



# LA CATÁSTROFE DEL ÉXITO DEL ARBITRAJE

**ALEXIS MOURRE**

**6 DE DICIEMBRE DE 2022**

**CAM**

SANTIAGO • CHILE  
CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN  
CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

## **La Catástrofe del Éxito del Arbitraje<sup>1</sup>**

**Alexis Mourre<sup>2</sup>**

**Socio fundador de Mourre Gutiérrez Chessa Arbitration  
Expresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la  
Cámara de Comercio Internacional**

### **Agradecimientos.**

Muy buenos días a todos. Y muchas gracias al CAM Santiago por haberme dado el honor de estar aquí con ustedes; a la presidenta de la CCS María Teresa Vial; a Manuel José Vial, presidente del consejo directivo del CAM Santiago; y Macarena Letelier, directora ejecutiva del CAM Santiago. Realmente es un placer estar el día de hoy en su magnífico país.

### **I. Introducción: ¿La Catástrofe del Éxito del Arbitraje?**

Lo que voy a hacer esta tarde es dar algunas reflexiones generales sobre el pasado y el futuro del arbitraje y, para eso, voy a empezar con una pequeña anécdota literaria, y se refiere al bien conocido autor Tennessee Williams, quien, en 1955 estrenó su obra “*La Gata Sobre el Tejado de Zinc*”, la cual tuvo un inmenso éxito tras sus anteriores obras “*El Zoo de Cristal*” y “*Un Tranvía Llamado Deseo*”, y lo impulsó a la cima de la gloria literaria.

Años después, escribió sobre el éxito de su trilogía y su éxito como la catástrofe: la catástrofe del éxito. Y, efectivamente, a partir de este momento de absoluto éxito, Tennessee Williams entró en un espiral descendente durante 20 años hasta su misteriosa muerte en 1983.

---

<sup>1</sup> Charla magistral impartida en la ceremonia de celebración del 30º Aniversario del CAM Santiago, la que tuvo lugar el 6 de diciembre de 2022 en *Metropolitan | Santiago Convention & Event Center*.

<sup>2</sup> Transcripción realizada por Mauricio Benjamín Moreno Ruiz (estudiante de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y pasante del CAM Santiago). Revisada y editada por Claudio F. Osses Garrido (egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asistente de Investigación y Extensión de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM Santiago).

Años después, un psicólogo americano llamado Steven Berglas se inspiró en la experiencia de Tennessee Williams y escribió un libro cuyo título es “*El Síndrome del Éxito: Tocar Fondo Cuando se Llega a la Cima*”. Berglas se basó en la experiencia de Williams para describir cómo el éxito, en lugar de aumentar los sentimientos de seguridad, a veces, se percibe como una especie de muerte en la que las crecientes expectativas externas afectan la confianza en sí, y generan malestar y ansiedad.

Pues bien, el arbitraje, al igual que Tennessee Williams, ha ciertamente alcanzado la cima del éxito. Se ha convertido en la forma habitual de resolver los conflictos internacionales, ha ampliado los límites de la arbitrabilidad a los conflictos de consumo, a los contratos de trabajo, a la propiedad intelectual, a las patentes, al derecho de competencia, a la regulación, y a prácticamente a todos los ámbitos de la vida económica. La *hubris* del arbitraje ha impuesto su reinado no sólo en el comercio internacional, sino también, en las disputas entre inversores y Estados, así como entre Estados.

El arbitraje ha alcanzado un éxito fenomenal. Ahora bien, ¿podría este éxito generar el mismo tipo de trastorno psiquiátrico que sufrió Tennessee Williams? ¿Estamos viviendo la catástrofe del éxito del arbitraje?

Sin duda, la percepción del arbitraje ya no es lo que era hace 20 años. Hay una especie de angustia, una sensación de incertidumbre sobre el futuro, la percepción arrastrante de que una oscura amenaza está nublando el horizonte antes brillante, claro y soleado de nuestras vidas profesionales.

Gary Born se inspiró en una referencia –quizás menos clásica que la de Tennessee Williams – para describir esto. Se inspiró en “*Game of Thrones*”, para anunciar que el invierno se acerca para el arbitraje<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP - International Arbitration Library. Gary Born – *Is Winter Coming?* Vídeo disponible en <https://youtu.be/0-2wtbaFn88>.

Hace algunos meses, Toby Landau KC dictó una conferencia en Singapur en la que se preguntaba si el arbitraje no había perdido la creatividad de sus primeros días, y si no ha llegado el momento de un replanteamiento global con cambios fundamentales, como la introducción de procedimientos más inquisitivos, listas especializadas de árbitros y actuaciones mucho más proactivas por parte de los árbitros.

Lucy Reed ha abogado por un enfoque más directivo por parte de los árbitros, los cuales deberían convocar a conferencias frecuentes con las partes, incluyendo el llamado “*Reed Retreat*”.

Grant Hanessian recientemente ilustró esta propuesta de forma bastante divertida, al sugerir, en el GAR Live Atlanta<sup>4</sup>, que el arbitraje debería tal vez emular una producción de tipo Netflix o Broadway, en donde el espectáculo consistiría en una sucesión de miniseries, es decir, de decisiones parciales para cada episodio de la película.

Algunos partidarios de la reforma del arbitraje abogan por un régimen dietético muy severo, en que los árbitros deberían, sistemáticamente, limitar el volumen de los memoriales y demás escritos de las partes, el número de las pruebas permitidas, y la cantidad de testigos y peritos.

En un reciente artículo, Neil Kaplan presentó una especie de popurrí de todas las innovaciones que se deberían aportar al arbitraje, como la introducción de expertos dentro de los tribunales arbitrales, la introducción de un “*Disclosure Master*” para facilitar la producción de documentos, o la imposición de un “*Mediation Window*” en el procedimiento.

Parece haber una especie de furia reformadora en el arbitraje, la cual ha llegado al punto que recientemente se estrenó en Suiza una asociación para prácticas innovativas en el arbitraje.

---

<sup>4</sup> Alison Ross. *The Broadway/Netflix approaches to international arbitration*. Global Arbitration Review. 16 September 2022. Noticia disponible en [globalarbitrationreview.com/article/the-broadwaynetflix-approaches-international-arbitration](https://globalarbitrationreview.com/article/the-broadwaynetflix-approaches-international-arbitration).

Algunos avances que hasta ahora se percibían como evidentes, como positivos para agilizar el proceso, como la llamada “*Cláusula Goldman*” en el arbitraje CCI, ahora son incluso criticados.

Este vórtice de reformas propuestas acabó golpeando a pilares procesales como la audiencia de testigos, tal y como la conocemos hoy, bajo la idea de que los sesgos inconscientes; los sesgos memoriales y los fallos de memoria tornarían la audiencia de pruebas en una herramienta esencialmente inútil.

Esta marea reformadora también está afectando al proceso de producción de documentos y a las antes intocables Reglas de la IBA sobre la prueba, con la adopción hace algunos años de las llamadas Reglas de Praga, y en general, con la idea de que las solicitudes de producción de documentos serían la fuente principal de todos los males del arbitraje.

Otra bruja que ahora es comúnmente perseguida en este Salem arbitral es la nefasta Orden Procesal N°1, a la que se imputan todo tipo de pecados como el imponer a las partes procedimientos mal adaptados sin que los tribunales consideren debidamente las especificidades de cada caso.

¿Está el arbitraje a los albores de una especie de revolución, como en la noche francesa del 4 de agosto de 1789, en la cual los privilegios de la aristocracia francesa fueron repetidamente abolidos? Tal vez no, pero hay en todo esto algo que recuerda a la vieja querrela literaria de los antiguos y de los modernos del siglo XVII, cuando los que querían romper con la tradición se oponían a quienes, como La Fontaine y Boileau, querían defender las prácticas establecidas.

El arbitraje sin duda ha alcanzado una edad de madurez, y, como todos sabemos, ha prosperado sobre un marco normativo cuyas piedras angulares son la Convención de Nueva York, la cual garantiza el reconocimiento de los convenios arbitrales, el apoyo del poder judicial en la mayoría de las sedes de arbitraje internacional y la ejecución de los laudos; y la Ley Modelo de la CNUDMI.

El arbitraje ha generado un conjunto de normas transnacionales que regulan el procedimiento de arbitraje internacional y que, aunque sean hoy en día criticadas en ciertos aspectos, siguen siendo compartidas y aceptadas hasta el punto de haber casi alcanzado el nivel de una costumbre procesal.

El arbitraje ha generado una comunidad epistémica global que comparte los mismos valores y la misma visión del arbitraje, y se apoya en una red de instituciones arbitrales como el CAM Santiago, entre otras, que son la columna vertebral de lo que se ha transformado en un verdadero sistema de justicia transnacional.

El arbitraje pues se ha convertido en el medio habitual de resolución de las disputas comerciales internacionales y, como tal, ha adquirido una autonomía funcional, institucional e incluso normativa.

¿Significa esto que no hay que cambiar nada, con el riesgo de que el arbitraje entre en una especie de glaciación como la época soviética de Brézhnev? ¿O significa que, como en la novela de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, habría que cambiar todo para que al final no cambie nada?

El arbitraje, sin duda, se encuentra en una encrucijada, y como toda institución que llega a un punto de inflexión de su historia, sí necesita algunas reformas. Pero al mismo tiempo, como decía La Fontaine en la disputa de los antiguos y de los modernos, cualquier buena reforma debe ser respetuosa de la tradición y del pasado.

Y eso es particularmente cierto por dos razones.

- a) La primera es que el procedimiento de arbitraje, tal y como lo conocemos hoy, es el producto de décadas y décadas de sedimentación, de acumulación de conocimiento y de experiencia, y por eso no debe cambiarse a la ligera: las mejores sopas se hacen en las ollas más viejas.

- b) Y la segunda es que el procedimiento arbitral es lo que es hoy, tanto en su componente de práctica arbitral como en su aspecto normativo – es decir, la elaboración de *Soft Law* – porque es global y realmente transnacional.

El arbitraje, tal y como lo conocemos hoy, es el producto de décadas de esfuerzos para elaborar normas que no son el subproducto de una tradición jurídica particular – sea el “*Common Law*” o el Derecho Civil – sino un procedimiento verdaderamente transnacional y autónomo que sea adaptado a las necesidades del comercio internacional.

Desde esa perspectiva, algunas posibles líneas de reforma son necesarias, mientras que otras deben tomarse con mucha más cautela.

Empezaré, para ser negativo, con algunas de estas últimas.

## **II. Reformas Peligrosas.**

Una de las reformas que yo considero indeseables, y uno de los cambios radicales que ha sido propuesto en el arbitraje hasta hoy, es la idea de Jan Paulsson y Albert Jan van den Berg de eliminar los nombramientos unilaterales de árbitros por las partes.

Esta idea se ha presentado, primero, desde una perspectiva institucional y normativa, consistente en recomendar que, de alguna manera, se imponga una norma para que todos los árbitros sean designados por una institución, o en su caso por la corte competente.

Esta sugerencia ha sido criticada, y con razón, por ser impracticable, ya que requeriría – al menos en su iteración más radical – un tratado internacional, o como mínimo, un acuerdo entre todas las mayores instituciones arbitrales. Y lo que es más importante, esta idea ha sido rechazada por entrar en conflicto con el principio fundamental de la autonomía de las partes.

Luego, la idea se ha redimensionado a nivel de una posible buena práctica, en particular en el llamado *Sachs Protocol*, consistente en establecer cláusulas que permitirían elegir a los árbitros entre candidatos preseleccionados por las partes, sin que aquellas sepan cuál de las mismas los



propuso, lo cual tampoco ha tenido mucho éxito en la práctica. Y, de hecho, los nombramientos de parte son un elemento importante de la legitimidad del sistema ya que muchas empresas los ven como una forma de participación en el proceso arbitral.

La propuesta Paulsson/van den Berg puede ser criticada bajo otro perfil, que es el efecto que una prohibición de los nombramientos de partes podía tener en la sociología de la comunidad arbitral.

Actualmente, la comunidad arbitral se compone de profesionales privados que compiten libremente por nombramientos en un mercado abierto y bastante transparente. Mientras que concentrar todos los nombramientos en manos de unas pocas instituciones supondría el riesgo de restar transparencia al sistema, y en última instancia de transformar esta comunidad arbitral de libres profesionales en un grupo de políticos arbitrales que estarían más atentos a la política institucional que a las expectativas de los usuarios privados en el mercado.

Dicho esto, no puede negarse el problema de independencia e imparcialidad puesto por los nombramientos de parte, ya que no hay duda de que los mismos pueden generar parcialidad, como lo demuestra el hecho de que la inmensa mayoría de los votos disidentes son realizados por el árbitro designado por la parte perdedora.

Pero la prohibición de los nombramientos de parte es una respuesta equivocada a un problema real. La respuesta correcta al problema es más bien el avance de la cultura arbitral – la cual ha hecho grandes progresos en los últimos 20 años –, y el fortalecimiento de la conciencia de los árbitros de sus deberes de independencia e imparcialidad, así como la sanción reputacional a los árbitros que ignoran estos deberes.

La segunda serie de reformas que serían, en mi opinión, peligrosa gira en torno a las reglas de prueba.

La primera manifestación de esas propuestas ha sido la idea de que sería necesario abandonar las Reglas de la IBA para adoptar reglas que tengan un enfoque más regional. Eso se



basa en la idea de que las Reglas de la IBA estarían más inclinadas hacia la tradición del *Common Law* que hacia la tradición de Derecho Civil, y que habría por tanto la necesidad de reestablecer el balance. De ahí, como mencioné hace unos minutos, la adopción de las llamadas Reglas de Praga.

El problema de esa idea es la amenaza de una fragmentación normativa en el derecho procesal del arbitraje internacional.

El arbitraje internacional como sistema de justicia transnacional necesita un marco procesal común, un marco global que garantice que cada parte, independientemente de su cultura jurídica, pueda jugar bajo las mismas reglas, y la convergencia de las normas procesales ha sido un paso fundamental en el proceso de maduración del arbitraje en las últimas tres décadas.

La idea fundacional del arbitraje internacional es precisamente la de un conjunto de normas procesales comunes, que genera una cultura común aceptable para todos los actores y partes interesadas, cualquiera sea su *background* cultural.

Como parte de esta misma tendencia a la fragmentación, vemos más y más autores abogar en contra del proceso de producción de documentos. Se dice que la producción de documentos sería poco beneficiosa, generaría ineficiencias, sería muy pesada y, en última instancia, sería una de las causas principales de los costes y tiempos excesivos del arbitraje.

Yo creo, sin embargo, que la posibilidad de solicitar la producción de documentos en posesión de la otra parte es una condición fundamental de un juicio justo. Constituye una parte esencial de la transparencia y de la honestidad del procedimiento de arbitraje y, por lo tanto, esta posibilidad no debe restringirse, salvo cuando lo justifiquen las especificidades del caso, como ocurre, por ejemplo, en el contexto de reglas aplicables a procesos expeditos o abreviados, o en casos simples.

De manera general, lejos de ser la expresión de una cultura jurídica particular, las Reglas de la IBA han logrado un equilibrio adecuado entre normas procesales heredadas tanto de la tradición de Derecho Civil como de la tradición del *Common Law*.

Las Reglas de la IBA han logrado, con ello, un resultado que es específico al arbitraje internacional, permitiendo a todos los actores jugar con las mismas reglas y garantizando así la transparencia y la previsibilidad del proceso arbitral. A fin de cuentas, las Reglas de la IBA permiten resolver las cuestiones relativas a la divulgación de documentos de forma rápida y eficaz.

Si el proceso es manejado correctamente, aplicando la conocida norma según la cual las solicitudes de presentación de documentos se limitan a categorías estrechas y específicas, los árbitros pueden ejercer una amplia discreción en definir las reglas aplicables a la producción de documentos en cada caso particular y, al aplicarlas, rechazar de forma eficiente y rápida las solicitudes que sean excesivamente amplias. La fórmula famosa de los *narrow and specific category of documents* no es un problema: Más bien, es parte de la solución al problema real del acceso a la prueba.

Otro ámbito en el que recientemente se han desarrollado críticas al proceso arbitral es el de la prueba testimonial.

Ha habido una oleada de artículos y conferencias sobre el tema de los sesgos memoriales, de la falta de fiabilidad de los testigos, y sobre el tiempo y los costes excesivos que conllevan las audiencias probatorias tal como se practican actualmente.

Esta crítica se basa en la premisa de que el relato de los hechos controvertidos por parte de un testigo no es confiable, y que el tiempo y el esfuerzo que supone la práctica de la prueba oral son desproporcionados por el resultado obtenido. Sin embargo, esta crítica no tiene en cuenta la especificidad del testimonio oral en el arbitraje internacional.

La prueba testimonial en el arbitraje tiene un rol totalmente diferente de su rol en el proceso judicial. En el arbitraje, no se espera esencialmente que los testigos proporcionen una prueba perfecta sobre cuestiones de hecho. Si fuera así, toda la arquitectura, toda la estructura de la prueba oral en el arbitraje internacional - con la posibilidad de escuchar a las partes o a sus empleados, las amplias declaraciones escritas y la posibilidad de que los abogados preparen a los testigos antes de la audiencia - sería no solamente ineficaz, sino también peligroso y fuera de lugar.

Lo necesario sería, si fuera así, un cambio completo en la práctica de la prueba en la línea de lo que tenemos en los tribunales, al limitar el testimonio a los hechos conocidos personalmente por el testigo, al prescindir de las declaraciones escritas y al prohibir cualquier contacto entre el abogado y el testigo antes de la audiencia.

Sin embargo, la práctica arbitral es muy distinta de la práctica judicial. En efecto, consiste esencialmente en dar al testimonio un valor confirmatorio e ilustrativo del conjunto de las pruebas que se han presentado en el caso.

De hecho, es muy raro que el laudo se base únicamente en las declaraciones de los testigos, salvo situaciones bastante excepcionales como, por ejemplo, la situación en la cual un testigo declarase en contra de la parte que lo presentó.

La audiencia de prueba tiene sin embargo un objetivo más amplio. Es el momento en que el caso deja de ser abstracto y se encarna en una historia viva, una historia contada – aunque sea de forma distorsionada – por quienes han vivido los hechos, y esta historia siempre es extremadamente instructiva, sean cuales sean los fallos de memoria y los prejuicios que puedan afectar a los testigos.

En otras palabras, la audiencia de prueba – tal y como la practicamos – es un momento de encarnación del caso, y muchas veces es el momento en el cual los árbitros comprenden realmente lo que ha sucedido y cuáles son las verdaderas causas del litigio. Así que estoy

profundamente convencido de que la audiencia de prueba, tal y como la conocemos, tiene un enorme valor.

El tercer tema sobre el cual se multiplican las propuestas de cambio es el de la manera de conducir el procedimiento por parte de los árbitros.

Hoy en día, en efecto, se insiste mucho en la necesidad de que los árbitros sean más proactivos. Existe la idea de que los árbitros deberían mostrarse más directivos al inicio del procedimiento en cuanto a la organización del proceso y a la identificación de los temas a decidir. Y también deberían influenciar más el proceso al celebrar frecuentes conferencias procesales, tomar más decisiones parciales e incluso compartir con las partes sus opiniones provisionales sobre las cuestiones en disputa.

Y aquí veo tres problemas.

El primero es que los árbitros, al inicio del proceso, no conocen el caso, y que el caso evoluciona. Por lo tanto, ser demasiado prescriptivo en una fase temprana puede ser peligroso, crear malentendidos, generar falsas expectativas y, en última instancia, tener consecuencias peligrosas e inesperadas.

Creo que una de las cualidades más importantes del árbitro tiene que ser la humildad: el árbitro tiene que saber que no sabe. No hay peor árbitro que el árbitro que cree saber todo mejor que todos los demás.

El segundo es que una disputa forma una unidad intelectual y conceptual, y que la idea de las miniseries de Netflix - es decir, la idea de cortar la disputa en trocitos como si fuera un salchichón - puede generar evidentes dificultades procesales, e incluso hacer más difícil para el árbitro llegar a un entendimiento correcto del *big picture*.

El tercero es la idea de que los árbitros puedan, en una etapa temprana, compartir con las partes sus opiniones preliminares sobre la disputa. Ahora bien, eso se puede, por supuesto hacer, pero nunca debería hacerse en una fase demasiado temprana, cuando el árbitro no tiene

suficiente conocimiento del caso y, en cualquier caso, nunca debería hacerse sin el consentimiento previo de las partes y sin las garantías procesales adecuadas. De manera general, no es algo que sea aconsejable recomendar de manera sistemática.

En síntesis, creo que el proceso de arbitraje, tal y como lo conocemos actualmente funciona bastante bien. Es el fruto de más de 70 años de experiencia, de sedimentación normativa, y de esfuerzos por parte de la comunidad arbitral para, al mismo tiempo, agilizar el proceso y lograr un adecuado equilibrio entre las distintas tradiciones jurídicas a fin de conseguir un procedimiento que sea universalmente aceptable y adaptado a las necesidades específicas del arbitraje internacional.

### **III. Reformas Necesarias.**

La estructura general del proceso arbitral no necesita por lo tanto ser cambiada fundamentalmente. Sin embargo, sí son necesarias algunas reformas de fondo, y voy a mencionar brevemente cuatro.

La primera se refiere al estándar aplicable a la revelación de conflictos, lo cual es, sin ninguna duda, la cuestión más importante a la cual se enfrenta el arbitraje internacional ya que la transparencia en las revelaciones es una condición esencial de la legitimidad de todo el sistema.

Sin embargo, el estado actual de la ley es incierto ya que coexisten dos estándares diferentes:

- a) Por un lado, está el estándar subjetivo, es decir el estándar “*a los ojos de las partes*” que adoptan las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, y que adopta también la CCI. Con base en este estándar, el árbitro debe revelar cualquier circunstancia que pueda, a juicio de las partes, ser problemática.

- b) De otro lado está el estándar objetivo que la Corte Suprema Inglesa, en el caso *Halliburton*,<sup>5</sup> ha definido como la opinión de un “*observador imparcial e informado*”. Este estándar objetivo es el que, según algunos autores como Gary Born, aplica bajo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI o en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Ahora bien, o se trata de una distinción sin diferencia, lo cual sería *per se* un problema ya que provoca incertidumbre en uno de los aspectos más importantes de la práctica arbitral. O bien hay algo por detrás de esta distinción, lo cual implica que no existe un estándar universalmente aceptado y que existen diferentes enfoques para un tema de importancia tan trascendental como la revelación de conflictos, y que el cumplimiento de esta obligación depende de la ley aplicable y quizás de la institución elegida por las partes, lo cual es aún más problemático.

¿Cuál es la diferencia entre estos dos estándares?

El estándar subjetivo mira a la perspectiva de las partes. Por cierto, debe presumirse que las partes son partes razonables, ya que nadie puede ser obligado a hacer revelaciones irrazonables. Sin embargo, las partes son las *partes* en el caso concreto y, por lo tanto, según el estándar subjetivo, los árbitros deben revelar cualquier información que una de las partes desearía conocer para ejercer su derecho a objetar eventualmente al nombramiento de un árbitro. ¿Qué significa eso? Significa que el árbitro no debería emitir su propio juicio sobre lo que debe ser revelado, sino que debería revelar todo lo que no es manifiestamente irrelevante. Bajo el estándar subjetivo, las revelaciones deben hacerse de manera amplia, y en caso de duda el árbitro debe inclinarse hacia la revelación.

Por el contrario, el estándar objetivo no contempla a la perspectiva de las partes, sino a la de este misterioso personaje que es el observador imparcial e informado. Si esta distinción

---

<sup>5</sup> Case ID: UKSC 2018/0100. *Halliburton Company (Appellant) v Chubb Bermuda Insurance Ltd (Formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (Respondent)*. Disponible en [www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0100.html](http://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0100.html).

significa algo, debe ser que el árbitro debe ponerse en los zapatos de este observador para evaluar lo que objetivamente debe ser revelado.

Ahora bien, hay muy poca diferencia entre este estándar objetivo para revelaciones y el estándar objetivo que aplica – en eso no hay ninguna controversia – a la decisión que tome la institución o el juez sobre una solicitud de recusación. Lo cual significa que estaríamos confundiendo el estándar aplicable a revelaciones con el estándar que aplica a recusaciones; lo cual es a mi juicio muy peligroso pues permitiría al árbitro convertirse, a efectos de sus revelaciones, en el juez de sus propios conflictos y tendría necesariamente el efecto de reducir el alcance de su deber de revelación.

Es por lo tanto deseable, para asegurar que las revelaciones se hagan de manera transparente y completa, que se adopte universalmente el estándar subjetivo a los ojos de las partes en lugar del estándar más restrictivo del observador imparcial e informado.

Existe al respecto ya una cierta convergencia institucional pues las mayores instituciones adoptan en su práctica el estándar subjetivo. Lo que ahora se necesita es un cambio en el Reglamento CNUDMI y en la Ley Modelo.

Un paso hacia esta dirección parece haber sido hecho en la tercera versión del Proyecto de Código de Ética que están elaborando la CNUDMI y el CIADI para el arbitraje de inversión<sup>6</sup>. El artículo 10 de este proyecto, en efecto, había incorporado, para revelaciones de conflictos, el estándar subjetivo “*a los ojos las partes*”.

Sin embargo, las más recientes versiones del proyecto parecen haber adoptado un enfoque más prudente al dejar abierta la elección que hará el grupo de trabajo. Es por lo tanto muy deseable que el grupo de trabajo levante esta incertidumbre y adopte el estándar subjetivo.

---

<sup>6</sup> Disponible en [icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct](https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct).



Más allá de eso, creo que las mismas Directrices de la IBA merecerían ser revisadas en el sentido de una mayor transparencia en la práctica de revelaciones.

Las Directrices han sido revisadas en 2013, y entiendo que están en este momento en el proceso de ser revisadas otra vez, pues es una práctica de la IBA hacer esto cada 10 años. Creo que, en esta oportunidad, se deberían enfrentar algunos problemas.

Primero, se deben verificar algunas de las situaciones ejemplificadas en la lista naranja. Esto porque el plazo de 2 o 3 años que se establece para la revelación de nombramientos pasados por una de las partes, o un representante de las mismas, tiene un efecto limitativo indeseable. ¿Por qué 5 o 6 nombramientos realizados hace 4 años no estarían sujetos a revelación, o dos nombramientos hace seis meses, mientras que 3 nombramientos realizados hace 3 años sí lo estarían? Eso tiene muy poco sentido, y las nuevas directrices deberían orientarse hacia más transparencia.

El otro problema que tienen las Directrices de la IBA es que la lista naranja, que en principio es ejemplificativa y sólo establece una presunción de revelación, se utiliza a menudo en la práctica como una lista objetiva de situaciones divulgables, lo que nunca ha pretendido ser, con lo cual ocurre que árbitros se basan en ella para no revelar circunstancias no incluidas.

La situación actual no es, por lo tanto, satisfactoria y existe la necesidad de garantizar que la divulgación se haga de forma completa y al mismo tiempo de proporcionar previsibilidad sobre lo que no es necesario revelar.

Una posible forma de hacerlo podría ser establecer una limitación temporal general, como podría ser 10 años, dentro de la cual sería necesario revelar todo. Y eso prescindiría de la lista naranja, la cual se podría suprimir, acompañando a este cambio con una especie de “*safe harbor*”, es decir, de una lista verde ampliada que estableciera las situaciones que no necesitan ser reveladas, aunque estén dentro de la limitación de 10 años, y también de una lista roja reformulada que establezca las situaciones limitadas que tendrían que ser reveladas incluso más allá de la limitación de 10 años.

Es decir que, en vez de las actuales 3 listas que tenemos en la guía de la IBA, permanecerían sólo dos, con un plazo temporal más amplio.

Otra forma de hacer una reforma sobre este punto sería establecer una lista cerrada de situaciones objetivas que siempre tendrían que ser reveladas, y eso sería acompañado con una obligación general de revelar bajo el criterio subjetivo, así que llegaríamos a un sistema mixto parecido a lo que está proponiendo el grupo de trabajo de la CNUDMI. Esa, creo, es la dirección hacia la cual hay que ir.

La segunda reforma que propongo también va en la dirección de hacer más transparente el sistema de arbitraje, y es lograr una publicación sistemática o casi sistemática de los laudos arbitrales.

Eso significa pasar de un principio de confidencialidad a un principio de publicidad, y sólo puede lograrse mediante la adopción de reglas comunes por todas las mayores instituciones arbitrales para establecer que, a menos que todas las partes acuerden lo contrario – ya sea en el contrato o durante el arbitraje – el laudo se publique, incluyendo los nombres de las partes, de los árbitros y de los abogados.

Algunas instituciones han dado pasos en esta dirección, como la CCI en su Nota a las partes. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima también ha tomado medidas en esa dirección, así como la Cámara Arbitral de Milán. Pero estos pasos, incluso los que ha tomado la CCI, son demasiado limitados, ya que permiten a cada parte oponerse a la publicación de los laudos, lo que genera que al final, en la práctica, muy pocos laudos sean publicados.

¿Por qué es necesario un cambio tan radical, en el cual se pasa de la cultura del secreto que existe actualmente en arbitraje a una cultura de la transparencia y de la publicidad?

- a) En primer lugar, porque el arbitraje es una forma de justicia, ya que cumple de forma privada con una de las funciones soberanas más importantes de un Estado, y la publicidad es una salvaguardia fundamental en contra de la arbitrariedad.

- b) En segundo lugar, porque la publicación sistemática de los laudos arbitrales contribuirá a garantizar una mayor transparencia, sobre todo en lo que respecta a la relación entre los árbitros, las partes y los abogados, así como son los nombramientos anteriores y la forma en que los árbitros toman sus decisiones.
- c) En tercer lugar, porque poder remitirse a otros laudos dictados en diferentes litigios es útil, y contribuye a mejorar la justicia arbitral.
- d) Y, por último, porque la publicación sistemática de los laudos permitirá la aparición de una verdadera jurisprudencia arbitral que contribuirá tanto al fortalecimiento de la *lex mercatoria* como a una evolución armoniosa de las legislaciones nacionales, especialmente, en los sectores industriales en los que los litigios se someten sistemáticamente – o casi sistemáticamente – a los árbitros.

La tercera reforma que estimo necesaria es la adopción de normas universalmente aceptadas sobre la conducta de los abogados en el arbitraje.

No es sostenible para el arbitraje que la cuestión del deber de arbitrar de buena fe permanezca sin regular, o se deje a leyes nacionales o a regulaciones profesionales locales. Deben existir normas transnacionales aplicables a cuestiones tan importantes como:

- si se permiten los *beauty contests* y en qué condiciones;
- si los co-árbitros pueden tener comunicaciones *ex parte* con las partes y en qué momento;
- cómo, si es posible, y en qué medida, los abogados pueden hablar con los testigos antes de la audiencia;
- si existe o no un deber de asistencia del abogado al tribunal arbitral;
- si existe un deber de no alegar hechos falsos;
- si existe el deber de no destruir documentos relevantes o de invitar a su cliente a cumplir con las órdenes del tribunal, o el deber de no introducir un nuevo abogado mientras que el arbitraje esté en curso y eso pueda generar conflictos de interés.

¿Cómo deben regularse esas cuestiones? Ciertamente no es realista suponer que se pueda hacer mediante un tratado internacional. La única vía es por lo tanto la del *Soft Law*, es decir la de adopción de normas que codifiquen las prácticas más deseables y que, en última instancia, se conviertan en usos arbitrales casi vinculantes.

La IBA adoptó en 2013 sus Directrices sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional. Hasta la fecha, esas directrices son el único conjunto de normas institucionales internacionales que abordan la cuestión de la conducta del abogado en el arbitraje internacional, y lo hacen de manera equilibrada, codificando las mejores prácticas del arbitraje internacional para garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo de acuerdo con principios de buena fe y de igualdad de las partes.

Tampoco esas reglas se extralimitan en las facultades de los colegios profesionales, ya que están cuidadosamente redactadas para abordar únicamente las cuestiones que puedan afectar la conducta del proceso arbitral por parte de los tribunales arbitrales.

La CCI ha hecho suyas las Directrices de la IBA en su nota a las partes, animando a las mismas y a los árbitros adoptarlas o inspirarse en ellas. Por supuesto, la adopción de las directrices de la IBA no es la única manera de abordar esas cuestiones. La LCIA, por ejemplo, ha tomado la excelente iniciativa de incorporar disposiciones en ese sentido en su propio reglamento.

Todas las instituciones, creo, deberían seguir el mismo camino y adoptar sus propias normas sobre la ética de los abogados, lo cual garantizaría más transparencia, más consistencia y más igualdad de partes en el proceso arbitral.

La cuarta y la última de las reformas que estimo necesaria – y con eso concluyo – para que el arbitraje alcance su plena madurez es la aceptación generalizada de sistemas de arbitraje abreviado o expedito basados en el *opt-out*, en la línea de lo que hizo la CCI en su reglamento de 2017.

Hasta la fecha la CCI ha aprobado más de 400 laudos en virtud de estas normas, casi todos habiendo sido emitidos dentro del plazo previsto de 6 meses y controlados por la Corte de la CCI con los mismos estándares de calidad que los que aplican a cualquier otro laudo.

La calidad de estos laudos acelerados, algunos de ellos dictados en casos muy complejos y de importante valor económico – muchas veces las partes hicieron un *opt-in* – es un testimonio de que se puede lograr al mismo tiempo rapidez, calidad y costes reducidos en el contexto de un marco institucional que otorga a un árbitro único amplios poderes para dirigir el procedimiento como considere oportuno.

Es fundamental para la eficacia de ese sistema que las normas se apliquen obligatoriamente por debajo de un determinado umbral financiero y que la institución tenga siempre la facultad de designar a un árbitro único.

La CCI tiene hoy en día cerca de 1800 casos pendientes, y más o menos 30% de esos casos implican demandas por cuantías menores a 3 millones, que es el umbral que aplica desde 2021 al arbitraje expedito de la CCI.

Suponiendo - o soñando - que ese umbral se aumente hasta 10 millones (en el marco de la revisión de 2021 había propuesto 5, pero al final hubo resistencia y tuvimos que hacer un compromiso en 3) – lo cual por cierto es bastante alto, pero el sistema funciona bien como hemos visto – eso significaría que más del 50% de los casos de la CCI se resolverían en un plazo de 6 meses, y nos podríamos preguntar si el arbitraje expedito no se convertiría entonces en lo normal mientras que sólo una minoría de casos – los más grandes y los más complejos – seguirían resolviéndose con procedimientos de 3 o 4 años como actualmente es más o menos la regla común.

Por supuesto, no es razonable esperar que un arbitraje altamente complejo que implique cientos de millones de dólares se lleve a cabo de la misma manera que litigios comerciales ordinarios. Pero el día a día del comercio internacional trata precisamente de esas disputas comerciales que implican reclamaciones limitadas o relativamente simples, y para esas

controversias, el arbitraje acelerado es una vuelta a la gran promesa perdida del arbitraje internacional de ofrecer a las empresas una justicia simple, eficaz y rápida para resolver sin excesivas formalidades los litigios que surgen día a día en el comercio internacional.

Con eso concluyo.

De nuevo, les doy las gracias.

Les agradezco la atención.

Y muchas gracias.

\* \* \*

## Una Breve Reflexión desde el CAM Santiago

**Dra. María Agnes Salah Abusleme**

**Vicepresidenta del Consejo Directivo del CAM Santiago**

**Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile**

Muchas gracias, Alexis.

Espectacular esta conferencia, sin duda nos deja muchos desafíos.

Somos una comunidad global de arbitraje. Todas las críticas y comentarios y perspectivas que Alexis expuso, ciertamente nos convocan.

Como Centro de Arbitraje, no debemos olvidar que nuestro arbitraje es institucional y se han desarrollado por el CAM Santiago numerosas labores para fortalecer nuestro desempeño.

En ese sentido, quisiera destacar la redacción del nuevo Reglamento de Arbitraje Nacional<sup>7</sup>, que aborda varios de los problemas y preguntas planteadas en la conferencia, como son la confidencialidad [y publicidad] de los laudos<sup>8</sup>, el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad, [y] el nombramiento por las partes de los árbitros.

---

<sup>7</sup> Disponible en [www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-nacional/?tab=reglamento](http://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-nacional/?tab=reglamento). Al respecto, véase el capítulo «El proceso de reforma del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago (2021)», escrito por la Dra. María Agnes Salah Abusleme y por Rodrigo Guzmán para el libro «CAM Santiago: 30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación» (dirigido por Macarena Letelier Velasco y editado por Laura Aguilera Villalobos, María Soledad Lagos Ochoa, Claudio F. Osses Garrido, Tomás Correa Cannobio, Daniela Escobar Pizarro y Felipe Saldías Mezzano).

<sup>8</sup> En el caso del CAM Santiago, el artículo 33.8 del Reglamento sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006 dispone que “*El laudo será confidencial, excepto si su divulgación es necesaria para un procedimiento de impugnación, cumplimiento o ejecución del laudo; que la ley o cualquiera otra autoridad judicial exija su divulgación o, que las partes de común acuerdo pacten su carácter de no confidencial. Con todo, el CAM Santiago, resguardando la confidencialidad respecto de la identidad de las partes, podrá publicar los laudos*”.

En esta misma línea, el artículo 10 del Reglamento de Arbitraje Nacional del CAM Santiago de 2021 dispone que “*La labor del CAM Santiago será confidencial y reservada respecto de terceros distintos de los intervinientes*”.



También quiero destacar la labor del Comité de Ética [del Consejo Directivo del CAM Santiago]<sup>9</sup>, que ha también profundizado todas aquellas reglas referidas a la revelación de posibles conflictos de interés, fortaleciendo la transparencia que debe primar y la integridad que debe estar presente en todos nuestros arbitrajes.

---

*en cada proceso arbitral, y aún de estos últimos, tratándose de sus labores internas y administrativas. El CAM Santiago podrá definir las circunstancias en que se pueda tener acceso a dichas labores internas o administrativas.*

*Los laudos arbitrales dictados al amparo de este Reglamento serán públicos luego de un año de encontrarse ejecutoriados, salvo que cualquiera de las partes requiera lo contrario; se hubiere impartido una orden por parte de una autoridad competente que tuviese como consecuencia la publicidad del laudo arbitral; o se hubieren interpuesto recursos frente a otras instancias jurisdiccionales no vinculadas al CAM Santiago.*

*La confidencialidad no obstará a que el CAM Santiago pueda publicar recopilaciones de jurisprudencia arbitral preservando el carácter anónimo de la misma.*

*Los funcionarios del CAM Santiago no están autorizados para permitir a terceros la revisión del expediente ni para dar información respecto de las partes, sus apoderados o las actuaciones del Tribunal Arbitral, salvo:*

- 1) Que por exigencia legal sea necesario hacer público el expediente electrónico o alguna de las actuaciones ante una autoridad competente; y,*
- 2) Para la publicación de los laudos que se pronuncien en los procedimientos arbitrales, luego de un año de encontrarse ejecutoriados.*

*Durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá tomar las medidas que estime convenientes para resguardar los secretos comerciales o industriales, o cualquier otra información de carácter confidencial cuya revelación pueda perjudicar a la o las partes”.*

Desde el año 2001 el CAM Santiago ha publicado más de 240 laudos arbitrales de manera anonimizada en la colección de libros «Sentencias Arbitrales» (Tomos I al VII, que abarcan el período 1994 a 2016) y en el Observatorio Jurisprudencial de Arbitraje Nacional e Internacional de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales. Actualmente se encuentra trabajando en la edición del Tomo VIII de esta colección.

Adicionalmente, el CAM Santiago cuenta con 2 publicaciones sobre el arbitraje en la jurisprudencia de las Cortes Superiores de Justicia de Chile. La última edición de esta colección, titulada «El Arbitraje en la Jurisprudencia de las Cortes Superiores de Justicia de Chile: Período 2002–2020» (2020) sistematiza 501 sentencias derivadas de arbitrajes domésticos e internacionales, dictadas por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema entre octubre de 2002 y noviembre de 2020 a través de fichas temáticas que incluyen descriptores, la legislación aplicada por los jueces chilenos y el razonamiento jurídico de las sentencias. Así, abarca la gran mayoría de los temas de arbitraje doméstico y de arbitraje comercial internacional sobre los que han tenido oportunidad de pronunciarse los tribunales chilenos.

<sup>9</sup> Las funciones del Comité de Buenas Prácticas se encuentran reguladas en el artículo 20 de los Estatutos del CAM Santiago, cuya versión más reciente fue protocolizada el 15 de diciembre de 2021.