

Alexis MOURRE

Socio fundador de Mourre Gutiérrez Chessa Arbitration

Universidad de París II - Panthéon-Assas (Francia)

amourre@mourrepartners.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2241-7926>

Recibido: 14/11/2022 - Aceptado: 20/11/2022

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**

Mourre, Alexis (2022). A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional.  
*Revista de Derecho*, 21 (42), 157-167. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.8>

## A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional<sup>1</sup>

157

**Palabras clave:** arbitraje, arbitraje internacional, resolución de conflictos

1 Adaptación de la Conferencia Inaugural en la XIII Conferencia Latinoamérica de Arbitraje llevada a cabo el 2 de junio de 2022 en Montevideo, Uruguay. El autor agradece a Yoshie Concha por su gran ayuda en la preparación de esta ponencia.

## The legitimacy of international arbitration

**Keywords:** arbitration, international arbitration, dispute resolution

158



## A legitimidade da arbitragem internacional: uma questão de debate

**Palavras-chave:** arbitragem, arbitragem internacional, resolução de disputas

Para empezar, les voy a contar una pequeña historia. Es la historia de una sociedad muy antigua, en la cual los sacerdotes, que entonces eran llamados pontífices, resolvían todos los temas que surgían en la vida social con decisiones basadas en la tradición gentilicia. Estas decisiones eran conocidas como *responsas*. Cada *responsa* se emitía según un rito religioso particular, resolviendo así cada caso particular. Estas *responsas* terminaron por sedimentar un saber misterioso, en parte político y en parte mágico-religioso, el cual era compartido únicamente por los pontífices. Y este saber, que hoy llamaríamos jurisprudencial, terminó a su vez por constituir la ciencia legal, y los pontífices por convertirse a lo largo del tiempo en una clase de técnicos del derecho. Así nacieron los juristas que conocían los ritos y sabían cómo elaborar las *responsas*. Esta es la historia del nacimiento del derecho en la época de la Roma arcaica.

Y este derecho, el cual los romanos llamaban *ius*, se convirtió en algo tan importante - no solo para la organización de la sociedad, sino también para la cultura civil - que en algún momento el pueblo reivindicó que esta sapiencia misteriosa fuera públicamente compartida a fin de que se supiera con transparencia y previsibilidad cuales serían las *responsas* que se emitirían para resolver sus problemas cotidianos, sin que mediara arbitrariedad. Los pontífices se opusieron, pero en vano, y es así como, en el quinto siglo antes de Cristo, Roma adoptó la llamada Ley de las Doce Tablas que es el acta fundadora del derecho escrito y la primera compilación del derecho escrito en el Occidente. Y es así como del *ius* nació la *lex*. Luego de siglos de elaboración doctrinal y de práctica jurisprudencial, en el Sexto siglo después de Cristo se pasó de las Doce Tablas al *Corpus Iuris Civilis* y al *Digesto*, los cuales siguen siendo la base de todo el derecho, tal y como lo conocemos en todos los países de tradición civilista.

Y ustedes se preguntarán, ¿por qué les estoy hablando de esto y qué tiene que ver con el arbitraje?

Les cuento esto porque esta historia de más de diez siglos, desde las Doce Tablas hasta el Código de Justiniano, es la historia de la lenta maduración de un sistema legal. Es una historia donde vemos al sistema legal deshacerse del extremo formalismo de la época arcaica de los formularios utilizados por los pontífices. Y también es la lenta formación de una comunidad epistémica que terminó siendo, en la Media Edad, realmente global en todo el Occidente, compartiendo la misma sapiencia y los mismos valores.

Es la historia de un sistema de derecho que, para adaptarse a la mundialización del mundo mediterráneo en la época imperial, inventó respuestas globales, comprensibles para todos, como son los principios de equidad y de buena fe. Es la historia de un sistema de derecho que, en palabras de Cicerón, buscó legitimarse reivindicando su absoluta autonomía, no solamente con respecto de la religión y de la política, sino también con respecto del Estado mismo. Y esta absoluta autonomía, la ciencia jurídica la buscó en el derecho natural, otra creación increíblemente fecunda del derecho romano.

Ahora entienden por qué les conté todo esto. La historia del arbitraje tiene muchos puntos en común con el largo proceso de maduración del derecho romano: apartarse del formalismo, buscar respuestas globales en un mundo global, y la reivindicación de la autonomía de su comunidad epistémica, que tan bien fue ilustrada por Emmanuel

Gaillard<sup>2</sup>. Como el derecho romano llegó a su madurez con la codificación Justiniana, también el arbitraje ha llegado a la época de su madurez en varios aspectos, que son bien conocidos y sobre los cuales no me voy a extender mucho.

Primero, la creación de una comunidad epistémica global que comparte los mismos valores y la misma visión del arbitraje. Segundo, la emergencia de un cuerpo de reglas transnacionales que regulan el proceso arbitral internacional, las cuales, por cierto, son de naturaleza opcional – el llamado *soft law* –, pero son generalmente compartidas y casi alcanzan el nivel de costumbre procedimental. Tercero, la elaboración de un marco normativo y convencional cuyos pilares son la Convención de Nueva York<sup>3</sup> y la Ley Modelo<sup>4</sup> de la CNUDMI<sup>5</sup>, y que asegura el reconocimiento de los convenios arbitrales, el apoyo de la judicatura al arbitraje y la ejecución de los laudos. Y finalmente, la emergencia de una red compuesta por instituciones, tanto globales – como la CCI – como regionales y locales, las cuales forman la columna vertebral de un verdadero sistema de justicia del comercio internacional.

Todo esto hace que realmente el arbitraje responda a la definición que la comunidad le ha dado – no sin algo de complacencia – como el medio normal de resolución de las controversias del comercio internacional. En otras palabras, el arbitraje internacional ha llegado al punto de alcanzar un cierto nivel de autonomía funcional, reglamentaria, institucional e incluso regulatoria con respecto de los Estados.

Ahora bien, esta autonomía y el éxito del arbitraje son el fruto de dos factores.

El primero es que el arbitraje es la justicia natural del comercio internacional, por lo que mientras más globalizada sea la economía mundial, más se desarrolla el arbitraje. Y el segundo es el apoyo de los Estados, el cual depende, a su vez, de la legitimidad que tiene el arbitraje a los ojos de los Estados como mecanismo de resolución de disputas.

Es evidente para todos que, en ambos aspectos, estamos entrando en aguas peligrosas, tanto por la enorme crisis de la economía mundial que nos está llegando, como por la naciente crisis de legitimidad a la cual el arbitraje se está enfrentando.

La verdad es que el arbitraje internacional se encuentra en una encrucijada. Primero, porque al convertirse en un verdadero sistema de justicia internacional no puede seguir sin un sistema de reglas coherente y universalmente aceptado y, segundo, porque mantener su legitimidad en tiempos de creciente populismo y soberanismo exige cambios para establecer principios de transparencia y estándares de ética indiscutibles para todos los actores del sistema.

Y, por cierto, muchas ideas están circulando en este momento, algunas de las cuales creo que son malas, y otras muy buenas.

Empecemos por las malas ideas.

La primera de ellas ha sido objeto de mucha discusión en los últimos años, y es la de suprimir los nombramientos de parte. Esta idea, además de ser impracticable, ha

2 En su obra: E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de Droit International de La Haye, 2008.

3 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

4 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendada en 2006.

5 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

suscitado reacciones muy negativas en la comunidad arbitral, y también en el mundo empresarial, y en efecto parece difícilmente compatible con la autonomía de las partes que es el fundamento del arbitraje. Los nombramientos de parte son un elemento importante de la legitimidad del sistema, no tanto a los ojos de los Estados, sino a los de los usuarios, es decir las empresas, las cuales ven en esta oportunidad una manera de ser involucradas en un sistema que justamente perciben como diferente de la justicia ordinaria por su aspecto consensual.

También se puede criticar esta idea por el efecto que tendría sobre la comunidad arbitral, en la cual hoy en día los árbitros compiten libremente para obtener nombramientos con base en un capital simbólico, en su recorrido profesional y en su reputación adquirida en particular gracias a la calidad de su trabajo en otros casos; mientras que una prohibición unilateral de los nombramientos concentraría el poder en manos de las instituciones, con el riesgo de introducir más política arbitral al sistema, quitarle transparencia y, al final, modificar la sociología de la comunidad arbitral de manera indeseable.

La segunda mala idea que ha emergido en años recientes es la de elaborar reglas sobre la prueba de corte continental por oposición a las Reglas<sup>6</sup> de la IBA<sup>7</sup>, las cuales serían supuestamente de corte más anglosajón. Habrán entendido que me estoy refiriendo a las llamadas Reglas de Praga<sup>8</sup>. Esta es una mala idea porque comporta el riesgo de una fragmentación reglamentaria, cuando lo que necesita el arbitraje, como sistema de derecho transnacional, es un marco procedimental común que asegure que cada parte, cualquiera sea su cultura legal, juegue bajo las mismas reglas. La convergencia de las reglas procedimentales ha sido una etapa fundamental del proceso de maduración del arbitraje en las últimas tres décadas y la idea misma del arbitraje internacional es precisamente la de reglas comunes y de una cultura común que sea aceptable para todos.

Como parte de esta mala idea que son las Reglas de Praga hay dos sub malas ideas que me parecen sumamente peligrosas. La primera es que las solicitudes de producción de documentos serían algo patológico, inútil y causa principal de los excesivos tiempos y costes del arbitraje. Esto es profundamente equivocado. La posibilidad de solicitar la producción de documentos es, en efecto, un elemento fundamental del debido proceso y un factor importante de transparencia y de honestidad en el proceso judicial. Al respecto, las Reglas de la IBA han logrado un compromiso entre la tradición civilista y la tradición anglosajona que permite a todos jugar bajo las mismas reglas, y también permite a los árbitros, gracias a la limitación de solicitudes de producción a “*narrow and specific categories of documents*” y a la técnica de los *Redfern Schedule* – o *Stern Schedule*, que son esencialmente lo mismo - resolver estos temas de manera rápida y eficaz.

Otra mala idea, por lo menos si la tomamos en su forma extrema, que se encuentra vehiculada en las Reglas de Praga, pero también en más y más literatura contemporánea, es la idea según la cual los árbitros deberían mostrarse muy directivos en la conducción del proceso, indicando a las partes, al inicio de éste, los temas que hay que resolver y cómo hay que hacerlo, y convocando a las partes a frecuentes conferencias procesales - un poco como lo haría un juez anglosajón. Ahora bien, para que no haya malentendidos:

6 Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

7 International Bar Association.

8 Reglas Sobre Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional.

soy el primero en pensar que un nivel alto de consulta entre los árbitros y los abogados, en todas las fases del proceso, es algo bueno; que discutir de la posibilidad de bifurcar la competencia o el quantum es algo bueno; que la práctica del *expert conferencing* y de los *joint reports* es algo excelente; y que organizar conferencias procesales durante el curso del procedimiento, por ejemplo, antes de la audiencia, es algo bueno. Pero creo que siempre hay que tener presente que las partes son las dueñas del proceso arbitral. Y tampoco hay que olvidar que las *learning curves* de los árbitros y de los letrados son muy diferentes y que, en la fase inicial del proceso, los árbitros son fundamentalmente ignorantes de los temas sobre los que tendrán que decidir.

Creo que una de las cualidades más importantes de un buen árbitro es la de saber reservarse su juicio, lo más posible, sobre los temas en disputa hasta que se hayan escuchado a las partes completamente y haya madurado el momento para la decisión. No existe peor árbitro que aquel quien cree haber entendido todo antes de haber escuchado a las partes o – aún peor – quien se cree tan inteligente que entiende todo mejor que los demás. La humildad es no solo una virtud humana, sino también una calidad fundamental para lo que hacemos profesionalmente, así que un exceso de intervencionismo puede resultar en algo muy negativo. En particular, el enfoque que a veces se pone sobre lo deseable que sería que los árbitros puedan comunicar a las partes, en una fase temprana del proceso, su punto de vista provisional sobre los temas en disputa es una fuente de riesgos que no se puede infravalorar por las razones que se acaban de exponer. Expresar un juicio preliminar en una fase en la cual el árbitro todavía no ha examinado todas las pruebas y tampoco tiene una visión global del caso puede generar falsas expectativas y, a veces, llevar a las partes hacia direcciones equivocadas.

Y para terminar con las malas ideas, me gustaría dedicar algunas palabras a la prueba testifical. En los últimos años, ha habido una ola de artículos y de conferencias sobre el tema de los sesgos memoriales, de lo poco confiables que son los testigos, y de los inútiles gastos y tiempos que comportan las audiencias de prueba como se practican actualmente. Y creo que al final, esa una inquietud muy anglosajona, que viene de un contexto judicial en el cual la prueba testifical tiene un rol que no tiene en el proceso arbitral. Efectivamente, si se da al testimonio el valor de una prueba perfecta, es evidente que todo el edificio del proceso arbitral - con la posibilidad de escuchar a las partes o empleados de las partes, las declaraciones escritas de largo alcance y la posibilidad de preparar a los testigos – resulta inadecuado, generando gastos y tiempos inútiles, así como riesgos para la integridad del proceso mismo.

Sin embargo, la práctica de la prueba testifical en el arbitraje es distinta. El testimonio, en el arbitraje, es libremente valorado por los árbitros y tiene una función mixta. En algunas ocasiones ciertamente puede servir para establecer la existencia de un hecho controvertido. Pero esto no es lo más importante. De un lado, la prueba oral tiene un valor confirmatorio de la prueba escrita. Como decía Serge Lazareff, los árbitros forman su opinión escuchando a los testigos, pero construyen su laudo con los documentos. Y en efecto, es muy infrecuente que un laudo se base exclusivamente en las declaraciones de un testigo, a menos que el testigo haya declarado en contra de la parte que lo ha presentado. De otro lado, la audiencia testifical, como está concebida entorno a la declaración escrita y al contrainterrogatorio – el cual debería ser libre y no limitado al alcance de la declaración escrita – sirve como un momento de encarnación del

caso: es el momento en el cual el caso deja de ser abstracto para encarnarse en la historia viva que ofrecen las personas que han vivido los hechos, y esa historia es enormemente instructiva cualesquiera sean las fallas memoriales de dichos individuos. En otras palabras, es el momento en que los escritos toman vida, y en ese momento los árbitros entienden realmente lo que pasó y cuáles son las verdaderas causas de la disputa.

De manera general, creo que el proceso arbitral, tal y como lo conocemos, funciona, y funciona muy bien. El procedimiento arbitral, tal y cual lo conocemos, es el fruto de más de 70 años de experiencia, de sedimentación reglamentaria y de esfuerzos de la comunidad arbitral para racionalizarlo y al mismo tiempo alcanzar un equilibrio entre varias tradiciones legales, y así lograr un consenso universal, en particular con las Reglas de la IBA. Por eso, no creo que la estructura del proceso arbitral, tal y como la conocemos en la actualidad, se deba cambiar fundamentalmente.

Sin embargo, sí existen algunas reformas que son enormemente necesarias, y les voy a mencionar cuatro.

La primera se refiere al estándar aplicable a las revelaciones de conflictos de interés de los árbitros. No es difícil entender la importancia del tema, pues la transparencia en las revelaciones de conflictos es una condición esencial para la legitimidad del sistema arbitral. El problema, sin embargo, es que seguimos sin un estándar universalmente aceptado, lo que resulta en que, dependiendo de la institución elegida por las partes o el derecho aplicable, el estándar pueda ser diferente.

Existe, de un lado, el estándar subjetivo “*a los ojos de las partes*” adoptado por la IBA<sup>9</sup> y la CCI<sup>10</sup>, el cual significa que el árbitro debe revelar cualquier circunstancia que pueda, según la perspectiva de las partes, ser problemática. Y existe, de otro lado, el estándar objetivo que la Corte suprema inglesa, en el caso *Halliburton*<sup>11</sup>, ha definido como el punto de vista del “*fair minded and informed observer*”. Este último es el estándar del derecho inglés y también, según indican autores como Gary Born<sup>12</sup>, el de la Ley Modelo<sup>13</sup> y el Reglamento de Arbitraje<sup>14</sup> de la CNUDMI.

Ahora bien, si es que existe una diferencia entre estos dos estándares, se debe entender que el estándar objetivo de *Halliburton* permite al árbitro, de una cierta manera, ejercer un juicio sobre lo que tiene que revelar o no. En otros términos, este estándar objetivo es bastante parecido al que aplica la institución o el juez que tienen que decidir sobre

9 Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, Parte I, Norma general (2)(c): “*Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes*”.

10 Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje 2021, artículo 11.2: “*Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios*”.

11 *Halliburton Co. c. Chubb Bermuda Insurance Ltd.* (previamente conocido como *Ace Bermuda Insurance Ltd.*) [2020] UKSC 48.

12 Cft. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2021, 3d ed.

13 Artículo 12.1: “*1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas*”.

14 Artículo 11: “*Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.[...]*”.

una recusación, y este misterioso “*fair minded and informed observer*” se presenta muy similar a un juez.

Pues este estándar objetivo llega a confundir el estándar aplicable a las revelaciones y el que se aplica a las recusaciones, permitiendo así, de manera desafortunada, que el árbitro se sustituya en cierta medida en la posición del juez y se convierta en el juez de sus propios conflictos, lo cual no solo es inaceptable, sino que comporta riesgos muy serios para la integridad del sistema.

Por lo tanto, la primera reforma que propongo es la adopción universal del estándar subjetivo “*a los ojos de las partes*” para revelaciones. Sin embargo, aunque exista al respecto un creciente consenso institucional, sigue habiendo resistencias y malentendidos. Por ejemplo, aunque la tercera versión del proyecto de Código de Conducta<sup>15</sup> de la CNUDMI y el CIADI<sup>16</sup> haya propuesto en su artículo 10 adoptar el estándar subjetivo, la cuarta versión parece haber hecho marcha atrás.

La segunda reforma que propongo también va en la dirección de darle al sistema arbitral una mayor transparencia, y se trata de llegar a una publicación sistemática, o casi sistemática, de los laudos arbitrales. Es decir, pasar de un principio de confidencialidad a un principio de publicidad.

Esto se puede realizar solo con base en una convergencia de la práctica de las mayores instituciones arbitrales, incluyendo en sus reglamentos un principio de publicación del laudo con el nombre de las partes, de los árbitros y de sus asesores salvo acuerdo contrario de todas las partes. Algunos pasos en esta dirección ya han sido cumplidos por algunas instituciones como la CCI, y luego por otras como la Cámara Arbitral de Lima o la de Milán. Pero incluso estos pasos son muy limitados, al prever la nota a las partes de la CCI<sup>17</sup>, por ejemplo, la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda oponerse a la publicación.

¿Por qué es necesario un cambio tan radical? Primero, porque el arbitraje es una forma de justicia y, tarde o temprano, el público y los Estados dejarán de aceptar que se rinda de manera confidencial. Segundo, porque publicar los laudos contribuye a asegurar una mayor transparencia, en particular en cuanto a las relaciones entre los árbitros, las partes y sus asesores; a pasados nombramientos; y a la manera en la cual los árbitros resuelven. Tercero, porque poder referirse a laudos emitidos en otras disputas es útil y contribuye a una mejor justicia arbitral. Y finalmente, porque la publicación sistemática de los laudos permitiría la emergencia de una verdadera “*jurisprudencia*” arbitral, lo cual contribuiría tanto a una evolución armoniosa del derecho – recordemos las palabras de Lord Thomas en su *lecture* de 2016<sup>18</sup> - como a un reforzamiento de la *lex mercatoria*.

15 Proyecto de Código de Conducta para árbitros y otras personas que ejercen funciones de adjudicación, *disponible en*: <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>

16 Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial.

17 Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (1 enero 2021), *disponible en*: <https://iccwbo.org/publication/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-the-arbitration-spanish-version/>

18 The Right Hon. The Lord Thomas of Cwmgiedd, *Lord Chief Justice of England and Wales, Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration*, The Baillii Lecture 2016 (9 marzo 2016), *disponible en*: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf>

Una tercera reforma deseable es la adopción de reglas universalmente aceptadas sobre la conducta de los abogados. Y es que, ¿cuál puede ser un tema de mayor importancia para un sistema de justicia que el saber si existe un deber de los abogados de actuar de buena fe y cómo este deber debe aplicarse y controlarse?

No es sostenible que un sistema de justicia global, como lo es el arbitraje, no tenga reglas uniformes con respecto de cuestiones tan importantes como el deber de arbitrar en buena fe; si se permiten los *beauty contests* y bajo qué condiciones; si los co-árbitros pueden mantener contactos *ex parte* con las partes a la hora de constituir el tribunal arbitral; si se puede hablar con los testigos antes de la audiencia y en qué medida; si existe un deber de no alegar hechos falsos; si existe un deber de no destruir documentos relevantes o de invitar a su cliente a cumplir con las órdenes del tribunal; o si existe el deber de no introducir un nuevo *counsel* mientras el arbitraje esté en curso y eso pueda crear un conflicto de interés.

Considero que no es sostenible para el arbitraje que todos estos temas se remitan a legislaciones nacionales o reglas profesionales diferentes para cada letrado, quitándole así a las partes tanto la previsibilidad como la igualdad de trato. El arbitraje nunca podrá asumirse como un sistema de justicia plenamente maduro sin reglas uniformes sobre estos temas.

La pregunta es cómo hacerlo. Ciertamente no es realista pensar en que esto se pueda resolver con un tratado internacional, por lo que la única vía es, otra vez, la del *soft law*; es decir, de la adopción de reglas no obligatorias pero que, sin embargo, codifican las prácticas más deseables, las cuales a su vez se transforman en derecho casi obligatorio.

La IBA adoptó, en el 2013, las directrices sobre representación de parte<sup>19</sup>. Este es, a la fecha, el único texto internacional que regula todos los temas que acabo de mencionar. Es un texto equilibrado, que explica las mejoras prácticas en aras de asegurar que el proceso arbitral se desarrolle según principios de buena fe y de igualdad de partes. No obstante, las directrices de la IBA han sido fuertemente criticadas, en particular por miembros de la comunidad suiza de arbitraje, incluso recientemente.

Las directrices IBA son reglas razonables, como el deber del abogado de no presentar pruebas falsas, de informar a su cliente de su obligación de no destruir documentos relevantes cuando recibe una demanda de arbitraje, o de no mantener comunicaciones *ex parte* con los árbitros salvo en la fase de constitución del tribunal arbitral si todas las partes lo han acordado. También las directrices aclaran temas tan importantes como las entrevistas previas a un nombramiento y las condiciones bajo las cuales se puede preparar a un testigo para la audiencia. Y por fin, establecen un principio fundamental: los árbitros, en la medida en la cual sea necesario para proteger la integridad del proceso arbitral, tienen poder disciplinario sobre los abogados.

Y la verdad es que nadie – con la salvedad de la LCIA<sup>20</sup>, que ha adoptado reglas parecidas en su propio reglamento - ha propuesto una alternativa viable a las directrices de la IBA. En algún momento, la Asociación Suiza de Arbitraje<sup>21</sup> propuso la creación de una especie de consejo mundial que supuestamente habría tenido poder disciplinario

19 Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.

20 The London Court of International Arbitration.

21 Swiss Arbitration Association – ASA.

sobre los árbitros, pero nunca se explicó cuál sería el fundamento de este poder y cómo hubiera funcionado, así que este proyecto no prosperó. Entonces, solo quedan las directrices de la IBA, las cuales son ahora más frecuentemente mencionadas por las partes en actas de misión o en *terms of appointment*, y han sido adoptadas por instituciones como la CCI. La comunidad arbitral en su conjunto debería empujarlas más, hasta que todas las mayores instituciones arbitrales las hayan adoptado, o hayan adoptado reglas consistentes, como hizo la LCIA.

La cuarta y última de las reformas necesarias para que el arbitraje llegue plenamente a la edad de madurez es la generalización de sistemas de arbitrajes expeditos basados en el *opt-out*.

Esto es, como saben, el sistema que fue adoptado en 2017 por la CCI. En el momento en que se adoptó este sistema, hubo muchas críticas: algunos decían que se trataba de una violación del consenso de las partes, y otros que no iba a funcionar. Hoy en día, más de 400 laudos han sido emitidos bajo estas reglas<sup>22</sup>, y lo que se puede ver es que la inmensa mayoría de estos laudos ha sido emitida en plazo, y que la calidad de estos laudos es tan buena como la de laudos que se emiten después de un procedimiento de dos o tres años con costes muy superiores.

Pues el sistema funciona, y eso nos dice que la respuesta a la cuestión perfectamente legítima de los excesivos tiempos y costes del arbitraje tiene que ser institucional y pasa por mecanismos que sean a la vez obligatorios y adaptados a la especificidad de cada caso. No tiene sentido que se maneje un arbitraje sumamente complejo de decenas de millones de dólares de la misma manera que un contencioso comercial ordinario en el cual las partes se pelean por algunos millones o decenas de millones de dólares.

En cierta medida, el arbitraje expedito es una vuelta a la gran promesa perdida del arbitraje: una justicia simple, eficaz y rápida para resolver, sin excesivos formalismos, los litigios que surgen en el día a día del comercio internacional.

La CCI tiene hoy en día alrededor de 1,800 casos pendientes, y más o menos 30% de éstos implican demandas por cuantías menores a 3 millones de dólares, que es el tope hasta por el cual aplica el arbitraje expedito de manera obligatoria. La CCI, sin embargo, tuvo muchos arbitrajes expeditos por cuantías muy superiores, e inclusive uno por más de 100 millones de dólares con base en el *opt-in*.

Si asumimos, por un momento, que el monto para la aplicación del arbitraje expedito fuera aumentado a 10 millones de dólares, más del 50% del total de los casos que son administrados por la CCI serían resueltos en 6 meses. Y nos podríamos preguntar si, en este caso, el arbitraje expedito no se convertiría en lo normal, mientras que solo una minoría de casos, los más grandes y los más complejos, seguirían resolviéndose con procedimientos de dos o tres años, como actualmente es más o menos la regla común. El procedimiento expedito pues tiene el potencial de revolucionar totalmente el arbitraje, resolviendo de manera eficaz la preocupación legítima de las empresas por los tiempos y los costes excesivos del arbitraje.

22 Procedimiento abreviado bajo el artículo 30 y Apéndice VI del Reglamento de Arbitraje de la CCI, tanto en sus versiones 2017 como 2021.

Por eso la cuarta reforma que deseaba proponer a manera de conclusión es precisamente ésta, y más bien es una revolución: que todas las instituciones adopten un modelo de arbitraje expedito basado en el *opt-out*, y que volvamos así a la gran promesa perdida del arbitraje internacional.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)