

El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad*

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Escuela de Derecho de Sciences Po* (París)

I. Introducción

El rol central del arbitraje en la resolución de controversias comerciales (en su más amplia acepción) es susceptible de ser criticado desde diferentes puntos de vista. Sin embargo, la evidencia fáctica de dicha centralidad está fuera de debate. En efecto, es más que obvio que en el último cuarto de siglo se produjo un trasvase desde el litigio judicial al litigio arbitral para un amplio espectro de disputas privadas, públicas y mixtas¹. Este hecho constituye una de las manifestaciones del fenómeno de la privatización de la ejecución del derecho, la cual se desarrolla en paralelo con la privatización de la elaboración del derecho comercial².

Queda claro que el alcance de cada una de las afirmaciones que haré a continuación depende de la materia específica de la que trata cada arbitraje. Así, a pesar de que el hecho de que todos ellos sean designados con la palabra “arbitraje” puede llevar a pensar que el mecanismo de resolución de litigios que se lleva a cabo en un marco estrictamente comercial tiene las mismas características que los que se ventilan en el contexto de los deportes, del consumo, o de los que enfrentan a un Estado con un inversor extranjero, en realidad existen muchas diferencias entre ellos. En esta contribución me referiré especial, aunque no exclusivamente al arbitraje comercial, un ámbito en el cual el tema de la legitimidad no ha sido tratado muy a fondo. Algunas de mis expresiones serán también aplicables a otros tipos de arbitraje pero no todas.

II. La justificación de la legitimidad

La legitimidad del arbitraje transnacional ha sido muchas veces dada como un hecho consumado; como un axioma que no precisa demostración. En los casos en que algún autor ha dedicado algún tiempo a tratar de justificar esta legitimidad, el acento se ha puesto sobre:

- la autonomía de la voluntad como fuente del poder de los árbitros y/o
- la efectividad del convenio arbitral y de los laudos arbitrales (que se beneficiarían de una ejecución casi automática.

* La versión original de este trabajo (en inglés) fue preparada para las Jornadas sobre *The Transformation of Enforcement* celebrada en el Instituto Universitario Europeo de Florencia los días 27 y 28 de junio de 2013, y destinada a una publicación en dicho ámbito.

¹Para Pierre Tercier, este trasvase determina indudablemente un momento clave en la historia del derecho y de las relaciones comerciales. Ver P. Tercier, “La légitimité de l’arbitrage”, *Rev. arb.* (2011) 653, 654.

²Ver D.P. Fernández Arroyo, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, in: J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo & J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, La Ley / Thomson Reuters (2010) 51; Ver también P.B. Stephan, “Privatizing International Law”, 97 *Virginia L. Rev.* (2011) 1573.

Estas afirmaciones, sin embargo, no llegan a ofrecer un argumento sólido de la legitimidad del arbitraje como “institución”, ni una explicación suficiente del éxito del arbitraje. Es sabido que el arbitraje se ha convertido en el mecanismo habitual para resolver los litigios para una amplísima variedad de materias que afectan el comercio y la economía internacionales. Incluso materias hasta no hace mucho sometidas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, estrechamente vinculadas, directa o indirectamente, con el interés público son actualmente sometidas a arbitraje. El arbitraje ha adquirido, de este modo, una importancia superlativa. Como consecuencia, si bien la ejecución en materia de arbitraje siempre puede tratarse con un enfoque orientado exclusivamente a las partes de la controversia, exige cada vez más ser enfocado también desde el punto de vista de la gobernanza³. El hecho de que cada arbitraje concreto afecte primariamente a las partes implicadas en él no debe impedir que se tome en cuenta el ~~panorama general en el campo de resolución~~. No debe perderse de vista que, considerados conjuntamente, todos esos arbitrajes (individuales) constituyen hoy en día la parte del león de la resolución de controversias transnacionales; de ese punto de vista, su impacto sobre la gobernanza global es enorme.

Cualquiera sea el tipo de arbitraje en cuestión, el éxito del arbitraje es un hecho evidente⁴, entendiendo la palabra éxito tanto en sentido cuantitativo como en relación con la calidad de los litigios sometidos a arbitraje. Por eso no es sorprendente que la generalización de la introducción de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales⁵ (que refleja una cierta preferencia de principio por la ejecución privada) haya sido vista como la expresión de un uso comercial que sería, según un autor perspicaz, otra fuente de legitimidad del arbitraje⁶.

3 fuentes de legitimidad
Tendríamos entonces así tres fuentes de legitimidad: la autonomía de la voluntad, la efectividad y la generalización de la introducción de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales. A mi modo de ver, la autonomía de la voluntad y la generalización de las cláusulas muestran, como máximo, la percepción de la legitimidad por los usuarios pero difícilmente pueden explicar una legitimidad lato sensu

³ *Mutatis mutandis* ambas perspectivas pueden ser usadas también en relación con la ejecución de sentencias. Ver, por ejemplo, C.A. Whytock, “Domestic Courts and Global Governance”, 84 *Tul. L. Rev.* (2009) 67.

⁴ Incluso en ámbitos tradicionalmente menos inclinados al arbitraje, como en lo son los de la banca o de los seguros, el arbitraje está siendo tomado cada vez más en cuenta. Ver el Informe del Grupo de trabajo del *Comité français de l'arbitrage* sur l'arbitrage en matière bancaire et financière, http://www.cfa-arbitrage.com/index.php?option=com_rsevents&view=events&layout=show&cid=63:l'arbitrage-en-matiere-bancaire-et-financiere--au-dela-des-cliches

⁵ El hecho no es nuevo. Según C.R. Drahozal, “New Experiences of International Arbitration in the United States”, *Am. Journ. Comp. L.* 54 (2006) 246-249, hace casi diez años, el 90% de los contratos internacionales en los Estados Unidos ya incluían una cláusula arbitral. En una encuesta llevada a cabo en 2013 por la Queen Mary School of International Arbitration el número no es tan impresionante pero una de las conclusiones principales es que “overall, business continue to show a preference for using arbitration over litigation for transnational disputes, although concerns remain about the costs of arbitration”. Ver <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>

⁶ En este sentido la referencia ha sido hecha a la “*répétition du recours à l'arbitrage (il s'agit en partie d'une légitimité factuelle)*”. J.-B. Racine, “Éléments d'une sociologie de L'arbitrage: Actes de la Journée d'étude du Groupe Sociologie de l'arbitrage du Comité français de l'arbitrage”, *Rev. arb.* (2012) 709, 714.

(algunos autores se han referido a una legitimidad "interna" o "relativa" en contraposición con otra que sería "externa" o "absoluta")⁷. La efectividad, por su parte, puede ser la consecuencia de la aplicación de las normas en vigor (que son por lo tanto normas imbuidas de legalidad pero no necesariamente de legitimidad) o de la imposición de actores con mayor poder de negociación (es decir, autores que no tienen incentivos específicos para preocuparse por la legitimidad).

Desde otro punto de vista, parece obvio que si el foco se pone sobre la autonomía de la voluntad y sobre la repetición de conductas, la discusión se centra prácticamente en la legitimidad del contrato. De este modo, se caería en una discusión vieja, inútil y circular⁸. Sin embargo, hay otro punto importante en el funcionamiento de esas fuentes que se relaciona con la legitimidad: en las transacciones legales transnacionales, las partes normalmente incorporan cláusulas arbitrales porque ningún tribunal nacional aparece como "apropiado" para entender y decidir un litigio con partes extranjeras⁹. La efectividad, aunque sin dudas tiene un impacto directo y esencial sobre las partes mismas (y, por esta razón, podría ser vista también como una cuestión contractual), va más allá de sus relaciones en la medida en que ella implica el reconocimiento del poder de las partes privadas para resolver sus disputas sin la intervención de los tribunales estatales¹⁰. Con todo, hay al menos dos límites para aceptar que la efectividad es un argumento fuerte para justificar la legitimidad del arbitraje:

2 límites
p/ la efectividad

efectividad
legitimidad

- por un lado, son conocidos los ejemplos, viejos y nuevos, de estructuras que son totalmente efectivas sin poseer un ápice de legitimidad (el más mencionado en este sentido es el de la mafia); esa es la simple razón que desaconseja la asimilación entre efectividad y legitimidad;
- por otro lado, la legitimidad basada en la efectividad sería en buena medida de naturaleza externa, es decir, una legitimidad otorgada por los poderes públicos que han venido asegurando la ejecución de los laudos arbitrales durante las últimas décadas.

3 elementos
básicos

Tomando en consideración las limitaciones de todos los argumentos mencionados hasta ahora para fundar una legitimidad interna, intrínseca del arbitraje, es preciso buscar otros caminos. A mi entender, la necesidad y la posibilidad de justificar la legitimidad del arbitraje transnacional debe buscarse mediante el análisis de tres elementos básicos, íntimamente ligados entre sí: el aumento de la transparencia, el desarrollo de la noción de "precedente" en la jurisprudencia arbitral y el monitoreo del funcionamiento de los actores (en particular de los árbitros).

- Transparencia.
- precedente
- monitoreo de actores

⁷P. Tercier (nota 1) at 655.

⁸E. Gaillard, "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", *Recueil des Cours* 329 (2007) 49, n° 9 y 42.

⁹Según una visión particular, los jueces nacionales carecerían de legitimidad para entender en esas controversias. Ver G. Cuniberti, "La légitimité de l'arbitre", in *Droit et technique. Etudes offertes à Xavier Linant de Bellefonds*, Litec (2007) 131, 140-141. Este autor agrega que la legitimidad del árbitro basada en la autonomía de la voluntad debe ser complementada con la legitimidad basada en el procedimiento (imparcialidad, tratamiento equitativo de las partes, razonamiento del laudo).

¹⁰"[L]'arbitrage n'est pas seulement obligatoire ; par la sanction de l'État, il devient même contraignant et exécutoire". P. Tercier, "L'arbitrage et les entreprises", *Arch. phil. droit* 52 (2009) 223, 226.

III. Transparencia

Sobre el último cambio de siglo, se lanzó una gran discusión acerca de la necesidad de transparencia en el ámbito del arbitraje de inversión. Esa discusión continúa viva y constituye uno de los puntos importantes del debate más amplio sobre la legitimidad en dicho ámbito específico¹¹. Puede decirse que la misma tuvo su origen en una serie de casos en los cuales el poder regulador del Estado fue fuertemente desafiado¹². En ese momento se hizo una especie de corte. Según éste se asumió implícitamente que algún grado de transparencia podría ser aceptable en el arbitraje de inversiones debido a la participación del Estado y a la afectación de intereses públicos. Pero, fuera de este ámbito, ningún espacio debía admitirse a la transparencia. Se trató de un gran error. Y lo que es peor: tal corte significó un grave error de apreciación de la realidad. En ese momento no se llegó a captar, fuera por interés o por falta de sensibilidad, que estaba comenzando una evolución jurisprudencial, legislativa y, con algo de rezago, en una parte de la doctrina.

Por supuesto, en los campos en los cuales el interés general está en juego (arbitraje con participación estatal y en particular arbitraje de inversiones) o existen casos con gran repercusión pública (arbitraje deportivo) la tendencia a la transparencia ha ido prevaleciendo progresivamente. De hecho, la transparencia es actualmente la regla general en el arbitraje de inversiones a pesar de cierta resistencia política y de los obstáculos técnicos y operacionales que aparecen al momento de plasmarla en textos normativos y de implementarla en la práctica. La adopción por las Naciones Unidas de un reglamento específico¹³ y de una convención multilateral destinada a ampliar el ámbito de aplicación de dicho reglamento¹⁴ confirma el estado actual de la cuestión¹⁵. En efecto, el Reglamento de la transparencia

¹¹El número de contribuciones sobre la materia es enorme y sigue creciendo. Ver M. Waibel et al (ed.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer Law International (2010); S. Besson, “La légitimité de l’arbitrage international d’investissement”, *Jusletter* 25th July, 2005, <http://www.welaw.ch/jusletter>. More recently, Ver C.A. Rogers, “The Politics of International Investment Arbitrators”, 12 *Santa Clara J. Int’l L.* 12 (2014) 223; H. Muir Watt, “The Contested Legitimacy of Investment Arbitration and the Human Rights Ordeal: the Missing Link”, in: W. Matti & T. Dietz, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, OUP (2014) 214. Evidentemente, la importancia de la transparencia no se limita al arbitraje de inversión. Ver A. Peters, “Towards Transparency as a Global Norm”, in A. Bianchi & A. Peters (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press (2013) 534.

¹²Varios de los casos más famosos tuvieron que ver con países latinoamericanos, como *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case n° ARB/96/1, *Metaklad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case n° ARB(AF)/97/01, and *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia*, ICSID Case n° ARB/03/2. Puede agregarse la larga lista de casos “argentinos” basados en las medidas que dicho Estado tuvo que adoptar para superar la crisis económica y financiera más profunda de su historia. Ver J. Alvarez, “The public international law regime governing international investment”, *Recueil des Cours* 344 (2009) 193, 368-433, 442-469.

¹³Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. Ver el texto en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

¹⁴Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. Ver el texto en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/A-69-17-S.pdf#page=76>

¹⁵Es verdad que según su artículo 1, el Reglamento de la transparencia de la CNUDMI no es aplicable a todos los arbitrajes de inversiones. Sin embargo, tanto el contenido de las discusiones en el Grupo de trabajo sobre arbitraje de la CNUDMI durante la elaboración del Reglamento como la decisión de adoptar la Convención sobre la transparencia para expandir el ámbito de aplicación del Reglamento son indicadores potentes del convencimiento de que la transparencia no quedará limitada a los procedimientos bajo el Reglamento de la CNUDMI. Además la transparencia ya es un hecho en algunas zonas de libre comercio regionales como el TLCAN/NAFTA o el CAFTA-DR, una tímida realidad en el sistema del CIADI, y una política básica en materia de inversiones para algunos países.

ofrece un marco –sujeto a ciertas excepciones– en el cual casi toda la información relativa a los procedimientos arbitrales iniciados sobre la base de un tratado inversor-Estado es puesta a disposición del público a través de un registro que será operado por la misma CNUDMI¹⁶. Además, el Reglamento asegura audiencias públicas y facilita el acceso de *amici curiae* a los procedimientos arbitrales. En relación con el arbitraje deportivo, el abandono de la regla de la confidencialidad en lo que se refiere al laudo es patente en el art. R59 del Reglamento del TAS.

Sin embargo, aunque en esos ámbitos la transparencia es ya un hecho tangible, la tendencia no sólo es inherente a ellos. En el contexto del arbitraje comercial, decisiones judiciales adoptadas en diferentes Estados, así como significativas reformas legislativas muestran que el criticismo respecto de la confidencialidad es bastante más que una moda. La noción misma de confidencialidad es hoy más débil que nunca en cuanto “principio” del arbitraje¹⁷. De hecho, a pesar de que varias legislaciones y reglamentos recientes siguen apostando a la confidencialidad, resulta obvio que ésta ya no es lo que era y que incluso Estados tradicionalmente considerados como los más favorables al arbitraje ya no la consideran como un factor esencial del arbitraje y, en particular, del arbitraje internacional¹⁸.

Desde un punto de vista técnico la transparencia puede ser tomada como la negación de la confidencialidad. Sin embargo, de un modo más gráfico y positivo, cabe vincularla con las nociones de visibilidad y accesibilidad. Esencialmente, me refiero a la accesibilidad a los procedimientos y decisiones arbitrales pero también a la visibilidad de la selección de los árbitros y, por extensión, de las cualidades de éstos. Siempre que se habla de confidencialidad dentro del marco del arbitraje comercial, la primera observación que se hace es que la confidencialidad se ha convertido en una mera cuestión técnica que puede ser necesario abordar al momento de la celebración del contrato¹⁹. En otras palabras, el viejo dogma de la confidencialidad tomado como un elemento esencial del arbitraje no es tan sólido como supo ser, aunque no puede tampoco negarse que aún conserva un cierto peso en el arbitraje comercial.²⁰ Hoy en día, si las partes quieren estar seguras de que su arbitraje será mantenido fuera del

¹⁶Ver <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx#economicSector>

¹⁷Ver Report on *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, adoptado en 2010 por el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>). Una de las conclusiones de la Resolución de la ILA n° 1/2010 sobre el mismo tema, señala: “Many users of international commercial arbitration assume when choosing arbitration that arbitration is inherently confidential. This assumption is not warranted because many national laws and arbitral rules do not currently provide for confidentiality and those that do vary in their approach and scope (including the persons affected, the duration and the remedies)”.

¹⁸Un ejemplo paradigmático es la eliminación de la regla de la confidencialidad para el arbitraje internacional en la importante reforma del derecho arbitral francés de 2011. Ver E. Gaillard & P. de Lapasse, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Recueil Dalloz* (2011) 84. Otras plazas atractivas en las cuales el arbitraje no es reputado como esencialmente confidencial son Suiza, Suecia, los Estados Unidos o Australia.

¹⁹Ver E. Silva Romero, “De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas”, in: E. Gaillard & D.P. Fernández Arroyo (eds.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, UR / CEDEP (2013) 165, 175-177.

²⁰Ver Queen Mary School of International Arbitration, *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, § 6.

escrutinio público, deben realizar una cuidadosa profilaxis de sus controversias actuales o futuras²¹. E incluso en ese caso, tendrán que ser conscientes de que la confidencialidad pactada no será absoluta debido a la existencia de valores más importantes que ella²².

En mi opinión, la transparencia, conjuntamente con una mayor alcance de la responsabilidad de los actores del arbitraje, puede servir como una base más firme de legitimidad cualquiera sea el tipo de arbitraje involucrado. Esta poderosa fuente de legitimidad puede operar mediante la creación del marco para un control virtuoso del arbitraje. No me refiero al control estatal, el cual puede ser implementado individualmente para cada caso particular a través de los procedimientos de anulación y de exequátur (que sirven esencialmente para sancionar las violaciones a las exigencias de orden público, arbitrabilidad, debido proceso e igualdad de las partes), sino a un control de alcance general y de carácter privado realizado por los usuarios, los abogados, los mismos árbitros, las instituciones de arbitraje y, en ciertas hipótesis, la sociedad civil. Este control debería incluir, básicamente, la selección de los árbitros²³, los conflictos de intereses (independencia, imparcialidad, disponibilidad) y, en otro nivel, el análisis de los laudos²⁴.

En términos generales, el acceso público a los laudos arbitrales debería permitir, además del desarrollo del derecho arbitral, contar con más elementos para seleccionar buenos árbitros. Por supuesto que tal acceso sólo podrá lograrse mediante una publicación completa y fácil de los laudos. Publicar resúmenes o extractos –incluso si se hace al azar– puede ser útil, pero lo que realmente se necesita es la publicación completa y sistemática de los laudos a través de un mecanismo centralizado²⁵. No estoy proponiendo nada exótico. Se trata de una vieja aspiración de distinguidos árbitros²⁶ que urge cada vez más. La

<http://www.whitccase.com/files/upload/fileRepository/2010International Arbitration Survey Choices in International Arbitration.pdf>.

Sin embargo, en una amplia encuesta llevada a cabo por la American Arbitration Association en 2003, la privacidad aparece en una posición muy baja entre las razones para decidir el mecanismo de resolución de controversias.

https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_004327

²¹Ver las recomendaciones de la Resolución de la ILA n°1/2010 (*supra* nota 17).

²²La jurisprudencia comparada está llena de decisiones en este sentido, incluso en decisiones que son claramente pro-confidencialidad. Ver High Court de Australia, 7 de abril de 1995, *Esso Australian Resources v. Plowman*; Suprema Corte de Suiza, 27 de octubre de 2000, *Bulgarian Foreign Trade Bank v. Al Trade Finance*, y más recientemente Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina), Sala B, 3 de abril de 2014, *Accor Argentina v. NSB DS*.

²³B. Oppetit, “Le droit international privé, droit savant”, *Recueil des Cours* 234 (1992) 331, 400-401, subraya la legitimidad otorgada por la autoridad intelectual y personal de algunos árbitros (llamada por él “*la légitimité du pouvoir du savoir*”): “*il est normal que les litigants se tournent vers ceux qui, à raison du savoir qu’ils détiennent et de l’indépendance de leur statut, leur paraissent particulièrement aptes à être investis du pouvoir de juger, et on peut alors y voir, de la part des professionnels, un hommage à la science du droit comme garante d’une certaine sécurité juridique*”.

²⁴Ver, en esta línea, P. Tercier “La légitimité de l’arbitrage” (nota 1) 667.

²⁵Ver J. Karton, “A Conflict of Interests – Seeking a Way Forward on Publication of International Arbitral Awards”, *Arbitration International* 28 (2012) 447.

²⁶Por ejemplo, J.D.M. Lew, “The Case for the Publication of Arbitral Awards”, in *Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer (1982) 223, A. Mourre, “Precedent and Confidentiality in International Commercial Arbitration. The Case for the Publication of Arbitral Awards”, in E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds.), *Precedent in International Arbitration*, Juris (2008) 39.

identificación de las partes podría ser evitada en general o cuando se considerara apropiado, pero los nombres de los árbitros, en cambio, deberían revelarse siempre²⁷.

En el arbitraje desarrollado bajo el paraguas de instituciones arbitrales, esa apertura debería ser fácil de conseguir. De hecho, hay instituciones que han encarado seriamente la cuestión del mejoramiento de la accesibilidad de los laudos²⁸. Igualmente, destacadas asociaciones arbitrales —que no son en sentido estricto instituciones dedicadas a la administración de la resolución de controversias— declaran su compromiso fundamental con otros aspectos de la transparencia²⁹. En el arbitraje *ad hoc*, los árbitros deberían apoyar la transparencia directamente, con la ayuda de las partes. La comunidad epistémica tendría que desarrollar reglas y mecanismos no obligatorios pero con peso específico para facilitar prácticas deseables de transparencia. Obviamente, duras o blandas, las normas sobre transparencia no bastan para resolver los problemas de legitimidad en el arbitraje. Nadie cree seriamente que la transparencia sea una medicina milagrosa. Pero sí puede ser una de las herramientas para contribuir en la obtención de un más alto estándar de legitimidad.

Dicho todo lo anterior, tampoco se puede ignorar que la transparencia tiene también sus detractores, lo cual no es ninguna sorpresa. Algo similar sucede en todas las actividades humanas en las cuales se trata de implementar algún tipo de transparencia. Por eso los caminos hacia la transparencia son siempre sinuosos y algunas veces se encuentran totalmente bloqueados, ya que el secretismo tiene sus beneficiarios y, por qué no, también sus ventajas. Así, el costo, el tiempo y algunos inconvenientes procesales han sido puestos de relieve por agudos observadores para denigrar los avances de la transparencia en el ámbito particular del arbitraje de inversiones³⁰. Sin negar que pueden existir efectos negativos en ocasiones particulares, no dudo en calificar tales críticas como exageradas en general y a las dificultades apuntadas como relativamente fáciles de solucionar en muchos casos. El Reglamento de la transparencia de la CNUDMI muestra que es posible lidiar con situaciones conflictivas mediante el simple expediente de brindar un margen de apreciación al tribunal arbitral, que actuará siempre en consulta con las partes. Además, la eventual aparición de algunos efectos negativos en casos particulares me parece un precio bajo a pagar a fin de satisfacer tan importante exigencia de gobernanza global. En lo que toca al arbitraje comercial, las opiniones críticas parecen estar mayormente basadas en los supuestos deseos de los usuarios. Sin embargo, aún en el caso de que tales deseos existan realmente, no alcanzo a ver en qué podrían los usuarios verse afectados por la publicación de laudos “anónimos”.

²⁷Ver J. Fernández Armesto, “The Time has come. A plea for Abandoning Secrecy in Arbitration”, *Les Cahiers de l'arbitrage* (2012-3) 583, 585.

²⁸Ver, por ejemplo, el interesante esfuerzo realizado en el marco de la Cámara Arbitral de Milán para optimizar la publicación de laudos. Ver A. Malatesta & R. Sali (eds.), *Arbitrato e riservatezza. Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali*, CEDAM (2011).

²⁹Así, en la página de internet del International Arbitration Institute (http://www.iaiparis.com/pages_p.html.asp) puede leerse que “one of the most important objectives of the IAI is to promote transparency in the international arbitration community. In the past, access to academic literature and other more practical information was not complemented by access to the international arbitration community itself”.

³⁰Ver E. Silva Romero (nota 19) 183-187. La actitud refractaria de algunos Estados durante la negociación de los instrumentos de la CNUDMI sobre la transparencia confirma esta percepción crítica.

IV. Precedente

El uso del precedente se está volviendo un dato normal para todo tipo de tribunales³¹ y los tribunales arbitrales no son una excepción. Siempre que los árbitros pueden superar los obstáculos de la falta de acceso a las decisiones de otros tribunales arbitrales que han tratado la misma cuestión que los ocupa, la utilización de los laudos previos para fundar el propio resulta casi natural. No por casualidad, esa actitud es claramente perceptible en el arbitraje de inversiones³² y en el arbitraje deportivo³³, ámbitos en los cuales la transparencia es la regla. Ahora bien, el secretismo no es la única barrera para construir una jurisprudencia arbitral. Hay otro obstáculo de naturaleza conceptual: el arbitraje es tradicionalmente concebido como un mecanismo de resolución de controversias que consiste en una justicia dispensada por tribunales especialmente constituidos para resolver un litigio particular, fuera de un marco jurisdiccional organizado jerárquicamente y al margen de todos los demás tribunales arbitrales. Este punto de partida puede conducir a creer que es imposible desarrollar una doctrina del precedente en el arbitraje y tal vez –desde un punto de vista bastante dogmático– que la noción de precedente en sí misma no puede existir en este ámbito³⁴.

Admito que el uso espontáneo y más o menos casual de laudos anteriores no puede en general ser caracterizado como una verdadera doctrina del precedente, sobre todo en el sentido de *stare decisis*, es decir, de una obligación de fundar las decisiones en otras anteriores que serían así de naturaleza “vinculante”. Pero este no es el tipo de precedente que es necesario desarrollar en el arbitraje. Yo me refiero más bien a una actitud sistemática basada en la persuasión más que en la jerarquía o en la imposición. Sistemática significa aquí que la actitud que se exige a los árbitros es la de utilizar las decisiones arbitrales disponibles en la materia, la cual no debe ser aleatoria ni ser empleada simplemente para justificar o, peor aún, para ilustrar, su propia decisión. El carácter persuasivo se refiere a la

³¹Incluso los tribunales constitucionales cuando se enfrentan con las cuestiones (¿internas?) más sensibles prestan atención a las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones. Cuanto mayor es la importancia de la cuestión a decidir, mayor parece ser la amplitud de la consulta de precedentes extranjeros. Ver S. Cassese, “Legal Comparison by the Courts”, paper for the Opening Plenary Session of the 18th Congress of the International Academy of Comparative Law (Washington, DC, July 2010).

www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/The_judge_as_a_comparatist.pdf

³²Ver J.P. Commission, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration* 24 (2007-4), 129, 149-53; L. Reed, “The *De Facto* Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management”, *ICSID Review* 25 (2010) 95-103.

³³Ver G. Kaufmann-Kohler, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture”, *Arbitration International* 23 (2007-3) 357, 365-366; E. Loquin, “L’utilisation par les arbitres du TAS des principes généraux du droit et le développement d’une *Lex sportiva*”, in: A. Rigozzi & M. Bernasconi (eds.), *The Proceeding before the Court of Arbitration for Sport*, Weblaw (2007) 85.

³⁴Para un tratamiento más detallado del rol del precedente en el arbitraje transnacional y más citas, ver D.P. Fernández Arroyo, “Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral”, in: E. Gaillard & D.P. Fernández Arroyo (eds.) (nota 19) 225-262. De hecho, varias de las afirmaciones de este epígrafe son tomadas de dicho artículo.

autoridad que la decisión anterior tiene en razón de su calidad sustancial, el prestigio de sus autores y, en su caso, el hecho de haberse repetido la misma solución por diferentes tribunales³⁵.

La razón fundamental para propugnar el desarrollo de una doctrina del precedente en el arbitraje transnacional tiene que ver con el hecho de que el arbitraje es actualmente utilizado como el mecanismo preponderante para la resolución de muchos tipos de controversias privadas y público-privadas. En consecuencia, se hace evidente que la vieja idea según la cual cada procedimiento arbitral constituye una porción aislada de la realidad que no concierne a nadie más que a las partes implicadas en el mismo ya no resulta admisible. Desde que muchas de las disputas transnacionales más significativas (tanto en términos cualitativos como cuantitativos) son resueltas por medio de arbitraje, el funcionamiento en sí de este mecanismo y el resultado las controversias que a él se someten se vuelven relevantes para todos. Los actores económicos en general, los Estados, las organizaciones internacionales y la misma sociedad civil están interesados en cómo y sobre qué fundamentos se toman las decisiones arbitrales.

Las motivaciones particulares de ese interés puede diferir según el grupo considerado. No obstante, para todos ellos ese interés dista mucho de ser un mero producto de la curiosidad. Antes al contrario, es una cuestión de necesidad. Todos ellos necesitan estar al tanto de los fundamentos de las decisiones arbitrales y si bien no pueden pretender conocer de antemano el resultado concreto, sí tienen derecho al desarrollo de un procedimiento apropiado y a que las decisiones se adopten de un modo predecible. Desde esta perspectiva, los precedentes están estrechamente relacionados con la búsqueda de la coherencia. De hecho, un mínimo de coherencia es inherente a cualquier marco específico de resolución de disputas. El arbitraje no puede ser una excepción a esta regla, menos aún cuando él está reivindicando ser un verdadero ordenamiento jurídico³⁶. En efecto, un ordenamiento jurídico que seriamente pretenda ser considerado como tal no puede permitirse que las decisiones que él produce parezcan productos aislados de sujetos caprichosos o arbitrarios en lugar del resultado de auténticos órganos de decisión. La legitimidad está allí profundamente comprometida. En principio, los tribunales arbitrales no están formalmente compelidos a seguir el precedente³⁷. Sin embargo, no hay regla alguna que les prohíba hacerlo³⁸.

Si uso la expresión “un mínimo de coherencia”, es debido a las dificultades obvias para alcanzar dicha coherencia. Ni siquiera en el arbitraje de inversiones, donde el uso del precedente es tan claro como

³⁵Ver G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer (2009) 2969-2970.

³⁶Ese es al menos el reclamo de autores renombrados, el más famoso de los cuales es E. Gaillard (nota 8) n° 40-67.

³⁷La inclusión en la versión 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI del artículo 2º, que hace referencia a la “necesidad de promover la uniformidad” en la interpretación de esta Ley, podría ser considerada como un mandato en esta dirección. Nótese, sin embargo, que la norma se dirige más a los tribunales nacionales que a los tribunales arbitrales. Su intención principal es evitar el recurso automático al derecho procesal nacional.

³⁸Ver G. Kaufmann-Kohler, “Is Consistency a Myth?”, in: E. Gaillard & Y. Banifatemi (nota 26) 137.

amplio, puede decirse que se haya obtenido una completa coherencia. Ni la publicación generalizada de los laudos ni la implementación de un mecanismo autónomo de anulación en el marco específico del arbitraje CIADI han impedido la producción de serias disparidades en relación con algunas cuestiones particulares. Pese a ello, nadie puede negar que un cierto consenso interpretativo se ha ido alcanzando respecto de muchas otras. Al mismo tiempo, se han propuesto —e incluso se han intentado— otras vías para obtener coherencia en particular en relación con el arbitraje de inversiones³⁹.

No obstante los obstáculos para la obtención de una jurisprudencia coherente en este último ámbito, no hay dudas de que todos los esfuerzos que se hagan están justificados por los intereses esenciales (generales) en liza. Con este entendimiento podría concluirse que la necesidad de coherencia es menos acuciante en el arbitraje comercial, el cual se supone ajeno a tales intereses. Sin embargo, respecto de éste, el uso extensivo del arbitraje y la ausencia real de competencia con los tribunales estatales son tan importantes como la justificación basada en los intereses generales. Y más aún: el hecho de que una significativa parte de las controversias comerciales sean primariamente sometidas a arbitraje constituye en sí mismo una preocupación mayor en términos de gobernanza. Dicho de otro modo, cuanto más amplio es el alcance (y la autonomía) del arbitraje, mayor es la demanda de coherencia que debe exigirse a los árbitros⁴⁰. Este es el punto crucial: de todos los argumentos que abogan por que los árbitros tomen seriamente en cuenta los precedentes y contribuyan a la creación y a la consolidación de una jurisprudencia arbitral, la necesidad de coherencia se destaca claramente.

Casi no sería necesario recordar que la coherencia nunca será absoluta. Lo mismo ocurre en cualquier otro ordenamiento jurídico, incluso en aquellos que se caracterizan por la prevalencia de la doctrina del precedente. Las contradicciones forman parte de las relaciones humanas y el derecho, como regulador de ciertos aspectos de éstas, no es inmune a ellas. La coherencia a la cual hago referencia es una actitud más que un resultado final. Su finalidad esencial es prevenir la adopción de laudos arbitrales que sean totalmente extraños respecto de las soluciones o tendencias generalmente aceptadas, salvo que exista una razón clara y suficiente que justifique el apartamiento, ya sea en general o en el contexto particular de un caso concreto.

Así, el argumento de la coherencia presenta una relación íntima con la laudable intención de mejorar el derecho arbitral, ya que el esfuerzo de explicar las razones por las cuales una decisión autoritativa previa debe ser dejada de lado lleva necesariamente aparejada la utilización de justificaciones tan finas como esmeradas. Obviamente, es lícito llegar a conclusiones diferentes. Obviamente, también, las decisiones previas no pueden determinar automáticamente los casos futuros. Obviamente, en fin, la repetición de

³⁹Ver D.P. Fernández Arroyo (nota 34) 132-134.

⁴⁰Ver W.M.C. Weidemaier, "Towards a Theory of Precedent in Arbitration", 51 *William & Mary Law Review* (2010) 1895.

una mala solución es susceptible de perjudicar más que de mejorar el derecho arbitral⁴¹. Todas estas afirmaciones son demasiado evidentes como para merecer una respuesta. Bien entendida, la doctrina del precedente (de facto, persuasivo) no debería entorpecer el desarrollo del derecho arbitral sino, al contrario, asegurarlo. Siempre que un precedente ha sido creado por medio de la repetición de una solución determinada y del consenso respecto de ella, la existencia de tal precedente no hace otra cosa que ejercer un mayor nivel de presión sobre el intérprete/ejecutor. El paso desde la mera citación a la identificación de un precedente requiere un considerable pero inevitable esfuerzo a los árbitros. En los casos en los cuales una cuestión particular no ha obtenido todavía consenso, el análisis pormenorizado de la jurisprudencia puede ayudar favoreciendo los argumentos más sensatos sobre los más débiles⁴². Comportándose de este modo los árbitros colocan los ladrillos adecuados en el edificio de la legitimidad arbitral.

V. Responsabilidad

La noción de responsabilidad (en el sentido de *accountability*) ha sido siempre relacionada con la de gobernanza. El uso de ambos conceptos respecto de los poderes públicos, y en particular con el modo en el cual dichos poderes son ejercidos, es bastante común⁴³. En dicho contexto la *accountability* se utiliza para referirse a la responsabilidad de los gobiernos (como entidad) y de los servidores públicos (como individuos)⁴⁴. Posteriormente el término se empezó a aplicar también a las empresas transnacionales y se volvió un tema central para todas las ciencias sociales. Teniendo en cuenta esto, uno no puede sino preguntarse que impacto tiene o debería tener esta noción sobre las actividades y los órganos del "ordenamiento jurídico arbitral"⁴⁵. O, en otras palabras, si los árbitros y las instituciones arbitrales deben responder y hacerse responsables sobre la base de su role central, diríamos crucial, en la ejecución privada⁴⁶.

Para no dilatar la cuestión, la respuesta debe ser un sonoro sí. Un mecanismo de "adjudicación" que se ha vuelto preponderante en varias áreas del derecho transnacional y casi exclusivo en otras no puede funcionar correctamente fuera de un marco de responsabilidad. Los decisores privados deben al menos

⁴¹Esta llamada de atención puede verse en T. Schultz, "Against Consistency in Investment Arbitration", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2318358

⁴²Ver J. Paulsson, "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law", in: A.J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to the Basics?* (ICCA Congress Series, vol. 13) 889.

⁴³Así, el Banco Mundial –del mismo modo que otras agencias internacionales– ha venido insistiendo sobre estas cuestiones por más de dos décadas.

⁴⁴Ver M. Kamto, *Droit international de la gouvernance*, Pedone (2013) 34-35, 53-56.

⁴⁵En el sentido usado por E. Gaillard (nota 8) n° 62.

⁴⁶H. Muir Watt, "Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale", in: *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz (2012) 459, 464-465, se refiere a los árbitros al lado de las multinacionales, las agencias de notación, los autores de estándares y otras entidades privadas, llamando la atención sobre "la nécessité de les canaliser et de les discipliner, au nom d'une justice de l'ordre international".

ser tan responsables como sus colegas públicos. Esta aseveración no está basada únicamente en posibles casos de corrupción, los que son en realidad —dicho sea de paso— en el arbitraje mucho más raros de los que algunos pueden creer. Ella también tiene que ver con la violación de los deberes inherentes a la profesionalidad de los árbitros, cada vez más común en la práctica dado el extraordinario crecimiento del arbitraje⁴⁷. No estoy hablando aquí de una propuesta para el futuro. De hecho, varios ordenamientos jurídicos cuentan ya (y algunos desde hace tiempo) con normas relativas a la responsabilidad civil y penal de los árbitros⁴⁸.

La cuestión es qué tipo de responsabilidad se necesita en el marco de la ejecución privada y cómo debería operar. Según una distinción bien conocida, la accountability admite una dimensión vertical y otra horizontal, aunque el sentido que se da a ambas difiere según los autores⁴⁹. En nuestro contexto, yo prefiero hablar de responsabilidad exógena y endógena. La primera haría referencia a los medios a través de los cuales las autoridades públicas pueden controlar y penalizar si es necesario las violaciones por los árbitros de las exigencias legales relativas a su comportamiento. La segunda sería la que aplican los propios órganos del ordenamiento jurídico arbitral. Por extensión, ésta última sería controlada también por los usuarios del arbitraje.

Cabe pensar que un modo de “penalizar” a los árbitros consistiría en anular o rechazar la ejecución de los laudos que ellos dictan. Sería algo así como el control de los productos elaborados por ellos, el cual es posible porque cada ordenamiento jurídico nacional dispone de la potestad, dentro del ámbito de su jurisdicción y en los términos fijados por las normas en vigor allí, de controlar la regularidad de todos los elementos del arbitraje: convenio, procedimiento y laudo. Todos los ordenamientos jurídicos no sólo disponen de este poder sino que además lo ejercen. No hace falta decir que, en el terreno del arbitraje comercial, ese control es siempre de naturaleza nacional⁵⁰. Esto es, el mismo no es forzosamente efectivo fuera de su propio ámbito o, con algo más de crudeza, los efectos de las decisiones (nacionales) de control en otras jurisdicciones e incluso respecto de tribunales arbitrales son

⁴⁷Ver Y. Derains, “Le professionnalisme des arbitres”, *Cahiers de droit de l'entreprise* (juillet-août 2012) 21.

⁴⁸Un ejemplo puede encontrarse en el artículo 32 del Decreto n° 1071 de 2008 del Perú (la normativa arbitral más avanzada de América Latina), sobre la responsabilidad, el cual permite referirse a la falta de profesionalidad al indicar que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable”. Con más detalle, el artículo 813-ter (*Responsabilità degli arbitri*) del Código procesal civil italiano (según la reforma introducida por el Decreto legislativo n° 40, de 2 de febrero de 2006, establece que: “*Risponde dei danni cagionati alle parti l'arbitro che: 1) con dolo o colpa grave ha ommesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto, ovvero ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo; 2) con dolo o colpa grave ha ommesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli articoli 820 o 826*” (extracto). Además, este artículo prevé que la Ley sobre la responsabilidad de los jueces (Ley n° 117, de 13 de abril de 1988) se aplica por analogía a los árbitros bajo ciertas circunstancias.

⁴⁹siteresources.worldbank.org/PUBLICSECTORANDGOVERNANCE/Resources/AccountabilityGovernance.pdf

⁵⁰En relación con el arbitraje CIADI, existe un mecanismo de control autónomo establecido en el artículo 52 de la Convención de Washington (ver C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press (2009) 890-1091). Según el artículo 53 de la Convención, las decisiones de anulación adoptadas por los comités *ad hoc* son, como las demás adoptadas en este ámbito, obligatorias para las partes y no pueden ser sometidas a apelación ni a cualquier otro recurso fuera de lo previsto en la propia Convención.

muchas veces limitados cuando no directamente nulos⁵¹. En cualquier caso, más allá de todas las consideraciones que puedan hacerse sobre este control exógeno de los productos arbitrales, y sin perjuicio de la severa censura que la anulación del laudo o el rechazo de su ejecución representan, este no es el tipo de *accountability* exógena al que me quiero referir. Lo que deseo destacar en estas páginas es la *accountability* vinculada con el comportamiento de los árbitros. Por lo tanto, la “penalización” que me interesa no impactaría tanto en los productos como en los mismos árbitros, es decir, no sería tanto “objetiva” como “subjetiva”. Obviamente, el comportamiento de los árbitros puede también provocar la anulación del laudo o la denegación de su ejecución⁵², pero este tipo de censura penaliza más a los usuarios que a los decidores⁵³.

Es interesante remarcar es que la *accountability* subjetiva tiene también dos dimensiones. Por un lado, existe la responsabilidad del árbitro basada en su rol de “adjudicador”. En este sentido, el árbitro es considerado como lo que realmente es: un juez (privado). En consecuencia, los deberes de independencia y de imparcialidad son, *mutatis mutandis*, comparables a los que se exigen a los jueces judiciales. Por otro lado, otra dimensión de la responsabilidad del árbitro tiene que ver con su condición de parte contratante que se ha obligado a cumplir los términos según los cuales él ha sido designado por las partes (que son, conjuntamente, la otra parte contratante). En este segundo carácter, si el árbitro no cumple con sus obligaciones contractuales, la otra parte está legitimada para iniciar una acción contra él, como en cualquier contrato⁵⁴.

Esta comprensión de la noción de responsabilidad trae aparejado un evidente riesgo en su aplicación práctica. La tentación para una parte perdedora, naturalmente insatisfecha con el resultado del procedimiento arbitral, de intentar responsabilizar a los miembros del tribunal por supuestas violaciones de sus deberes puede ser alto. Y no se trata de una simple especulación. Situaciones como esta son relativamente frecuentes en muchos países. Probablemente ha sido respondiendo a la proliferación de ese tipo de reclamos que el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 2010, lo mismo que otros reglamentos recientes, consagra la renuncia a “cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones

⁵¹Como ejemplos de estas limitaciones pueden mencionarse la ejecución en varias jurisdicciones de laudos arbitrales que han sido anulados por los tribunales judiciales del país de la sede del arbitraje y el éxito limitado de las llamadas *anti-arbitration injunctions*.

⁵²En contra de lo uno podría imaginar, tal control es cada vez más estricto en países muy favorables al arbitraje. Como prueba, basta mirar a la jurisprudencia francesa reciente para encontrar un creciente número de anulaciones de laudos por violación del deber de revelación (parámetro básico para medir la falta de independencia de un árbitro). Ver T. Clay, “Panorama. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, décembre 2012 - novembre 2013”, *Revue Dalloz* 44 (2013) 2936, 2941-2944. La *Cour d'appel* de Paris ha confirmado su riguroso estándar en materia de deber de revelación en la sentencia de 14 de octubre de 2014, *AGI v. Columbus*.

⁵³A nadie se le escapa que los usuarios a veces merecen ser penalizados.

⁵⁴Sobre todas estas cuestiones es fundamental la lectura de T. Clay, “De la responsabilité de l'arbitre”, in: E. Silva Romero, *El contrato de arbitraje*, Legis (2005) 543, y más extensivamente T. Clay, *El árbitro*, Pontificia Universidad Javeriana (2012).

relacionados con el arbitraje” (Artículo 16). Los límites de esta renuncia son el derecho aplicable (que puede restringir el alcance de la misma) y la falta intencional⁵⁵.

Esta “inmunidad” es lógicamente vista con buenos ojos por la comunidad arbitral. Sin embargo, a mi me parece que redactas cuidadosamente y siempre que ellas tengan en cuenta el contexto normativo, las normas sobre responsabilidad de los árbitros son aptas para promover que los árbitros adopten actitudes más atentas y conscientes. El desarrollo de este tipo de responsabilidad “vertical” podría robustecer la legitimidad del arbitraje. Ahora bien, los legisladores deben considerar el riesgo de facilitar abusos mediante la mala concepción de estas normas, su redacción defectuosa o las contradicciones o superposiciones en las que ellas pueden incurrir respecto de otras normas del mismo ordenamiento jurídico⁵⁶. Parece claro que estos preceptos, en principio dirigidos a una finalidad encomiable, no deberían abrir vías para acciones abusivas ante tribunales judiciales ni poner excesivamente en peligro la necesaria eficiencia del procedimiento arbitral. En tal sentido, como cuestión de principio, los árbitros no serían responsables por el contenido sustancial de sus decisiones salvo en los casos de conducta dolosa o cuando ellos provocan una denegación de justicia⁵⁷.

A fin de evitar excesos de partes insatisfechas, una opción podría consistir en exigir que se obtenga la anulación del laudo antes de intentar cualquier acción por responsabilidad de un árbitro. Así, según esta opción, la determinación de la responsabilidad “objetiva” sería un paso previo para la exigencia de la responsabilidad “subjetiva”⁵⁸. Ese filtro operaría como un balance entre una deseable responsabilidad “total”, por un lado, y la necesidad de evitar acciones sin fundamentos, abusivas y costosas, por otro lado. Sin embargo, puede haber casos en los cuales no hay un laudo para anular⁵⁹, así como casos en los cuales la anulación es imposible debido a razones particulares (como por ejemplo por exigencias procesales), en tanto que la conducta arbitral ha causado un daño a una o a todas las partes. En consecuencia, toda implementación de filtros de admisibilidad debe siempre prever claras y comprensivas excepciones para que no se produzca una inmunidad absoluta *de facto*.

⁵⁵La introducción de la última fue decidida después de una larga discusión en el Grupo de trabajo de arbitraje de la CNUDMI. Nótese que, llamativamente, el Reglamento de arbitraje de la CCI de 2012 y otros reglamentos recientes incluyen la excepción relativa a la ley local pero no la que hace referencia a la falta intencional del árbitro.

⁵⁶Este sería el caso de la responsabilidad del tribunal arbitral por los daños causados a una parte por la adopción de medidas cautelares introducida por el legislador mexicano en la reforma del derecho arbitral de este país de 2011. Ver F. González de Cossio, “La modificación al derecho arbitral mexicano. Un comentario”, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/41/pr/pr13.pdf.

⁵⁷Tal es la solución adoptada por la *Cour de cassation* francesa en *Azzan*, 15 de enero de 2014.

⁵⁸Un ejemplo en esta dirección se encuentra en el ya mencionado artículo 813-ter del Código procesal civil italiano: “*Se è stato pronunciato il lodo, l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta*”.

⁵⁹El artículo mencionado en la nota precedente contempla también esta hipótesis.

Además de esto, el problema con las normas (preventivas o represivas) nacionales es, como ya mencioné, que su efectividad es relativa respecto del arbitraje transnacional. Ellas pueden afectar árbitros locales pero sus efectos extraterritoriales son inciertos. Digo bien “pueden” a partir de la constatación de una serie de datos que muestran la progresiva autonomía del arbitraje respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales⁶⁰. Con esta comprensión, incluso árbitros locales decidiendo arbitrajes con sede en su país, se sienten a veces libres de ignorar las “órdenes” dictadas por los tribunales de ese Estado. Los árbitros no deben tomar tal situación como un cheque en blanco. Aún más: los árbitros y las instituciones arbitrales no deberían necesitar “amenazas” de parte de las leyes locales para actuar responsablemente. En honor a la verdad, la comunidad arbitral epistémica ya ha dado varios pasos para implementar la *accountability* por diferentes medios. Por ejemplo, cada vez se presta más atención a la disponibilidad real de los árbitros y se adopta un estándar más exigente para decidir las recusaciones de los árbitros, en particular (pero no únicamente) en los casos en los que participa una parte estatal. Deliberadamente o no, la comunidad arbitral busca por este medio ampliar su aceptación social, que es uno de los elementos característicos de la legitimidad.

Así, todas las instituciones arbitrales que se precian de serlo incluyen algún tipo de *accountability* “endógena” tanto en sus normas como en sus prácticas. Todas están aumentando su control respecto de la independencia, la imparcialidad y la disponibilidad de los árbitros⁶¹. Vale la pena destacar que si las partes se someten al arbitraje institucional, el reglamento y las prácticas de la institución pertinente son estrictamente imperativas para ellas, lo que indica la importancia de esos marcos legales. Sin embargo, éstos no están aislados. Además de ese *hard law* privado, un complemento *soft* va cobrando cada vez más influencia⁶². Tal es el caso de los instrumentos adoptados en esta materia por la International Bar Association, los cuales gozan de una gran aceptación en la práctica del arbitraje transnacional⁶³. Seguramente, la *accountability* “endógena” funciona mejor en un contexto de incentivos

⁶⁰Esta tendencia a lo que antes se llamaba “desnacionalización” o “deslocalización” del arbitraje, con sus avances y retrocesos, no es para nada novedosa. Ver, en este sentido, P. Mayer, “The Trends Towards Delocalisation in the Last 100 Years”, in M. Hunter, H. Marriot & V.V. Veeder (eds.), *The Internationalisation of International Arbitration*, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff (1995) 37. La persistencia de la tendencia es lo que ha permitido el desarrollo de la atractiva teoría sobre el surgimiento de un ordenamiento jurídico arbitral (autónomo). Ver E. Gaillard (nota 8).

⁶¹Este tipo de instrumentos existe desde hace tiempo aunque ahora ha aumentado su importancia ya que su aplicabilidad se ha visto reforzada a pesar de que habitualmente se trata de *soft law*. A veces son llamados “códigos de ética”. Un ejemplo entre muchos otros es el bien conocido Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, adoptado por la American Arbitration Association

(https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTG_003867&revision=latestreleased). Resulta pertinente en este punto la cita de U. Draetta, *La otra cara del arbitraje*, UR (2012) XX: “Algunos aspectos de los comportamientos criticados en las reflexiones que se incluyen a continuación podrían quizá definirse como cuestiones de “ética”, aunque representan, en cambio, conductas que yo definiría de forma mucho más simple, no como faltas de ética, sino como poco profesionales cuando no absolutamente estúpidas, debido a sus efectos contraproducentes para aquellos que las han adoptado”.

⁶²Ver G. Kaufmann-Kohler, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, in: J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo & J.A. Moreno Rodríguez (nota 2) 107.

⁶³Es particularmente el caso de las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, cuya última versión es de 2014.

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

exógenos. No obstante ello, la comunidad arbitral debe estar interesada en aumentar sus esfuerzos para reforzar su “autocontrol”, incluso en términos de supervivencia⁶⁴.

Finalmente, es importante señalar que esta *accountability* endógena necesita ser complementada por los usuarios del arbitraje, que son quienes sufren directamente las consecuencias de las malas acciones de los árbitros. Se dice a menudo que los malos árbitros sufren sanciones de reputación, lo que significa que los usuarios no van a designar a un árbitro que tenga una “ficha sucia”. Sin embargo, este tipo de sanciones será normalmente difícil de aplicar si el resultado de la actividad de cada árbitro concreto permanece inaccesible para quienes no han estado directamente implicados en los arbitrajes conducidos por él. Para que esas sanciones de reputación sean posibles la publicación sistemática de los laudos incluyendo los nombres de los árbitros es indispensable. En otras palabras, también la responsabilidad endógena depende de una amplia implementación de la transparencia.

VI. Epílogo

A la justicia pública, como a todas las expresiones jurídicas, se le exige actualmente que cumpla con altos estándares de transparencia, coherencia y responsabilidad. En tal contexto, pretender que el arbitraje debe mantener el privilegio del secretismo, que los laudos arbitrales pueden abiertamente ignorar los laudos precedentes sin ninguna explicación y que los árbitros y las instituciones arbitrales deben operar protegidos por un escudo de inmunidad absoluta resulta difícilmente justificable. Sólo garantizando estas tres premisas fundamentales el arbitraje podrá aspirar a alcanzar una legitimidad genuina, cuya fuente será interna y auténtica, en lugar de externa e impuesta.

La cuestión última en relación con la legitimidad del arbitraje transnacional estribaría en la razón de tener diferentes opciones para resolver las controversias, pero esta cuestión sería similar a la que se refiere al hecho de tener diferentes tipos de normas jurídicas (duras y blandas; privadas y públicas; nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales) o diferentes tipos de personas jurídicas (esencialmente, privadas, públicas y mixtas). Las respuestas son bastante similares: la complejidad y el pluralismo son la expresión normal de una sociedad transnacional que es compleja y plural por naturaleza. La ejecución privada es un dato evidente que coexiste con diferentes tipos de ejecución pública y cuya legitimidad exige ser reforzada en razón de su creciente relevancia y de su utilización masiva.

⁶⁴Ver J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press (2013) 147 ss., 290-291.