

Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19

Nicolás de la Flor Puccinelli*

Esther Zagaceta Gómez**

Resumen. - En este artículo se describen los principales cambios suscitados en el arbitraje internacional a raíz de la pandemia originada por el Covid-19. De esta manera, ambos autores analizan tanto las Reglas IBA 2020 sobre Práctica de Prueba como el Reglamento Arbitral ICC de 2021. Entre ellos destacan las materias de audiencias virtuales, ciberseguridad, el deber de revelar la identidad del tercero financiador y la incorporación de partes adicionales a un arbitraje en curso.

Abstract. - This article describes the main changes in international arbitration because of the pandemic caused by Covid-19. In this way, both authors analyze both the IBA 2020 Rules of Evidence and the ICC Arbitration Rules of 2021. These include the issues of virtual hearings, cybersecurity, the duty to disclose the identity of the third-party funder and the incorporation of additional parties to an ongoing arbitration.

Palabras claves. - Arbitraje - Covid-19 - Reglas IBA 2020 - Reglamento Arbitral ICC - Adaptación - Discrecionalidad.

Palabras claves. - Arbitration - Covid-19 - IBA 2020 Rules - ICC Rules of Arbitration - Adaptation - Discretion.

* Abogado por la PUCP. Asociado de Bullard, Falla, Ezcurra+, con práctica en arbitraje comercial internacional y de inversiones. Árbitro en las Listas de los Centros de Arbitraje de la CCL y AMCHAM. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la PUCP

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de los cursos de Instituciones del Derecho Privado e Instituciones del Derecho Privado II. Practicante del Estudio Bullard Falla Ezcurra+.

I. Introducción

Hasta inicios del 2020, la mayoría de los abogados dedicados al arbitraje habíamos tenido pocas (o ninguna) audiencias remotas. Hoy, en marzo de 2021, todos hemos tenido probablemente ya más de un par de audiencias remotas, y probablemente -luego de superadas las taras tecnológicas iniciales- cada vez más estamos aprendiendo a disfrutarlas.

El Covid-19 ha cambiado todos los aspectos de nuestras vidas, desde el ámbito familiar hasta el laboral. Como es obvio, el arbitraje no ha sido la excepción. La práctica ha cambiado mucho, y muy probablemente cuando la pandemia termine, muchas cosas no volverán a como eran antes. Estamos constantemente aprendiendo y adaptándonos. Como decía Darwin: *“No es la más fuerte de las especies la que sobrevive, ni la más inteligente. Es aquel que es más adaptable al cambio”*. Si Darwin fuese abogado en el 2021, probablemente pensaría que el arbitraje es una especie con alta capacidad para adaptarse a los cambios.

El arbitraje se adaptó rápidamente a las necesidades por la pandemia. Al ser un sistema que surge de la interacción entre los usuarios, existe mucha mayor libertad y discrecionalidad para que se adapte a nuevas situaciones, incluso tan extremas como el Covid-19.

Por ejemplo, poco tiempo después de iniciada la pandemia, el 9 de abril de 2020, la CCI emitió la Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19¹. Con ella, la CCI emitió recomendaciones y lineamientos sobre herramientas virtuales y manejo eficiente del caso de manera remota, con el objetivo de retomar los procesos arbitrales y mitigar el retraso ocasionado por la pandemia del Covid-19. De manera similar, en marzo de 2020, se publicó el “Protocolo de Seúl para videoconferencias en el arbitraje internacional”², con ayuda del Centro Internacional de Resolución de Disputas de Seúl (SIDRC) y la Korean Commercial Arbitration Board (KCAB). Dicho protocolo buscaba presentar a las partes una serie de especificaciones técnicas a prever en caso de realizar audiencias virtuales.

Con el paso del tiempo, la adaptación al nuevo entorno mejora. Así como los zorros de ártico lograron desarrollar un pelaje blanco para sobrevivir, o los pinzones un pico más duro para diversificar su fuente de alimento, el arbitraje también desarrollo nuevas virtudes para adaptarse de manera más firme a las nuevas circunstancias. Los dos principales ejemplos son las Reglas IBA 2020 sobre Práctica de Prueba y el Reglamento Arbitral ICC de 2021. A continuación, analizamos

¹ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>

² KCAB International. “Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration is Released”. Consulta realizada el 18 de julio de 2021 en: http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024

dichas normas, en función a los beneficios y eventuales problemas que podrían generarse en su aplicación.

I. Las Reglas de la IBA 2020 sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional

El 15 de febrero de 2021, la International Bar Association (IBA) publicó la nueva versión de sus Reglas sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional. Dicha actualización buscaba reflejar la nueva fase que atraviesa la práctica arbitral y la capacidad de adaptación de la misma frente a la pandemia por el Covid-19.

i. Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba

El origen de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba se dio en el año 1999. Desde su creación, buscaban convertirse en un recurso que permitiera a las partes y los árbitros conducir la fase de pruebas de todo proceso arbitral, ad hoc o institucional, de manera más eficiente, económica y equitativa.

Posteriormente, la IBA realizó ajustes a dichas Reglas y publicó la versión del año 2010. Dicha versión se propagó rápidamente como un documento clave en el arbitraje internacional y durante más de 10 años se aplicó en casi todo el mundo sin cuestionamientos. Sin embargo, el 2020 no fue un año convencional, y ante un cambio drástico de circunstancias, el arbitraje y la IBA tuvieron que adaptarse al nuevo entorno y sus particularidades.

Los principales cambios incorporados en las Reglas IBA 2020 abarcan: (i) Audiencias y declaraciones remotas de testigos; (ii) confidencialidad, seguridad y protección de datos; y (iii) facultades del tribunal. A continuación, explicamos cada uno de ellos:

A. Audiencias Virtuales

En primer lugar, las Reglas IBA 2020 han eliminado el siguiente párrafo del artículo 8.1:

“Cada testigo deberá comparecer en persona salvo que en casos excepcionales el Tribunal Arbitral permita el uso de videoconferencia o de una tecnología similar”.

Esta eliminación es muy pertinente. De esta manera, las audiencias físicas no son más la regla general para todo tipo de arbitraje; por el contrario, de ahora en adelante, el carácter físico o virtual de una audiencia resulta equivalente y la decisión entre una u otra opción dependerá de las circunstancias por las que atraviesen las partes, los testigos/expertos y el tribunal arbitral.

Por otro lado, las Reglas IBA 2020 añaden el artículo 8.2, otorgando la siguiente facultad expresa a los tribunales arbitrales:

“A solicitud de Parte o por iniciativa propia, el Tribunal Arbitral podrá, previa consulta con las Partes, ordenar que la Audiencia Probatoria se lleve a cabo como Audiencia a Distancia”.

Este ajuste es consistente con la eliminación del artículo 8.1. Las audiencias remotas ya no son consideradas como una situación excepcional. Ahora son consideradas equivalentes e igualmente aplicables que una audiencia presencial.

Bajo la versión del año 2010, para realizar una audiencia remota, el Tribunal se veía obligado a justificar dicha orden en normas genéricas referidas a su facultad de conducción del arbitraje³ 4. Si bien dichas referencias genéricas permitían al tribunal llevar a cabo una audiencia remota, generaban cuestionamientos precisamente por la falta de especificidad.

El cambio realizado, aunque pueda parecer sencillo, otorga expresamente mayores poderes al tribunal y por ende, reduce cualquier tipo de cuestionamientos futuros a la etapa de audiencias del proceso arbitral. Asimismo, esta facultad permitirá que sea el Tribunal quien, en base a las circunstancias que afronta cada parte, decida lo más conveniente para ambas, y evitará supuestos en que una de las partes se niegue a virtualizar las audiencias por un tema estratégico (zona horaria, costos, etcétera).

Lo anterior, además, es consistente con los intereses de los usuarios del arbitraje incluso previos a la pandemia. Según la encuesta de Queen Mary y White & Case del año 2019 (la última previa a la pandemia por el Covid-19), una de las principales críticas de los usuarios al arbitraje era su alto costo. La realización de audiencias virtuales permite un alto ahorro en costos: reduce los gastos de los equipos legales, periciales y del Tribunal en los viajes realizados para las audiencias.

Un tercer cambio importante es la incorporación de un protocolo de Audiencias Remotas en el mismo artículo 8.2:

“En ese caso, el Tribunal Arbitral consultará con las Partes con miras a establecer un protocolo de Audiencia Remota para llevar a cabo la Audiencia Remota de manera eficiente, justa y, en la medida de lo posible, sin interrupciones involuntarias. El protocolo puede abordar:

- (a) la tecnología que se utilizará;*
- (b) prueba anticipada de la tecnología o capacitación en el uso de la tecnología;*
- (c) las horas de inicio y finalización considerando, en particular, las zonas horarias en las que se ubicarán los participantes;*

³ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Artículo 8.2. (“El Tribunal Arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la Audiencia Probatoria.”).

⁴ Id. Artículo 8.3.d) (“El Tribunal Arbitral podrá interrogar al Perito Designado por el Tribunal Arbitral y éste podrá ser interrogado por las Partes o por cualquier Perito Designado por la Parte.”).

- (d) *cómo se pueden presentar los Documentos ante un testigo o el Tribunal Arbitral;*
y
(e) *medidas para asegurar que los testigos que dan testimonio oral no sean influenciados o distraídos indebidamente.”*

De esta manera, las Reglas IBA 2020 exigen que para la realización de audiencias virtuales exista previamente un protocolo elaborado por el Tribunal Arbitral. Dicho protocolo deberá contener, como mínimo, los datos citados previamente. Estos puntos del protocolo pueden sonar básicos, pero es esencial tenerlos reglamentados para que las audiencias se lleven a cabo sin ninguna interrupción y sin crear ninguna situación de desequilibrio o desventaja entre las partes, que podría llevar a un futuro cuestionamiento de la validez del laudo arbitral.

Las Reglas de la IBA recogen y recomiendan algunas prácticas que ya venían siendo aplicadas. Por ejemplo, en un caso con partes ubicadas en Hong Kong y en Nueva York. Al respecto, se ha señalado que “[p]ara equilibrar las dos zonas horarias y garantizar la equidad entre las partes y los equipos de abogados, el tribunal decidió celebrar la mitad de la audiencia probatoria por la mañana en Hong Kong y la otra mitad por la mañana en Nueva York ⁵.”

Por dar un ejemplo, algo similar sucedió en el arbitraje entre el Estado peruano y el Grupo Renco bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje (Caso PCA No. 2019-46). En este arbitraje, las partes y los árbitros se encontraban en cuatro partes diferentes del mundo por lo que el Tribunal decidió mediante su Orden Procesal No. 2, establecer que las audiencias se darían diariamente pero estas no afectarían las horas de sueño en ninguna región. Así, el horario de inicio programado más temprano se dio en Vancouver (6:00 a.m.) y el horario de fin programado más tarde se dio en La Haya (8:00 p.m.)⁶.

Respecto a las medidas para evitar que los testigos reciban apoyo ilícito durante su declaración, la virtualidad ofrece una serie de beneficios prácticos para la realización de audiencias, pero a su vez, permite que para las personas que están del otro de la pantalla (testigos o expertos) sea mucho más fácil ser influenciadas o aconsejadas por abogados, sea vía redes sociales (en una segunda pantalla) o a través de señas y conversaciones al lado. Así, resulta muy importante que las

⁵ TALIB, M., y CHING, S. “Mindful Arbitration”, en Romesh Weeramantry and John Choong, Asian Dispute Review, Volumen 22 Número 4. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). 2020. pp. 170-171. Traducción libre de: (“An example of such ‘mindfulness’ was exhibited in relation to a merits hearing that straddled the Hong Kong/New York time zones, with two tribunal members and counsel for one side sitting in Hong Kong and one tribunal member and the other counsel team sitting in New York. To balance between the two time zones and ensure fairness between the parties and counsel teams, the tribunal decided to hold half of the evidentiary hearing in the morning in Hong Kong and the other half in the morning in New York.”).

⁶ The Renco Group Inc c. República del Perú, Caso PCA No. 2019-46. Orden Procesal No. 2. p. 5 (10.1 Teniendo en cuenta las diferentes zonas horarias en donde se ubican los Participantes de la Audiencia, la Audiencia comenzará cada día a las 6:00 UTC-7 (Vancouver), 8:00 UTC-5 (Lima), 9:00 UTC-4 (Nueva York, Washington, D.C.), 15:00 UTC + 2 (La Haya). Habrán al menos 2 recesos de 30 minutos cada uno, y la Audiencia concluirá a más tardar a las 11:00 UTC-7 (Vancouver), 13:00 UTC-5 (Lima), 14:00 UTC-4 (Nueva York, Washington, D.C.), 20:00 UTC + 2 (La Haya).2).

Reglas IBA propongan al Tribunal la oportunidad de fijar mecanismos de mitigación frente a estos actos, tales como la manipulación de una doble cámara, la instalación de espejos en la sala del testigo, o incluso, la presencia física con el testigo de un representante del abogado contrario.⁷

Finalmente, aunque parezca algo obvio, debe resaltarse la importancia de exigir al Tribunal Arbitral “optar por un tipo de tecnología para las audiencias”, ya que esto lo obliga, a su vez, a evaluar todas las plataformas posibles en base a las necesidades del caso y las posibilidades de las partes y los testigos y/o expertos⁸.

En la práctica arbitral muchas veces podrán existir casos en donde los testigos y expertos solo necesitarán tener la cámara prendida y hablar por unos minutos. Sin embargo, también pueden existir supuestos mucho más complejos, en donde será necesaria la presentación de gráficas, estudios técnicos, estadísticas, etcétera. Teniendo en cuenta ello y evaluando también las posibilidades de cobertura inalámbrica, el Tribunal Arbitral deberá discutir con las partes qué tipo de tecnología es la más conveniente y beneficiosa para todos.

B. Ciberseguridad y confidencialidad

El “nuevo mundo virtual” del arbitraje nos ha permitido ahorrar tiempo y costos, desde la reducción de impresiones de escritos hasta el pago de vuelos internacionales. Sin embargo, este nuevo mundo también nos acerca a nuevos riesgos tecnológicos que debemos aprender a prevenir.

Hace pocos años, la CPA⁹ o la CCI¹⁰ sufrieron problemas de *hackeo* y filtración de información. En el caso de la CCI, este problema se dio en un arbitraje entre la empresa indonesia Paper Excellence y la empresa brasileña J&F, donde aparecieron acusaciones de espionaje informático, luego de que se conociera la filtración de audios entre ejecutivos de Paper Excellence que afirmaban haber extraído documentos de J&F estrictamente confidenciales y referidos a su estrategia legal. En el caso de la CPA, este inconveniente se dio durante un arbitraje entre China y Filipinas cuando un número de *hackers* ingresó a la plataforma oficial

⁷ Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. p. 25.

⁸ GREOFFREY, D. y BATESON, A. “Virtual Arbitrations: The Impact of COVID-19”, en Indian Journal of Arbitration Law, Volumen IX, Número 1. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University. 2020. pp. 168-169.

⁹ PETERSON, L.E. “Permanent Court of arbitration website goes offline, with cyber-security firm contending that security flaw was exploited in concert with China-Philippines Arbitration”, Investment Arbitration Reporter, 23 de julio de 2015. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.iareporter.com/articles/permanent-court-of-arbitration-goes-offline-with-cyber-security-firm-contending-that-security-flaw-was-exploited-in-lead-up-to-china-philippines-arbitration/#ixzz3gjZFys4p>

¹⁰ Diário Veja, “Espionagem e grampos marcam disputa entre J&F e Paper Excellence”, 18 de setiembre de 2020. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/espionagem-e-grampos-marcam-disputa-entre-jf-e-paper-excellence/>

de la CPA e implantó un virus informático en toda aquella computadora que visitaba la página buscando obtener información sobre el caso.

Las Reglas IBA 2020 no podían permanecer ajenas a esta realidad cada vez más riesgosa, y es por ello que algunos de sus principales cambios en este aspecto se da en la incorporación del artículo 2.2 (e): *“La consulta sobre cuestiones probatorias puede referirse al ámbito, tiempo y forma de la práctica de prueba, incluyendo: [...] (e) el tratamiento de cualquier problema de ciberseguridad y protección de datos”*; y en la modificación del artículo 9.5: *“El Tribunal Arbitral podrá, cuando corresponda, hacer los arreglos necesarios para permitir la producción de Documentos y la presentación o consideración de pruebas, sujeto a la protección de confidencialidad adecuada”*.

Gracias a las modificaciones hechas por las Reglas IBA 2020, de ahora en adelante, cada vez será más común que se fijen reglas procesales considerando elementos como (i) las medidas de seguridad incorporadas en el software/plataforma que se planea usar; (ii) la política de privacidad y recopilación de datos; (iii) la capacidad del anfitrión para monitorear las actividades de los asistentes, (iv) las medidas de protección para la transferencia de documentos antes y después de las audiencias, etcétera.

De la misma manera, la IBA señala que las partes y el tribunal deberán tomar en cuenta los siguientes criterios en la organización de las audiencias: *“ciberseguridad y privacidad/protección de datos, alcance de la recopilación/preservación de documentos, formato de producción y el uso de registros de privilegios o cualquier etiqueta similar que identifique documentos privilegiados de producción¹¹”*. Todos elementos son piezas de análisis clave, no solo a nivel de seguridad como hemos explicado en párrafos anteriores, sino también a nivel económico. No tomarlos en cuenta podría derivar, lamentablemente, en un escenario de pérdidas para las partes.

Un informe reciente de McAfee estima que el costo global por el ciberdelito es de USD 1 billón desde el año 2018.¹² De acuerdo a Gonzales y Apostol, *“un cálculo simple nos mostraría que esto representa más del 1.1% del PIB mundial, más de USD 2.7 mil millones diarios y casi USD 32 000 por segundo¹³”*. En otras palabras, los hackeos o las filtraciones de información no significan únicamente la violación de la privacidad de las partes, sino también la afectación directa a su economía, reputación y estabilidad financiera. Por ello, el hecho de que las Reglas IBA obliguen a los tribunales arbitrales a tratar expresamente extremos como la

¹¹ Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. p. 7. Traducción libre de: *“Such issues include, for example: cybersecurity and data privacy/protection, scope of document collection/preservation, production format, and the use of privilege logs or any similar document specifying privileged documents withheld from production.”*

¹² Zhanna Malekos Smith and Eugenia Lostrì. *“The Hidden Costs of Cybercrime”*, por McAfee. p. 3. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.mcafee.com/enterprise/en-us/assets/reports/rp-hidden-costs-of-cybercrime.pdf>

¹³ Wendy Gonzales (CyberArb) and Mihaela Apostol (ArbTech). *“Formula 1 Lessons for Cybersecurity in International Arbitration: The “CyberArb Roadmap”*. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/27/formula-1-lessons-for-cybersecurity-in-international-arbitration-the-cyberarb-roadmap-2/>

ciberseguridad y la confidencialidad representa un gran avance en la seguridad del arbitraje.

Una tercera modificación sobre este punto, es la adición del artículo 9.3: “El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de una Parte o por iniciativa propia, excluir pruebas obtenidas ilegalmente.” Dicha regulación, probablemente, permitirá que todas las pruebas que hayan sido obtenidas mediante prácticas de espionaje o *hackeo* sean rechazadas de oficio por el Tribunal. Sin embargo, dicha modificación también ha sido sujeto de críticas por algún sector de la doctrina al dejar en manos del Tribunal el estándar de “ilegalidad”. Así, algunos autores consideran que el rechazo indiscriminado de algunos documentos probatorios “podrá generar también ciertas controversias relativas al debido proceso ante los tribunales arbitrales y cortes judiciales¹⁴”.

C. Ampliación de testimonios y pericias

Las Reglas IBA 2010 permitían que las partes presentaran nuevos testimonios o informes de expertos siempre y cuando estos hicieran referencia a asuntos ya señalados previamente en por otros testigos/expertos¹⁵. Sin embargo, la práctica arbitral internacional demostraba que los tribunales arbitrales permitían a las partes presenten testimonios nuevos referidos a materias que anteriormente no se incluyeron por no haber sido consideradas relevantes, pero que luego se consideró necesario incorporar. Esto, en muchos casos, sucedía también debido a que los tribunales preferían asegurar el laudo de eventuales cuestionamientos posteriores basados en que se habría vulnerado el derecho de defensa de las partes por presuntamente haber limitado el derecho de defensa.

Ante dicha práctica, las Reglas IBA 2020 han optado por modificar los Artículos 4.6 y 5.3:

Artículo 4.6:

¹⁴ Cleary Gottlieb. 2020 Revision of the IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration. P 8. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2021/2020-revision-of-the-iba-rules-on-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration.pdf>

¹⁵ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Artículo 4.6. (“6. Si se presentasen Declaraciones Testimoniales, cualquier Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y ante las demás Partes, Declaraciones Testimoniales adicionales o, corregidas e incluso declaraciones de personas no designadas previamente como testigos, en tanto tales correcciones o adiciones correspondan sólo a cuestiones puestas de manifiesto en las Declaraciones Testimoniales de otra Parte, Dictámenes Periciales u otras pruebas que no hubieran sido previamente acompañadas en el arbitraje.”); Artículo 5.3. (“3. Si se presentasen Dictámenes Periciales, cualquier Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y ante las demás Partes, Dictámenes Periciales corregidos o adicionales, incluyendo dictámenes o declaraciones de personas no designadas previamente como Perito Designado por la Parte, siempre que tales correcciones o adiciones sólo correspondan a cuestiones puestas de manifiesto en la Declaración Testimonial, el Dictamen Pericial o presentaciones de otra Parte que no hayan sido previamente acompañadas en el arbitraje.”).

Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19

*“6. Si se envían Declaraciones de Testigos, cualquier Parte podrá, dentro del tiempo ordenado por el Tribunal Arbitral, presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes Declaraciones de Testigos revisadas o adicionales, incluyendo declaraciones de personas no nombradas previamente como testigos, siempre que tales las revisiones o adiciones respondan únicamente a: (a) asuntos contenidos en declaraciones de testigos, informes periciales u otras presentaciones de otra Parte que no se hayan presentado previamente en el arbitraje; o (b) **nuevos eventos fácticos que no podrían haberse abordado en una declaración testimonial anterior.**”*

Artículo 5.3:

*“3. Si se presentan informes periciales, cualquier Parte podrá, dentro del tiempo ordenado por el Tribunal Arbitral, presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes Informes Periciales revisados o adicionales, incluidos informes o declaraciones de personas no identificadas previamente como Peritos Designados por las Partes, siempre que dichas revisiones o adiciones respondan únicamente a: (a) asuntos contenidos en declaraciones testimoniales, informes periciales u otras presentaciones de otra Parte que no se hayan presentado previamente en el arbitraje; o (b) **nuevos eventos que no podrían haberse abordado en un informe de experto anterior.**”*

Como vemos, dicha regla permitirá que se presenten testimonios o informes de expertos “adicionales” que demuestren situaciones ocurridas de manera posterior a la entrega del informe/testimonio inicial, pero que resultan relevantes para la resolución del caso.

Evidentemente, esta nueva regla puede generar un incentivo perverso en las partes que podría recurrir a prácticas como el *sandbagging*, en donde las partes reservan hechos que recién presentan posteriormente, limitando así la posibilidad de defenderse de su contraparte. Para evitar estos escenarios que podrían generar una mayor base para los cuestionamientos posteriores al laudo, es evidente que los tribunales arbitrales deberán buscar esta regla con estricto cuidado y con las limitaciones pertinentes.

Por ello, si bien la norma resulta pertinente al darle la oportunidad a los árbitros de conocer a mayor detalle todos los aspectos fácticos de la controversia, también es importante que el tribunal arbitral realice los mayores esfuerzos para evitar que las partes utilicen esta herramienta de mala fe. De lo contrario, se podría llegar a afectar el derecho de debido proceso de las partes y por ende, el laudo arbitral podría ser finalmente cuestionado y anulado.

II. Reglamento Arbitral de la ICC del 2021

i. Incorporación de partes adicionales a un arbitraje en curso

El Reglamento del 2021 incorpora reglas específicas referidas a la incorporación de partes adicionales en un arbitraje en curso. Los cambios son los siguientes:

Article 7: Joinder of Additional Parties

1

A party wishing to join an additional party to the arbitration shall submit its request for arbitration against the additional party (the "Request for Joinder") to the Secretariat. The date on which the Request for Joinder is received by the Secretariat shall, for all purposes, be deemed to be the date of the commencement of arbitration against the additional party. Any such joinder shall be subject to the provisions of Articles 6(3)–6(7) and 9. ~~Unless all parties, including the additional party, otherwise agree, or as provided for in Article 7(5), no~~ additional party may be joined after the confirmation or appointment of any arbitrator, ~~unless all parties, including the additional party, otherwise agree. The~~ arbitrator. The Secretariat may fix a time limit for the submission of a Request for Joinder.

5

Any Request for Joinder made after the confirmation or appointment of any arbitrator shall be decided by the arbitral tribunal once constituted and shall be subject to the additional party accepting the constitution of the arbitral tribunal and agreeing to the Terms of Reference, where applicable. In deciding on such a Request for Joinder, the arbitral tribunal shall take into account all relevant circumstances, which may include whether the arbitral tribunal has prima facie jurisdiction over the additional party, the timing of the Request for Joinder, possible conflicts of interests and the impact of the joinder on the arbitral procedure. Any decision to join an additional party is without prejudice to the arbitral tribunal's decision as to its jurisdiction with respect to that party.

Bajo las Reglas del 2017, después de que el tribunal arbitral fuera confirmado o designado, no se podían añadir nuevas partes a no ser que todas (incluida la adicional) estuviesen conformes con ello.

A partir de la entrada en vigencia de las Reglas 2021, dicha incorporación podrá ser decidida por el tribunal arbitral una vez constituido, sin que sea necesaria la conformidad de todas las partes involucradas y siempre que la parte adicional acepte la constitución del tribunal arbitral y acepte los Términos de Referencia, según corresponda.

Adicionalmente, las Reglas ICC 2021 establecen que al decidir sobre dicha incorporación, el tribunal arbitral se encuentra obligado a analizar todas las circunstancias que podrían afectar el desarrollo del proceso como los posibles conflictos de intereses o el impacto de la acumulación en el procedimiento arbitral.

La modificación responde a la realidad comercial en donde la gran mayoría de relaciones jurídicas se da entre empresas consorciadas o vinculadas. De acuerdo a las estadísticas publicadas por la ICC en el año 2019:

“de las 2.498 partes involucradas en los casos presentados en 2019, el 49% eran demandantes y el 51% encuestados. Aproximadamente un tercio de los casos involucró a múltiples partes (31%), de las cuales la mayoría (59%) involucró a varios encuestados, 24% a varios demandantes y 17% a varios demandantes y demandados. Aunque la mayoría de los casos multipartes involucraron de tres a cinco partes (87% de los casos multipartes), los casos que involucraron de seis a diez partes representaron un significativo 11% de los casos multipartes. Tres casos

Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19

involucraron de 10 a 30 partes, mientras que en dos casos el número de partes superó las 100¹⁶”.

Los cambios en las reglas permiten que el Tribunal Arbitral permite, consciente del curso del arbitraje y de los posibles efectos que puedan surgir a partir de la emisión del laudo arbitral, convoque a aquellas partes que podrían ser terminar directamente implicadas, facilitando así la ejecución del laudo y su alcance futuro. Al hacerlo, además no perjudican el arbitraje en curso, ya que la parte adicional no podrá modificar las reglas en curso.

Adicionalmente, el hecho de que ya no sea necesario que absolutamente todas las partes admitan la incorporación de una parte adicional y solo baste la aceptación de esta última, ahorrará tiempo y costos a las partes, sumado a que, evitará supuestos en donde las partes rechazaban a la parte adicional solo por temas estratégicos o de conveniencia.

Finalmente, el hecho de que se exija que la parte adicional manifiesta estar de acuerdo con la conformación del Tribunal Arbitral y los “Términos de Referencia” evitarán que en un futuro existan cuestionamientos al laudo arbitral por falta de competencia del Tribunal¹⁷.

ii. Deber de revelar la identidad del tercero financiador (Artículo 11.7):

Las Reglas del 2021 incorporan expresamente la necesidad de declarar, en caso exista, la existencia de un financista (“funder”) del litigio:

7

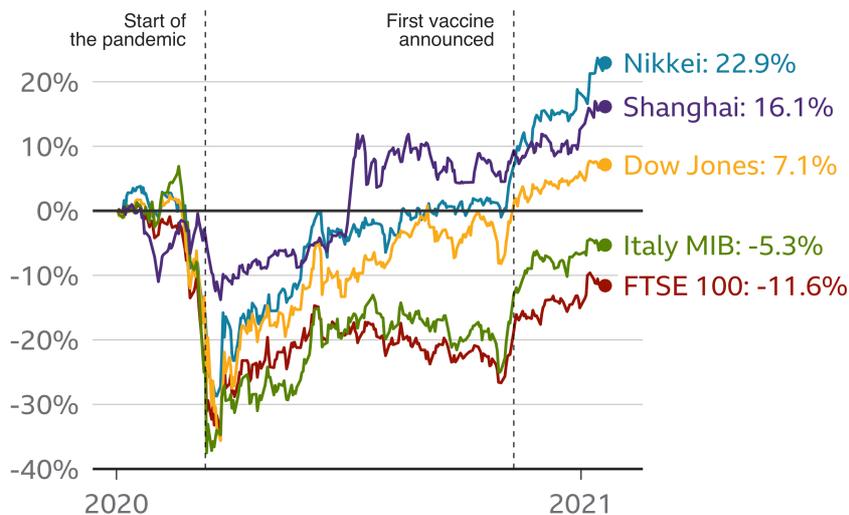
In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 11(2) and 11(3), each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.

Esta regla es consistente con la nueva realidad comercial. El financiamiento de litigios ha crecido mucho en los últimos años y dicho crecimiento será más marcado a raíz de la grave crisis económica generada por el Covid-19. Un reporte reciente de Bloomberg reportado por la BBC refleja la grave crisis económica en las bolsas del mundo:

¹⁶ ICC Dispute Resolution 2019 Statistics. p. 9. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>

¹⁷ Smitha Menon, Charles Tian (WongPartnership LLP). “Joinder and Consolidation Provisions under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes”. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/03/joinder-and-consolidation-provisions-under-2021-icc-arbitration-rules-enhancing-efficiency-and-flexibility-for-resolving-complex-disputes/>

The impact of coronavirus on stock markets since the start of the outbreak



Fuente: Bloomberg

Las crisis económicas incrementan los litigios. Y las crisis económicas graves incrementan los litigios y la necesidad de los demandantes y demandados de pedir financiamiento para mitigar los riesgos de dicho litigio. En el caso *Excalibur vs. Texas Keystone*, la Corte Inglesa de Apelaciones determinó que “*Third party funding is a feature of modern litigation.*” Esta conclusión se acrecienta mucho más con la grave crisis económica actual.

Mientras que las Reglas ICC 2017 no se pronunciaban al respecto, las Reglas ICC 2021 han añadido un inciso específico sobre la figura del “third party funding”, en donde señalan la obligación de todas las partes del proceso de revelar “ la existencia e identidad de cualquier no parte que haya celebrado un acuerdo para la financiación de reclamaciones o defensas y en virtud del cual tenga un interés económico en el resultado del arbitraje.”

Exigir únicamente la revelación de la identidad de financista resulta la decisión media entre las medidas adoptadas por otros centros de arbitraje: por ejemplo, por un lado, la Cámara de Comercio de Estocolmo, que simplemente "alienta" (pero no obliga) a las partes a revelar la existencia de un acuerdo de financiación de terceros; mientras que el artículo 44.2 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong exige la divulgación del acuerdo de financiación en sí¹⁸.

¹⁸ 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules. (“44.2 The notice referred to in Article 44.1 must be communicated: (a) in respect of a funding agreement made on or before the commencement of the arbitration, in the application for the appointment of an emergency arbitrator, the Notice of Arbitration, the Answer to the Notice of Arbitration, the Request for Joinder or the Answer to the Request for Joinder (as applicable); or (b) in respect of a funding agreement made after the commencement of the arbitration, as soon as practicable after the funding agreement is made.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#42>

Exigir la revelación del financista y no la divulgación del acuerdo comercial en sí se adopta al criterio mayormente utilizado por los tribunales arbitrales. Por ejemplo, en un arbitraje entre Perú y el inversionista estadounidense Bacilo Amorrortu, Perú solicitó que el señor Amorrortu revele la identidad y el acuerdo con cualquier financiador del arbitraje. Al respecto, el tribunal arbitral amparó el primer pedido. Sin embargo, rechazó la revelación del acuerdo de financiamiento dado que no encontró evidencia de que el señor Amorrortu careciera de los medios para pagar los potenciales costos de un laudo arbitral. Asimismo, añadió que las relaciones financieras que pudiera mantener Amorrortu eran solo de su competencia¹⁹.

Adicionalmente, se ha señalado que “La obligación de divulgar es coherente con el interés del financiador de proteger su inversión: evitar conflictos de intereses le asegura al financiador un retorno de su inversión a través de una adjudicación exigible (si se requiere que se cumpla). Por lo tanto, invertir en un arbitraje incentiva al financiador a hacer todo lo necesario desde el principio para cumplir con las reglas y las mejores prácticas²⁰”.

Esta decisión nos parece adecuada. En algunas reglas como por ejemplo las del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, se exige presentar el acuerdo de financiación. Esto puede generar una desventaja, ya que se estará divulgando muy probablemente el nivel de certeza que la parte y el financista consideran respecto a alguno de los reclamos que serán parte del arbitraje.

iii. Potestad del Tribunal sobre la representación de las partes (Artículo 17.1 y 17.2):

Los cambios incorporados sobre la representación de los abogados son de los más relevantes. Dichos cambios son los siguientes:

Article 17: Proof Party Representation

1

Each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties of Authority any changes in its representation.

2

The arbitral tribunal may, once constituted and after it has afforded an opportunity to the parties to comment in writing within a suitable period of time, take any measure necessary to avoid a conflict of interest of an arbitrator arising from a change in party representation, including the exclusion of new party representatives from participating in whole or in part in the arbitral proceedings.

¹⁹ Global Arbitration Review. “Peru claimant ordered to reveal funder.” Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://globalarbitrationreview.com/peru-claimant-ordered-reveal-funder>

²⁰ Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Jacob Henze (Nivalion AG). “Third-Party Funding Finds its Place in the New ICC Rules”. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/05/third-party-funding-finds-its-place-in-the-new-icc-rules/>

Las Reglas ICC 2017 solo señalaba que en cualquier momento después del comienzo del arbitraje, el tribunal arbitral o la Secretaría podrían exigir prueba de la autoridad de los representantes de las partes. En cambio, las Reglas ICC 2021 atribuyen al Tribunal Arbitral la potestad de rechazar la modificación de representación en caso sea utilizada estratégicamente para generar conflictos de interés respecto al tribunal.

Así, de acuerdo a las Reglas ICC 2021: (i) cada parte debe informar sin demora a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las demás partes de cualquier cambio en su representación; y (ii) el tribunal arbitral podrá, una vez constituido y después de haber brindado a las partes la oportunidad de comentar por escrito dentro de un período de tiempo adecuado, tomar cualquier medida necesaria para evitar un conflicto de intereses de un árbitro que surja de un cambio en la representación de las partes, incluida la exclusión de los nuevos representantes de las partes de participar total o parcialmente en los procedimientos arbitrales.

El Tribunal Arbitral tendrá la opción de evitar en todo momento estrategias de alguna de las partes que busque cambiar intencionalmente de abogados representantes con el fin de lograr la recusación de un árbitro. Disposiciones similares están contenidas en el artículo 18.4 de las Reglas de LCIA²¹.

Por ejemplo, en el caso *Hrvatska Elektroprivreda dd (HEP) c. República de Eslovenia*, se reveló diez días antes de la audiencia que el demandado había cambiado de representante por un abogado de las mismas cámaras que el presidente del tribunal.

El tribunal descalificó al abogado sobre la base del principio fundamental de “la inmutabilidad de los tribunales debidamente constituidos”. Sin embargo, ahora el Tribunal podría aplicar de manera literal el Artículo 17 de las Reglas ICC 2021.

Resulta cuestionable para algunos autores que el propio Tribunal decida sobre los representantes de las partes. Ello en tanto los miembros del Tribunal podrían negar cualquier tipo de conflicto de intereses por resultarles más conveniente²².

²¹ LCIA Arbitration Rules (2014). (“18.4 The Arbitral Tribunal may withhold approval of any intended change or addition to a party’s legal representatives where such change or addition could compromise the composition of the Arbitral Tribunal or the finality of any award (on the grounds of possible conflict or other like impediment). In deciding whether to grant or withhold such approval, the Arbitral Tribunal shall have regard to the circumstances, including: the general principle that a party may be represented by a legal representative chosen by that party, the stage which the arbitration has reached, the efficiency resulting from maintaining the composition of the Arbitral Tribunal (as constituted throughout the arbitration) and any likely wasted costs or loss of time resulting from such change or addition.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: https://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2018

²² Alina Leoveanu (Mayer Brown) and Radu Giosan (Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP). *The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal’s Powers*. Kluwer Arbitration Blog. (“However, new Article 17 gives rise to a potential issue. There is an inherent tension created by making the arbitral tribunal a judge in its own case on matters of representation. The arbitral tribunal’s interest (i.e., to avoid a conflict of interest and thus having to resign) may be directly at odds with the inherent right of each party to choose its representatives.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en:

Sin embargo, este cambio resulta muy pertinente para evitar conductas estratégicas de las partes, por lo que es un cambio muy adecuado.

iv. Nombramiento del Tribunal Arbitral a cargo del Centro (Artículo 12.9):

Los cambios incorporados en el Reglamento ICC 2021 sobre el nombramiento del Tribunal Arbitral a cargo del Centro de Arbitraje se dan de la siguiente manera:

9

Notwithstanding any agreement by the parties on the method of constitution of the arbitral tribunal, in exceptional circumstances the Court may appoint each member of the arbitral tribunal to avoid a significant risk of unequal treatment and unfairness that may affect the validity of the award.

Las Reglas ICC 2017 limitaban las potestades de la Corte de Arbitraje sobre la designación de miembros del tribunal arbitral a los siguientes supuestos: (i) cuando el presidente no había nominado dentro de los 30 días siguientes a la confirmación o nombramiento de los co-árbitros o cualquier otro límite de tiempo acordado por las partes o fijado por la Corte²³; o (ii) cuando en un arbitraje múltiple o en un arbitraje con una parte adicional, todas las partes no puedan ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro y tampoco puedan acordar un método para la constitución del tribunal arbitral²⁴.

Ambos supuestos tienen una característica en común: tienen la condición previa de que, si bien existe un mecanismo acordado y validado por las partes, pero estas no logran ponerse de acuerdo durante su ejecución. Sin embargo, la práctica arbitral nos demostró un supuesto adicional: ¿qué ocurre cuando las partes han pactado un mecanismo y ambas están de acuerdo con su forma de ejecución pero la Corte considera que esta es inminente desigual e injusto? ¿Qué puede hacer la Corte frente a este tipo de situaciones?

Las Reglas ICC 2021 dan una respuesta y añaden una nueva potestad a la Corte de Arbitraje señalando en el Artículo 12.9 “*Sin perjuicio de cualquier acuerdo de las partes*

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/04/the-2021-icc-arbitration-rules-changes-to-the-arbitral-tribunals-powers/>

²³ Reglas ICC 2017. Artículo 12.5. (“Where the dispute is to be referred to three arbitrators, the third arbitrator, who will act as president of the arbitral tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant to Article 13. Should such procedure not result in a nomination within 30 days from the confirmation or appointment of the co-arbitrators or any other time limit agreed by the parties or fixed by the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.”)

²⁴ Reglas ICC 2017. Artículo 12.8 (“In the absence of a joint nomination pursuant to Articles 12(6) or 12(7) and where all parties are unable to agree to a method for the constitution of the arbitral tribunal, the Court may appoint each member of the arbitral tribunal and shall designate one of them to act as president. In such case, the Court shall be at liberty to choose any person it regards as suitable to act as arbitrator, applying Article 13 when it considers this appropriate.”)

sobre el método de constitución del tribunal arbitral, en circunstancias excepcionales **la Corte podrá nombrar a cada miembro del tribunal arbitral para evitar un riesgo significativo de trato desigual e injusticia que pueda afectar la validez del laudo.** Es importante resaltar que este artículo, a diferencia de los supuestos regulados por las Reglas ICC 2017, aplican a todo tipo de arbitraje y no solo a arbitrajes múltiples o con partes adicionales.

El origen del nuevo Artículo 12.9 puede encontrarse en diversos supuestos enfrentados por la CCI en el pasado. A manera de ejemplo, se comenta que la CCI ha recibido casos en donde los convenios arbitrales permitían la designación de un co-árbitro como árbitro único en caso de que no se designe al otro co-árbitro²⁵ o la designación de dos árbitros por parte de la demandante cuando los co-demandados no pudieran llegar a un acuerdo sobre su árbitro. Otros autores señalan supuestos como “el tener un derecho unilateral a estar en desacuerdo con la persona designada por la otra parte o el tener el derecho exclusivo de controlar la lista de árbitros potenciales de la que la otra parte debe seleccionar a su designado²⁶”.

Frente a ello, la CCI mayormente optaba por aplicar la Regla General del Artículo 42 de su antiguo Reglamento 2017 que señalaba: “*En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el tribunal arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal.*” En otras palabras, la forma por la que la Corte resolvía todos aquellos casos en donde la desproporcionalidad entre las partes en la conformación del tribunal resultaba evidente, era “llamando al espíritu del propio Reglamento”.

Sin embargo, resulta evidente que dicha disposición no es lo suficientemente clara otorgarle facultades a la Corte y mucho menos, que estas estén relacionadas a la designación unilateral de los miembros del tribunal arbitral. Es por ello que la CCI opta por otorgar una potestad expresa a través de la creación del Artículo 12.9.

Lamentablemente, a partir de la publicación de las Reglas ICC 2020 han surgido una serie de cuestionamientos específicamente referidas al Artículo 12.9 por considerar este como una fuente potestad extrema y desproporcionada que se estaría otorgando la CCI.

En primer lugar, algunas personas señalan que los términos del Artículo 12.9 terminan siendo bastante amplios y ambiguos. Por ejemplo, el texto del artículo señala que la designación de la Corte solo se dará en “circunstancias

²⁵ Alina Leoveanu (Mayer Brown) and Radu Giosan (Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP). The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal’s Powers. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/04/the-2021-icc-arbitration-rules-changes-to-the-arbitral-tribunals-powers/>

²⁶ Maria Mironova y otros. “2021 ICC rules of arbitration: towards making arbitration even more attractive”. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.clydeco.com/en/insights/2020/12/2021-icc-rules-of-arbitration-towards-making-arbit>

excepcionales”, mas no se ha emitido un pronunciamiento ni se cuenta con una lista taxativa de qué tipo de situaciones pueden ser consideradas excepcionales. Asimismo, se resalta la ambigüedad de los términos “riesgo significativo de trato desigual e injusticia”. Especialmente, debido a que sobre el significado de este último término se ha escrito interminablemente pero es inminente que nadie puede definirlo con certeza y totalidad.

Por otro lado, la crítica más grande que se realiza al nuevo Artículo 12.9 surge a partir de la supuesta erosión o vulneración que estaría provocando contra la autonomía de las partes. Esto generaría un alto riesgo de que los laudos sean constantemente impugnados sobre la base de que el tribunal arbitral no se constituyó de conformidad con el acuerdo de las partes (artículo V (1) (d) de la Convención de Nueva York). Al respecto, la Convención señala:

“Artículo V 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

[...]

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

[...]”

Al respecto, parte de la doctrina sostiene que la autonomía de las partes debería prevalecer sobre el criterio que la CCI adopte sobre al momento de analizar el convenio arbitral. Sin embargo, lo regulado por la CCI en el nuevo Artículo 12.9 de su Reglamento no es una novedad para el ordenamiento peruano ni para una serie de ordenamientos del resto del mundo:

- Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje peruana:

“Artículo 26.- Privilegio en el nombramiento.

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.”

- Código Procesal Civil alemán:

“§ 1034. Composición del tribunal arbitral

1) Las partes pueden acordar el número de árbitros. A falta de acuerdo al respecto, el número de árbitros será tres.

2) Si respecto de la composición del tribunal arbitral, el convenio arbitral diera una preponderancia a una parte que perjudique a la otra parte, esta última podrá solicitar al tribunal que nombre el árbitro o los árbitros de forma diversa al nombramiento efectuado o al régimen de nombramiento

***pactado.** La solicitud debe presentarse como muy tarde en el plazo de dos semanas desde que la parte hubiera tenido conocimiento de la composición del tribunal. El § 1032 apartado 3 se aplica análogamente.”*

- Ley 60/2003, Ley de Arbitraje española:

“Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

[...]

*2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, **siempre que no se vulnere el principio de igualdad.** [...]*

*3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, **cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.**”*

Ello solo nos lleva a concluir, que la igualdad de las partes en la conformación del tribunal constituye en muchas legislaciones locales basadas en la Ley Modelo Uncitral una materia imperativa²⁷. En ese sentido, el Artículo 12.9 permite precisamente garantizar dicha igualdad.

v. Audiencias virtuales (Artículo 26.1):

El Artículo 26.1 de las Reglas ICC ha sido modificado y actualmente señala lo siguiente sobre las audiencias virtuales en la versión del año 2021:

Article 26: Hearings

1

A hearing shall be held if any of the parties so requests or, failing such a request, if the arbitral tribunal on its own motion decides to hear the parties. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and at the place fixed by it. **The arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication.**

En primer lugar, es importante señalar que las Reglas ICC 2021, a diferencia de las Reglas ICC 2017, hacen referencia a la posibilidad de tener audiencias virtuales por cualquier medio de comunicación en cualquier tipo de arbitraje. Por su parte, las Reglas ICC 2017, solo permitían este tipo de audiencias remotas en los procesos

²⁷ Particularmente en el caso peruano en el que se sanciona con nulidad. Ver también: Maria Mironova y otros. “2021 ICC rules of arbitration: towards making arbitration even more attractive”. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.clydeco.com/en/insights/2020/12/2021-icc-rules-of-arbitration-towards-making-arbit>

arbitrales acelerados²⁸. Esto quiere decir que, de considerarlo pertinente, el tribunal arbitral podría optar por recurrir a la virtualidad en arbitrajes regulares o en arbitrajes de emergencia.

En efecto, en abril de 2020, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dio un gran paso en la adaptación del proceso arbitral frente a la pandemia del COVID- 19. En esta fecha se emitió el documento “ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic”, en donde se contemplaban una serie de figuras referidas al modo de realización de audiencias virtuales.

Entre las propuestas que más resaltan de dicha Guía se encuentran:

- La ciberseguridad y confidencialidad de las audiencias virtuales²⁹
- La posibilidad de contar con un soporte técnico en las audiencias³⁰
- Especificaciones técnicas sobre los sistemas y equipos tecnológicos con los que, preferentemente, se debía contar³¹

Todas estas medidas ayudaron a que la CCI y las partes que recurrieron a su Centro de Arbitraje durante la pandemia pudieran llevar a cabo las audiencias virtuales sin mayores complicaciones y sin grandes diferencias de lo que se acostumbraba antes de la llegada del Covid-19 y deberían seguir aplicándose en paralelo con el nuevo reglamento.

²⁸ [...] 5 The arbitral tribunal may, after consulting the parties, decide the dispute solely on the basis of the documents submitted by the parties, with no hearing and no examination of witnesses or experts. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal may conduct it by videoconference, telephone or similar means of communication.

²⁹ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic. (“32. Tribunals should ensure with the parties that any video sharing platform that is used for virtual hearings is licensed and is set to maximum security settings. ICC has licensed access to the following videoconference platform options: Microsoft Teams, Vidyocloud and Skype for Business. ICC technical support is available remotely to assist tribunals with using such platforms, joining a meeting (or hearing), operating in-meeting audio and video functions, and operating screen sharing functions. Other platforms that have been used in recent cases include Zoom, BlueJeans and GoToMeeting.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>

³⁰ Id. p. 10. (“For the avoidance of doubt, it is understood and agreed that the parties, in fulfilling their obligations herein, shall use competent support staff possessing the requisite expertise.”).

³¹ Id. p. 7 (“(i) Consultation between the tribunal and the parties regarding: - the preferred platform and technology to be used (including legal access to such platform and technology); - the minimum system specifications and technical requirements for smooth connectivity (audio and video), adequate visibility and lighting in each location; - whether certain equipment is required in each location (phones, back-up computers, connectivity boosters/extenders, any other equipment or audio-visual aids as deemed necessary by the parties);”).

III. Conclusiones

El arbitraje tiene la gran virtud de adaptarse más fácilmente a las nuevas circunstancias. Las partes y el Tribunal pueden fijar las reglas específicas para cada caso, e incluso adaptarlas durante el trámite del caso. Las Reglas IBA 2020 y el Reglamento de la CCI 2021 constituyen una respuesta formal y reglamentaria desde el arbitraje ante el nuevo contexto, dándole mayores herramientas al arbitraje para adaptarse al nuevo contexto generado a raíz del Covid-19, y que seguramente se mantendrá incluso después de superadas las restricciones sanitarias.

Las reglas prevén nuevos escenarios muy pertinentes, pero a su vez dejan espacio suficiente a una discrecionalidad siempre necesaria para que cada caso pueda tener sus propias particularidades, y a su vez el arbitraje no quede “atado de manos” ante nuevas circunstancias que puedan seguir surgiendo.