

ACTIVACIÓN DE ARBITRAJE: CUATRO PRINCIPIOS DELOS PARA LOGRAR UN ARBITRAJE INTERNACIONAL JUSTO Y EFICIENTE

HAFEZ R VIRJEE

Principio Delos No. 1: Participación Activa del Tribunal Arbitral	5
(a) Perfil del árbitro proactivo	8
i. Esfuerzos iniciales para identificar los temas claves en disputa y adaptar el procedimiento para su resolución	9
ii. Resolución anticipada de controversias	11
iii. Revisión del estado del procedimiento entre la primera ronda de presentaciones escritas y la audiencia sustantiva	13
iv. Anticipación de la fase posterior a la audiencia	14
v. Decisiones provisionales sobre la distribución de gastos	16
(b) Reglamento Delos para árbitros proactivos	18
Principio Delos No. 2: Sedes Seguras, en lugar de cualquier sede	25
(a) La ‘Paranoia del debido proceso’ y la brecha en sus recursos tradicionales.....	25
(b) ‘Sedes seguras: una perspectiva Delos.....	27
(c) Características del arbitraje Delos que promueven el uso de sedes seguras	32
Principio Delos No. 3: Pragmatismo en la constitución de tribunales arbitrales	34
(a) Nombramiento acelerado de árbitros únicos	35
(b) La posibilidad cooperativa de tribunales arbitrales de tres miembros.....	39
Principio Delos No 4: ‘Preparación, preparación, preparación’	43
(a) ‘Más vale prevenir que curar’, o cómo lograr una mayor eficiencia en el arbitraje mediante la preparación anticipada.....	45
i. Anticipando los temas relacionados con las controversias en la etapa de elaboración del contrato	45
ii. El periodo de negociación pre-arbitraje de Delos	47
(b) El caso con la prolijidad, o cómo incrementar la eficiencia durante los procedimientos de arbitraje	51
Conclusiones	55

Activación de Arbitraje: Cuatro Principios Delos para Lograr un Arbitraje Internacional Justo y Eficiente

Hafez R Virjee *

Al introducir una cláusula de resolución de disputas en su contrato, las partes reconocen que no es posible ni necesario prever todas las cuestiones, dificultades o causas de conflictos que puedan surgir en el cumplimiento de su acuerdo y que un medio para abordar tales asuntos es proporcionar, como último recurso, un proceso de resolución de disputas o controversias. Esta referencia, a su vez, presta apoyo adicional al compromiso de las partes de cumplir sus obligaciones contractuales.

Para los negocios transfronterizos, el arbitraje internacional es el método preferido para resolver disputas.¹ Sus beneficios se encuentran bien planificados: evitando sistemas jurídicos específicos y tribunales nacionales, las partes pueden designar árbitros para realizar un proceso que suele ser flexible y privado, y a menudo confidencial, con el fin de que su disputa sea resuelta a través de uno o más laudos arbitrales ejecutables a nivel mundial.²

Hasta los años cincuenta, el arbitraje comercial internacional también ofrecía ventajas en términos de tiempo y costo.³ A pesar de los progresos e

* Presidente de *Delos Dispute Resolution*; Abogado (Inglaterra y Gales). Se agradece a Greg Falkof, Thomas Granier, Florian Grisel, Véronique Moutot y Luis Miguel Velarde Saffer por sus comentarios sobre el documento. Mis agradecimientos también, a mis pasantes, quienes me ayudaron con la investigación para este artículo. Este artículo representa las opiniones personales del autor y no deben interpretarse como vinculantes en *Delos Dispute Resolution* o para representar las opiniones de Dechert LLP, donde el autor es actualmente un Asociado Senior.

Este artículo fue inicialmente publicado en inglés, bajo el título “*Activating Arbitration: Four Delos Principles to Achieve Fair and Efficient International Arbitration*”. Su traducción al español fue realizada por Juan Camilo Arenos, y revisada por Maria Eugenia Piacquadio y Sofia de Murard.

¹ Universidad Queen Mary de Londres y White & Case LLP, *2015 Encuesta Internacional de Arbitraje: Mejoras e Innovaciones en el Arbitraje Internacional (“Encuesta Queen Mary de 2015”)*, p. 5.

² Universidad Queen Mary de Londres y PricewaterhouseCoopers LLP, *Arbitraje Internacional: Actitud y Prácticas Corporativas - 2006 (“Encuesta Queen Mary de 2006”)*, p. 6 y Encuesta Queen Mary de 2015, p. 6.

³ Ver, por ejemplo, Florian Grisel, Emmanuel Jolivet, Eduardo Silva Romero, *Los Orígenes del Arbitraje Comercial Contemporáneo : el Surgimiento del Arbitraje (Aux origines de l’arbitrage commercial contemporain : l’émergence de l’arbitrage) CCI*

innovaciones en el arbitraje internacional, el tiempo y especialmente el costo se han convertido en las peores características de este mecanismo de resolución de disputas,⁴ hasta el punto de anular – si no sobrepasando de manera decisiva – sus beneficios para las controversias más pequeñas.⁵ El comercio internacional de menor valor es, en efecto, tasado fuera del recurso al arbitraje internacional; y carente de alternativas efectivas.

Como consecuencia, los contratos relevantes suelen tener un poco más de dientes en caso de disputa que el apetito de las partes por preservar su relación, la ventaja extracontractual que una parte pueda tener sobre la otra y/o la preocupación individual de las partes por su reputación en el mercado. A menos que las partes puedan lograr negociar una solución de sus diferencias, es probable que las obligaciones se desvirtúen, se eliminen los derechos y se niegue la justicia; donde el imperio de la ley está desgastado, los costos de transacción son más altos para compensar el riesgo de daños que no se encuentran compensados.

Esta desafortunada situación debe ser vista como una oportunidad para que la comunidad internacional de arbitraje realice una poderosa contribución a la economía global, reflexionando y alentando a más respuestas efectivas a esta crítica de riesgo transaccional. Esto es especialmente cierto para las PYME y las empresas en fase de creación. Se sostiene que tal solución también ayudaría a aliviar las inquietudes acerca de la legitimidad del arbitraje de inversiones en

(1920-1958), (2016) 2 Revisión del Arbitraje (Revue de l'arbitrage), 403, par. 15, 44-45.

⁴ Encuesta Queen Mary de 2006, p. 7 y Encuesta Queen Mary de 2015, p. 7. Ver también, por ejemplo, Michael McIlwrath y Roland Schroeder, *El Punto de Vista de un Cliente de Arbitraje Internacional: En Urgente necesidad de Resolución Anticipada*, (2008) 74:1 Arbitraje 3, pp. 4-5: “No hay necesidad de explicar por qué a las empresas les gusta la agilidad, son impacientes con el retraso y aborrecen costos innecesarios. [...] de manera realista, es difícil predecir cómodamente un arbitraje de cualquier complejidad comercial que termine en menos de dos o tres años. [...] En el mundo de los negocios, un plazo de dos o tres años es simplemente demasiado largo, en especial para un proceso privado pagado por las partes, en el que cualquier derecho de apelar es en gran medida renunciado.”

⁵ Véase a este respecto el provocativo título del artículo de Mauro Rubino-Sammartano: *¿Es el arbitraje un Clínica de Lujo?*, (1990) 7:3 Kluwer Law International 25. Veinte años después, Peter Morton estaba planteando el mismo problema en: *¿Puede Existir un Mundo dónde el arbitraje acelerado se convierta en el procedimiento predeterminado?* (*Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure*), (2010) 26:1 Arbitraje Internacional 103. De acuerdo a la *Encuesta Internacional de Solución de Disputas, Prevención y Resolución de Disputas sobre Tecnología, Medios de Comunicación y Telecomunicaciones* de la Universidad Queen Mary de London y Pinsent Masons, (2016), el factor más importante para los encuestados al decidir si iniciar o no procedimientos formales es el costo legal probable en el cual se incurrirá (Tabla 19, p. 23).

el ámbito comercial,⁶ haciendo que los beneficios del arbitraje internacional sean más tangibles para una gama mucho más amplia de partes interesadas.

El objetivo del presente artículo es presentar y someter los esfuerzos realizados por un círculo de jóvenes practicantes de arbitraje internacional y sus significativamente más experimentados mentores a una revisión crítica, con el fin de iniciar una solución.⁷ Comenzando a principios de 2013, el primer paso consistió en examinar cómo se resolvían las controversias en el arbitraje internacional, en qué medida la teoría y la práctica fueron coherentes y en qué medida fueron los incentivos alineados. Estas discusiones finalmente se tradujeron en las reglas o reglamento de arbitraje de un nuevo centro de arbitraje que se fundó a principios de 2014, bajo el nombre de *Delos Dispute Resolution* (“**Delos**”).⁸

El Reglamento de Arbitraje de Delos (el “**Reglamento Delos**” o “*Delos Rules of Arbitration*”, en inglés) se apertura en el Artículo 1(2) con una reafirmación del objetivo principal de las normas o reglamento de arbitraje, las cuales se encuentran diseñadas para apoyar el arbitraje como un mecanismo de resolución de disputas justo, equitativo y vinculante.

2. El propósito principal del Reglamento es permitir que los Tribunales, las partes en la controversia y DELOS afronten los casos de manera justa, expedita y con un costo proporcionado. Esto incluye:
 - a. velar por el respeto del derecho al debido proceso de las partes, dándole a cada parte una oportunidad razonable para presentar su caso y hacer frente al de su oponente; y
 - b. tratar la controversia eficientemente y de una manera proporcional a: (i) el valor de la controversia; (ii) la complejidad de las cuestiones en disputa; y (iii) la importancia de la disputa para cualquier relación en curso entre las partes.

En cumplimiento de este propósito principal, el Reglamento de Delos proporciona el marco formal para dar efecto a las mejores prácticas, desarrollos recientes y sabiduría aceptada en el arbitraje internacional, que se han presentado a continuación como un conjunto de cuatro principios relacionados

⁶ Ver, por ejemplo, Sophie Nappert, K *¿Escapar de la Libertad? El Dilema de un mecanismo ISDS mejorado*, Conferencia Anual EFILA 2015, Sección VI; Jacomijn van Haersolte-van Hof, *Retos y Responsabilidades de Instituciones Arbitrales*, par. 62 en Carlevaris et al. (eds.), *Arbitraje Internacional bajo revisión – Ensayos en Honor a John Beechey* (CCI, 2015); Gary Born, como informó por Jesse Kennedy en *La Amenaza de los Lingers del Invierno sobre la Semana de Arbitraje de Sídney*, CIARB Australia News, Diciembre 2016, pp. 3-4.

⁷ Los miembros del Comité Fundador de Delos fueron Greg Falkof, Thomas Granier (después de dejar su cargo de Asesor Legal en la CCI), Dr. Florian Grisel, Iain McKenny, Rachael O’Grady, Véronique Moutot y Hafez R Virjee. Los primeros miembros de la Junta de Asesores de Delos son los Profesores Pierre Mayer y David D Caron.

⁸ www.delosdr.org.

(los “**Principios Delos**”) que comprenden: (1) la participación activa de los tribunales arbitrales en la resolución de disputas, apoyada por (2) un enfoque *ex ante* sobre la designación de sedes seguras, (3) el pragmatismo en la conformación de tribunales arbitrales y (4) un gran énfasis en la preparación anticipada de casos, con el fin de lograr un proceso de resolución de disputas más accesible y dinámico, que ofrezca mayor previsibilidad.

Principio Delos No. 1: Participación Activa del Tribunal Arbitral

En general, el arbitraje internacional es un sistema adversarial, en gran parte impulsado por abogados. Operando dentro de un procedimiento cada vez más estandarizado,⁹ las partes desarrollan su caso hasta la audiencia sustantiva, momento en el cual el tribunal arbitral participará de manera más activa en las controversias en disputa.¹⁰ Esta inclinación general hacia un papel escalonado para los abogados y tribunales arbitrales, inclinado además por la inquietud de este último por el debido proceso con vistas a la ejecución de los laudos, a su vez permite a los árbitros manejar una mayor cantidad de casos, lo que, al impactar su disponibilidad, refuerza las características anteriormente descritas del sistema.¹¹

Si bien este modelo tiene por objeto ayudar a los tribunales arbitrales a tomar una resolución justa e informada sobre los temas en controversia, con frecuencia es costoso y requiere mucho tiempo. Toma tiempo ya que la última persona en tomar la decisión tiende a no apropiarse de la sustancia del caso hasta una etapa posterior del procedimiento; y por esta razón es costoso ya que las partes suelen tratar de presentar su caso de la manera más exhaustiva posible y abordar la posición de la otra parte con el mismo nivel de detalle, mientras especulan sobre los argumentos o pruebas que el tribunal arbitral pueda, en última instancia encontrar persuasiva o útil – en especial cuando el abogado y los representantes relevantes de las partes deben demostrar internamente y a otras audiencias que se han hecho todos los esfuerzos para ocasionar progreso en la posición de dicha parte.¹² Esta situación se acentúa por el hecho de que lo

⁹ Ver, por ejemplo, Toby Landau, *El Día antes de Mañana: Futuros Acontecimientos en el Arbitraje Internacional* 2009 Clayton Utz / Universidad de Sídney – Conferencia de Arbitraje Internacional; Michael E Schneider, Capítulo 25: *El Futuro Incierto del Árbíto Interactivo: Propuestas, Buenas Intenciones y el Efecto de Opiniones Conflictivas sobre el Papel del Árbíto* en Brekoulakis et al. (eds.), *La Evolución y el Futuro del Arbitraje Internacional*, (Kluwer Law International, 2016), pars. 25.32-25.34.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Kap-You (Kevin) Kim, *Los Principios Gangnam: Un Plan para Eficiencia en el Arbitraje (The Gangnam Principles: A Blueprint for Efficiency in Arbitration)*, en Carlevaris et al. (eds.), *Arbitraje Internacional bajo revisión – Ensayos en Honor a John Beechey (International Arbitration Under Review – Essays in Honour of John Beechey)* (CCI, 2015), p. 231.

¹¹ Ver, por ejemplo, Sundaresh Menon, como se report por Kyriaki Karadelis en *Singapur acoge argumentos en favor de la variedad de procedimientos (Singapore hears pleas for procedural variety)*, *Global Arbitration Review (“GAR”)*, con fecha 3 de Diciembre de 2013.

¹² Como se describe por Sundaresh Menon, “para nuestros clientes, el arbitraje se ha convertido en una proposición de un solo golpe que conduce a el escalamiento de precios”; ver su discurso de apertura: “*Arbitraje Internacional: La llegada de una nueva era para Asia (y Otros)*, (2012) 17 ICCA Congress Series 6, par. 25. Dos factores adicionales pueden contribuir a aumentar el tiempo y el costo que se gasta en el desarrollo del caso de una parte: los deberes éticos de los abogados para actuar como

costos de las partes tienden a ser sustancialmente recuperables por la parte ganadora,¹³ y que tal distribución se determina típicamente al final del procedimiento. Por tanto, no sorprende que, en promedio, más del 80% de los costos incurridos por las partes en el arbitraje consistan en honorarios y gastos legales.¹⁴

El modelo de procedimiento anteriormente mencionado, que puede calificarse como aquel del “árbitro imparcial”,¹⁵ ha sido duramente criticado por las ineficiencias de tiempo y costo que induce. Ya escrito hace más de treinta años, el Juez Howard Holtzmann, quien entonces estaba ejerciendo como uno de los miembros originales del Tribunal de Demandas Irán-EE.UU. y como Vicepresidente del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA, por sus siglas en inglés), y quien había contribuido previamente a la redacción del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, explicó que: “*más árbitros en casos internacionales complejos deberían reconocer que tienen una responsabilidad sobre el ritmo de los procedimientos. En mi opinión, la adopción de una actitud activista es la contribución más importante que un árbitro pueda hacer para superar tal dilación.*”¹⁶

Diez años después, en la Conferencia de Arbitraje de Freshfields de 1994, el Juez Holtzmann indicó el “*creciente reconocimiento por parte de la comunidad de arbitraje – usuarios, practicantes y árbitros – de que es urgente mejorar la eficacia de los procedimientos arbitrales. En un grupo tan ingenioso como lo es la comunidad de arbitraje, es probable que la atención a los problemas*

abogados entusiastas de sus clientes y cualquier desajuste entre el beneficio de la parte de ir más allá y las recompensas financieras que se derivan de este trabajo adicional por parte del abogado de esa parte; Sobre este último punto, ver, por ejemplo, las observaciones de los abogados internos y los árbitros que informaron en *La dinámica de tiempo y costo (The dynamic of time and cost)*, GAR de 1 de mayo de 2009.

¹³ Ver, por ejemplo, Informe de la Comisión de la CCI, *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*, (2015) 2 CCI Boletín de Resolución de Disputas, par. 13.

¹⁴ Ver, por ejemplo, Informe de la Comisión de la CCI, *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*, (2015) 2 CCI Boletín de Resolución de Disputas, par. 2.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Neil Kaplan, *El Papel del Juez en Litigios Civiles*, 2 Carta de Jueces 6 (Marzo 1994), como se cita en Howard M Holtzmann, Capítulo 9: *Racionalización de Procedimientos Arbitrales: Algunas Técnicas del Tribunal de Demandas Irán-EE.UU.*, en Lew, Mistelis (edi.), *Análisis del Arbitraje* (Kluwer Law International, 2007), p. 156; Michael E Schneider, *El Futuro Incierto del Árbitro Interactivo*, *supra* nota al pie 9, pars. 25.49-25.50.

¹⁶ Howard M Holtzmann, *¿Lo que un Árbitro puede hacer para superar los retrasos en el Arbitraje Internacional en Justicia para una Generación* (West Publishing Co., 1985), p. 336. Ver también, por ejemplo, Pierre Karrer, *¡El Arbitraje Salva! Costos: El Póker y las Escondidas*, (1986) 3:1 *Revista de Arbitraje Internacional* 35, p. 36: “*De lejos, el factor más importante que influye en el resultado financiero en general, es la rapidez de todo el proceso de solución de disputas. [...] Sobre todo, la rapidez con el cual concluirá un arbitraje depende esencialmente del Presidente del Tribunal.*”

genere soluciones”.¹⁷ Propuso tres técnicas para los árbitros, extraídas de su experiencia en el Tribunal de Demandas Irán-EE.UU.¹⁸ Dos de ellas son en gran medida puestas en práctica hoy en día: el uso por parte de los árbitros, de horarios para las presentaciones de las partes en audiencias orales y el uso de listas de verificación (*checklists*) para la administración y manejo previo de audiencias,¹⁹ que es una señal positiva del cambio que se puede efectuar.

En términos más generales, las observaciones del Juez Holtzmann subrayan la opinión generalizada de que los árbitros son la piedra angular para una mayor eficiencia en la conducción de los procedimientos arbitrales.²⁰ De hecho, en un sistema valorado por su flexibilidad,²¹ que coloca la resolución final y vinculante de las disputas en manos de terceros poseedores de amplios poderes procesales, su participación activa debe ser la consideración fundamental en el diseño de un sistema eficiente; y tal es por tanto el primer principio Delos.

Este énfasis en los árbitros proactivos refleja una fuerte preferencia en la comunidad internacional de arbitraje,²² y continua atrayendo esfuerzos para incrementar su aplicación en la práctica.²³ El siguiente estudio sobre algunos de

¹⁷ Howard M Holtzmann, *supra* nota al pie. 15, p. 154.

¹⁸ *Id.* p. 155.

¹⁹ La tercera técnica que él recomendó (en realidad la primera, en términos de orden en que las introdujo) era que los tribunales arbitrales, en los casos apropiados, indicarán de antemano las pruebas que requerirían para establecer pruebas *prima facie* de ciertos hechos complejos. *Id.* p. 155.

²⁰ Ver, *por ejemplo*, Universidad Queen Mary de Londres y White & Case LLP, 2012 *Encuesta Internacional de Arbitraje: Prácticas Actuales y Preferidas en el Proceso Arbitral* (“**Encuesta Queen Mary de 2012**”), p. 13; L. Yves Fortier, *Los Requisitos Mínimos del Debido Proceso en la Adopción de Medidas Contra las Tácticas Dilatorias: Discreción Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional – Algunas Reglas Sencillas y Algunas Instintos Fuertes*, en A.J. van den Berg (ed.), *Mejorando la Eficiencia de los Acuerdos Arbitrales y Laudos: 40 años de Aplicación de la Convención de Nueva York*, Congreso ICCA No. 9 (La Haya: Kluwer Law International, 1999) 396; Michael McIlwrath *et al.*, *supra* nota al pie 4; comentarios de Serge Lazareff en *La Dinámica de Tiempo y Costo*, GAR con fecha 1 de mayo de 2009.

²¹ Desde el inicio de las Encuestas Queen Mary hace diez años, la flexibilidad ha sido constantemente clasificada como una de las características más valiosas del arbitraje internacional; ver en 2006, p. 6, y en 2015, p. 6.

²² Ver, *por ejemplo*, Comisión de Arbitraje de la CCI, *Técnicas para Controlar el tiempo y los Costos en el Arbitraje* (2007) 18:1 Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI 23, paras. 15, 32-33; Universidad Queen Mary de Londres y White & Case LLP, 2010 *Encuesta Internacional de Arbitraje: Elecciones en el Arbitraje Internacional* (“**Encuesta Queen Mary de 2010**”), p. 25; el Colegio de Árbitros Comerciales (CCA, por sus siglas en inglés), *Protocolos para Arbitraje Comercial Expedito y Rentable: Pasos Clave de Acción para los Usuarios de Negocios, Abogados, Árbitros e Instituciones Proveedoras de Arbitraje*, (Stipanowich *et al.* (eds.), 2010), pp. 69-70; Informe de la Comisión de la CCI Informe de Comisión, *Controlando el Tiempo y el Costo en el Arbitraje* (2012), pars. 13 y 28.

²³ Ver, *por ejemplo*, Lucy Reed, *Más sobre la Crítica Corporativa del arbitraje Internacional*, Blog de Arbitraje de Kluwer, con fecha 16 de julio de 2010; David W

estos esfuerzos aclarará la comprensión de la noción de “participación activa de árbitros” (a) que informó la composición de ciertas características específicas del arbitraje Delos (b) así como el segundo y tercer Principio de Delos con respecto a la elección de sedes seguras y el pragmatismo en la conformación de tribunales arbitrales.²⁴

(a) Perfil del árbitro proactivo

A lo largo de los años, se ha compartido mucha sabiduría y se han formulado, impugnado y aplicado muchas propuestas para mejorar la eficiencia de tribunales arbitrales, en el sentido de una mayor participación por parte de los árbitros en el proceso de solución de disputas.²⁵ Además del ahorro en tiempo y costo, tal mayor compromiso y participación probablemente mejore la comprensión de los árbitros respecto a la controversia y el conocimiento del caso en las primeras etapas del procedimiento, mejorando así la calidad general del arbitraje.

Algunas áreas potenciales de mejora han atraído especial atención, y cinco de ellas se discuten a continuación con el fin de perfilar al tribunal arbitral activamente involucrado a través de algunas técnicas que podría utilizar en la búsqueda de realizar procedimientos eficientes. De acuerdo con el curso general del procedimiento, estas técnicas son: (i) emprender esfuerzos iniciales para identificar los temas claves en disputa y adaptar el procedimiento para su

Rivkin, *Un Nuevo Contrato Entre Árbitros y Partes*, HKIAC Discurso de Apertura de la Semana Arbitral, 27 de octubre de 2015; Michael E Schneider, *El Futuro Incierto del Árbitro Interactivo*, *supra* nota al pie. 9.

²⁴ Los desarrollos que siguen no discuten el mecanismo de arbitraje de emergencia, ya que proporciona un recurso interino en vez de uno final.

²⁵ Si bien una encuesta exhaustiva de tales propuestas, discusiones e iniciativas de las instituciones arbitrales está más allá del alcance de este documento, algunos modelos notables, que proponen profesionales reconocidos del arbitraje internacional, son los siguientes:

- Michael E Schneider's 'árbitro interactivo'. Ver, *por ejemplo*, *Arbitraje de Apoyo: control de Costos y Eficiencia a Través de la Identificación Progresiva de Temas y Precios Separados de Servicios de Arbitraje*, (1994) 10:2 *Arbitration International* 119; y *El Futuro Incierto del Árbitro Interactivo*, *supra* nota al pie. 9;
- Christopher Newmark's 'árbitro interactivo'. Ver, *por ejemplo*, Capítulo 6: *Controlando el Tiempo y el Costo en el Arbitraje*, en Newman, Hill (edi.), *La Guía para Árbitros sobre el Arbitraje Internacional* (JurisNet, 2008, 2^{da} edi.);
- David W Rivkin's 'El Anciano del Pueblo revisado'. Ver, *por ejemplo*, *Hacia un Nuevo Paradigma en el Arbitraje Internacional: El Modelo del Anciano del Pueblo Revisado*, (2008) 24:3 *Arbitration International* 375; con Samantha J Rowe, *El Papel del Tribunal Sobre Costos Arbitrales*, (2015) 81 *Arbitraje* 116; *Un Nuevo Contrato*, *supra* nota al pie. 23; y como se inform por Kyriaki Karadelis en *Singapur pide variedad en el proceso*, (2013) 9:1 *Global Arbitration Review*; y
- El Enfoque de arbitraje nacional coreano descrito por Kap-You (Kevin) Kim como los 'Principios Gangnam'. See, e.g., Kap-You (Kevin), *supra* nota al pie. 10, pp. 233-234.

resolución; (ii) resolver los problemas con anticipación, cuando proceda; (iii) revisar el estado del procedimiento entre la primera ronda de presentaciones escritas y la audiencia sustantiva; (iv) anticipar la fase posterior a la audiencia; y (v) distribución de costos durante el proceso para una mayor eficiencia.

i. Esfuerzos iniciales para identificar los temas claves en disputa y adaptar el procedimiento para su resolución

Al recibir el expediente después de su conformación un tribunal arbitral, por lo general sólo tiene una visión resumida de la disputa, tal como se inserta en la notificación o solicitud de arbitraje y la probable respuesta o contestación a la misma. Para esta etapa, sin embargo, han transcurrido probablemente 2 a 4 meses desde inicio del proceso y hay una presión considerable para que el caso se “ponga en marcha”. En estas circunstancias, los tribunales – y las partes con ellos – frecuentemente incumplen la norma de “Orden Procesal No. 1”, que establece un esquema de procedimiento estandarizado para el arbitraje.

Sin embargo, en el modelo del árbitro activamente participativo, esta etapa inicial del procedimiento se tomaría como una oportunidad para obtener una mejor comprensión del caso, identificar las controversias claves en disputa de manera preliminar y tratar de diseñar un procedimiento específico para él desde cero. Al hacerlo, el árbitro estará en condiciones de abordar asuntos que los abogados podrán evitar plantear como en el no interés de sus clientes. Incluso si ello redundaría en interés de procedimiento eficientes, por ejemplo, plantear controversias no impugnadas. El resultado de esta interacción temprana es que las presentaciones subsiguientes y la obtención de pruebas probablemente sean significativamente más enfocadas, lo que a su vez ahorra tiempo y dinero.²⁶

Mediante la revisión de normas, las instituciones arbitrales han procurado progresivamente guiar a los tribunales arbitrales hacia esa proactividad, en

²⁶ Ver, por ejemplo, además de las referencias de la nota al pie. 25 arriba: Klaus Sachs, *Tiempo y Dinero: Control de Costos y Gestión de Casos Efectivo*, en Mistelis, Lew (eds.), *Problemas Persistentes en el Arbitraje Internacional* (Kluwer Law International, 2006); comentarios de Georgios Petrochilos como se indica en *La dinámica del tiempo y costo – la secuela*, GAR con fecha 15 de julio de 2009; Toby Landau, *supra* nota al pie. 9; Peter Ashford, *Las Normas IBA sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Internacional, Una Guía* (Cambridge, 2013), Debate del Artículo 2; Joerg Risse, *Diez Propuestas Drásticas para Ahorrar Tiempo y Dinero en Procedimientos Arbitrales*, (2013) 29:3 *Arbitration International* 453, Propuesta 2; Yves Derains como se indica en *La dinámica del tiempo y costo*, GAR con fecha 1 Mayo de 2009 y en *El Debido Proceso debe superar la eficiencia, dice Derains*, GAR con fecha 23 de septiembre de 2014.

Ver también las Reglas IBA en la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Internacional (2010), Art. 2; el Colegio de Árbitros Comerciales (CCA, por sus siglas en inglés), *supra* nota al pie. 22, pp. 70-71; y CCI Comisión de Arbitraje, *Controlando el Tiempo y el Costo en el Arbitraje* (2012), par. 28.

particular, alentando²⁷ o exigiendo que los tribunales²⁸ arbitrales convoquen a una audiencia preliminar o una reunión de gestión de casos, como “una herramienta diseñada para garantizar un procedimiento a medida.”²⁹

La CCI (Cámara de Comercio Internacional) introdujo además en 1998 un requisito para que los tribunales arbitrales, al elaborar sus términos de referencia de conformidad con los Reglamentos de la CCI, incluyan una lista de temas/controversias que se resolverían, a menos que determinasen que tal lista fuese considerada inapropiada.³⁰ De acuerdo a la Guía de la Secretaría de Arbitraje CCI, la lista de temas/controversias “tiene por objetivo principal identificar controversias de hecho y de derecho que, al momento de redactar los Términos de Referencia, parecen ser pertinentes para determinar las demandas de las partes. [...] no tiene por objeto limitar el alcance del arbitraje, ya que las controversias pertinentes pueden evolucionar a medida que avanza el caso”.³¹ Antes de la introducción de este mecanismo, se había debatido en gran medida, si la elaboración de la lista de controversias debía ser un requisito obligatorio para los tribunales arbitrales; se decidió en contra de ello, sobre todo porque tal lista podría llegar a ser prematura en algunos casos o la fuente de nuevas controversias.³² En la práctica, ya sea por iniciativa del tribunal arbitral o de las partes, es frecuente que las controversias se describan simplemente como aquellas que surgen de las presentaciones actuales o futuras de las partes.³³ Si bien este enfoque proporciona una premisa clara para aplicar el procedimiento estándar, pierde el sentido y objetivo principal de la lista de controversias. También es contradictorio con las expectativas expresadas en la Encuesta Queen Mary de 2012, que concluyó que el método más acertado para acelerar los procedimientos arbitrales se consideraba “la identificación por

²⁷ Ver, por ejemplo, el reglamento AAA (2013): Art. R-21(a); Reglamento ICDR (2014): Art. 20.2; Normas LCIA (2014): Art. 14.1.

²⁸ Ver, por ejemplo, Reglamento DIAC (2007): Art. 22; Reglamento de la CCI (2012 / 2017): Art. 24; Reglamento SIAC (2013): Art. 16.3, ahora Reglamento SIAC (2016): Art. 19.3; Reglamento en borrador de SCC (2017): Art. 28.1.

²⁹ Jason Fry, Simon Greenberg y Francesca Mazza, *La Guía de la Secretaría sobre el Arbitraje de la CCI* (CCI, 2012), par. 3-912.

³⁰ Reglamento de la CCI (1998): Art. 18(1)(d), ahora Reglamento de la CCI (2017): Art. 23(1)(d).

³¹ *La Guía de la Secretaría sobre el Arbitraje de la CCI*, supra nota al pie. 29, par. 3-849.

³² Ver, por ejemplo, Michael E Schneider, *Los Términos de Referencia*, en *Las Nuevas Normas de Arbitraje de la CCI de 1998*, (1997) Boletín de la Corte de la CCI – Suplemento Especial 26, pp. 28-29.

³³ *Ibid.* Esto se conoce como la ‘Fórmula Goldman.

*parte del tribunal de las controversias que se resolverían lo antes posible después de la constitución.”*³⁴

Por último, los tribunales arbitrales podrían también, en los casos apropiados, recurrir a una de las técnicas recomendadas por el Juez Holtzmann en 1994, a saber, indicar previamente las pruebas que requerirían *prima facie* (a primera vista) de ciertos hechos complejos.³⁵

ii. *Resolución anticipada de controversias*

A instancia de una de las partes o a través de los esfuerzos iniciales descritos anteriormente, el tribunal arbitral proactivo y/o las partes pueden identificar controversias adecuadas para su pronta resolución.³⁶

En sus Directrices sobre la Resolución Anticipada de Controversias en materia de Arbitraje, el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR, por sus siglas en inglés) explica que “*el término “anticipado(a)” tiene por objeto referirse a una etapa preliminar del arbitraje, antes de que las partes procedan a una audiencia sobre la totalidad de la disputa, antes de presentar cualquier prueba o, en su caso, después de recibir sólo pruebas limitadas. Las cuestiones o controversias que puedan tratarse mediante la resolución anticipada pueden ser demandas (reclamaciones), contra-demandas, contestaciones o cuestiones de hecho o de derecho. La resolución anticipada puede tener el efecto de reducir las cuestiones o controversias en disputa a fin de simplificar y agilizar la audiencia ulterior del arbitraje o, en su caso, resolviendo todo el caso.*” En este sentido, la resolución anticipada de las controversias puede ahorrar tiempo y costos; también puede proporcionar a las partes suficiente certeza sobre su posible situación para permitirles llegar a un acuerdo en relación a la disputa.³⁷

La autoridad para que los tribunales arbitrales resuelvan cuestiones, para una resolución anticipada, se encuentra fácilmente en las leyes procesales y en las normas de arbitraje, tanto en el deber que tienen los tribunales arbitrales de llevar a cabo procedimientos de manera eficiente y en su poder para emitir uno o más laudos. De hecho, es una ilustración de la flexibilidad inherente del

³⁴ Encuesta Queen Mary de 2012, p. 13. Por el contrario, la cuestión de la eficacia de las partes que presentaron listas de controversias al principio del procedimiento ha suscitado una respuesta más ambivalente: Ver Encuesta Queen Mary de 2015, p. 25.

³⁵ Howard M Holtzmann, *supra* nota al pie. 15, p. 155 *et seq.*

³⁶ Ver, *por ejemplo*, las Reglas IBA sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Internacional (2010), Art. 2.3; Michael McIlwrath *et al.*, *supra* nota al pie. 4.

³⁷ Ver, *por ejemplo*, CCI, *Guía para Asesores Internos y Representantes de Otras Partes sobre la Gestión Efectiva del Arbitraje* (2014), p. 11; Michael McIlwrath *et al.*, *supra* nota al pie. 4.

arbitraje que la determinación o resolución de la controversia puede ser escalonada, siempre que, en cada paso, las partes tengan una oportunidad razonable de ser escuchadas. En otras palabras, la resolución anticipada de controversias no plantea por sí misma problemas en relación con el debido proceso.³⁸

Se plantean enfoques separados en cuanto a la disponibilidad y eficacia de una resolución resumida o sumaria de las controversias en el arbitraje internacional, es decir, la exclusión o eliminación de demandas que carecen manifiestamente de fundamentos y fondo. Como ha señalado un destacado experto en arbitraje internacional, “no es controvertido sugerir que por lo general los tribunales no tienen los poderes conferidos a los tribunales nacionales, para emitir una resolución resumida (o sumaria).”³⁹ Adicionalmente, dicho procedimiento se base en presentaciones resumidas y pruebas, que posiblemente no cumplan con el derecho de las partes a tener una oportunidad razonable de ser escuchadas.⁴⁰ Si bien algunas instituciones arbitrales están respondiendo a la solicitud de procedimientos de resolución resumida (sumaria),⁴¹ otras instituciones, incluyendo el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés) y la CCI en sus apuntes de orientación, han mantenido su enfoque establecido de llamar la atención de los árbitros y las partes para el uso de las herramientas que ya se encuentran a su disposición.⁴²

Por último, la pronta consideración de determinadas cuestiones no implica que la resolución del resto de la disputa se deba suspender hasta que el tribunal arbitral haya dictado su decisión. El procedimiento puede organizarse en circuitos paralelos para evitar cualquier demora en el calendario general del procedimiento.

³⁸ Ver, por ejemplo, David W Rivkin, *El Modelo del Anciano del Pueblo Revisado*, supra nota al pie. 25, pp. 380-381; Judith Gill, *Alicaciones para la Resolución Anticipada de Demandas en Procedimientos Arbitrales*, (2009) 14 ICCA Congress Series 513, pp. 513-514 y 521-523; *Redfern and Hunter*, supra nota al pie. 38, pars. 6.38-6.40.

³⁹ Judith Gill, supra nota al pie. 38, p. 516; ver también *Redfern and Hunter*, supra nota al pie. 38, par. 6.38 nota al pie. 35.

⁴⁰ Judith Gill, supra nota al pie. 38, p. 516.

⁴¹ Ver, por ejemplo, SIAC Rules (2016): Art. 29; y Normas borrador de SCC (2017): Art. 39; ver también Mark Friedman y Steven Michaels, *¿Es tiempo de una sentencia resumida?*, Global Arbitration Review con fecha 1 de abril de 2006; Peter Rees como se indica por Kyriaki Karadelis en *Eliminar un caso no meritorio*, Global Arbitration Review con fecha 9 de noviembre de 2012.

⁴² Ver, por ejemplo, Reglamento ICDR (2009): Art. 16.3, ahora Reglamento ICDR (2014): Art. 20.3; CCI, *Guía para Asesores Internos y Representantes de Otras Partes sobre la Gestión Efectiva del Arbitraje* (2014), Hoja de Tópico No. 4.

iii. *Revisión del estado del procedimiento entre la primera ronda de presentaciones escritas y la audiencia sustantiva*

En un procedimiento estándar, la primera ronda de presentaciones o comunicaciones es, a menudo, seguida por una fase de producción de documentos antes de la segunda fase de presentaciones. Un enfoque proactivo consistirá en programar una audiencia procesal intermedia después de la primera ronda de presentaciones y antes de la presentación (divulgación) de documentos, con el fin de determinar qué controversias podrían requerir argumentos adicionales y cuales hechos más evidencia y, en consecuencia, enfocar mejor futuras etapas o fases del procedimiento.⁴³

En la variante de esta audiencia propuesta por un experto practicante en arbitraje internacional Neil Kaplan, las partes harían presentaciones iniciales o de apertura y los peritos presentarían sus pruebas y explicarían las áreas de diferencia con la otra parte (es decir, la “Apertura de Kaplan” o “*Kaplan Opening*”, en inglés).⁴⁴

Después de la segunda ronda de presentaciones escritas, la atención se dirige a la preparación de la audiencia sustantiva y los tribunales arbitrales generalmente convocan una conferencia de administración de casos para tratar la logística y el horario de la audiencia. Ya sea en el momento de esta conferencia de administración de casos o por separado, Lucy Reed, otra importante experta en arbitraje internacional, ha recomendado que en las disputas complejas el tribunal arbitral se reúna para estudiar y discutir el fondo del caso (es decir, la “Reunión Reed” o “Reed Retreat”, en inglés), “*con el objetivo de llegar juntos a las direcciones específicas de las partes para la audiencia*”, incluyendo potencialmente, “*acordar sobre las preguntas que se plantearán a los abogados, e indicar qué temas les gustaría ver desarrollados y cuales testigos son los que más les gustaría escuchar. Esto, por supuesto, debe ser ejecutado sin perjuicio de que las partes presenten sus casos como vean conveniente.*”⁴⁵

⁴³ Ver, por ejemplo, Reglas Complementarias para Procedimientos Expeditos (2008): Art. 5.3; Klaus Reichert como se indica por Kyriaki Karadelis en *Arbitraje Inteligente*, GAR con fecha 27 de octubre de 2014; Doug Jones como se indica por Kyriaki Karadelis en *Lecciones sobre la eficiencia desde Australia*, GAR con fecha 11 de noviembre de 2014.

⁴⁴ Neil Kaplan, *Si no está roto*, No lo cambie (2014) 80:2 Arbitraje 172, que introducía la Apertura de Kaplan o el ‘Kaplan Opening (KO)’; ver también la práctica en arbitraje nacional coreano descrito por Kap-You (Kevin), *supra* nota al pie. 10, pp. 235-237. Para otra variante de esta audiencia intermedia, ver Constantine Partasides y Scott Vesel, *Una conferencia de revisión de casos, o arbitraje en dos actos*, (2015) 81:2 Arbitraje 167, pp. 167-168.

⁴⁵ Lucy Reed, *The HKIAC Kaplan Lecture 2013 – Toma de Decisiones Arbitrales: ¿Arte, Ciencia o Deporte?*, (2013) *Journal of International Arbitration* 85, p. 96; ver también:

Este último punto sobre las direcciones del tribunal arbitral a las partes sobre cuestiones sustanciales para el debate en la audiencia ha sido objeto de propuestas inspiradas en el método tradicional alemán, para organizar y decidir casos, conocido como “Técnica de las Relaciones” o “*Relationstechnik*”: la única evidencia que debe discutirse en la audiencia es aquella relacionada a demandas y contestaciones que se sustentarán si todas las afirmaciones de hecho pertinentes formuladas por las partes fuesen asumidas como correctas; todas las demás demandas y contestaciones siendo en consecuencia, no sustanciales, deberán ser rechazadas en su solicitud de ser escuchadas por los tribunales arbitrales.⁴⁶

Por último, el “Reed Retreat” y propuestas similares apuntan a otra característica importante de árbitros proactivos, es decir, su capacidad de dedicar tiempo a medida que el caso avanza con el fin de estar íntimamente familiarizado con él, sobre la base que “*más tiempo invertido en preparación y deliberaciones incrementa la velocidad al emitir laudos y la eficiencia en general.*”⁴⁷ Una forma de asegurar este tiempo es programar de manera expresa en el calendario temporal, como para el “Reed Retreat”, que a su vez eleva la vara de responsabilidad hacia las partes.

iv. Anticipación de la fase posterior a la audiencia

Las audiencias sustantivas son regularmente seguidas por escritos (memoriales) posteriores a la audiencia (y potencialmente las respuestas a los mismos), que no infrecuentemente reexamina todo el caso, antes de que el tribunal arbitral determine las cuestiones pertinentes en su laudo.

Las críticas centrales se han apuntado tanto a la cuestión de si los escritos posteriores a la audiencia – especialmente el tipo “todo incluido” – son efectivamente útiles y eficientes en términos de tiempo y costo y sobre las demoras frecuentemente significativas de los árbitros para emitir sus laudos.

Neil Kaplan, *supra* nota al pie 44, propuesto en p. 174 que el Retiro Reed podría tomar lugar en el momento de la Apertura Kaplan; y David W Rivkin, *Un Nuevo Contrato*, *supra* nota al pie 23, p. 8, quien también recomienda que los árbitros programen el tiempo desde el principio para las deliberaciones previas a la audiencia.

⁴⁶ Ver, *por ejemplo*, Joerg Risse, *supra* nota al pie. 26, Propuesta 6; ver Michael E Schneider, *El Futuro Incierto del Árbitro Interactivo*, *supra* fn. 9, pars. 25.22-25.23.

⁴⁷ Lucy Reed, *Toma de Decisiones Arbitrales*, *supra* nota al pie. 45, p. 95 (énfasis original). Ver también la Técnica de Elaboración Progresiva de un Documento Arbitral de Karl-Heinz Böckstiegel (TWP, por sus siglas en inglés) durante el curso de los procedimientos con el fin de apoyar las deliberaciones del tribunal y la redacción del laudo (Karl-Heinz Böckstiegel, *Autnomía de las Partes y Gestión de Casos – Experiencias y Sugerencias de un Árbitro*, 11 Schieds (2013, no. 1), p. 9).

Se han formulado cinco tipos de soluciones para mejorar la eficiencia de la fase posterior a la audiencia, que se refieren a una participación más activa de los árbitros lograda mediante la previsión de la fase de redacción del laudo:

Primero, los tribunales arbitrales sólo deben admitir escritos (memoriales) posteriores a la audiencia en la medida en que requieran la asistencia de más información sobre cuestiones específicas para completar sus deliberaciones, en cuyo caso se requieren instrucciones claras y específicas sobre las cuestiones que deben abordarse y, posiblemente también, la duración de esta presentación adicional.⁴⁸

Segundo, – y la solución más respaldada para mejorar la eficiencia en el tiempo y costo en el arbitraje de acuerdo a la Encuesta Queen Mary de 2015 – es el “requisito de que los tribunales se comprometan a notificar a las partes con un calendario o programación para deliberaciones y emisión del laudo final.”⁴⁹

Tercero, los tribunales arbitrales deberían considerar la posibilidad de indagar a las partes con antelación sobre cuán detallado o corto será el laudo que desean recibir, incluyendo si el mismo debe estar motivado, ya que esto tendrá un impacto significativo en cuanto al tiempo y costo involucrado en la elaboración del laudo.⁵⁰

Cuarto, si bien las instituciones arbitrales tomaron en cuenta previamente la eficacia de los árbitros en la tramitación de los procedimientos, ahora se hace

⁴⁸ Ver, *por ejemplo*, implicación de las observaciones de Emmanuel Gaillard como se indica en *La Dinámica del tiempo y costo*, GAR con fecha 1 de Mayo de 2009; comentarios de Georgios Petrochilos como se indica en *La Dinámica del tiempo y costo – la secuela*, GAR con fecha 15 de julio de 2009; David W Rivkin, *Un Nuevo Contrato*, *supra* nota al pie 23, p. 4.

⁴⁹ Encuesta Queen Mary de 2015, p. 25. Ver también Lucy Reed, *Reformas Alcanzables* (2013) 17 ICCA Congress Series 74-76, p. 75; David W Rivkin, *Un Nuevo Contrato*, *supra* nota al pie. 23, pp. 5-6, 8-11; ver más Normas borrador de DIAC (2016), Art. 35.4.

⁵⁰ Ver, *por ejemplo*, Lucy Reed, *Reformas Alcanzables*, *supra* nota al pie. 49, p. 75; David W Rivkin, *Un Nuevo Contrato*, *supra* nota al pie. 23, p. 10; ver también El Enfoque de arbitraje nacional coreano descrito Kap-You (Kevin), *supra* nota al pie. 10, p. 240; ver más Joerg Risse, *supra* nota al pie. 26, Propuesta 8.

Para ejemplos de normas de la institución arbitral que disponen que las partes pueden prescindir de los motivos en su laudo: Reglamento DIAC (2007): Art. 37.5; Reglamento DIS (1998): Art. 34.3; Reglamento HKIAC (2013): Arts. 34.4 and 41.2(g); Reglamento ICDR (2014): Art. 30.1; Reglamento LCIA (2014): Art. 26.2; Reglamento SCAI (2012): Art. 32.3; Reglamento SIAC (2016): Arts. 5.2(e) y 32.4; Reglamento CNUDMI (2010): Art. 34(3). Las Reglas Complementarias DIS para Procedimientos Expeditos (2008): Art. 7 siempre que, para los arbitrajes acelerados, “*el tribunal arbitral podrá abstenerse de exponer los hechos del caso en el laudo arbitral*”, a menos que las partes acuerden lo contrario.

énfasis explícito en los obstáculos financieros a la demora para emitir el laudo,⁵¹ lo que a su vez exige una mayor anticipación por parte de los árbitros en relación a sus horarios de trabajo.

Por último (Quinto), los reglamentos institucionales que prevén procedimientos acelerados para demandas menores, por lo general, definen un plazo fijo para que los tribunales arbitrales presenten su proyecto de laudo a la institución. Cuando este plazo se expresa en función de la fecha en que los tribunales arbitrales comenzaron a trabajar en el caso y no en relación con la fecha de clausura del procedimiento, centra la atención del árbitro proactivo y de las partes en la elaboración desde el inicio y respetar un calendario temporal que pueda acomodarse a la velocidad requerida,⁵² reforzando así el tiempo y la rentabilidad del procedimiento.⁵³

v. *Decisiones provisionales sobre la distribución de gastos*

Una de los últimos temas que deben decidir los tribunales arbitrales al resolver una disputa es si, y en qué medida, debería haber una distribución de costos incurridos por las partes en relación con el proceso.⁵⁴ Al decidir este tema, los tribunales arbitrales pueden tomar en cuenta hasta qué punto la conducta de las partes en el procedimiento ha sido expedita y rentable, y de hecho parece haber un consenso general de que deberán hacerlo.⁵⁵ Por tanto, ciertas instituciones arbitrales enfocan expresamente a esta posibilidad en sus normas como técnica de señalización tanto para los árbitros como para las partes.⁵⁶

⁵¹ Ver, *por ejemplo*, El Reglamento de Arbitraje de la Asociación Rusa de Arbitraje (2014): Art. 10.9; ICC, *Nota a las Partes y Tribunales Arbitrales sobre la Conducta del Arbitraje en virtud a las Normas de Arbitraje CCI*, con fecha 1 de marzo de 2017, Sección VIII; ver también Joerg Risse, *supra* nota al pie. 26, Propuesta 10 para el incentive financiero por las partes de los tribunales arbitrales para emitir rápidamente sus laudos.

⁵² A los efectos de aumentar la eficiencia en los procedimientos arbitrales de forma más general, Gabrielle Kaufmann-Kohler recomendando que los árbitros “establezcan un calendario realista, no prorrogable para todo el arbitraje desde el principio.” (*Más allá de Gadgetry – Nuevos Conceptos Sustantivos para Mejorar la Eficiencia Arbitral*, *Journal of World Investment & Trade* 2004, pp. 69-72, at p. 69).

⁵³ Ver, *por ejemplo*, Las Reglas Complementarias DIS para Procedimientos Expeditos (2008): Arts. 1.2 y 5.1; Reglamento HKIAC (2013): Art. 41.2(f); Reglamento de la CCI (2017): Anexo VI Art. 4.1; Reglamento SCAI (2012): Art. 42.1(d); Reglamento SCC para Arbitrajes Expeditos (2010): Art. 36; Reglamento SIAC (2016): Art. 5.2(d); ver David W Rivkin, *Un Nuevo Contrato*, *supra* nota al pie. 23, p. 11.

⁵⁴ Dichos costos pueden incluir los honorarios y gastos de los árbitros, el costo administrativo de la institución arbitral, los honorarios y gastos legales y de peritaje de las partes y los costos internos de administración de las partes.

⁵⁵ Encuesta Queen Mary de 2012, pp. 3 y 41.

⁵⁶ Ver, *por ejemplo*, Reglamento de la CCI (2012): Art. 37.5, ahora Reglamento de la CCI (2017): Art. 38.5; Reglamento LCIA (2014): Art. 28.4; Reglamento Borrador SCC

Un experto ha ido más allá al proponer que las partes faculten expresamente a los tribunales arbitrales para asignar en su decisión final un porcentaje preestablecido del total de los costos de arbitraje “*de acuerdo con la eficiencia mostrada y la suficiencia de los costos incurridos*”, con los fundamentos para esta asignación y distribución.⁵⁷ No obstante, esa propuesta no aborda directamente lo que se considera por algunos como la segunda peor característica del arbitraje internacional, después de su costo, es decir, la “*falta de sanciones efectivas [uso de] durante el proceso arbitral*”.⁵⁸ Una vez más, una solución reside en los tribunales arbitrales proactivos que tienen el poder de emitir órdenes de pago o laudos a medida que avanza el caso, tanto para sancionar el comportamiento derrochador como para fomentar la buena conducta futura de las partes.⁵⁹

Además, al atraer la atención de las partes, desde el comienzo del proceso hasta esta facultad, e indicando su disposición a hacer uso de tal facultad, los tribunales arbitrales incentivan a las partes hacia una conducta eficiente y contribuyen a la eficiencia general en tiempo y costos del caso.⁶⁰

Asimismo, al tomar decisiones sobre los costos (especialmente en los trámites o procesos escalonados) a medida que el caso progresa, en lugar de reservarlos para su decisión definitiva, los tribunales arbitrales pueden ayudar a reducir el riesgo de que las partes sufran la falacia de costos intensos, a saber, el riesgo de que cuanto más tiempo y partes de costos no asignados se hayan comprometido al procedimiento, menos probabilidades tendrán de resolver la disputa, independientemente de cómo sus posibilidades de éxito hayan evolucionado efectivamente durante el procedimiento.

Por último, los tribunales arbitrales podrán también considerar al inicio de la disputa, especialmente en casos menores, acordar con las partes un presupuesto para los procedimientos, es decir, un monto máximo de los costos de las partes y potencialmente recuperables, en un esfuerzo por mantener dichos costos

(2017): Art. 50(6); ver también Reglamento de Arbitraje de Costo Controlado CIArb (2014), Art. 10(b).

⁵⁷ Joerg Risse, *supra* nota al pie. 26, Propuesta 9.

⁵⁸ Encuesta Queen Mary de 2015, pp. 7 y 10.

⁵⁹ Ver, *por ejemplo*, Encuesta Queen Mary de 2015, p. 25; Comisión de Arbitraje de la CCI, *Controlando el Tiempo y el Costo en el Arbitraje* (2012), par. 82; Informe de la Comisión de la CCI, *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*, (2015) Boletín de Resolución de Disputas de la CCI, número 2, Sección IV; Guía de Arbitraje Internacional CIArb, *Redacción de Laudos Arbitrales Parte III – Costos* (2016); Doug Jones, *Utilizando Órdenes de Costos para Controlar el Gasto de Arbitraje Comercial Internacional*, 2016 Roebuck Lecture.

⁶⁰ *Ibid.*

proporcionales al valor de la disputa, garantizando al mismo tiempo una igualdad de las partes.⁶¹

*

La discusión anterior ha resaltado el importante potencial para mejorar la eficiencia del arbitraje internacional de una manera que también mejora la “calidad”, ayudando a los tribunales arbitrales a familiarizarse mejor con los casos de manera anticipada y durante el proceso, por tanto, enfocándose en los temas que requieren una resolución.

Para resumir en las palabras de Neil Kaplan, escritas en 1994 en su capacidad judicial sobre la transformación del papel del juez de primera instancia en casos civiles, “*ya sea que se denomine “gestión de casos” o “intervención judicial” realmente no tiene mayor importancia, ya que lo que implica es una mayor participación activa por parte del juez. Ya no es un simple referí que permite a las partes presentar sus casos como lo desean. No sólo toma un papel más activo en el juicio mismo, sino que en más y más procesos está ayudando activamente a que el caso se convierta en una forma que le ayude a llegar a una solución expedita, económica y justa.*”⁶² Con esto en mente, nos enfocamos en las características específicas del arbitraje Delos que han sido diseñadas para promover la participación activa de los tribunales arbitrales.

(b) Reglamento Delos para árbitros proactivos

La participación activa de los tribunales arbitrales en la conducción del arbitraje Delos se estructura en torno a cuatro pilares: una declaración de principios, fundamentada en una declaración de objetivos, apoyada por una serie de facultades (poderes) y promovida mediante un esquema de incentivos. De esta manera, los tribunales arbitrales de Delos saben qué esperar y qué esperan de ellos las partes y la institución arbitral.

⁶¹ Ver, *por ejemplo*, Directrices para el Arbitraje de Controversias Menores de la CCI (2003), Guía No. 8; Reglamento de Arbitraje de Costo Controlado CIArb (2014), Art. 1(c), que tiene por objeto mantener “*el costo total del arbitraje, incluyendo los honorarios del árbitro y gastos, [a] no más de 20% del monto en disputa*”; CIArb Guía de Arbitraje Internacional, *Redacción de Laudos Arbitrales Parte III – Costos* (2016), pp. 4-5; ver también el Informe de la Comisión de la CCI, *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*, (2015) Boletín de Resolución de Disputas de la CCI, número 2, Sección IV; V.V. Veeder, Capítulo 3: *El Papel de los Usuarios*, en Mourre *et al.* (edi.), *Interacción de los Actores en el Arbitraje Internacional*, (2012) 9 Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 35, pp. 38-39; Doug Jones, *supra* nota al pie. 59, pp. 3-4.

⁶² Neil Kaplan, *El Papel del Juez en Litigios Civiles*, 2 Carta de Jueces 6 (marzo 1994), como se cita en Howard M Holtzmann, *supra* nota al pie. 15, p. 156.

El Principio – llamado el Principio Delos No. 1 – se establece en el Artículo 7.4 del Reglamento de Delos. Este estipula que “*el Tribunal asumirá un papel activo en la resolución de controversias de hecho y de derecho [...]*.” Esta disposición rechaza expresamente el modelo del “árbitro imparcial” como una postura del tribunal arbitral por omisión, en favor del modelo de árbitro proactivo.⁶³

Segundo, el principio de la participación activa debe estar dirigido por un propósito orientador. Como se ha visto anteriormente, este propósito u objetivo principal se establece en el Artículo 1.2 del Reglamento Delos como “*permitir que los Tribunales, las partes en la controversia y DELOS afronten los casos de manera justa, expedita y con un costo proporcionado*”. Los tribunales arbitrales - así como las partes y la institución arbitral – deben por tanto estar atentos a los derechos de las partes en materia de debido proceso y a la eficiencia en términos de tiempo y costos del proceso.

En cuanto al debido proceso, se recuerda a los tribunales arbitrales que deben velar para que se respeten los derechos de las partes al respecto (Artículo 1.2(a)) y que su decisión sea en base a las presentaciones de las partes (Artículo 7.4).⁶⁴

En cuanto a la eficiencia, la noción se desarrolla en el Artículo 1.2(a)-(b) en relación con el derecho “razonable” de las partes de ser escuchadas, de conformidad con las normas reconocidas,⁶⁵ y el requisito de tratar las controversias “*de manera eficiente y proporcional a: (i) el valor de la controversia; (ii) la complejidad de las cuestiones en disputa; y (iii) la importancia de la disputa para cualquier relación en curso entre las partes*”.

La referencia anterior a las relaciones continuas de las partes no se encuentra en ninguna reglamentación o norma de arbitraje; sin embargo, fue la consideración primordial de la CCI en su promoción temprana del arbitraje

⁶³ Es conveniente recordar las palabras de John Uff, que escribió en 1993: “*el árbitro tiene un “deber positivo de dirigir el arbitraje en el curso correcto, sin la comodidad de poder simplemente dejar a las partes para que sigan adelante con el caso”*”; ver John Uff, Arbitraje de Costo-Efectivo, (1993) 59 Arbitraje 31, p. 34.

⁶⁴ Ver al respecto, *por ejemplo*, Giuditta Cordero Moss, *¿Está el Tribunal Arbitral Obligado a tomar una Decisión en base a los alegatos de hecho y de derecho de las Partes?*, (2006) 3 Stockholm International Arbitration Review 1-25; Informe sobre las competencias inherentes e implícitas de los tribunales arbitrales por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional presentado a la 76ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional celebrada en Washington DC, Estados Unidos de América, 7 a 12 de abril de 2014, adoptada mediante la Asociación Internacional de Derecho en la Resolución No. 4/2016, de fecha 11 de agosto de 2016.

⁶⁵ Ver, *por ejemplo*, Reglamento HKIAC (2013): Art. 13.1; Reglamento LCIA (2014): Art. 14.4(i); Reglamento SCC (2010): Art. 34; Reglamento CNUDMI (2014): Art. 17.1; ver también la Ley de Arbitraje Inglés 1996, s. 33.1(a).

como un mecanismo de resolución de disputas.⁶⁶ De hecho, en un proceso privado de solución de controversias o resolución de disputas originada en el contrato entre las partes, parecía pertinente recordar a los tribunales arbitrales que el desempeño y ejecución del procedimiento puede tener implicaciones más allá de la propia disputa; en este sentido, la proactividad de los árbitros (por ejemplo, convocatorias sobre el estado de la causa, convocadas por el presidente del tribunal arbitral) puede permitir a las partes ejercer autocontención y mantener un nivel de cooperación procesal donde el tono de intercambios podría escalar a niveles que podrían causar grave daño a la relación de las partes. Dicho esto, el Reglamento Delos es neutral en esta etapa en cuanto a si y en qué medida los árbitros deben involucrarse directamente en ayudar a las partes a resolver su disputa (por ejemplo, proporcionando una evaluación preliminar del caso), siempre que se respeten los derechos del debido proceso de las partes (Artículo 1.2(a)).

Tercero, en apoyo a su propósito de orientación, los tribunales arbitrales pueden depender de sus facultades habituales para determinar su propia competencia (Artículo 7.1) y decidir sobre todas las cuestiones de procedimiento y de prueba (Artículo 7.2), incluso mediante la lista no exhaustiva de las facultades habituales establecidas en el Artículo 7.4.⁶⁷ El Artículo 7.2 además: “*anima a las partes a que lleguen a un acuerdo sobre cuestiones procesales y probatorias para consideración del Tribunal.*”⁶⁸ Por tanto se alienta a las partes a colaborar y llegar a un acuerdo entre ellas; y por tanto se estimula a los tribunales arbitrales a que inviten a las partes a participar en esa colaboración, mientras siguen siendo responsables en última instancia del desempeño y ejecución del

⁶⁶ Ver, *por ejemplo*, Florian Grisel *et al.*, *supra* nota al pie 3, par. 14.

⁶⁷ Estas atribuciones adicionales incluyen en el Art. 7.4(b) el poder o la facultad de dictar un laudo con o sin audiencia oral. Tal atribución es menos excepcional de lo que puede parecer, siendo ambas rutinariamente encontradas en las normas de arbitraje expedito (*ver por ejemplo*, Normas de Arbitraje de Costo Controlado CIARB (2014): Art. 7(a); Reglamento de la CCI (2017): Anexo VI Art. 3.5; Reglamento SIAC (2016): Art. 5.2(c); Reglamento del SCC para Arbitrajes Expeditos (2017): Art. 33(1)) y quedando sujeto a las obligaciones del tribunal arbitral de realizar procedimientos de manera justa y hacer todo lo posible para asegurar que sus laudos sean ejecutables (Arts. 1.2 y 1.3). Ver también las Normas SCAI (2012): Art. 15.2, que, independientemente de que los procedimientos sean o no expeditos, permite a los tribunales arbitrales, “[*después de consultar con las partes, [...] decidir llevar a cabo el procedimiento sobre la base de documentos y otros materiales*]”.

⁶⁸ Véase, de manera similar, Normas LCIA (2014): Art. 14.2: “*las partes podrán acordar propuestas conjuntas para el desarrollo de su arbitraje para consideración por el Tribunal Arbitral. Se les incita a hacerlo en consulta con el Tribunal Arbitral y en consecuencia con las obligaciones generales del Tribunal Arbitral en virtud del Acuerdo Arbitral.*”

procedimiento, tomando en cuenta los derechos de las partes en materia del debido proceso.⁶⁹

Por último, la aplicación del principio de participación activa en la introducción de la lista de atribuciones del Artículo 7.4 tiene por objeto señalar a la atención de los árbitros Delos de la amplia capacidad de gestión de casos y pruebas disponibles a efectos de participar activamente en la disputa.

Cuarto, el Reglamento Delos proporciona un esquema de incentivos para promover la participación activa. Estos incentivos son cuádruples y hacen referencia a sedes seguras (Comentado a continuación bajo el Principio Delos No. 2), un enfoque pragmático de la constitución de los tribunales arbitrales (comentado a continuación bajo el Principio Delos No. 3), los honorarios del tribunal arbitral y el procedimiento.

En cuanto a los honorarios, Delos ha mantenido la discreción que se encuentra en las instituciones arbitrales en general para fijar su monto, tomando en cuenta la diligencia y eficiencia del árbitro y el volumen de trabajo que ha realizado. Dada esta discrecionalidad y el incentivo de procedimiento que se describe a continuación, Delos consideró que no era necesario incluir también un texto expreso en sus reglas que establezca primas o sanciones por el momento en que el tribunal arbitral presentara su borrador de laudo.

En cuanto al procedimiento, Delos se ha basado en la exitosa experimentación llevada a cabo por las principales instituciones arbitrales en sus procedimientos acelerados de demandas pequeñas para definir un plazo desde el inicio del caso por el cual los tribunales arbitrales están obligados a comunicar su borrador de laudo a la institución arbitral.⁷⁰ Tal mecanismo aumenta la previsibilidad para las partes en cuanto al tiempo requerido para la resolución de su disputa e incentiva a los árbitros y a las partes a adaptar el procedimiento a las necesidades del caso, ya que el calendario procesal debe definirse hacia atrás. Al hacerlo, deberá prestarse la debida atención al tiempo necesario para la deliberación del tribunal y la redacción del laudo, y por lo tanto al tipo de laudo que se requiere, tal como se mencionó anteriormente.

Delos ha adaptado este mecanismo de un plazo para la presentación de borradores de laudos, a través de tres aspectos importantes:

⁶⁹ Ver Maxi Scherer, Lisa Richman, Remy Gerbay, *Arbitraje bajo las Normas LCIA2014 – Guía del Usuario* (Kluwer Law International, 2015), pp. 205-207; y Peter Ashford, *supra* nota al pie 26, par. 2-2, comentando sobre el equilibrio similar alcanzado en virtud de las Normas IBA sobre la Obtención de Pruebas (2010).

⁷⁰ Ver nota al pie 53, anterior.

Uno, en lugar de diferenciar entre un procedimiento expedito con plazo fijos para demandas pequeñas (tal como se definen) y un procedimiento por defecto sin plazos fijos (o se sabe que los plazos indicados se amplían casi automáticamente) para aplicar al resto, Delos ha optado por proporcionar un procedimiento único. Por tanto, el plazo indicado debe variar en función del valor de la disputa (es decir, la suma del valor de todas las demandas), que ha sido dispuesto en niveles en los cronogramas de tiempo y costos que se encuentran en el Anexo 4 del Reglamento Delos.

En el caso de las disputas del nivel 1 con un valor máximo de 200.000 euros, el plazo indicativo es de 60 días a partir del inicio del procedimiento y tras la constitución del tribunal arbitral (y, más específicamente, desde la Notificación de Plazo Delos, mencionada a continuación) hasta la emisión del borrado del laudo a Delos; para las disputas de nivel 2 con un valor de 200.000 hasta un máximo de 5 millones de euros, Delos proporciona un plazo indicativo de 120 días; y en el caso de disputas de nivel 3 con un valor superior a 5 millones de euros, el plazo indicativo es de 180 días.⁷¹

Dos, los plazos mencionados anteriormente se presentan en el Reglamento Delos como indicativos, a fin de evitar que los tribunales arbitrales y Delos tengan que cumplir un plazo preestablecido en las Normas que, excepcionalmente, no pueden adaptarse a la disputa en cuestión. El objetivo es asegurar en la medida de lo posible que, una vez que Delos haya fijado un plazo, éste será respetado por el tribunal arbitral y las partes. Esta es una de las razones por las que, con sujeción al Artículo 7.3 del Reglamento Delos, el procedimiento y el calendario provisional del procedimiento sólo se han de definir una vez que Delos haya notificado con el plazo pertinente.

Tres, como se explica en el Artículo 9.5 del Reglamento Delos, el plazo concedido a los tribunales arbitrales es para la presentación del borrador de laudo, que puede ser provisional, parcial o definitivo, de conformidad con el Artículo 8.1. Este enfoque está diseñado (i) para proporcionar a los tribunales arbitrales un incentivo adicional para considerar la idoneidad de poner en fase la resolución de la disputa desde el principio, lo que a su vez les obliga a

⁷¹ A modo de comparación, los procedimientos expeditos de las Reglamentos HKIAC (2013), el Reglamento de la CCI (2017), las Reglas SCAI (2012) y las Reglas SIAC (2016) prevé la resolución dentro de los seis meses siguientes a las disputas con un valor de hasta: HKD 25 millones (Art. 41), *es decir*, aproximadamente EUR 3 millones; USD 2 millones (Anexo VI Art. 1.2); S\$ 6 millones (Art. 5), *es decir*, aproximadamente EUR 4 millones; y CHF 1 millón (Art. 42), *es decir*, aproximadamente EUR 1 millón. Ni las Normas Complementarias DIS para Procedimientos Expeditos (2008) ni las Reglas del SCC para Arbitrajes Expeditos (2010) (incluyendo el borrador de 2017) especifican un umbral de valor del conflicto para su aplicación. El DIS prevé un periodo de seis meses (Art. 1.2), el SCC, de tres meses (Art. 36; y ver Art. 44 en el borrador de 2017).

familiarizarse con el caso desde el principio, y (ii) para mantener la flexibilidad y la calidad sobre todo, porque permite a los tribunales arbitrales y a las partes reevaluar la idoneidad del procedimiento y el calendario provisional según se vaya desarrollando el caso y mantener tal bajo revisión si (otra) fase pudiera ser apropiada.

Si bien como resultado de este enfoque las partes no tienen tanta certeza de que su disputa se resolverá definitivamente dentro del plazo indicativo en comparación con los plazos fijos en los procedimientos acelerados, el enfoque anterior proporciona a las partes la previsibilidad de una decisión dentro del plazo indicativo y, en el caso de un procedimiento escalonado (o de fases), la posibilidad de recuperar sus costos al final de cada fase, así como un hito en el que considerar una solución a su disputa sin haber incurrido en el costo de litigar el caso en su totalidad.

Delos ha implementado su mecanismo de plazos de laudos a través del concepto de “*Delos Time Notice*” o “Notificación de Plazo de DELOS” (Artículo 9.5), a saber, la notificación de Delos al tribunal arbitral y a las partes sobre el plazo concedido por Delos al tribunal arbitral para presentar su borrador del laudo. La fecha de la notificación se denomina “*Time Notification Date*” o “Fecha de Notificación de Plazo”. La Notificación de Plazo Delos únicamente será emitida, una vez (una cuota sobre) que los costos de arbitraje hayan sido pagados por las partes (Artículos 9.5-9.6).

Por último, después de recibir la Notificación de Plazo Delos, “*el Tribunal celebrará una reunión de conducción del procedimiento para consultar a las partes sobre el calendario procesal provisional del arbitraje. Tan pronto como sea posible después de dicha reunión o durante la misma, el Tribunal establecerá el calendario procesal provisional para el arbitraje e informará a las partes y a DELOS sobre el mismo.*” (Artículo 7.3). A fin de maximizar el tiempo disponible bajo la Notificación de Plazo Delos, se estimula a los tribunales arbitrales para que programen la reunión de gestión de casos antes de recibir la Notificación de Plazo Delos, en coordinación con las partes y Delos.

En su tan comentado *Diez Propuestas Drásticas para Ahorrar Tiempo y Costo en Procedimientos Arbitrales (Ten Drastic Proposals for Saving Time and Cost in Arbitral Proceedings)*, Joerg Risse argumentó que la cuestión de eficiencia en el arbitraje internacional era en última instancia una de las prioridades de las partes dentro de una triangulación que incluía calidad, tiempo y costo, como

sus tres esquinas.⁷² Por lo tanto, concluyó que “*existe o existía una utilidad marginal decreciente entre el tiempo y los costos invertidos en el arbitraje y la calidad del laudo final.*”⁷³ Las partes podrán o “*maximizar la calidad del laudo*” a través del procedimiento estándar, descrito como “*arbitraje completo*”; o “*aceptar ciertas limitaciones para asegurar un proceso rápido y barato de resolución de disputas*”.⁷⁴

Sin embargo, como se muestra arriba, procedimientos de arbitraje estándar y la variedad de sus alternativas no son mutuamente excluyentes en la escala de calidad. Para las mismas aspiraciones en términos de calidad, las partes tienen a su disposición un espectro de opciones, que van desde la amplia autonomía procesal de la parte ante un tribunal arbitral que actúa como árbitro imparcial, junto con las cuestiones de tiempo y costos que actualmente lamentan, hasta autonomía procesal más limitada en un procedimiento llevado a cabo por un tribunal arbitral proactivo que busca lograr eficiencia con equidad. Esto no quiere decir que la “calidad” no puede convertirse en una variable, pero es decir que el modelo de árbitro proactivo ampliamente reconocido establece que esto no tiene que ser así.

En suma, las cuestiones de tiempo y costos no son una fatalidad en el arbitraje internacional, y la eficiencia puede mejorar sin comprometer la calidad. La clave de esta ecuación es la proactividad del árbitro, especialmente para las disputas de menor valor, de ahí su identificación como el primer principio Delos.

La discusión hasta ahora se ha centrado en dos modelos adjudicadores: el árbitro proactivo *frente* al árbitro imparcial. Sin embargo, no se sigue en la práctica que una conducta de árbitro menos comprometida necesariamente evidenciaría una inclinación hacia el modelo de árbitro imparcial sobre la alternativa activamente involucrada. De hecho, la caracterización apropiada de la conducta (desempeño) del tribunal arbitral debe tener en cuenta las restricciones inducidas por la ley aplicable de la sede. Cuanto menos amigable al arbitraje sea el lugar legal del arbitraje, más prudente será el conservadurismo y los ajustes ineficaces de un tribunal arbitral que procure asegurar en la medida de lo posible que su laudo sea confirmado por las cortes/tribunales de la sede. De ahí el Principio Delos No. 2, que enfatiza el uso de sedes seguras, en apoyo de la participación activa de los tribunales arbitrales.

⁷² Joerg Risse, *supra* nota al pie 26, pp. 454-455. Ver también Jennifer Kirby, *Eficiencia en el Arbitraje Internacional: ¿De quién es la obligación?*, (2015) 32 *Journal of International Arbitration* 6.

⁷³ Joerg Risse, *supra* nota al pie 26, p. 465.

⁷⁴ *Id.* pp. 454-455.

Principio Delos No. 2: Sedes Seguras, en lugar de cualquier sede

Si bien en los últimos treinta años se ha observado una creciente inquietud por la creciente prevalencia del modelo del árbitro imparcial, también ha habido una creciente inquietud por lo que se ha descrito como la “paranoia del debido proceso” del árbitro.⁷⁵ Esto plantea un desafío diferente a la participación activa de los tribunales arbitrales: mientras que la discusión precedente sobre los modelos de adjudicadores exploró el potencial de eficiencia y su aparente tensión con la calidad, la inquietud por el debido proceso plantea la cuestión de cómo perseguir la eficiencia sin comprometer la validez de cualquier laudo.

Como se verá, la excesiva inquietud por el debido proceso es un tema familiar que ha atraído respuestas familiares; si bien estas respuestas no se diferencian entre los lugares de arbitraje, pueden fortalecerse considerablemente mediante un enfoque *ex ante* de las sedes “seguras”, que Delos ha definido como su segundo Principio para apoyar aún más la participación activa de los tribunales arbitrales (a). El concepto de Delos de sede segura puede definirse por referencia a seis principios y beneficiaría el arbitraje internacional más allá de las consideraciones de eficiencia (b). Finalmente, el enfoque Delos sobre sedes seguras ha afirmado la formulación de ciertas características del arbitraje Delos (c).

(a) La “Paranoia del debido proceso” y la brecha en sus recursos tradicionales

En una encuesta realizada en 2010, el Grupo de Arbitraje Internacional del Consejo Empresarial (Corporate Counsel International Arbitration Group, “CCIAG”, por sus siglas en inglés) estudió los factores que se creía contribuían a la creciente ineficiencia del arbitraje internacional. Entre ellos, el 90% de los encuestados “*identificaron una excesiva inquietud por el debido proceso sobre la eficiencia, lo que conduce a libertad de tiempo para todos*”.⁷⁶

Cinco años después, uno de los hallazgos clave de la Encuesta Queen Mary de 2015 fue la inquietud casi unánime sobre el tema de la “paranoia del debido proceso”,⁷⁷ definido de la siguiente manera:

La “paranoia del debido proceso” describe la renuencia de los tribunales arbitrales a actuar de manera decisiva en ciertas situaciones por temor a que el laudo arbitral sea impugnado sobre la base de que una parte no haya tenido la oportunidad de presentar su caso plenamente. Muchos entrevistados describieron situaciones en las que los plazos se prorrogaban repetidamente, se admitía nueva

⁷⁵ Encuesta Queen Mary de 2015, pp. 2 y 10.

⁷⁶ Ver Lucy Reed, *Crítica Corporativa*, supra nota al pie 23.

⁷⁷ Encuesta Queen Mary de 2015, pp. 2 y 10.

*prueba al final del proceso u otro comportamiento perturbador por parte del abogado, fue condonado debido a que el tribunal lo percibió como una inquietud que el laudo sería vulnerable de impugnación.*⁷⁸

Los anteriores hallazgos hacen eco de las inquietudes expresadas por los principales miembros de la comunidad internacional de arbitraje, quienes han descrito a los árbitros con “miedo” de tomar una “actitud firme” en la gestión o manejo de casos por “temor” a que se les impugne su laudo;⁷⁹ de acuerdo con un importante experto en arbitraje internacional, este temor es “una de las plagas del arbitraje”.⁸⁰

Generalmente, se han proporcionado dos respuestas relacionadas con este tema que se centran en la excesiva inquietud por el debido proceso: (i) que ningún juez anularía un laudo con el único fundamento de que fue dictado en un procedimiento conducido con firmeza por el tribunal arbitral;⁸¹ y (ii) que los árbitros deben tener “coraje”, sobre la base de que no hay incompatibilidad inherente entre la gestión y manejo activo de casos y una inquietud sana por el debido proceso.⁸²

Ambas opiniones encuentran apoyo significativo en la experiencia acumulada reflejada en las reglas y directrices de arbitraje revisadas anteriormente, que promueven la participación activa de los tribunales arbitrales y en las numerosas propuestas discutidas anteriormente para lograr una mayor eficiencia en el arbitraje internacional.⁸³

⁷⁸ Encuesta Queen Mary de 2015, p. 10; ver también p. 2. Este tema se ve exacerbado por el crecido uso del debido proceso como una “espada”: ver Lucy Reed, 2016 Conferencia de Arbitraje de Freshfields, como se indica Alison Ross en *Reed condena el enfoque de superación sobre el Debido Proceso*, GAR con fecha 1 de noviembre de 2016; Bernardo Cremades, *El Uso y Abuso del “Debido Proceso” en el Arbitraje Internacional*, CI Arb 2016 Alexander Lecture.

⁷⁹ Ver, por ejemplo, comentarios de Wolfgang Peter como se indica en *La Dinámica del tiempo y costo*, GAR con fecha 1 de mayo de 2009.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, comentarios de Yves Derains como se cita en *El Debido Proceso debe Superar la Eficiencia, dice Derains*, GAR con fecha 23 de septiembre de 2014.

⁸¹ Ver, por ejemplo, L. Yves Fortier, *supra* nota al pie. 20, sección IV; comentarios de Yves Derains como se cita en *El Debido Proceso debe superar la eficiencia, dice Derains*, GAR con fecha 23 de septiembre de 2014; comentarios de Philippe Pinsolle, haciendo referencia a un estudio elaborado para el Congreso del ICCA 2016 en Mauricio, como se indica en *Defendiendo el arbitraje de inversión “una batalla perdida”*, dice Pinsolle, GAR con fecha 11 de octubre de 2016.

⁸² Ver, por ejemplo, L. Yves Fortier, *supra* nota al pie. 20; comentarios de Emmanuel Gaillard y Serge Lazareff como se indica en *La Dinámica del tiempo y costo*, GAR con fecha 1 de mayo de 2009; Ali Khan, “Pussyfooting around” o “cutting to the chase” – ¿están los tribunales jugando muy seguro?, GAR con fecha 23 de junio de 2016.

⁸³ Ver también, por ejemplo, James Allsop, *La Autoridad del Árbitro*, 2013 Clayton Utz / Universidad de Sídney Conferencia Internacional de Arbitraje.

Si bien estas dos respuestas son útiles, consideran el tema tal como surge una vez que se ha iniciado un arbitraje. Como resultado, no diferencian entre las sedes arbitrales y obscurecen la importancia de las “sedes seguras” (definidas más adelante) tanto para minimizar las probabilidades de la primera respuesta como para apoyar la participación activa requerida por la segunda respuesta.

No obstante, para que el enfoque de las “sedes seguras” sea significativo, debe abordarse antes (*ex ante*), es decir, antes de que se inicien los procedimientos en el momento en que las partes suscriben su acuerdo arbitral. Es en este sentido que Delos ha definido un enfoque de “sedes seguras” como su segundo Principio.

(b) “Sedes seguras”: una perspectiva Delos

Un lugar seguro para el arbitraje, es aquel donde el marco legal y la práctica de los tribunales apoyan el recurso al arbitraje como un mecanismo de resolución de disputas equitativo, justo, vinculante y rentable. Por el contrario, un lugar de arbitraje que no califica como una “sede segura” bajo los estándares de Delos es aquel que aumenta sustancialmente el costo de arbitrar disputas en ese lugar, ya sea que dicho costo sea sufragado directamente por las partes (por ejemplo, las jurisdicciones que requieren que los laudos sean firmados en el lugar del arbitraje y/o depositados ante las autoridades competentes) o indirectamente por árbitros solicitantes, que de otro modo podrían haber estado inclinados hacia una mayor participación y compromiso, para sosegar su inclinación a la eficiencia con medidas más o menos significativas del debido proceso conservador (por ejemplo, jurisdicciones en las que la práctica de los tribunales intervencionistas socava la finalidad de los laudos) y ajustes ineficaces (por ejemplo, no poder otorgar el pago inmediato de una orden de costos provisionales⁸⁴).

Resultará evidente de lo anterior que la comprensión de Delos de lo que constituye una “sede segura” sirve un propósito diferente y complementario al significado operacional otorgado bajo los “Principios del Siglo” de 2015 del Chartered Institute of Arbitrators (“**CI Arb**”, por sus siglas en inglés). El primero se enfoca en las necesidades inmediatas de los usuarios y los profesionales del arbitraje comercial internacional, mientras que el segundo es una declaración de política para apoyar a los ‘países, las instituciones arbitrales, los organismos profesionales y los sectores jurídicos’ en “*respuesta al reto de proporcionar instalaciones de arbitraje eficaces y seguras para el siglo XXI y más allá.*”⁸⁵

⁸⁴ Ver el ejemplo proporcionado por Doug Jones, *supra* nota al pie. 59, pp. 9-10.

⁸⁵ *CI Arb London Centenary Principles* o Principios del Siglo 2015: Introducción.

Las áreas de convergencia y divergencia entre los dos enfoques, y por lo tanto una definición más específica del concepto de Delos de “sede segura”, se pueden trazar fácilmente con referencia a los Principios del Siglo copiados a continuación (lo tachado indica el texto suprimido, lo subrayando el texto añadido y las cursivas indica el texto que se ha movido; los encabezados fueron subrayados en el texto original y no han sido modificados):

1. Ley

Una ley de arbitraje internacional moderna y eficaz, que reconocerá y respetará la elección del tipo de arbitraje de las partes como método para la solución de su disputa, ~~por~~

- (a) Al proporcionar el marco necesario para facilitar una solución justa y equitativa de las disputas mediante el proceso de arbitraje, en particular el reconocimiento y la aplicabilidad de las órdenes y laudos dictados en la Sede, incluso cuando los procedimientos se realicen de manera externa a la Sede;
- (b) Mediante la adhesión a los tratados y acuerdos internacionales que rigen y afectan al pronto reconocimiento y ejecución de los acuerdos de arbitraje extranjeros;
- (c) Al limitar la intervención judicial en las disputas que las partes han acordado resolver mediante arbitraje.-; y
~~Estableciendo un equilibrio apropiado entre la confidencialidad y la transparencia adecuada, incluyendo la creciente práctica de una mayor transparencia en el arbitraje inversor estado;~~
- (d) Proporcionando un derecho claro a la inmunidad del árbitro de la responsabilidad civil por cualquier cosa hecha u omitida de ser realizada por el árbitro de buena fe en su capacidad como árbitro.

2. Poder Judicial

Un Poder Judicial independiente, competente, eficiente, con experiencia en Arbitraje Comercial Internacional y respetuoso de la elección de arbitraje de las partes como método para la solución de sus controversias.

3. Conocimientos Jurídicos

Una profesión jurídica independiente y competente con experiencia en Arbitraje Internacional and Resolución de Disputas Internacionales que ofrece una opción significativa para las partes que buscan representación en los Tribunales de la Sede ~~o en los procedimientos de Arbitraje Internacional llevados a cabo en la Sede.~~

4. Educación

~~Un compromiso implementado para la educación de abogados, árbitros, el poder judicial, peritos, usuarios y estudiantes del carácter y autonomía del Arbitraje Internacional y para el desarrollo del aprendizaje en el campo del arbitraje.~~

54. Derecho de Representación

Un derecho claro de las partes a ser representadas en el arbitraje por los representantes de las partes (incluyendo, pero no limitado a un asesor legal) de su elección, ya sea del lugar o no de la Sede.

65. Accesibilidad y Seguridad

Fácil acceso a la Sede, libre de restricciones irrazonables a su entrada, trabajo y salida para las partes, testigos y los abogados y árbitros en el Arbitraje Internacional, y seguridad y protección adecuada de los participantes, su documentación e información.

7. Instalaciones

~~Instalaciones funcionales para la prestación de servicios a procedimientos de arbitraje internacional, incluyendo servicios de transcripción, salas de audiencias, servicios de manejo y administración de documentos y servicios de traducción.~~

86. Ética

Normas profesionales y de otro tipo que abarquen una diversidad de tradiciones jurídicas y culturales, y las normas en desarrollo sobre principios éticos internacionales que rigen el comportamiento de los árbitros y abogados.

9. Fuerza Ejecutiva

~~Adhesión a los tratados y acuerdos internacionales que rigen e afectan el pronto reconocimiento y ejecución de los acuerdos, órdenes y laudos de arbitraje extranjeros dictados en la Sede en otros países.~~

10. Inmunidad

~~Un derecho claro a la inmunidad arbitral de responsabilidad civil por cualquier cosa hecha u omitida de ser realizada por el árbitro de buena fe en su capacidad como árbitro.~~

Como queda claro – y sin ningún elemento de sorpresa – hay grandes áreas de acuerdo entre el enfoque de Delos respecto al concepto de “sede segura” y los Principios del Siglo de la CI Arb. Existe divergencia en el reconocimiento dado al entorno cada vez más globalizado y tecnológico en el que se desarrolla el arbitraje internacional, captado en la distinción entre el lugar legal del arbitraje y el lugar físico o virtual desde el que se pueden realizar los arbitrajes. Este desacoplamiento tiene tres implicaciones significativas:

Primero, una sede puede ser “Delos segura” a pesar de que no posea todas las características de las sedes de arbitraje más reconocidas y de clase mundial en el mundo. Es necesario y suficiente que una sede sea “Delos segura” si cumple los estándares de los seis principios CI Arb mencionados arriba, que pueden resumirse como un marco legal pro-arbitraje, practicado con la pericia

pertinente por una profesión judicial y legal independiente y competente, de manera que abarque el carácter pluralista del arbitraje internacional.⁸⁶

Cuando estas características se encuentran de manera conjunta, las partes, los tribunales arbitrales y las instituciones arbitrales pueden tener la seguridad de que sus arbitrajes tendrán como sede un lugar moderno, estable, previsible y solidario legalmente donde, en particular, el umbral de anulación de los laudos será alto y el riesgo de la intervención judicial será bajo.

Que las partes cada vez más reconozcan la importancia de estos criterios en su elección de sede se confirma comparando las Encuestas Queen Mary de 2006 y 2015: hace diez años, la elección de la sede era tanto una cuestión de consideraciones legales como de conveniencia;⁸⁷ hoy en día, las tres razones más importantes en la elección de una sede son, primero, la neutralidad e imparcialidad del sistema jurídico local, seguido por la legislación nacional de arbitraje y, finalmente, el historial de la jurisdicción para hacer cumplir (aplicar, ejecutar) los acuerdos arbitrales.⁸⁸

Segundo, un determinado lugar de arbitraje puede ser competitivo en el mercado de arbitraje internacional a pesar de que no cumple con los criterios para ser “seguro”. Por ejemplo, en una jurisdicción que no cumple con los estándares de los Principios del Siglo n. 1 (ley), 2 (poder judicial) y 9 (fuerza ejecutiva), un centro de actividad comercial (*hub*) puede convertirse sin embargo en un próspero centro de audiencias para el arbitraje internacional enfocándose en los Principios del Siglo n. 5 (derecho de representación), 6 (accesibilidad y seguridad) y 7 (instalaciones); de igual manera para una metrópolis en esta jurisdicción, que puede enfatizar los Principios del Siglo n. 3 (conocimientos jurídicos), 4 (educación) y 8 (ética) para lograr el liderazgo y convertirse en un proveedor global de servicios de arbitraje internacional, especialmente donde las tarifas por hora de los abogados locales de arbitraje son más baratas que en otros mercados.⁸⁹

⁸⁶ La supresión de la referencia a la confidencialidad en el Principio del Siglo No. 1 se discute en el Principio Delos No. 4, a continuación.

⁸⁷ Encuesta Queen Mary de 2006, p. 14.

⁸⁸ Encuesta Queen Mary de 2015, p. 14.

⁸⁹ En una discusión sobre los arreglos de honorarios de abogados, Christopher Newmark observa así que en “un mercado de servicios legales que es verdaderamente internacional, donde los clientes pueden elegir a qué ciudad irán para su asesoría legal en arbitraje, es sorprendente que los honorarios que los abogados de arbitraje sigan siendo basados en las fuerzas del mercado local. Como regla general, los abogados de arbitraje en París y Ginebra son más baratos por hora que los abogados de arbitraje en Londres y Nueva York. Y, sin embargo, muchos de esos abogados hacen el mismo tipo de trabajo (e incluso trabajan en los mismos grandes estudios de abogados internacionales”. (ver *supra* nota al pie 25, pp. 93-94).

Estos ejemplos apuntan a la variedad de objetivos (por ejemplo, la influencia económica, legal, de poder blando o *soft power*, en inglés) que los lugares de arbitraje podrían perseguir buscando aprovechar sus ventajas comparativas en el mercado de arbitraje internacional, sin necesidad de cumplir con los estándares de los diez Principios del Siglo. Dicho de otro modo, la competencia entre los lugares de arbitraje sobre los cuales uno es elegido como sede en los acuerdos de arbitraje debería ser cada vez más equívocada en la medida en que se basa en la opinión de que el valor económico de los procedimientos arbitrales se acumula principalmente a la sede legal del arbitraje. Por el contrario, los ejemplos anteriores resaltan cómo la distinción entre lugares legales seguros de arbitraje y lugares de arbitraje atractivos en otros aspectos puede conducir a una mayor distribución geográfica de los beneficios económicos del arbitraje internacional, así como a ofertas y prácticas más diversas y sofisticadas.

La opinión anterior es consistente con las normas⁹⁰ y directrices⁹¹ de arbitraje que promueven el uso de lugares rentables para celebrar reuniones y audiencias.

Tercero, al reducir el concepto de “sede segura” a su esencia, su función jurídica separada de las consideraciones económicas, y utilizando los criterios objetivos conexos para identificar abiertamente las sedes que puedan considerarse seguras, la comunidad internacional de arbitraje facilitaría mucho: (i) las negociaciones de los usuarios sobre la sede del arbitraje, centrando deliberaciones en una elección entre sedes seguras reconocidas, por tan (ii) la participación activa de los tribunales arbitrales y, por consiguiente, la eficacia; y (iii) una evolución hacia una mayor seguridad en aquellas jurisdicciones que desean específicamente ser consideradas como seguras para ser sedes de arbitrajes.

Para contribuir a este esfuerzo, Delos ha elaborado una lista inicial de sedes seguras de arbitraje, puntualizadas en el Anexo 1 de sus Cláusulas Modelo, que pueden apoyar los procedimientos de arbitraje rentables y expeditos que los usuarios esperan. En la actualidad, se compone de las siguientes diecisiete sedes, con probabilidad que más se agreguen en el futuro, una vez que se haya finalizado un estudio sistemático: Ámsterdam (Países Bajos), Auckland (Nueva

⁹⁰ Ver, *por ejemplo*, Normas DIS (1998): Art. 21.2; Reglamento de la CCI (2017): Art. 18(2)-(3); Normas HKIAC (2013): Art. 14(2); Normas LCIA (2014): Art. 16(3); Normas SCAI (2012): Art. 16(2)-(4); Normas SCC (2010): Art. 20(2)-(3); Normas SIAC (2016): Art. 21.2.

⁹¹ Ver, *por ejemplo*, Directrices para el Arbitraje de Controversias Menores de la CCI bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2003), Guía No. 11; Comisión de Arbitraje de la CCI, *Técnicas para Controlar el tiempo y los Costos en el Arbitraje* (Publicación CCI 843, Agosto 2007), par. 73; Comisión de Arbitraje de la CCI, *Técnicas para Controlar el tiempo y los Costos en el Arbitraje* (2012), par. 70; CCI, *Guía para Asesores Internos y Representantes de Otras Partes sobre la Gestión Efectiva del Arbitraje* (2014), p. 53.

Zelanda), Fráncfort (Alemania), Ginebra (Suiza), Hong Kong (Republica Popular de China), Lisboa (Portugal), Londres (Reino Unido), Miami (EE.UU.), Nueva York (EE.UU.), París (Francia), Seúl (Corea del Sur), Singapur (Singapur), Estocolmo (Suecia), Sídney (Australia), Toronto (Canadá) y Viena (Austria).

(c) Características del arbitraje Delos que promueven el uso de sedes seguras

En apoyo de la eficiencia del Arbitraje Delos, Delos ha proporcionado cláusulas modelo de arbitraje que prevén la designación de una sede de arbitraje, de la misma manera que otras instituciones arbitrales.

Sin embargo, dado el énfasis de Delos sobre sedes seguras, en particular para disputas de menor valor, las cláusulas modelo de arbitraje de Delos invitan a las partes a elegir una sede entre las diecisiete sedes recomendadas en el Anexo 1 de las Cláusulas Modelo de Delos.

No obstante, si las partes prefieren optar por otra sede, Delos hace notar sobre el hecho de que Delos puede ejercer su facultad discrecional para aplicar cualquier escala de plazos y costos a la controversia de las partes y/o modificar el calendario de disputas según sea necesario. La presente notificación en las Cláusulas Modelo se basa en el Artículo 9.3 del Reglamento Delos, que dispone que “*DELOS ejercerá su discrecionalidad, conforme al propósito principal del Reglamento, al fijar los costos del arbitraje cuando [...] las partes hayan acordado el arbitraje bajo el Reglamento, pero hayan utilizado una cláusula de arbitraje diferente a la cláusula modelo de DELOS o hayan modificado la misma.*”

Por último, el Artículo 5 del Reglamento Delos prevé que París sea el lugar por defecto del arbitraje, a falta de acuerdo entre las partes o por determinación del tribunal arbitral.⁹²

Para concluir, mientras que la paranoia del debido proceso es hostil a la eficiencia, una inquietud sana, no excesiva por el debido proceso no sólo es compatible con la eficiencia, sino también complementaria.

Además, cuando las partes hayan instalado su arbitraje en una sede segura, se puede razonablemente suponer que la mano firme de un árbitro no pondrá en

⁹² París es también la sede por defecto de los arbitrajes llevados a cabo bajo los auspicios del Centro de Arbitraje de Jerusalén (JAC, por sus siglas en inglés), por Normas JAC (2013): Art. 15.1(ii).

peligro la validez de ningún laudo, ya que el “coraje” no es más que un estímulo dramático para la “participación activa”.

Por último, se señaló al examinar el primer Principio Delos, que el Reglamento Delos proporcionan un esquema de incentivos de cuatro pilares para promover la participación activa de los tribunales arbitrales. Estos incentivos hacen referencia a los honorarios de los árbitros, al procedimiento arbitral, a las sedes seguras y, como tercer Principio Delos, al pragmatismo en la constitución de los tribunales arbitrales.

Principio Delos No. 3: Pragmatismo en la constitución de tribunales arbitrales

En el cronograma de un arbitraje típico, se dedican - en el inicio del caso - varias semanas y más a menudo meses, a constituir el tribunal arbitral. Si bien esta es una causa conocida de dilación en los procedimientos de arbitraje,⁹³ su potencial de mayor eficiencia parece haber atraído poca atención hasta ahora, salvo mediante procedimientos expeditos de demandas de menor cuantía y la existencia de normas institucionales que prevén la constitución acelerada de tribunales arbitrales en casos de excepcional urgencia.⁹⁴ En su lugar, se han realizado esfuerzos para poner a disposición procedimientos de arbitraje de emergencia para proporcionar a las partes una vía de medidas provisionales de urgencia arbitral, a la espera de la constitución del tribunal arbitral.⁹⁵

Dejando de lado para los presentes propósitos, el mecanismo de excepción del árbitro de emergencia, incluso en lo que respecta a demandas mayores que no requieren que un tribunal arbitral se constituya con una urgencia excepcional, los principales profesionales de arbitraje internacional han reconocido la posibilidad de constituir tribunales arbitrales en períodos más cortos, si es necesario, mediante un mayor sometimiento de las partes en las instituciones arbitrales.⁹⁶

⁹³ Ver, por ejemplo, Encuesta Queen Mary de 2010, p. 32; David W Rivkin, *El Modelo del Anciano del Pueblo Revisado*, supra nota al pie 25, p. 379; comentarios de Peter Rees como se indica en “*El Loro no está muerto*”, GAR con fecha 8 de noviembre de 2012.

⁹⁴ Ver, por ejemplo, Reglamento DIAC (2007): Art. 12; Reglamento LCIA (2014): Art. 9A. Este criterio de “urgencia excepcional” ha sido “*estrictamente interpretado y aplicado*”, con el resultado de que ha habido pocos ejemplos del uso de esta característica; ver *Redfern y Hunter*, supra nota al pie 38, par. 6.31. Ver también los comentarios de Jacomijn van Haersolte-van Hof indicados por Kyriaki Karadelis en *Arbitraje Inteligente*, GAR con fecha 27 de octubre de 2014, respecto a la LCIA haya “*re-empaquetado de algunas medidas existentes, infrautilizadas*”, incluyendo la de la constitución acelerada de tribunales arbitrales, “*para atraer su atención*”. Esta disposición, antes encontrada en las Normas LCIA (1998): Art. 9, esta ahora en las Reglamento LCIA (2014): Art. 9A y seguido por Art. 9B sobre los árbitros de emergencia y Art. 9C sobre el nombramiento expedito de árbitros sustitutos.

⁹⁵ Ver, por ejemplo, Reglamento AAA (2013): Art. R-38; Reglamento de la CCI (2012 / 2017): Art. 29; Reglamento ICDR (2014): Art. 6; Reglamento LCIA (2014): Art. 9B; Reglamento SCAI (2012): Art. 43; Reglamento SCC (2010): Art. 32.4 y Anexo II; Reglamento SIAC (2010): Art. 26.2 y Anexo 1 ahora Normas SIAC (2016): Art. 30.2 y Anexo 1 Aunque la disponibilidad del mecanismo de los árbitros de emergencia se ha generalizado, muchos parecen todavía dudar de su eficacia; ver Encuesta Queen Mary de 2015, pp. 25 y 27-28.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, David W Rivkin, *El Modelo del Anciano del Pueblo revisado*, supra nota al pie 25, p. 379; comentarios de Peter Rees como se indica en “*El loro no está muerto*”, GAR con fecha 8 de noviembre de 2012; Douglas Thomson, *No enfermo, pero curable*, GAR con fecha 6 de marzo de 2015.

Esto es cierto para la constitución de tribunales arbitrales de tres miembros, así como para el nombramiento de árbitros únicos, que ha sido calificado como el método más eficaz de agilizar los procedimientos arbitrales, únicamente segundo después de la “*identificación por el tribunal de las controversias a ser resueltas tan pronto como sea posible después de la constitución*”⁹⁷ (como se discutió anteriormente). De hecho, en comparación con los tribunales arbitrales de tres miembros, los árbitros únicos tienen el beneficio de la rapidez y la economía,⁹⁸ especialmente para controversias de menor cuantía; y hay poca diferencia entre los árbitros únicos y los tribunales arbitrales de tres miembros en términos de “*la calidad del proceso arbitral o el laudo.*”⁹⁹

Reflexionando sobre lo anterior en el marco de un conjunto único de normas de arbitraje, Delos adoptó un enfoque pragmático para la constitución de tribunales arbitrales con miras a mejorar la eficiencia general del procedimiento: las Normas están fuertemente inclinadas hacia la designación expedita de árbitros únicos (*a*), permitiendo al mismo tiempo la posibilidad cooperativa de tribunales arbitrales de tres miembros (*b*).

(a) Nombramiento acelerado de árbitros únicos

La primera oportunidad para que una institución arbitral influya en el número de árbitros que podrían ser llamados a resolver una disputa se encuentra en las cláusulas modelo que pone a disposición de sus usuarios. La cláusula modelo de arbitraje de Delos establece así en la parte pertinente que “*el tribunal arbitral estará compuesto por un árbitro único designado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de DELOS*”.

Sin embargo, los apuntes a esta cláusula modelo aclaran la posibilidad de que las partes acuerden en su lugar un tribunal arbitral de tres miembros y hagan notar las consecuencias en los costos de tal elección.¹⁰⁰

⁹⁷ Encuesta Queen Mary de 2012, p. 13.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, Redfern y Hunter, *supra* nota al pie 38, par. 4.25; Directrices para el Arbitraje de Controversias Menores de la CCI bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2003), Guía No. 5.

⁹⁹ Jennifer Kirby, Con Árbitros, menos puede ser más: *¿Por qué la sabiduría convencional sobre los beneficios de tener tres árbitros puede ser sobrevalorada?*, (2009) 26:3 *Journal of International Arbitration* 337, p. 337; ver también, por ejemplo, Jan Paulsson, *La Idea del Arbitraje* (OUP, 2013), p. 164.

¹⁰⁰ De conformidad con el Anexo 4 del Reglamento Delos, los costos de arbitraje pueden ser aumentados hasta un doble en el caso de un tribunal arbitral de tres miembros - sin impacto, sin embargo, en el tiempo indicativo, como se explica a continuación.

En caso de que las partes hayan optado por un tribunal arbitral de tres miembros, Delos los invitará, según corresponda, a considerar acordar la remisión del conflicto a un árbitro único. Algunas instituciones arbitrales señalan expresamente a las partes esta práctica consultiva para las demandas de menor valor en sus normas; ver, por ejemplo,

Las partes también podrían no haber decidido sobre el número de árbitros en su acuerdo arbitral o dejar el asunto abierto a discusión; de ser así, el Reglamento Delos dispone que el tribunal arbitral estará compuesto por un árbitro único (Artículo 6.4). Esta es la posición adoptada en muchas de las principales normas de arbitraje,¹⁰¹ que también permiten a la institución arbitral la facultad discrecional de nombrar en su lugar un tribunal arbitral de tres miembros si ello fuese apropiado para tales circunstancias.¹⁰² Algunas instituciones arbitrales han omitido esta discreción de sus normas para demandas de menor cuantía¹⁰³ y, de manera similar, el Reglamento Delos no permite a Delos tal discreción espontánea.

Sin embargo, tal como se expresa en el Reglamento Delos, cualquier Parte puede, a falta de un acuerdo, solicitar a Delos que constituya un tribunal arbitral de tres miembros, el cual Delos considerará a la luz del propósito principal del Reglamento (Artículo 6.4 segundo(b)). Esta flexibilidad, que da efecto a la preferencia de los usuarios por los tribunales arbitrales de tres miembros,¹⁰⁴ se ve atenuada por: (i) una situación financiera *de minimis*, a saber, los montos actuales en litigio que superen los 5 millones de euros, como se describe a continuación; y (ii) que dicha solicitud sea presentada a más tardar tres días después de la fecha de vencimiento de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje (y Contra-Demanda),¹⁰⁵ con el fin de minimizar el tiempo de incertidumbre en cuanto al tamaño del tribunal arbitral.

Una vez establecido el número de miembros del tribunal arbitral, el siguiente paso es su nombramiento. El Reglamento Delos estipulan que las partes pueden

Reglamento HKIAC (2013): Art. 41.2(b); Reglamento SCAI (2012): Art. 42.2(c). La CCI ha ido más allá al permitir expresamente en su procedimiento acelerado para el nombramiento y designación de un árbitro único “*sin perjuicio de cualquier disposición en contrario del acuerdo arbitral*”; ver el Reglamento de la CCI (2017): Anexo VI Art. 2.1.

¹⁰¹ Ver, *por ejemplo*, Reglamento AAA (2013): Art. R-16; Reglamento DIAC (2007): Art. 8.2; Reglamento de la CCI (2012 / 2017): Art. 12.2; Reglamento ICDR (2014): Art. 11; Reglamento LCIA (2014): Art. 5.8; Reglamento SCAI (2012): Art. 6.2; Reglamento SIAC (2016): Arts. 5.2(b) y 9.1.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Ver, *por ejemplo*, Reglamento HKIAC (2013): Art. 41.2(a); Reglamento SCAI (2012): Art. 42(b); Reglamento SCC para Arbitrajes Expeditos (2010): Art. 12; Reglamento borrador de SCC para Arbitrajes Expeditos (2017): Art. 17.

¹⁰⁴ Ver, *por ejemplo*, Encuesta Queen Mary de 2010, p. 25.

¹⁰⁵ Si bien el Demandante puede presentar una Notificación de Contestación a una Demanda Reconvencional en respuesta a una Contestación a la Solicitud de Arbitraje y Reconvención (Artículo 4.3 de las Reglamentos Delos), se ha considerado que esta presentación adicional no tendría ningún impacto sustancial en la capacidad de las partes para determinar si la controversia justifica la constitución de un tribunal arbitral de tres miembros y, por lo tanto, que no debe retrasar la constitución del tribunal arbitral (ya sea de uno o tres miembros).

designar conjuntamente al árbitro único, siempre que lo hagan “no más tarde de: (i) tres días desde la fecha para la presentación de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje del demandado o, en su caso, (ii) siete días desde la decisión de DELOS” sobre si el tribunal arbitral estará compuesto por uno o tres miembros (Artículo 6.5). Si bien el plazo de tres días puede parecer a primera vista extremadamente corto, permite, en efecto, durante un período de tiempo razonable desde el inicio del procedimiento (es decir, al menos diez días) para que las partes determinen si es posible llegar a un acuerdo sobre un nombramiento/designación conjunta. En caso negativo, es en el interés de la eficacia que este período de tiempo sea tan corto como sea posible. En caso afirmativo, el tiempo limitado disponible está destinado a enfocar la atención de las partes en la constitución del tribunal arbitral desde el inicio del procedimiento, tomando en cuenta que ya estarían familiarizados con sus respectivas alegaciones (demandas) si participaron en las recomendadas negociaciones previas al arbitraje (como se analiza más adelante en relación con el Principio Delos No. 4) y que pueden solicitar conjuntamente una prórroga de plazo de conformidad con el Artículo 2.3 del Reglamento Delos.

Suponiendo que las partes designen un árbitro único de manera conjunta, dicho nominado tiene cinco días en virtud del Reglamento Delos para presentar declaraciones firmadas de autonomía, imparcialidad y disponibilidad (Artículo 6.5); si la persona designada no lo hace de manera oportuna, el Reglamento prevé la designación de Delos (Artículo 6.6). Este breve plazo está diseñado para asegurar que tanto las partes verifiquen de antemano que su árbitro seleccionado no esté en conflicto y esté disponible para manejar su disputa activamente, y para confirmar pasada la nominación, la reactividad del árbitro.

El último paso en la constitución del tribunal arbitral es el plazo de siete días para que las partes consideren las declaraciones de autonomía e imparcialidad y la disponibilidad del árbitro designado y potencialmente puedan plantear cualquiera objeción (Artículo 6.5 y 6.3).¹⁰⁶

En general, la constitución de un tribunal arbitral de un árbitro único de Delos en el curso ordinario de los acontecimientos puede ser concluido dentro de dos semanas de la fecha de vencimiento de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje, que es extremadamente eficiente.

En la práctica, tal eficiencia probablemente resulte menos del ejercicio de la autonomía de las partes que de la proactividad de la institución arbitral: el acuerdo conjunto de las partes sobre el nombramiento de un árbitro único tiende

¹⁰⁶ El período de siete días permite a las partes plantear cualquier área de inquietud con el (los) posible(s) árbitro(s) antes de tener que presentar una impugnación formal; este proceso típicamente permite que potenciales problemas se aclaren de manera consensuada.

a ser difícil y, por tanto, de ocurrencia limitada;¹⁰⁷ como resultado, es probable que Delos seleccione la mayoría de los árbitros designados en virtud de su Reglamento, que parece ser la solución preferida de los usuarios en ausencia de un acuerdo de partes sobre un nombramiento conjunto (en comparación, por ejemplo, que las partes elijan de una lista exclusiva de árbitros).¹⁰⁸ El papel principal de Delos en la selección de árbitros únicos, requiere tres cualidades:

Primero, para estar en condiciones de desempeñar eficazmente su papel en la selección de árbitros únicos, Delos debe poder anticiparse a las necesidades de los usuarios y tener acceso a una red amplia de potenciales árbitros. En cuanto a la anticipación de las necesidades, Delos ha implementado un sistema para que los usuarios registren sus contratos con Delos después de su firma, simplemente enviando una copia de los mismo por correo electrónico a Delos (como se analiza más adelante en relación con el Principio Delos No. 4). Delos también solicita a las partes en su Solicitud de Arbitraje y Contestación a la Solicitud de Arbitraje que indiquen cualesquiera propuestas que puedan tener sobre el perfil y las calificaciones del árbitro único,¹⁰⁹ de acuerdo con la práctica establecida, aunque aparentemente no generalizada.¹¹⁰ En lo que respecta al desarrollo de una red de árbitros potenciales de Delos (en lugar de una lista exclusiva¹¹¹), se trata de un trabajo en curso que implicará, en particular, la creación de relaciones con grupos de arbitraje de 40 años o menos, a escala mundial y en su debido momento.

De hecho, y, en *Segundo* lugar, la inquietud de Delos por demandas menores requerirá la selección de árbitros más jóvenes, con lo que probablemente amplíe el grupo de expertos en arbitraje internacional con experiencia y sus funciones como árbitros, lo que a su vez beneficia a la comunidad internacional de arbitraje en su conjunto. Mientras que los honorarios de los árbitros para las disputas de menor cuantía se limitan necesariamente para mantener los costos

¹⁰⁷ Ver, *por ejemplo*, Las Estadísticas de Resolución de Disputas de la CII para 2012, 2013, 2014 y 2015, que muestran que en 2012 la CCI seleccionó 82.8% de árbitros únicos nombrados bajos sus normas; esta cifra era 78.3% en 2013, 70.9% en 2014 y 75.7% en 2015.

¹⁰⁸ Encuesta Queen Mary de 2012, p. 6.

¹⁰⁹ Ver Anexos 1 y 2 del Reglamento Delos.

¹¹⁰ Ver, *por ejemplo*, Reglamento DIAC (2007): Arts. 4.1(f) y 5.1(e); Reglamento de la CCI (2012 / 2017): Arts. 4.3(g) y 5.1(e); Reglamento LCIA (2014): Arts. 1.1(iv) y 2.1(iv).

¹¹¹ Respecto a los escollos de una lista exclusiva de árbitros, ver, *por ejemplo*, los comentarios de Alexis Mourre como se indica por Alison Ross en *Londres: Árbitros Nombrados por las Partes – ¿Amarlos o detestarlos?*, (2011) 6:1 GAR con fecha 19 de Enero de 2011; Charles N Brower y Charles B Rosenberg, *La Muerte de Nightingale de Dos Cabezas: Porque la presunción de Paulsson-van den Berg de que los árbitros nombrados por las partes no son dignos de confianza es errónea*, (2013) 29:1 Arbitration International 7.

de arbitraje proporcionales a las cantidades en disputa, no hay un profesional de arbitraje en el rango de edad más joven que no estaría entusiasmado, dedicado y enérgico de servir como árbitro independientemente de su compensación, para parafrasear a un reconocido experto en arbitraje internacional.¹¹² Con el continuo crecimiento del mercado de arbitraje, hay, además, un número cada vez mayor de profesionales jóvenes potencialmente disponibles para ejercer como árbitros.

Por último, para los árbitros que desean obtener repetidas convocatorias de Delos como árbitros únicos, tienen por ello un incentivo adicional para comprometerse activamente en la resolución de los arbitrajes Delos de conformidad con el primer Principio Delos y, más ampliamente, para tratar sus casos en conformidad con el propósito principal del Reglamento Delos.

(b) La posibilidad cooperativa de tribunales arbitrales de tres miembros

Si bien, como se ha visto anteriormente, el diseño del arbitraje Delos ha estado fuertemente inclinado hacia el nombramiento de árbitros únicos, el Reglamento permite el nombramiento de tribunales arbitrales de tres miembros bajo dos circunstancias: Si las partes así lo han acordado, ya sea en su acuerdo arbitral o posteriormente (Artículo 6.4 (a)); o, por falta de acuerdo entre las partes en cuanto al número de árbitros, discrecionalmente por Delos a petición motivada de una parte, presentada a más tardar tres días después de la fecha prevista para la presentación de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje, siempre que el valor de la disputa se ajuste dentro del nivel 3 de las listas de costos en el Anexo 4 del Reglamento Delos (Artículo 6.4 (b)).¹¹³

El nivel 3 se define actualmente como todas las controversias con un valor superior a 5 millones de euros (Anexo 4). La definición de este umbral se basó en gran medida en la práctica de la Corte de la CCI al decidir sobre el tamaño de los tribunales arbitrales en ausencia de acuerdo entre las partes: a partir de

¹¹² Ver comentarios de Jennifer Kirby, *La Dinámica del tiempo y costo – la secuela*, GAR con fecha 15 de julio de 2009.

¹¹³ En cuanto a la posibilidad de crear tribunales arbitrales de tres miembros, parecía preferible no imitar el modelo de la LCIA de una institución arbitral que designara a todo el panel, a menos que las partes hubiesen estipulado expresamente que habría nombramientos citas unilaterales (ver Reglamento LCIA (2014): Arts. 5.7 y 7.1; ver también Jan Paulsson, *por ejemplo ¿Debemos vivir con Unilaterales?*, (2013) 1:1 ABA Section of International Law 5), en particular a la luz de la elección hecha de presentar la referencia a árbitros únicos como la posición por defecto en las cláusulas modelo de Delos (por lo tanto, a diferencia de la cláusula de arbitraje modelo LCIA, las cláusulas modelo de Delos no alertan a las partes sobre la posibilidad de proveer Nombramiento de árbitros).

2011, dicha práctica indicaba la dependencia de los árbitros únicos para disputas con valores inferiores a los 5 millones de dólares americanos.¹¹⁴

La elección hecha en el Reglamento para condicionar la disponibilidad de tribunales arbitrales de tres miembros al valor de la disputa conlleva dos importantes consecuencias.

Primero, la categorización de niveles bajo el Reglamento Delos es determinante del plazo indicativo que guiará a Delos al establecer la Notificación de Plazo para la presentación por el tribunal arbitral de su borrador de laudo. Para las disputas de Nivel 3, el plazo indicativo es actualmente 180 días, que se aplica tanto a los árbitros únicos como a los tribunales arbitrales de tres miembros. De hecho, la Notificación de Plazo se basa en el valor y la complejidad de la disputa y su importancia para cualquier relación continua entre las partes a través del propósito principal del Reglamento (Artículo 1.2(b)), es decir, la atención se centra en la controversia de las partes y la necesidad de resolución en lugar de que se en el árbitro.¹¹⁵ Esto plantea, inevitablemente, el tema de la disponibilidad de los árbitros, no menos importante de la presión de coordinar tres agendas muy ocupadas.

Por lo tanto, en *segundo* lugar, para las disputas que implican importes significativos, el *programa de costos* Delos permite una compensación adecuada de los árbitros bien establecidos, lo que logra un equilibrio financiero entre los compromisos de los árbitros para una mayor disponibilidad y la necesidad de las partes de resolver rápidamente su controversia.¹¹⁶

¹¹⁴ *La Guía de la Secretaría sobre el Arbitraje CCI*, *supra* nota al pie 29, par. 3-440; comparar con prácticas anteriores de la Corte de la CCI como se menciona por Yves Derains y Eric Schwartz en *Directrices para el Reglamento de Arbitraje de la CCI* (Kluwer Law International, 2^{da} ed., 2005), p. 148.

Para otros factores tomados en cuenta para fijar, ver, *por ejemplo*, V.V. Veeder, *supra* nota al pie 61, quien noto a los 38 que en Londres al principio de los 2000, los estudios de abogados de la Ciudad tendían a aconsejar a los clientes que no presentaran una demanda por medio de arbitraje internacional bajo la égida del Reglamento de la CCI o de la LCIA si la cantidad en disputa era inferior a una cifra entre USD 3-5 millones. Más recientemente, Matthew Gearing incrementó el umbral a USD 10 millones, como se indica por Kyriaki Karadelis en *Singapur acoge argumentos en favor de la variedad de procedimientos*, (2013) 9:1 Global Arbitration Review.

¹¹⁵ Esta opinión puede estar relacionada con declaraciones de abogados internos bien conocidos que “no se puede negar la brecha que existe hoy entre el tiempo generalmente tomado en el arbitraje para tomar decisiones y las necesidades y objetivos de las empresas para evaluar la exposición rápidamente y resolver disputas Expedidamente”; ver Michael McIlwrath *et al.*, *supra* nota al pie 4, p. 3.

¹¹⁶ Como se ha señalado anteriormente, la remuneración de los árbitros Delos tiene en cuenta a discreción de Delos la diligencia y la eficiencia de los árbitros y el volumen de trabajo realizado. Esto tiene por objeto ayudar a abordar la cuestión del “parasitismo” de los co-árbitros sobre el trabajo del árbitro que preside, planteado por ejemplo por Jennifer Kirby, *supra* nota al pie 99, pg. 352.

Una vez que se haya determinado que se va a asignar un tribunal arbitral de tres miembros, el Reglamento trata de promover la cooperación temprana entre las partes y la constitución eficiente del tribunal arbitral basándose en la preferencia definitiva de los usuarios y árbitros para que las partes puedan designar a sus co-árbitros.¹¹⁷

Más concretamente, el demandante y el demandado tienen el mismo plazo para nombrar a sus co-árbitros, a saber, tres días a partir de la fecha de vencimiento de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje, si hubiesen acordado previamente constituir un tribunal arbitral de tres miembros ya sea en su acuerdo arbitral o posterior a esto, y de lo contrario, siete días después de la decisión Delos en cuanto al tamaño del tribunal arbitral (Artículo 6.5). Si alguna de las partes no presenta su candidatura dentro del plazo prescrito, Delos (Artículo 6.6) se encargará de la designación de todo el tribunal arbitral, lo que constituye una solución novedosa para la constitución de tribunales arbitrales de tres miembros.¹¹⁸

En el primer escenario en el cual las partes que han optado por un tribunal arbitral de tres miembros en su acuerdo arbitral, el plazo permite al Demandante revisar la Contestación a la Solicitud de Arbitraje del Demandado antes de hacer su nombramiento. Tal nombramiento, sin embargo, podría no ser hecho hasta el último minuto, lo que aumenta el riesgo de que el demandado no pueda hacer una designación oportuna, ya que su elección de un co-árbitro normalmente tiene en cuenta la elección del demandante. La protección más eficaz del ejercicio de la autonomía de ambas partes en la selección del tribunal arbitral es, por lo tanto, que el demandante haya sido previamente informado de las objeciones del demandado a la demanda en sí, permitiendo así al demandante proceder a su designación con anterioridad, por ejemplo, en la

¹¹⁷ Ver, *por ejemplo*, Encuesta Queen Mary de 2012, p. 5, en la cual una mayoría significativa de los encuestados indicaron su preferencia por la nominación por las partes de los co-árbitros; ver también, *por ejemplo*, Jennifer Kirby, *supra* nota al pie 99, haciendo referencia en 353 que las partes eran “visceralmente atraídas a tener “su” co-árbitro”; Alexis Mourre, *¿Son defendibles las nominaciones unilaterales? En El Riesgo Moral del Arbitraje Internacional de Jan Paulsson*, Kluwer blog de arbitraje, con fecha 5 de octubre de 2010; Charles N Brower *et al.*, *supra* nota al pie 111. Ver más Florian Grisel *et al.*, *supra* nota al pie 3, par. 42.

¹¹⁸ Se puede decir que Delos aborda en la medida de esta posición por defecto el “riesgo moral” planteado por Jan Paulsson con respecto a la formación de tribunales arbitrales de tres miembros a través de la nominación de dos partes de dos unilaterales; ver Jan Paulsson, *Riesgo Moral en la Resolución Internacional de Disputas*, (2010) 25:2 ICSID Review 339. Esto es especialmente cierto en el caso de un demandado no participante en un procedimiento iniciado sobre la base de un acuerdo arbitral que pide la constitución de un tribunal arbitral de tres miembros: en tales circunstancias, el demandante quedaría privado de la posibilidad de nombrar un co-árbitro, contrariamente a la posición que se encuentra en las reglas de las principales instituciones arbitrales.

Solicitud de Arbitraje.¹¹⁹ Esto a su vez tiene implicaciones por la manera en que las partes realizan negociaciones previas al arbitraje, como se analiza más adelante en relación con el Principio Delos No. 4.

En el Segundo escenario en el cual las partes acuerdan un tribunal de tres miembros después de su acuerdo arbitral y más tardar tres días después de la fecha de vencimiento de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje (Artículo 6.4(b)), es aquí nuevamente el interés de las partes de comunicar oportunamente acerca del tamaño del tribunal arbitral, para que no tengan que proponer a sus co-árbitros (o tratando de llegar a un acuerdo sobre la designación conjunta de un árbitro único) en el mismo plazo (Artículo 6.5).

Por último, en el escenario de una decisión de Delos de constituir un tribunal arbitral de tres miembros, las partes deben reaccionar rápidamente en la designación de sus co-árbitros después de recibir la decisión, especialmente si el demandado debe designar después del demandante. Esto requiere un grado de anticipación y cooperación entre las partes para asegurar que ambas partes puedan nombrar un co-árbitro, lo que a su vez contribuye a una dinámica útil para la conducción activa del arbitraje por el tribunal arbitral.

En suma, el Reglamento Delos reconocen al árbitro único como el adjudicatario por defecto de las demandas más pequeñas, que sólo pueden ser desplazadas por acuerdo de las partes. Si bien se ha proporcionado flexibilidad adicional para la constitución de tribunales arbitrales de tres miembros en disputas de Nivel 3, esta flexibilidad depende de la proactividad de las partes.

En términos más generales, el Reglamento Delos hace hincapié en la anticipación y la cooperación de las partes en el ejercicio de su autonomía en la designación de los miembros de su tribunal arbitral. Esto tiene el doble beneficio de garantizar la eficacia en la constitución del tribunal arbitral y de establecer el tono para una mayor eficiencia en los procedimientos futuros.

En la práctica, se puede anticipar que la dinámica de la nominación de las partes de árbitros únicos dará lugar en gran medida a que Delos nombre a la mayoría de los árbitros únicos designados en virtud de su Reglamento. Este papel de la institución arbitral crea a su vez un incentivo para que los árbitros que buscan nombramientos repetidos se comprometan activamente en la resolución de los

¹¹⁹ El modelo de Solicitud de Arbitraje en el Anexo 1 del Reglamento solicita al demandante que indique los detalles de su co-árbitro designado y, de lo contrario, las propuestas del demandante con respecto al perfil y/o calificaciones del miembro del Tribunal Arbitral. El modelo de Contestación a la Solicitud de Arbitraje en el Anexo 2 establece las mismas solicitudes para el demandado.

arbitrajes Delos de acuerdo con el primer Principio Delos, que se suma a los incentivos financieros, procesales y relacionados con las sedes analizadas anteriormente.

Por último, si bien los tres primeros Principios Delos se han enfocado en las contribuciones que los árbitros y las instituciones arbitrales pueden hacer para mejorar la eficiencia del arbitraje internacional sin comprometer la equidad o la calidad, el cuarto Principio Delos aborda el papel de las partes y sus abogados en este sentido, que puede ser capturado en el conocido mantra 'preparación, preparación, preparación'.

Principio Delos No 4: 'Preparación, preparación, preparación'

A la pregunta “¿de quién es el arbitraje, de las partes o del tribunal arbitral?”, por lo general sólo hay una respuesta: es la disputa de las partes.¹²⁰ Por lo tanto, no debe sorprendernos que la Encuesta Queen Mary de 2010 haya encontrado que “*las partes contribuyen más a la duración de los procedimientos*”,¹²¹ es decir, al tiempo y al costo de los cuales desaprueban.

A modo de explicación de esta aparente paradoja, los encuestados consideraron que los factores que más contribuyeron a la duración del procedimiento estaban bajo el control de las partes, pero que los tribunales arbitrales estaban mejor situados para hacer más eficientes los procedimientos (seguidos por las instituciones arbitrales y, por último, las propias partes).¹²² De ahí la insatisfacción del usuario y los tres primeros Principios Delos.

Una explicación alternativa formulada por un abogado interno de alto nivel en una mesa redonda de GAR 2009 sobre el tiempo y el costo en el arbitraje internacional, y repetido por un árbitro importante, es “*la percepción de falta de alineamiento entre las partes, sus asesores externos, los árbitros y las instituciones de arbitraje*”.¹²³ Ambos ilustraron esta afirmación por referencia a la estructura de honorarios basada en el tiempo comúnmente encontrada en los estudios de abogados y la sugerencia de que “*puede no siempre ser en el*

¹²⁰ Ver, por ejemplo, V.V. Veeder, *supra* nota al pie 61, p. 35; para otra perspectiva, ver, por ejemplo, V.V. Veeder, Capítulo 15: *¿De quién es el Arbitraje—de las partes o del tribunal arbitral?: una pregunta interesante*, en Newman, Hill (eds.), *La Guía para Árbitros sobre el Arbitraje Internacional* (JurisNet, 2008, 2^{da} ed.).

¹²¹ Encuesta Queen Mary de 2010, p. 32.

¹²² *Ibid.*; ver también Karl Hennessee, Capítulo 4: *Abogados Internos: ¿Por qué deberían estar más involucrados en el Proceso Arbitral?*, Mourre *et al.* (edi), *La Interacción de los Actores en el Arbitraje Internacional*, (2012) 9 Expedientes del Instituto de la CCI de Derecho Empresarial Mundial 42, p. 44.

¹²³ Ver los comentarios de Andrew Clarke, repetidos por Wolfgang Peter, ambos en *La Dinámica del tiempo y costo*, GAR con fecha 1 de mayo de 2009.

mejor interés de sus clientes hacer ese esfuerzo adicional”;¹²⁴ igualmente, según lo observado por otro importante experto en arbitraje que participa en la mesa redonda, ““la verdad” es cara. Las partes pueden tener que tomar una decisión en algún momento sobre qué prioridad dar para llegar a la verdad absoluta”.¹²⁵

En la medida en que tales desajustes entre las partes y los abogados pueden ser el resultado de una brecha de conocimiento entre los dos, la CCI ha desarrollado una útil *Guía para Asesores Internos y Representantes de Otras Partes sobre la Gestión Efectiva del Arbitraje (Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives on Effective Management of Arbitration)*, la cual fue publicada en 2014. Los estudios de abogados también han tratado de abordar las inquietudes de los usuarios a través de compromisos públicos con sus clientes sobre cómo podrían tratar de controlar el tiempo y los costos en el arbitraje, como el “Protocol Debevoise” de 2010 (*Debevoise Protocol*).¹²⁶

Sin embargo, la persistente consternación sobre el tiempo y los costos¹²⁷ a pesar de estos incentivos puede requerir otra perspectiva sobre el problema planteado de una potencial desalineación de intereses. Una perspectiva que considere los intereses variados de los participantes en el proceso de resolución de disputas, los incentivos y desincentivos existentes, y si el conjunto es coherente. Esta perspectiva que requiere una respuesta que considere orientar la conducta como un complemento a las iniciativas diseñadas para informar y guiar dicha conducta.

Hay ejemplos de estas perspectivas basadas en los intereses, como el esquema de incentivos de cuatro pilares diseñados por Delos para la participación activa de los árbitros, la identificación de Delos de sedes seguras, que vincula la “seguridad” con los calendarios de tiempo y costos para ayudar a abordar la paranoia del debido proceso, reducir el riesgo de controversias adicionales en las partes y promover prácticas y ofertas más diversas y sofisticadas para el

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Ver los comentarios de David Brynmor Thomas, como se indica en *La Dinámica del tiempo y costo*, GAR con fecha 1 de mayo de 2009.

Otra ilustración del análisis basado en los intereses se puede encontrar en el debate sobre árbitros o unilaterales designados por las partes – ver, *por ejemplo*, Jan Paulsson, *supra* nota al pie 118; Albert Jan van den Berg, *Opinión Disidente de los Árbitros Designados por las Partes en Arbitrajes de Inversión*, en Arsanjani *et al.* (edi.), *Mirando hacia el Futuro: Ensayos Sobre Derecho Internacional en Honor a W. Michael Reisman* (2011), p. 834; Alexis Mourre, *supra* nota al pie 117; Charles N Brower *et al.*, *supra* nota al pie 111.

¹²⁶ *Debevoise & Plimpton LLP Protocolo para Promover la Eficiencia en el Arbitraje Internacional* (2010); ver también *Arbitraje 2.0: Un Manifiesto para la Eficiencia en la Resolución Internacional de Disputas*, por Perkins Coie (2014).

¹²⁷ Ver, *por ejemplo*, Encuesta Queen Mary 2015, p. 7.

beneficio final de los usuarios y el procedimiento previsto en el Reglamento Delos para la constitución de tribunales arbitrales que fomente la anticipación y la cooperación entre las partes para ejercer su autonomía para seleccionar a los miembros del tribunal arbitral.

Este último ejemplo, que se enfoca en una etapa específica de los procedimientos arbitrales, señala a las contribuciones más amplias que las partes y sus abogados pueden hacer para lograr una mayor eficiencia en el desempeño de los arbitrajes, en particular mediante un acentuado énfasis en anticipar y abordar las cuestiones con prontitud, es decir, preparación. Los desarrollos que siguen consideran características específicas de el Reglamento Delos que incentivan a las partes y a los abogados a una mayor preparación tanto antes del inicio del procedimiento formal (a) como una vez que el arbitraje haya comenzado (b).

(a) ‘Más vale prevenir que curar’, o cómo lograr una mayor eficiencia en el arbitraje mediante la preparación anticipada

La etapa más temprana en que se pueden prever las disputas es cuando las partes entran en una relación (i). Una vez que haya surgido una controversia, se pueden desplegar incentivos adicionales para ayudar a las partes a resolver la disputa o prepararse para comprometerse de manera eficiente en un arbitraje (ii).

i. *Anticipando los temas relacionados con las controversias en la etapa de elaboración del contrato*

Como es de conocimiento, un contrato bien concebido y redactado reduce materialmente el riesgo de disputas. El lenguaje claro y la definición de las obligaciones de cada parte junto con disposiciones claras sobre cómo las partes pueden salir de su relación son las primeras respuestas en términos de prevención de conflictos. Si bien una discusión detallada de la contratación está más allá del alcance de este documento, podemos abordar cuatro puntos:

Primero, las instituciones arbitrales disponen de una cláusula arbitral modelo. Tales cláusulas suelen prever una amplia referencia obligatoria al arbitraje, junto con la designación de alguna institución administradora y/o sus normas, el idioma del arbitraje, el lugar del arbitraje y el tamaño del tribunal arbitral, reduciendo así significativamente el riesgo de conflictos adyacentes sobre el conflicto principal. Delos proporciona un modelo de cláusula arbitral, que difiere de las cláusulas modelo estándar al establecer el lugar de arbitraje

(Principio Delos No. 2) y el tamaño del tribunal arbitral (Principio Delos No. 3).¹²⁸

Además, algunas instituciones también han sugerido cláusulas de resolución de disputas escalonadas, escaladas o de múltiples niveles, que promueven mecanismos previos al arbitraje para resolver conflictos, incluyendo la negociación y la mediación.¹²⁹ Delos recomienda un periodo de negociación previo al arbitraje, como se menciona a continuación.

Segundo, se recomienda que las partes acuerden sobre la ley aplicable en su contrato. Algunas instituciones, incluyendo Delos, proporcionan una plantilla de idioma¹³⁰ mientras que otras simplemente llaman la atención de las partes sobre este tema.¹³¹

Tercero, también se recomienda que las partes consideren en su contrato si prevé la confidencialidad de cualquier disputa futura, dadas las diversas posiciones sobre esta cuestión que se encuentran en las leyes de arbitraje, incluyendo las de sedes seguras de Delos.¹³² Ciertas instituciones han abordado esta incertidumbre estableciendo la confidencialidad de los arbitrajes realizados bajo sus normas.¹³³ En la medida en que la confidencialidad de cualquier arbitraje (y la confidencialidad de su trabajo y relación de manera más amplia) sea importante para los usuarios, es algo que deberían anticipar en el momento de firmar su acuerdo arbitral en lugar de arriesgarse a *Lex arbitri* o a las normas

¹²⁸ Delos también recomienda sobre el idioma del arbitraje, principalmente, inglés y francés en base a los idiomas que mejor se utilizan hoy en día para administrar arbitrajes; se adicionarán otros idiomas en su debido momento.

¹²⁹ Ver, *por ejemplo*, las cláusulas de mediación de la Asociación Americana de Arbitraje AAA (2013) y Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés) (2014) y las cláusulas modelo de mediación (2014) y conflictos de la CCI (2004).

¹³⁰ Ver, *por ejemplo*, Cláusulas modelo de arbitraje DIS (1998), LCIA (2014), SCC (2010) y SIAC (2016).

¹³¹ Ver, *por ejemplo*, la cláusula modelo de arbitraje ICC (2012). La cláusula modelo de arbitraje HKIAC (2013) sugiere lenguas para la ley aplicable al acuerdo arbitral (pero no para la ley aplicable que rige el contrato). Si bien esto proporciona una mayor claridad, también reduce la flexibilidad para un tribunal arbitral o un tribunal en la sede del arbitraje para decidir a favor de una ley que podría sostener la referencia al arbitraje (comp. Con el enfoque adoptado en virtud del Estatuto Federal Suizo de Derecho Internacional Privado, sección 178(2)).

¹³² *Por ejemplo*, contrariamente a las obligaciones de confidencialidad generales que se derivan de la legislación inglesa, de Hong Kong, de Nueva Zelanda, de Portugal y de Singapur, la ausencia de confidencialidad de los arbitrajes internacionales en esas jurisdicciones es la de incumplimiento de las leyes australianas, francesas, coreanas y suecas; ver Global Arbitration Review, *Arbitraje Comercial 2016*.

¹³³ Ver, *por ejemplo*, Normas DIAC (2007): Art. 41; Normas DIS (1998): Art. 43; Normas LCIA (2014): Art. 30; Normas HKIAC (2013): Art. 42; Normas SCAI (2012): Art. 44; Normas SIAC (2016): Art. 39.

de arbitraje institucional designadas. Por lo tanto, Delos ha puesto a disposición la siguiente cláusula modelo para las partes que deseen mantener su arbitraje y su resultado confidencial:

Las partes acuerdan mantener confidencial la existencia y contenido del arbitraje; de los escritos y alegaciones orales y escritas y de todos los documentos producidos o derivados del arbitraje, exceptuando aquellos casos previstos por deber legal o cuando sea necesario para proteger o reclamar un derecho legal.

Cuarto, Delos ha instaurado un sistema de registro de contratos.¹³⁴ Delos recomienda encarecidamente que sus usuarios registren sus contratos con Delos seguidamente de su suscripción, simplemente enviando una copia de los mismos por correo electrónico a Delos.¹³⁵ Ciertas empresas ahora copian rutinariamente a Delos al comunicar la copia firmada de su contrato a sus contrapartes; Delos responde poco después comunicando un “Número de Registro de Contrato” (CRN, por sus siglas en inglés).¹³⁶ Además de ayudar a Delos a anticipar las necesidades de los árbitros, como se ha visto anteriormente, y el efecto positivo de la red generado por el registro, las partes derivan cuatro beneficios adicionales específicos de este proceso: (i) ha ayudado a determinadas empresas pequeñas a alcanzar un nivel de disciplina al finalizar sus contratos y, por lo tanto, a reducir sus riesgos jurídicos, en los casos en que de otro modo podrían conducir relaciones en una premisa incierta; (ii) para algunas empresas más pequeñas (incluidas las empresas de emergente o “startups”), esta capa adicional de formalismo a sus procesos de contratación ha reforzado su credibilidad frente a sus contrapartes; (iii) el registro de contratos también ha abordado un desafío de seguridad organizacional y legal enfrentado por muchas empresas, que a menudo pierden los documentos importantes, incluyendo los contratos; y (iv) en caso de disputa, las partes se benefician de un cronograma de menor costo, según se establece en el Anexo 4 del Reglamento Delos.

ii. El periodo de negociación pre-arbitraje de Delos

Una vez que haya surgido una disputa, las partes suelen primero tratar de resolverla entre ellas mismas, ya que este es el resultado más rentable en cuanto al tiempo y costos y ayuda a preservar la relación. En este sentido, una institución arbitral que recomienda un período de negociación previo al arbitraje y proporciona un lenguaje contractual sugerido a este efecto no hace más que formalizar la buena práctica empresarial.

¹³⁴ Este Sistema de registro es mencionado en el par. 5 del Anexo 4 del Reglamento Delos.

¹³⁵ La dirección de correo electrónico actualmente utilizada para este objetivo es: info@delosdr.org.

¹³⁶ Ver Art. 5 del Anexo 4 del Reglamento Delos.

Delos ha fijado un tiempo y un precio a esta fase de reflexión tomando en cuenta su importancia para la resolución eficaz de la controversia de las partes. De hecho, tal como se indica en las notas al lenguaje contractual sugerido, este tiempo es valioso para que las partes evalúen cuidadosamente sus posiciones, ya que pueden ayudarlas a resolver su disputa y, una vez iniciado el procedimiento, con el desempeño de un procedimiento eficaz (y por tanto el ahorro de tiempo y costos más adelante).¹³⁷ Por consiguiente, el Reglamento Delos establece un esquema de incentivos de cinco partes, de la siguiente manera:¹³⁸

Primero, hay un incentivo económico. Anticiparse a la preparación de un arbitraje puede ser costoso en términos de gestión de tiempo, por ejemplo, para realizar la investigación de hechos con las personas claves involucradas en la disputa y para la recolección de los documentos pertinentes,¹³⁹ y costoso como resultado de la dirección de asesoramiento precoz. Estos costos, que benefician tanto las negociaciones previas al arbitraje como, a falta de conciliación, el posible arbitraje, son redimibles en un arbitraje Delos mediante el poder expreso otorgado a los tribunales arbitrales para asignar los costos incurridos por las partes “*en relación*” con el arbitraje (Artículo 7.4(d)); los tribunales arbitrales por tanto, pueden asignar los costos internos y legales correspondientes de las partes de las negociaciones previas al arbitraje.¹⁴⁰ Por lo tanto, las partes deben invertir en la preparación de sus casos a más tardar al

¹³⁷ Ver, *por ejemplo*, comentarios de Andrew Clarke, Anne-Véronique Schlaepfer y Laurent Gouiffès como se indica en *La Dinámica del tiempo y costo – la secuela*, GAR con fecha 15 de julio de 2009; Jean-Claude Najar, *Cómo Mitigar Costos Legales y de Arbitraje: Pensamientos de un Usuario*, (2013) 17 ICCA Congress Series 305-320; comentarios de Isabelle Hautot como se indica por Kyriaki Karadelis en *Singapur acoge argumentos en favor de la variedad de procedimientos*, GAR con fecha 3 de diciembre de 2013: “*la preparación desde el principio es la táctica más importante para controlar los procedimientos*”.

¹³⁸ Esta evolución no se refiere a la situación en la que no sería aconsejable que una parte esperara la expiración de la fase de negociación para iniciar procedimientos, por ejemplo, si las demandas están a punto de prescribirse.

¹³⁹ Ver, *por ejemplo*, Jean-Claude Najar, *Inside Out: Perspectiva del Usuario sobre los Desafíos del Arbitraje Internacional*, (2009) 25:4 Arbitraje Internacional 515, p. 518.

¹⁴⁰ Los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones arbitrales parecen permitir la recuperación solamente de los costos incurridos para el propio proceso (incluida la preparación de la solicitud de arbitraje); ver, *por ejemplo*, además del lenguaje de estas normas de arbitraje: *La Guía de la Secretaría sobre el Arbitraje CCI*, *supra* nota al pie 29, par. 3-1492; Guía de Arbitraje Internacional CI Arb, *Redacción de Laudos Arbitrales Parte III – Costos* (2016), p. 13. No obstante, ha habido casos en que los tribunales arbitrales han permitido la recuperación de los costos de negociación pre-arbitraje: ver, *por ejemplo*, Informe de la Comisión de la CCI, *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*, (2015) 2 CCI Boletín de Resolución de Disputas, par. 99.

emitir/recibir una Solicitud de Arbitraje (disputa), y deben mantener un registro claro de los costos incurridos como resultado.¹⁴¹

Segundo, hay un incentivo práctico para los demandados: el Artículo 4.1 del Reglamento Delos dispone que, “*desde la fecha (estimada) de recepción por parte del Demandado de la Solicitud de Arbitraje y del justificante de pago de la Tasa de Registro, si fuera posterior, el Demandado dispondrá de siete días para presentar una “Contestación a la Solicitud de Arbitraje” o una “Contestación a la Solicitud de Arbitraje y Reconvención”*”. Para que los demandados estén en condiciones de cumplir este plazo y no retrasen los procedimientos desde el principio, es necesario que ellos y sus abogados comprendan bien su posición con antelación. En la práctica, el abogado defensor no es excepcionalmente seleccionado e instruido hasta después del inicio del procedimiento, y por lo tanto aprende y evalúa el caso mientras prepara la respuesta o Contestación a la Solicitud de Arbitraje.

De lo anterior se desprende que los demandantes están interesados en obtener una resolución eficaz de su litigio para asegurarse que, antes del inicio del procedimiento, hayan dado a la parte contraria un plazo suficiente para desarrollar su posición sobre la disputa. Respecto a esto, el lenguaje propuesto por Delos para un período de negociación previo al arbitraje proporciona a ambas partes contendientes la certeza de cuando arrancará el “reloj de preparación” a más tardar, mientras permite a cualquier futuro demandante una confianza legítima en que el futuro demandado haya tenido una cantidad razonable de tiempo bajo contrato, para prepararse para cualquier procedimiento eficiente. Este periodo de tiempo debe ser definido cuidadosamente por ambas partes al momento de celebrar su contrato.

Tercero, cuando al menos una de las partes inicia un arbitraje sin preparación, todas las partes asumen el riesgo discutido anteriormente en relación con el Principio Delos No. 3 de que no podrán nombrar a los miembros del tribunal arbitral.

Cuarto, si bien la premisa de las programaciones de costos de Delos que se encuentran en el Anexo 4 del Reglamento es proporcionar a las partes una medida de previsibilidad, el Artículo 9.7 establece que, “[*e*]n cualquier etapa anterior a la emisión del Laudo final, DELOS podrá ajustar los costos de arbitraje para tener en cuenta (i) cualquier cambio significativo en las reclamaciones de las partes, la complejidad de la controversia, el tiempo y los

¹⁴¹ El mismo proporciona una lista de verificación (checklist) útil para anticipar el inicio de los procedimientos formales: Michael McIlwrath, *Anti-Arbitraje: 10 Cosas que Hacer antes de comenzar el Arbitraje*, Blog de Arbitraje Kluwer, con fecha 12 de noviembre de 2011.

gastos previstos por el Tribunal y/o (ii) la terminación del arbitraje, incluyendo los reembolsos a las partes en proporción a sus respectivos pagos.”

En otras palabras, las partes que lleguen a un arbitraje sin preparación en un grado que menoscabe sustancialmente la eficiencia del procedimiento deben estar preparadas para soportar el costo de dicha ineficiencia (lo mismo se aplica cuando tal ineficiencia es resultado de decisiones estratégicas hechas por las partes). Por el contrario, las partes que manejan el arbitraje como una vía para resolver su disputa pueden reducir los costos de arbitraje mediante la obtención de un reembolso parcial en caso de liquidación antes de la emisión un laudo final. Este factor de “precio” se refleja en parte en las normas de arbitraje de las principales instituciones arbitrales, que suelen tomar en cuenta un cambio en la cantidad y/o complejidad de las demandas y/o la labor realizada por el tribunal arbitral.¹⁴²

Por último, si bien las programaciones de Delos que figuran en el Anexo 4 del Reglamento también tienen por objeto proporcionar a las partes una medida de la previsibilidad del tiempo, el Artículo 8.3 establece que la Notificación de Plazo de Delos puede ser modificada especialmente “*por acuerdo de las partes*”. Con excepción de las circunstancias excepcionales, esta opción establece la responsabilidad final con las partes por la eficiencia general que esperan de su arbitraje: en un entorno que requiere la proactividad de los árbitros, las prórrogas de la Notificación de Plazo Delos sin impacto negativo en los honorarios de los árbitros, refleja la incapacidad de los árbitros de participar en procedimiento eficientes, o su opción positiva para procedimientos menos eficientes.

Los acontecimientos anteriores en el período de negociación pre-arbitraje de Delos requieren tres observaciones finales: (i) las partes que buscan la solución eficiente de sus disputas tienen que prepararse desde el principio para tal proceso; (ii) esta preparación, a su vez, consiste en asistir a las partes a resolver su conflicto sin necesidad de arbitraje; y (iii) la expectativa de un proceso de solución de controversias o resolución de disputas, oportuno y rentable agrega ventaja para la parte que busca entablar discusiones significativas, ya que las tácticas dilatorias de negociación pueden ser detectadas como un *bluff* o “engaño” una vez iniciados los procedimientos, con la posibilidad de una primera decisión dentro de 2.5 a 6.5 meses.

¹⁴² Ver, *por ejemplo*, Klaus Sachs, *supra* nota al pie. 26, par. 5-7 a 5-17. Mientras que las diferentes programaciones mencionados en el artículo han sido actualizados, los principios han permanecido los mismos para los propósitos del presente.

(b) El caso con la prolijidad, o cómo incrementar la eficiencia durante los procedimientos de arbitraje

Si el procedimiento de arbitraje es necesario, el demandante iniciará el procedimiento presentando una Solicitud de Arbitraje, preparado de acuerdo con el modelo establecido en el Anexo 1 del Reglamento Delos (ver Artículo 3.2 (a)); y el demandado responderá a través de una Contestación a la Solicitud de Arbitraje (y Demanda reconvenicional), elaborado de acuerdo con el modelo establecido en el Anexo 2 del Reglamento Delos (ver Artículo 4.1). Si bien estos modelos no son en un sentido más que una presentación alternativa de las listas numeradas que se encuentran en las normas de las principales instituciones arbitrales, difieren en dos aspectos específicos:

Primero, para los usuarios y los abogados no acostumbrados al arbitraje internacional, tales plantillas ayudan a hacer el proceso más accesible. Al mismo tiempo, el uso de plantillas facilita a Delos el procesamiento rápido de nuevos casos, especialmente para constituir el tribunal arbitral y fijar los costos de arbitraje.

Segundo, estas plantillas son prescriptivas en términos de cómo las partes deben presentar sus posiciones y evidencia de apoyo. Por tanto, el demandante debe proporcionar:

una presentación de hasta diez páginas, en la que se expongan los antecedentes y la naturaleza de la controversia y las cuestiones en disputa. Como parte de esta declaración, por favor, indique si, y para qué cuestiones y en qué medida, espera necesitar prueba testifical y / o pericial. Además del (los) contrato(s) que debe suministrarse de conformidad con la sección 4 más abajo, puede adjuntar a la Solicitud de arbitraje hasta diez documentos para apoyar su (s) reclamación (s).

Del mismo modo, el demandado debe proporcionar:

en un máximo diez páginas, una presentación en la que se exponga su posición relativa a la controversia y la demandas [...]. Si tiene algún comentario sobre la sección 4 de la Solicitud de Arbitraje [en relación con el acuerdo arbitral], por favor, presente los mismos en un máximo diez páginas. Como parte de esta declaración, por favor, indique si, y para qué cuestiones y en qué medida, necesitará prueba testifical y / o pericial. Puede adjuntar en su Contestación a la Solicitud de Arbitraje un máximo de diez documentos para apoyar cada una de las dos presentaciones precedentes. A fin de evitar toda duda, si el Demandante ya ha presentado un documento, no es necesario volver a presentarlo. [...] Si tiene una demanda reconvenicional, por favor, expóngala en una presentación de no más de diez páginas. Puede adjuntar en su Contestación a la Solicitud de Arbitraje y Reconvenición hasta diez documentos para apoyar su Demanda Reconvenicional.

Para los abogados que no estén completamente familiarizados con el caso de sus clientes, estos límites de páginas y pruebas les permiten cumplir con los requisitos de presentación sin representar a su parte indebidamente. Sin

embargo, para los abogados que están bien preparados, tales límites son una oportunidad para una defensa eficaz, al permitirles enfatizar concisamente¹⁴³ los puntos clave¹⁴⁴ de los casos de sus clientes.¹⁴⁵

Además, el requisito que normalmente no se encuentra en las normas de arbitraje para que las partes indiquen cualquier testigo anticipado y/o peritaje proporciona a todos los participantes una visión más detallada del nivel de preparación de cada parte y la complejidad potencial del caso.

Esta información, combinada con una presentación efectiva de las posiciones de las partes y la posibilidad de anticipar el rango probable de la Notificación de Plazo que será emitida por Delos,¹⁴⁶ establece una base sólida para que todos puedan prepararse para la reunión de gestión de casos (Artículo 7.3) al considerar, para el tribunal arbitral, el tipo de procedimiento necesario para resolver el conflicto de manera eficiente y, para las partes, el tipo de procedimiento necesario para poder presentar su caso y probar el caso de la otra partes de manera eficiente,¹⁴⁷ tomando en cuenta su deber de “actuarán de

¹⁴³ Ver, por ejemplo, Constantine Partasides, *Algunas Palabras sobre la Prolijidad en el Arbitraje Internacional*, en Carlevaris et al. (eds.), *Arbitraje Internacional bajo Revisión – Ensayos en Honor a John Beechey* (ICC, 2015), pp. 301-305.

¹⁴⁴ Ver, por ejemplo, Eric Robine, *Lo que las Empresas Esperan del Arbitraje Comercial Internacional*, (1992) 9:2 *Journal of International Arbitration* 31, at 1.2(a): “[...] evitar la introducción de preguntas para satisfacer las necesidades del caso. [...] tal estrategia es ilusoria, ya que es improbable que los árbitros sean capturados, pero también es peligroso [e ineficiente]”; Michael E Schneider, *Arbitraje*, supra nota al pie 25, p. 127.

¹⁴⁵ Como señaló Lucy Reed, la brevedad no es un sustituto de la calidad y, parafraseando su conferencia, una introducción enfocada en esta primera ronda de presentaciones no excluye la presentación posterior de alegatos detallados con amplio apoyo, una vez que el procedimiento y el cronograma apropiados hayan sido discutidos y confirmados por el tribunal arbitral. Ver Lucy Reed, *Toma de Decisiones Arbitrales*, supra nota al pie 45, pgs. 97-98.

¹⁴⁶ Después de la fecha de recepción de la Contestación a la Solicitud de Arbitraje (y demanda reconventional), Delos evalúa el valor de la disputa y fija los costos de arbitraje (Art. 9.2). Una vez que éstos han sido pagados, Delos emite la Notificación de Tiempo, el cual toma en cuenta el valor de la disputa por referencia a los cronogramas de tiempo y costo en el Anexo 4.

¹⁴⁷ Al tratar de lograr el mismo propósito, algunas instituciones principales de arbitraje ofrecen a las partes la posibilidad de presentar desde el principio declaraciones completas y de defensa (ver, por ejemplo, Reglamento DIAC (2007): Arts. 4.2 y 5.2; Reglamento DIS (1998): Arts. 6.1 y 9; Reglamento HKIAC (2013): Arts. 4.6 y 5.3; Reglamento SCAI (2012): Arts. 3.4(a) y 3.8(b); Reglamento SIAC (2016): Arts. 3.2 y 4.2). En línea con el enfoque adoptado en otros Reglamento de arbitraje (ver, por ejemplo, Reglamento LCIA (2014): Arts 1.1(iii) y 2.1(iii); Reglamento CNUDMI (2013): Arts. 3.3(d)-(e) y 4.2(e); Reglamento SCC (2010): Arts. 2(ii) y 5.1(iii)), parece preferible en el interés de comenzar los procedimientos rápidamente (tanto antes como después de presentar la Solicitud de Arbitraje), que los tribunales arbitrales reciben una cantidad limitada de información que puede estar toda enfocada en lugar de un volumen significativo de presentaciones potencialmente poco organizadas y documentos de apoyo de diferentes niveles de relevancia inmediata.

buena fe y ayudarán a los Tribunales a promover el propósito principal del reglamento [Delos]” (Artículo 1.4).¹⁴⁸

En esta coyuntura crítica, los usuarios preocupados por el tiempo y los costos, deben participar activamente con su abogado en la formación o configuración del proceso¹⁴⁹ y, de hecho, se considera una mejor práctica para los clientes asistir a la reunión de gestión de casos;¹⁵⁰ esta participación activa de los usuarios es, además, beneficiosa durante todo el proceso, incluyendo la asistencia a los abogados para acceder a los documentos clave y a personas que apoyan la causa o posición del cliente.¹⁵¹

Finalmente, a través de esta participación activa, los usuarios evitan cualquier riesgo de desajuste procesal o de calendario con sus asesores externos y logran un mayor sentido de apropiación del proceso de resolución de disputas, reflejado en su aporte a su forma preferida de laudo¹⁵² y la posibilidad de que las partes soliciten conjuntamente al tribunal arbitral que les proporcione “*una indicación no vinculante de su posible decisión sobre todo o parte de las cuestiones de la controversia*”, en cualquier momento antes de que el tribunal arbitral entregue su borrador de laudo a Delos (Artículo 8.7).

En resumen, si bien los árbitros y las instituciones arbitrales tienen inevitablemente parte de responsabilidad en lograr una mayor eficiencia en el

¹⁴⁸ En relación con el deber de actuar de Buena fe, ver, de manera similar, Reglamento LCIA (2014): Art. 14.5 y 32.2; Reglamento SCAI (2012): Art. 15.7. Ver también la Guía IBA sobre la Representación de las Partes en el Arbitraje Internacional (2013) y CCI, *Nota a las Partes y Tribunales Arbitrales sobre la Conducta del Arbitraje en virtud a las Normas de Arbitraje CCI*, con fecha 1 de marzo de 2017, par. 32.

¹⁴⁹ Ver, por ejemplo, CCI, *Guía para Asesores Internos y Representantes de Otras Partes sobre la Gestión Efectiva del Arbitraje* (2014), p. 5; ver también Jean-Claude Najjar, *supra* nota al pie 139, p. 525; Karl Hennessee, *supra* nota al pie 122, p. 44.

¹⁵⁰ Ver, por ejemplo, Normas AAA (2013): Art. R-21(a); Reglamento de la CCI (2012 / 2017): Art. 24.4; Informe de la Comisión de la CCI, *Controlando el Tiempo y el Costo en el Arbitraje* (2012), para. 30; ver también Klaus Sachs, *supra* nota al pie 26, par. 5-38.

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, además de la referencia en la nota al pie 149 anterior: Douglas Thomson, “*La Historia de Dos Clientes*” – *como las partes pueden mejor asistir en su caso*, GAR con fecha 26 de febrero de 2016, en especial los comentarios de Peter Wolrich.

¹⁵² Ver la discusión anterior en Principio Delos No. 1—sección (a)(iv). Art. 8.2 del Reglamento Delos permite a las partes convenir en modificar la obligación de los tribunales arbitrales de motivar su laudo, siendo la posición por omisión que los tribunales arbitrales deben motivar sus decisiones, aunque de una manera proporcionada, entre otras cosas, al valor y la complejidad de la disputa, la importancia de las controversias dadas a las partes y la necesidad de las partes de una hoja de ruta para el futuro de su relación y/o el uso futuro de contratos similares.

arbitraje internacional, los usuarios y sus asesores tienen que desempeñar un papel importante al anticipar los riesgos en cada etapa y trabajar estrechamente tanto antes como durante el procedimiento arbitral. No sólo el tiempo y el costo invertido en la preparación temprana ayudan con las discusiones de conciliación y de otra manera ahorran tiempo durante el procedimiento, ese coste es también recuperable bajo el Reglamento Delos. Por el contrario, cuando las partes no están suficientemente preparadas antes del inicio de un arbitraje, ello puede agravar las ineficiencias de tiempo y costos una vez iniciado el procedimiento.

Conclusiones

En los primeros días del arbitraje comercial internacional, la CCI consideró el arbitraje como un medio eficaz de prevención de controversias.¹⁵³ No está claro que el arbitraje, tal como se practica por lo general en la actualidad, sea todavía capaz de cumplir tal promesa original, salvo quizás por el tiempo y los costos que desincentivan el arbitraje, especialmente para las disputas más pequeñas. Tampoco está claro que el arbitraje actual proporcione a los usuarios suficiente tiempo y previsibilidad de costos para permitir una adecuada mitigación del riesgo y planificación de sus negocios.

Mientras que varias voces de los usuarios han sugerido en consecuencia aumentar la velocidad a costa de otras consideraciones,¹⁵⁴ muchos en la comunidad internacional de arbitraje han expresado la esperanza y las soluciones propuestas para mejorar la eficiencia sin comprometer la equidad o la calidad del proceso de toma de decisiones.

Para los fundadores de Delos, parecía que había una cierta combinación sistemática de incentivos e innovaciones, conocidas o nuevas, que podrían contribuir positivamente a la solución justa y eficaz de las disputas mediante el arbitraje. Esta combinación, presentada en este documento por referencia a cuatro principios, no podría aplicarse en el marco de las estructuras existentes y, por lo tanto, condujo a la creación de una nueva institución arbitral.

En el futuro, existen muchas posibilidades para el perfeccionamiento de esta institución, incluyendo la consideración de problemas colectivos y consolidación, arbitraje de emergencia, demandas cruzados entre demandantes o demandados, el papel de los árbitros en la solución de disputas, las implicaciones de la asignación de costos de las negociaciones sin éxito, la transparencia de los antecedentes de los árbitros y peritos y la disponibilidad de sedes seguras adicionales.

Por el momento, basta con señalar que varias empresas (más pequeñas) han introducido cláusulas de arbitraje Delos en sus contratos y se han convertido en embajadoras de un enfoque de arbitraje que aprovecha su eficiencia como un incentivo para resolver las disputas rápidamente.

¹⁵³ Florian Grisel *et al.*, *supra* nota al pie. 3, par. 14.

¹⁵⁴ Ver, *por ejemplo*, comentarios de Lara Levitan como se indica en *Alternativas a los Altos Costos del Litigio*, (2006) 24:11 CPR Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos 182, pp. 182-183; comentarios de Alberto Ravell como se indica por Kyriaki Karadelis en *Arbitraje Inteligente*, GAR con fecha 27 de octubre de 2014; comentarios de Tim Williams como se indica por Lacey Young en *Asesores Corporativos Intercambian Opiniones en Londres*, GAR con fecha 1 de junio de 2016.