En este sentido, consideramos que los principios rectores sobre los cuales se debería elaborar un mecanismo de arbitraje *fast track* son las siguientes:

- Cuantía de la controversia. Tomando en cuenta la experiencia comparada, 1'000,000.00 (un millón de Dólares Americanos) parece ser un monto tope adecuado. Cualquier controversia menor a dicha cifra debería ser en principio decidida por un procedimiento abreviado.
- Selección de árbitros. Salvo pacto en contrario, los arbitrajes *fast track* deberían ser decididos por un solo árbitro. En caso el convenio arbitral contenga una disposición distinta, la Corte del Centro de Arbitraje conversará con las partes a fin de proponerle que ambas acuerden un cambio en la composición del Tribunal. De no llegar a un acuerdo, la conformación se realizaría de acuerdo al pacto de las partes.

³³ Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. De fecha 22 de septiembre del 2016.

“51. Todo proyecto de laudo sometido a la Corte será examinado en un plazo de tres a cuatro semanas después de que lo reciba la Secretaría. A efectos del tiempo, se considera que el examen tiene lugar cuando se somete el laudo a la Corte por primera vez para su aprobación, independientemente de si este se aprueba o no en tal Sesión de la Corte. Puesto que la Sesión Plenaria de la Corte se celebra solo una vez al mes (generalmente el último jueves del mes), el tiempo necesario para que la Plenaria revise el proyecto de laudo dependerá de la fecha en que se sometió, y puede llevar hasta cinco o seis semanas. 52. En caso que la demora en el proceso de examen no sea atribuible a circunstancias excepcionales ajenas al control de la Corte, los gastos administrativos de la Corte se reducirán hasta un 20% en función de la duración de la demora”.

³⁴ WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. p. 26.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Equivalente a 1.021.330,00 de Dólares Americanos.

³⁷ Equivalente a 4.370.400,00 de Dólares Americanos.

- Actuaciones arbitrales. En principio, los únicos escritos que se presentaría sería: i) demanda, ii) contestación y reconvencción (de ser necesaria); y iii) contestación a la reconvencción (de existir una). Así, el Tribunal decidiría en base a dichos escritos, teniendo la posibilidad de poder llamar a una sola audiencia donde se escucharía a los testigos y expertos.
- Emisión del laudo arbitral. El Tribunal solo contaría con 6 meses desde la fecha en la cual se traslada el expediente al árbitro único para emitir un laudo arbitral, pudiendo ampliar este plazo por tres meses adicionales únicamente en situaciones verdaderamente excepcionales.

De esta forma, consideramos que, de adoptarse un procedimiento bajo estos principios rectores, se obtendría un mecanismo eficiente para resolver de forma célere controversias que, si bien pueden contar con una cuantía relativamente baja, son igualmente relevante para las partes.

IV. TERCER RETO: AÚN EXISTE ESPACIO PARA MEJORAR EL PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES Y EL PRODUCTO QUE EMITE

Cuando las partes escogen en su convenio arbitral que una disputa será resuelta por más de un árbitro (comúnmente en la práctica por tres), dicha decisión no es caprichosa, responde al interés de las partes a que en caso surja una controversia, esta sea discutida y resuelta por un órgano colegiado, a fin de que la decisión a adoptarse sea la mejor posible. Esto último se logra a través de un correcto proceso deliberativo respetando el principio de colegialidad.³⁸

Ahora, ¿dos (o tres) cabezas realmente piensan mejor que una? Usualmente se cree que una decisión grupal será siempre mejor que una tomada por solo una persona. Sin embargo, la psicología ha demostrado que esta creencia no es del todo acertada. En cambio, los grupos pueden potenciar los

sesgos cognitivos de los miembros que los componen llevando a tomar decisiones menos óptimas. Asimismo, las decisiones del tribunal y la conducta de los árbitros están influenciada por el secreto de las deliberaciones. ¿Existen supuestos en los que es admisible informar a las partes lo que está sucediendo o lo que están pensando los miembros del tribunal?

Las siguientes propuestas atacan estos problemas y tendrán un impacto significativo en el futuro del arbitraje.

A. Octava propuesta: potenciar el rol del Presidente del Tribunal Arbitral y educación sobre deliberación grupal

Como mencionamos anteriormente, la creencia de que “dos cabezas (o tres en el caso del arbitraje) piensan mejor que una” es errónea³⁹. El proceso de toma de decisiones grupales no funciona como una operación matemática donde se obtiene la suma de sus variables. Como ha demostrado la psicología, la toma de decisiones grupales puede ser impactada por distintas variables, como el orden de presentación de los argumentos (*primacy effect*) o las características de quien las presenta.

Tener conocimiento de esto es importante, sobre todo en el arbitraje. Debemos recordar que, en la práctica arbitral, si bien dos de los tres árbitros son seleccionados por las partes, el presidente del tribunal es escogido por los mismos árbitros, quienes normalmente nombran a una persona con mayor *seniority* que ellos, alguien en quien ellos pueden confiar para que guíe el proceso arbitral y cuya opinión tomen en consideración.

Esto último es bastante relevante si tenemos en consideración que el presidente del tribunal arbitral es el “director de la orquesta”, por lo que es él quien tiene el deber de encargarse de guiar y dirigir el proceso deliberativo⁴⁰. En este sentido, consideramos valioso que el Presidente del Tribunal adopte como técnicas guía para dirigir este proceso los consejos elaborados por Sunstein y Hastie

³⁸ El principio de colegialidad es aquel que asegura que cuando un órgano colegiado toma una decisión, todos sus miembros participen de ella o al menos han tenido la oportunidad de hacerlo. Este principio de es considerado de orden público. Ver: DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. “Welcome to the Jungle. Guía para sobrevivir a la deliberación del Tribunal Arbitral”. En: *Advocatus* 32. 2017. p. 69.

³⁹ DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. “¿Tres cabezas piensan mejor que una? La psicología de la deliberación y el rol del Presidente del Tribunal Arbitral”. En: Bullard Falla Ezcurra +. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones en Latinoamérica* 8. 2015. p. 78.

⁴⁰ “There is as much a need for proactive management of the award stage as there is of the pre-award procedures. The chair should manage the stages of deliberation, preparation of drafts, reviewing drafts, revisions, finalization, signature and service”. En: WAINCYMER, Jeff. “Procedure and Evidence in International Arbitration”. 2012. La Haya: Wolters Kluwer Law & Business. 2012. p. 227. En el mismo sentido, LAURENT, Levy. “Chapter 6: The Chairman’s Role in the Arbitral Tribunal’s Dynamics”. En: *Players interaction in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* 9. 2012. p. 69.

al estudiar la psicología de la toma de decisiones grupales. Estos consejos son los siguientes⁴¹:

i) Ser un líder inquisitivo y callado

Muchas veces los miembros del grupo guardan silencio durante las deliberaciones para no contradecir la opinión de aquellos con una posición jerárquica más alta, como podría ser el Presidente del Tribunal. En estos casos es recomendable que el Presidente, antes de emitir su opinión, promueva la presentación de las ideas de sus co-árbitros. De esta manera se disminuyen las posibilidades de que un miembro del Tribunal –de modo consciente o automático– deje de revelar información que podría ser relevante solo porque no coincide con lo expuesto por el Presidente.

ii) Primar el pensamiento crítico

Cuando la mayoría del grupo ha asumido una línea argumentativa y el objetivo es lograr el consenso, el tercer árbitro se verá predispuesto a no revelar información que podría ser relevante para evitar un daño reputacional.

Frente a ello, es recomendable que el Presidente cambie las reglas de juego. En nuestra opinión, el objetivo principal de la deliberación no debería ser llegar a un consenso, sino, más bien, fomentar la presencia de la mayor cantidad de información relevante y la libertad de expresión de distintos puntos de vista.

En definitiva, cambiar las reglas de juego y primar al Tribunal Arbitral para compartir información permite fomentar un mayor análisis, incluso cuando la mayoría del grupo ha adoptado una posición inicial. De esta manera, el mayor costo del arbitraje se traduce en un análisis más profundo y una decisión más sustentada, lo cual no tendría por qué estar supeditado a una decisión concertada.

iii) Asignar roles

Esta estrategia puede ser aplicada en los dos casos antes mencionados. Así, el Presidente del Tribunal deberá asignar a cada árbitro la ponencia de alguna parte de la discusión o la elaboración de una

parte del laudo dependiendo la especialidad de cada árbitro (asignación de rol).

Al discutir o revisar la parte elaborada por dicho árbitro, los demás miembros del grupo deberán adoptar el rol del abogado del diablo asumiendo una posición contradictoria a la presentada. De esta forma, el Presidente asegura que cada co-árbitro se sienta lo suficientemente confiado para plasmar todas sus ideas y libre para pronunciarse sobre los puntos de vista de los demás.

De esta forma, aplicando las técnicas antes descritas, el Presidente del Tribunal contará con mayores herramientas para procurar una debida deliberación, resguardando así la principal razón por la cual las partes pactan que un órgano colegiado resuelva sus controversias: el procurar tener la mejor decisión posible.

B. Novena propuesta: apertura de la deliberación arbitral para casos concretos

El secreto de las deliberaciones viene siendo entendida doctrinal⁴² y jurisprudencialmente⁴³ como una parte fundamental del proceso deliberativo, sirviendo como herramienta que resguarda la independencia de la toma de decisiones de los árbitros. No obstante, creemos que existen dos supuestos en los cuales el dejar de lado dicho secreto puede ser beneficioso tanto para las partes como para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral.

El primero de ellos, para lograr un procedimiento arbitral más célere y enfocado. Al respecto, la encuesta del 2015 elaborada por White & Case LLP y la Queen Mary University of London⁴⁴ ha reportado que el 60% de los encuestados consideró como una buena estrategia para reducir el tiempo y los costos del proceso arbitral es promover que las partes lleguen a un acuerdo de forma previa a la emisión del laudo⁴⁵.

Esta no es una idea nueva, en muchas sedes de arbitraje en el mundo, parte del rol de los árbitros es promover que las partes resuelvan sus controversias de forma consensual⁴⁶. Así, esta práctica busca que el arbitraje termine en una etapa inicial

⁴¹ SUNSTEIN, Cass y Reid HASTIE. "Wiser: Getting beyond groupthink to make the groups smarter". En: Harvard Business Review Press. 2014. pp. 105-118.

⁴² WAINCYMER, Jeff. Óp. cit. p. 1297.

⁴³ *Himpurna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*. 26 de septiembre de 1999.

⁴⁴ WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Óp. cit. pp. 28

⁴⁵ *Ibid.* p. 30.

⁴⁶ Por ejemplo, ver: EHLE, Bernd. "The Arbitrator as a Settlement Facilitator". En: Recent Developments and Trends. Colloquium CEPANI 40. Bruselas: Bruylant. 2010. En: http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani_12_THILIN_Ehle.pdf

logrando, con la ayuda de los árbitros, que sean las partes quienes solucionen sus controversias.

En este sentido, los árbitros consultan con las partes si éstas se encuentran interesadas en llegar a un acuerdo y en caso de estarlo, el tribunal compartirá con ellas su análisis preliminar del caso, lo cual normalmente se concretiza mediante la comunicación de qué clase de medios probatorios necesitara presentar cada parte a fin poder obtener un resultado favorable⁴⁷. En otras palabras, el Tribunal identifica los principales puntos controvertidos y se los informan a las partes a fin de que con dicha información éstas puedan discutir y negociar un acuerdo entre ellas.

Si bien puede pasar desapercibido, la comunicación del “análisis preliminar del caso” es un supuesto donde se deja de lado el secreto de las deliberaciones del Tribunal, con la finalidad promover a favor de las partes una solución consensuada. Así, no solo se delibera al momento de la emisión del laudo, el tribunal delibera al momento de tomar toda decisión como órgano colegiado.

Consideramos que esta medida es positiva. Incluso en aquellos casos donde las partes, pese a tener este *input* de los árbitros, no llegaran a un acuerdo para conciliar, contarán con mayor información sobre cómo los árbitros creen debe centrarse la controversia. Así, se evitarán procesos de producción de documentos largos y engorrosos, toda vez que las partes ya tendrán claro qué documentos son los que necesita el tribunal para resolver de una u otra forma.

Asimismo, esto también servirá para que los escritos presentados por las partes estén más enfocados, solo se centren en aquellos temas identificados por el Tribunal.

Así, debemos entender que la comunicación por parte del tribunal de su proceso deliberativo no siempre representará un problema. Por el contrario, llevada de forma correcta, respetando el principio de igualdad de armas, esta comunicación fluida entre el Tribunal y las partes podría ayudar a la celeridad del arbitraje y a tener un procedimiento arbitral más ordenado y enfocado e incluso menos costoso.

Por otro lado, somos de la opinión que una buena segunda oportunidad para que el Tribunal plantee

a las partes el poder conciliar es antes de la emisión del laudo. De esta forma, los *inputs* que el Tribunal puede otorgar a las partes después de haber revisado todos los medios probatorios y de haber escuchado a los testigos y expertos presentados por cada una puede ser más preciso y rico que el que se puede dar al inicio del arbitraje habiendo revisado el caso únicamente de forma preliminar.

Una persona atenta podría preguntarse cuál es el beneficio de esperar hasta el final del proceso para iniciar un acercamiento de las partes, teniendo en consideración que la emisión del laudo está cerca. La respuesta a esto es sencilla: si bien los árbitros son profesionales calificados y seleccionados por las partes para resolver sus controversias, quienes tienen mayor interés en lograr el mejor resultado posible son las mismas partes.

Normalmente, la línea de negocio de las empresas no se basa en obtener lucro a través del litigio, por lo cual el llegar a una solución consensuada con la otra parte que permita a ambas mantener sus vínculos comerciales puede ser una solución mucho más atractiva para ellas que el esperar la emisión del laudo arbitral.

En este sentido, proponemos la siguiente fórmula para incentivar las conciliaciones:

- i) Terminadas las audiencias, habiéndose escuchado a las partes, los testigos y expertos, y después de haber revisado los medios probatorios, los árbitros consultarían con las partes si las mismas se encuentran interesadas en llegar a un acuerdo.
- ii) De estar interesadas, los árbitros deliberarían y comunicarían a las partes lo siguiente:
 - Los hechos que creen han sido acreditados,
 - Las ideas fuerzas en base a las cuales se elaborará el laudo, y
 - Los principios rectores en base a los cuales el Tribunal analizará los puntos controvertidos.
- iii) Habiéndose compartido con las partes la deliberación del tribunal, estos contarán con un plazo determinado para poder llegar a un acuerdo y, en todo caso, podrán solicitar al tribunal el tener una audiencia para negociar una posible solución con la ayuda de los árbitros.

⁴⁷ La Commission on Settlement in International Arbitration dice “If both parties agree, provide an indication as to the tribunal’s preliminary view on the merits of the case. This can be done in different ways. One approach is for the tribunal to set out the issues in the case that it has identified and what the tribunal considers will be required in terms of evidence from each party in order to prevail on the key issues”. “Final Report”. 2009. p. 5. En: https://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Arbitration_Commission_Doc_Final.pdf

Con esta información, las partes podrán analizar si es que es conveniente para ellas el llegar a una solución mutuamente acordada, o lo mejor será esperar a la emisión del laudo. En todo caso, eso ya será decisión de las partes, quienes con toda la información disponible tomarán una decisión en beneficio de su mejor interés.

El segundo supuesto donde es conveniente dejar de lado el secreto de las deliberaciones es en aquellos casos donde nos encontremos con **manzanas podridas** o árbitros tóxicos⁴⁸. Después de realizada una investigación sobre esta clase de árbitros, los autores pudieron identificar hasta diez perfiles de árbitros tóxicos, dentro de los cuales, aquellos que representaban la mayor dificultad para poder deliberar eran: i) el árbitro informante⁴⁹, ii) el árbitro *kamikaze*⁵⁰ y iii) los árbitros *gangsters*⁵¹.

En estos casos, consideramos que una buena forma de contrarrestar el impacto negativo de estos árbitros tóxicos es abriendo la deliberación a las partes. Así, en ciertos supuestos será conveniente que el tribunal invite a las partes a participar del proceso deliberativo, dejando el secreto de las mismas.

Si bien el secreto de las deliberaciones es considerado como un elemento esencial de la misma, siempre que se respete el principio de igualdad entre las partes, esto es, que ambas partes participen en igual medida, su inclusión en este proceso puede ayudar a enriquecerlo y mejorarlo. Como señala Blessing, al abrir el proceso deliberativo a ambas partes el Tribunal no estaría incurriendo en patología alguna, solo estaría “convirtiendo el desastre en un mejor proceso”.⁵²

Abrir las deliberaciones anularía la ventaja injusta que genera el actuar del árbitro informante, toda vez que ahora ambas partes tienen el conocimiento de qué es lo que está pensando el Tribunal respecto de la controversia.

En el mismo sentido, esta práctica podría anular los efectos destructivos del árbitro *kamikaze*, siem-

pre que quedaría registrado en las reuniones que tengan los árbitros y las partes para deliberar que las “bombas” dejadas por el árbitro *kamikaze* en realidad son artificiales y solo buscan abrir el camino para que una de las partes inicie un proceso de anulación.

En este sentido, dichos procesos deliberativos serían parte del expediente, por lo que en una eventual anulación la corte analizaría la conducta de dicho árbitro e identificaría dichas “bombas” artificiales, rechazando el pedido de nulidad.

Finalmente, esta práctica también ayudaría a contrarrestar los efectos negativos de los árbitros *gangsters*. De abrirse la deliberación e incluirse a las partes en ella, los árbitros *gangsters* ya no podría excluir al tercer árbitro, y sus maquinaciones para emitir un laudo “en mayoría” que beneficie solo a una de las partes se complicarían al tener a la otra parte dentro de la deliberación.

De esta forma, al encontrarse con árbitros tóxicos los demás árbitros no deben quedarse de brazos cruzados, deben pensar en la mejor forma de adaptar el proceso deliberativo con el fin de neutralizarlos⁵³, teniendo como una buena opción la inclusión de las partes en la deliberación arbitral.

V. REFLEXIONES FINALES

Como todo en la naturaleza, el arbitraje tiene que evolucionar y adaptarse a las nuevas exigencias del mercado. De lo contrario, no va a sobrevivir y va a ser contaminado por el proceso judicial.

Para potenciar la evolución del arbitraje es necesario alimentarlo con una mirada a la práctica internacional y dejar de lado discusiones estériles. Confiamos en que las propuestas contenidas en este trabajo hagan reflexionar a los actores del mercado arbitral y contribuyan a acercar las expectativas de los usuarios a los resultados del arbitraje en el Perú. 🗣️

⁴⁸ DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. “Welcome to the Jungle”. Óp. cit.

En este artículo los autores definen árbitros tóxicos como “la categoría general de árbitros que imponen dificultades en la deliberación. En otras palabras, tanto los árbitros patológicos (que no están calificados para cumplir con el encargo) como los árbitros encamisados (que no son imparciales ni independencias) forman parte de un grupo más grande, conocido como árbitros tóxicos.

⁴⁹ Caracterizado por comunicar a una de las partes el *feeling* de los demás árbitros, dar consejos de cómo mejorar su caso o recibir propuestas de cómo persuadir al tribunal.

⁵⁰ Caracterizado por intentar destruir el laudo arbitral inmolándose durante su elaboración (renunciando a su cargo) o dejando “bombas” para que este sea anulado posteriormente (generando causales de nulidad).

⁵¹ Caracterizados por juntarse para disfrazar al laudo de validez, cuando en realidad es una decisión hecha a la medida de la parte que “contrató sus servicios”. Tienden a excluir de la deliberación arbitral al laudo que no forma parte de su “pandilla”.

⁵² BLESSING, Marc. “How Arbitral Tribunals operate and reach their decisions”. En: BERGER, Bernhard y Michael SCHEINEIDER (editores). “Inside the Black Box”. Nueva York: Association Suisse de l’Arbitrage y Jurist, 2014. pp. 53-54.

⁵³ *Ibid.* p. 57

BIBLIOGRAFÍA**Legislación**

Decreto Legislativo 1071. "Ley del Arbitraje".

Doctrina

BLESSING, Marc. "How Arbitral Tribunals operate and reach their decisions". En: BERGER, Bernhard y Michael SCHENEIDER (editores). "Inside the Black Box". Nueva York: Association Suisse de l'Arbitrage y Jurist, 2014.

DE LA JARA, José María. "The irrationality of document production in international arbitration". En: <http://www.youngiccablog.com/the-irrationality-of-document-production-in-international-arbitration/#more-858>

DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. "Welcome to the Jungle. Guía para sobrevivir a la deliberación del Tribunal Arbitral". En: *Advocatus* 32. 2017.

DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. "¿Tres cabezas piensan mejor que una? La psicología de la deliberación y el rol del Presidente del Tribunal Arbitral". En: *Bullard Falla Ezcurra + Arbitraje Comercial y de las Inversiones en Latinoamérica* 8. 2015.

EHLE, Bernd. "The Arbitrator as a Settlement Facilitator". En: *Recent Developments and Trends. Colloquium CEPANI 40*. Bruselas: Bruylant. 2010. En: http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani_12_THILIN_Ehle.pdf

KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter; KREMSLEHNER; PETSCHKE, Alexander; PITKOWITZ, Nikolaus; POWER, Jenny; WELSER, Irene y SEILER, Gerold (editores). "Austrian Yearbook on International Arbitration". Viena: Manz Verlag, Stämpfli Verlag y C.H. Beck. 2016.

LAURENT, Levy. "Chapter 6: The Chairman's Role in the Arbitral Tribunal's Dynamics". En: *Players interaction in International Arbitration - Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* 9. 2012.

RACHLINSKI, Jeffrey y Jeff WISTRICH. "How Lawyers' Intuitions Prolong Litigation". En: *SSRN Electronic Journal* 34. 2015. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2097774>

REDFERDN, Alan y Martin HUNTER. Traducción libre de: "It is above all the quality of the arbitral tribunal that makes or breaks the process". En: *Law and Practice of International Commercial arbitration* 95. 1999.

SUNSTEIN, Cass y Reid HASTIE. "Wiser: Getting beyond groupthink to make the groups smarter". En: *Harvard Business Review Press*. 2014.

VIDAK-GOJKOVIC, Ema; GREENWOOD, Lucy y Michael MCILWRATH. "Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Puppies or Kittens? How to Better Match Arbitrators to Party Expectations". En: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCHKE, PITKOWITZ, POWER, WELSER & ZEILER (editores). "Austrian Yearbook on International Arbitration". Viena: MANZ'sche Verlags - und Universitätsbuchhandlung GmbH. 2016.

WAINCYMER, Jeff. "Procedure and Evidence in International Arbitration". La Haya: Wolters Kluwer Law & Business. 2012.

Jurisprudencia

Himpurna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia. 26 de septiembre de 1999.

Páginas Web

ARBITRATION EVALUATION FORM. "HKIAC Administered Arbitration". En: http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Arbitration%20Evaluation%20Form%20-%20Administered%20%28parties%29.pdf

ARBITRATOR INTELLIGENCE. "Arbitrator Intelligence aims to promote transparency, accountability, and diversity in arbitrator appointments". En: <http://www.arbitratorintelligence.org/>

INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. "Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency". En: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. "Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency". En: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

WHITE & CASE LLP y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. "International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". En: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

Anexo 1

Cuestionario sobre Preferencias Procedimentales y Manejo del Proceso por parte de los Árbitros

A. Sobre la elección del tribunal

1. ¿Considera apropiado ser entrevistado antes de ser designado como árbitro?
2. ¿Cree que es apropiado revelar sus preferencias sobre asuntos procedimentales específicos (ejemplo, audiencia por teleconferencia)?
3. ¿Considera que los co-árbitros deberían consultar con las partes sobre posibles candidatos a presidente del tribunal antes del intercambio de una lista entre ellos?

B. Sobre la disponibilidad y el trabajo del árbitro

4. En su experiencia, ¿cuánto tiempo en promedio dedica a un arbitraje internacional?
5. ¿Considera aceptable delegar el trabajo a un abogado que no es parte del tribunal arbitral?
6. ¿Considera aceptable delegar decisiones en el secretario arbitral?
7. ¿Tiene experiencia manejando arbitrajes *fast track*?

C. Sobre el estilo de decisiones del árbitro

8. ¿Considera apropiado que los tribunales identifiquen y tomen decisiones preliminares a través de laudos parciales, incluso si una de las partes está en desacuerdo?
9. ¿Considera que los tribunales arbitrales deberían ofrecer asistencia a las partes para que lleguen a una conciliación, y buscar activamente oportunidad para ello?
10. ¿Considera que bifurcar el proceso puede ayudar a lograr eficiencia en el manejo del proceso?
11. ¿Considera que su forma de organización del proceso arbitral se acerca más al *Common Law*, *Civil Law* o depende del caso concreto?

D. Sobre las preferencias probatorias y las audiencias

12. ¿Considera que los tribunales deberían aplicar las Reglas IBA sobre Evidencia incluso si una de las partes lo ha objetado?
13. ¿Está usted a favor de que las partes lleven a cabo un procedimiento de revelación de documentos con el estándar de las Reglas IBA sobre Evidencia?
14. ¿Prefiere que las partes envíen un resumen de sus argumentos antes de la audiencia?
15. ¿Está de acuerdo con ejecutar "audiencias ómnibus"?⁵⁴
16. ¿Qué método de control de tiempo utiliza en las audiencias?

E. Deliberación y emisión de laudo

17. ¿Considera que el tribunal debería preguntarle a las partes si puede compartir con ellas su visión preliminar sobre las fortalezas y debilidades de sus reclamos?
18. ¿Está de acuerdo en reunirse con sus co-árbitros antes de las audiencias para deliberar preliminarmente?
19. ¿Cómo maneja usted los procesos deliberativos?
20. ¿Considera que los tribunales deben reservar un día adicional luego de las audiencias para deliberar?
21. A partir del último escrito de las partes, ¿cuál es su tiempo promedio para la emisión de laudo?
22. ¿Considera apropiado que una parte recupere todos los costos razonables, incluyendo honorarios de abogados, si sus reclamos o defensas han resultado victoriosos?

⁵⁴ Se conoce con este nombre a audiencias que se ejecutan de manera seguida durante varios días. Éstas comienzan con los alegatos de apertura, luego siguen los interrogatorios a testigos y peritos, y, finalmente, termina con los alegatos de cierre.

Anexo 2
Evaluación del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong

Matters for assessment	Rating Sole/Presiding Arbitrator					Rating Co-Arbitrator 1					Rating Co-Arbitrator 2				
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
General preparation and familiarity with the applicable laws and rules															
Familiarity with the facts of the case and the issues in dispute															
Familiarity with the procedural history and the parties' submissions															
Ability to understand and apply the applicable substantive and procedural laws															
Familiarity with the arbitration rules															
Ability to facilitate a fair, neutral and effective process															
Appeared to treat all parties equally															
Ability to act impartially and independently															
Ensured all parties had a reasonable opportunity to present their case															
Ability to remain courteous and respectful towards all parties and representatives															
Protection of the confidentiality of the arbitration and award															
Case management skills															
Use of appropriate procedures and techniques to facilitate an efficient and cost effective resolution of the dispute															
Effectiveness at controlling against apparent delaying tactics															
Effectiveness at finding common ground between the parties' procedural preferences															
Ability to ensure effective use of time during calls and hearings															

Matters for assessment	Rating Sole/Presiding Arbitrator					Rating Co-Arbitrator 1					Rating Co-Arbitrator 2				
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
Adoption of effective methods to notify all parties of any hearing and the tribunal's directions and decisions															
Ability to deal with evidential matters															
Competence at handling conflicting positions and any other issues arising from the use of experts and factual witnesses															
Ability to deal with document production requests in a timely and effective manner															
Communication skills															
Proficiency in the language(s) of the arbitration															
Ability to communicate clearly and effectively															
Timeliness of responses to party communication															
Decision making															
Ability to distil complex factual and legal issues															
Ability to frame relevant issues concisely for decision making															
Quality of questions															
Ability to give clear, logical and adequate reasoning to support decisions and outcome															
Ability to issue orders and awards promptly															
Overall performance															