

Pasando el sombrero: una revisión del *double-hatting* desde la experiencia internacional y su influencia en la concentración de funciones dentro del circuito arbitral peruano

GIORGIO SCHIAPPA-PIETRA FUENTES

Abogado por la Universidad de Lima.
Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.
Posgrado en Habilidades de Negociación y Resolución de Conflictos por Centrum Business School.
Posgrado en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones por The Washington College of Law de American University

JACKELINE MEJÍA DOLORES

Egresada de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Conceptos básicos.
- III. *Double-hatting* y *soft law*.
- IV. Casuística relacionada al *double-hatting*: observando la experiencia internacional.
 1. Suez versus Argentina.
 2. W Limited versus M SDN BHD.
 3. Exeteco International Company versus Perú.
 4. Telekom Malaysia versus Ghana.
 5. V. Vito G. Gallo versus Canadá.
- V. Estadísticas con respecto al fenómeno del *double-hatting*.
- VI. El arbitraje comercial nacional y de contrataciones en el Estado: ¿Recurrencia de personalidades?
- VII. Conclusiones.

RESUMEN:

El *Double-hatting* en el “ejercicio abierto de la función arbitral”, se entiende como la premisa de un reflejo de la libertad de designación y la misma libertad de aceptación del encargo para arbitrar que ha tenido una gran influencia a nivel internacional y que se ha ido extendiendo alrededor del mundo. En ese sentido, el presente artículo brindará una perspectiva respecto de la influencia que ha obtenido en la concentración de funciones del circuito arbitral peruano.

Palabras clave: International Bar Association — IBA, arbitraje, arbitraje internacional, *double-hatting*, *soft law*.

ABSTRACT:

The *Double-hatting* in the “open exercise of the arbitration function” is understood as the premise of a reflection of the freedom of appointment and the same freedom of acceptance of the assignment to arbitrate that has had a great influence internationally and has been spreading around the world. In this sense, this article will provide a perspective on the influence it has had on the concentration of functions in the Peruvian arbitration circuit.

Keywords: International Bar Association — IBA, arbitration, international arbitration, *double-hatting*, *soft law*.

I. INTRODUCCIÓN

Los fenómenos e incidencias en el arbitraje son manifestaciones producto de un sistema en constante adaptación a los nuevos tiempos. La práctica cotidiana en épocas de pandemia ha puesto en relieve situaciones dentro del panorama del arbitraje que incluso pueden ser estimadas como patologías.

El *double-hatting*, como no, se ha vuelto un tema de menudo análisis durante los tiempos de encierro; y es que esta noción que comenzó a ser observada en el seno de los debates anglosajones puede definirse de manera artesanal como el ejercicio simultáneo de funciones sobre cuestiones similares que pueden —o no— afectar la imparcialidad de los actores del arbitraje en el ejercicio de sus funciones.

Al respecto, esta recurrente “puerta giratoria”, como es conocida popularmente en los terrenos de debate profesional en la materia, conlleva a una serie de reflexiones necesarias como aporte al debate para establecer un parámetro sobre esta figura en el marco de la practica nacional, puesto que Perú no está exento de esta manifestación, siendo que, en la propia naturaleza del arbitraje doméstico —particularmente en lo que se refiere al arbitraje comercial y al de contrataciones del Estado—, vemos una recurrencia de papeles ejercidos por profesionales conocidos.

En el presente trabajo, se pone bajo la lupa la actuación reiterativa de los profesionales del arbitraje en territorio peruano, teniendo en cuenta la idea de un “ejercicio abierto de la función arbitral”, entendiéndose esta premisa como un reflejo de la libertad de designación y la misma libertad de aceptación del encargo para arbitrar. No obstante, la recurrencia de nombres en la labor de arbitro, la de abogado e incluso la de perito legal, nos lleva a pensar que dicho concepto es más bien una ficción y que, la concentración de casos de importante envergadura y complejidad, recaen usualmente en los mismos profesionales, estudios de abogados y especialistas, asunto que es sin duda legal, pero que termina haciendo que un circuito que es, en la teoría, abierto; resulte ser, en la práctica, cerrado y que incluso comienza a generar un peligroso panorama en la creación de precedentes y jurisprudencia arbitral por un reducido grupo de abogados involucrados en el enfrentamiento o en la decisión de dichas controversias.

En atención a lo antes señalado, es que se ha procurado hacer un análisis trasversal por dicha figura, iniciando con algunas ideas con relación al impacto de la necesaria implementación del uso de la tecnología, producto de la pandemia mundial que se vive, como herramienta para la supervivencia y legitimación de varios de los más importante principios del arbitraje

mundial, pasando luego por una exploración en el uso del *soft law* y una revisión de doctrina, jurisprudencia y estadística de la figura del *double-hatting* a nivel comparado y finalizando con reflexiones, así como aportes que hemos procurado los autores, para una correcta moderación de este fenómeno en el arbitraje nacional, con proyección a una real y sincera apertura del circuito peruano, en la búsqueda de descongestionar los papeles en el arbitraje, que recaen en un reducido grupo de expertos en este campo.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Recientemente se viene hablando de la figura del *double-hatting* o, como se conoce en castellano, “el doble sombrero”, el mismo que recoge dos perspectivas: la primera se enfoca en el árbitro, cuando este se convierte en abogado de una de las partes en un proceso distinto, y la segunda atiende al abogado, cuando es designado como árbitro en un proceso distinto¹. En otras palabras, existe una dualidad de roles, ambos designados por una de las partes involucradas en distintos procesos arbitrales y en papeles distintos.

Las consecuencias de este fenómeno se reflejan cuando numerosos arbitrajes se concentran en un pequeño grupo de profesionales, ya sea como abogados o como árbitros. Sumado a ello, el *double-hatting* podría ser considerado un ejemplo de conflicto de intereses, incidiendo particularmente en los principios de impar-

cialidad e independencia que rigen el arbitraje, teniendo en cuenta que el primero nace desde un punto de vista objetivo basado en la conexión entre el árbitro y las partes, a diferencia del segundo que tiene un carácter subjetivo frente a la controversia materia del arbitraje², siendo la imparcialidad la más evidente, puesto que el conflicto de intereses entre la parte y el árbitro es fácilmente corroborable.

Por otro lado, el *double-hatting* como la representación más factible de un posible conflicto de intereses, conllevaría a generar dudas razonables y significativas debido a la trascendencia de la imparcialidad e independencia como elementos inherentes al desempeño del árbitro como agente que imparte justicia, derivando ello en una posible recusación que, en numerosas ocasiones, es utilizada por la parte menos interesada en seguir con el caso como herramienta para dilatar el arbitraje, afectando así al principio de celeridad y defraudando, de cierta manera, las expectativas de agilidad procesal de la contraparte interesada.

Frente a ello, la regulación más específica que limita el *double-hatting* está estructurada en el código de arbitraje deportivo del Tribunal Arbitral del Deporte³ — TAS, donde se ubica el literal C acerca de “El Tribunal Arbitral del Deporte”, específicamente en el apartado S18, que en el año 2021 fue modificado⁴ *in fine*, ampliando así la regulación sobre “Árbitros y Mediadores” en donde se menciona que: “Los árbitros y mediadores/as del TAS no podrán actuar como aboga-

1. Langford, Malcolm, Behn, Daniel y Lie, Runar, "The Ethics and Empirics of Double Hatting". *ESIL Reflections Vol. 6 No. 7* (2017): <https://doi.org/10.2139/ssrn.3008643>
2. Alonso Puig, José. 2007. “Los árbitros: Selección, Recusación Y Reemplazo”. *THEMIS Revista de Derecho* 53 (2007): 161 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8855>
3. Conforme al Código de arbitraje deportivo, el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS de acuerdo con sus siglas en francés) es uno de los órganos creados con la finalidad de resolver conflictos en materia deportiva a través del arbitraje y/o mediación, al cual las entidades deportivas podrán someterse, en cumplimiento con sus reglamentos, estatutos o acuerdos específicos.
Además, el TAS está conformado por la Cámara de arbitraje ordinario, la Cámara antidopaje y la Cámara de arbitraje de apelación y es la Secretaría del TAS quien deriva los procedimientos arbitrajes a la cámara que corresponda.
4. Modificación del Código de arbitraje deportivo: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Article_S18_CAS_Code__2021_.pdf

dos o expertos de una parte ante el TAS⁵. Lo que demuestra que la regulación no acarrea consecuencias contra la especialidad del arbitraje, es decir, ejecutar la restricción de esta dualidad de roles es independiente de la correcta y equitativa designación de árbitros de acuerdo con su especialidad.

Asimismo, existen normas que, si bien no determinan literalmente una postura sobre *double-hatting*, sí hacen hincapié en el deber que tienen los árbitros para comunicar cualquier situación que pueda poner en juego su imparcialidad e independencia, siendo este un primer paso a lo mencionado líneas arriba.

Un claro ejemplo en la normativa internacional es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — CNUDMI, la cual establece en su artículo 11 en cuanto al nombramiento de árbitros que: “(...) Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. (...)”⁶.

En esa misma línea, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional — CCI, en su artículo 11 detalla lo siguiente: “La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vis-

ta de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad”⁷.

Ante ello, se presenta un escenario interesante en el cual se puede apreciar que en la práctica nacional, en donde la designación de un árbitro puede recaer en cualquier abogado —si nos encontramos dentro de la esfera del arbitraje de derecho, como son buena parte de los casos dentro del circuito arbitral peruano—, podríamos entender entonces que estamos frente a un circuito abierto para la constitución de tribunales arbitrales; lo cierto es que en el ejercicio cotidiano, estos procedimientos no son del todo reales, y ello debido a que por distintas variables relacionadas a reputación, experiencia y conocimiento, las designaciones arbitrales recaen usualmente en los mismos profesionales del derecho, siendo posible encontrar a los mismos abogados como árbitros en la mayoría de casos importantes en el marco de procesos institucionales y ad hoc. Esto nos lleva a pensar que, si bien la libertad de designación y la autonomía de la voluntad de las partes enmarcan al arbitraje doméstico como abierto, este en realidad no sería tanto así. Esta información es completamente verificable acudiendo al faro de transparencia de la Cámara de Comercio de Lima⁸, o incluso a los reportes de árbitros realizados por la iniciativa internacional conocida como *Arbitrator Intelligence*, que permiten apreciar la cantidad de casos que recaen sobre cier-

-
5. Código de arbitraje deportivo actualizado: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021__ESP_.pdf
 6. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas adoptadas en 2006, Nombramiento de Árbitros, aprobado el 7 de julio de 2006, Artículo 11, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf
 7. Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Disposiciones generales, aprobado el 1 de enero de 2021, Artículo 11, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>
 8. El faro de transparencia de la Cámara de Comercio de Lima es la plataforma mediante la cual se brinda acceso a información sobre casos administrados por la CCI, tales como la lista de árbitros nacionales e internacionales que son parte de la institución, Laudos anulados, Reseñas de laudos en materia comercial, entre otros. Información completa en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas>.

tos profesionales, que no son pocos, sin perjuicio de que actúan también como abogados en casos donde estas mismas partes son recurrentes como litigantes.

En ese orden de ideas, nos preguntamos, ¿estas prácticas atentan necesariamente contra la imparcialidad e independencia? La respuesta, desde nuestro análisis, es un contundente “depende”, ello debido a que no está restringido que el abogado actúe como decisor privado en el marco del arbitraje, siempre y cuando no se presente una relación de subordinación de interés entre el árbitro y la parte que lo designa para efectos de resolver la controversia.

Sobre este enfoque, un remedio que se viene aplicando para ampliar el espectro de designación de árbitros es la recurrencia a profesionales extranjeros que cuentan con sendas credenciales de ética y experiencia para garantizar arbitrajes resueltos adecuadamente, evitando así la concentración de designaciones en los mismos abogados que pueden llegar a tener un caudal de casos en giro que puede resultar “humanamente inmanejable”.

En relación con lo anteriormente señalado, debemos precisar que la crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19 nos ha permitido a todos los usuarios del arbitraje utilizar la tecnología como un instrumento eficiente en el manejo de casos, y ello beneficia a las partes con la posibilidad de designar profesionales de cualquier parte del mundo que cumplan con los requisitos indispensables para su nombramiento con una significativa reducción de costos de traslado, así como un mejor manejo de presupuesto en la presentación de escritos y audiencias, para lo cual se publicaron importantes

guías como el Protocolo de Seúl⁹, Información tecnológica en Arbitraje Internacional¹⁰, entre otros. La virtualidad en el arbitraje llegó para quedarse; los actores de todos los escenarios relacionados con disputas deben asegurar la protección necesaria contra peligros informáticos como el *phishing*, *ransomware*, *malware*, entre otros. Frente a estas amenazas, se podrán aplicar estas novedosas herramientas del *soft law* para poder continuar con las buenas prácticas y facilitar así la instrumentalidad de la tecnología, aún cuando vamos retornando paulatinamente a la celebración de actuaciones presenciales.

Dicho esto, podemos deducir, entonces, que el *double-hatting* es una situación del día a día que puede incentivar la concentración de procesos arbitrales a un escaso grupo de árbitros, que en algunos casos también son abogados de parte en procesos distintos con partes recurrentes, lo que podría conllevar a que su imparcialidad no resulte totalmente confiable, y aunque se pretende propiciar la transparencia de información, las estadísticas que expondremos en los párrafos siguientes, permiten cuestionar dicha concepción.

III. DOUBLE-HATTING Y SOFT LAW

Continuando con el desarrollo de las ideas plasmadas, no es bizantino hacer nuevamente referencia al *soft law*, para ello debemos definirlas, ante todo, como conjunto de disposiciones con carácter orientador y con aplicación optativa a decisión de las partes.

Entendido lo anterior, resulta recomendable desde nuestra perspectiva —atendiendo a la complejidad del caso y a las necesidades de las partes que éstas opten por incluir derecho

9. El Protocolo de Seúl fue promovido por el Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) mediante el cual se presentan directrices sobre el desarrollo del proceso arbitral a través de videoconferencias, incluyendo las especificaciones técnicas que estas conllevan. Información completa en el siguiente enlace: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/04/Seoul-Protocol-on-Video-Conference-in-International-Arbitration.pdf>.
10. La Información tecnológica en Arbitraje Internacional fue creada por la International Chamber of Commerce (ICC), en la cual se desarrollan temas como la incorporación de la IT, problemas durante los procesos arbitrales y demás temas relevantes. Información completa en el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission.pdf>

blando en las reglas para la resolución de sus controversias en el fuero arbitral, para así garantizar una óptima conducción por parte de los tribunales y mejores prácticas dentro de la consecución de actuaciones.

Además, el fenómeno del *soft law* ha cobrado notable relevancia en el seno de la práctica profesional, no sólo de distintas disciplinas del campo jurídico —como son el derecho internacional, las normas de la Unión Europea, el derecho laboral o el administrativo—, sino también en la moderna ciencia política e, incluso, en la propia filosofía política¹¹.

Sumado a ello, se les considera como una fuente del derecho internacional, pese a no representar carácter obligatorio, aunque, si simbolizan indirectamente un modelo para los parlamentos nacionales en la creación de legislación y —más específicamente en la práctica del arbitraje— tiene incidencia directa en cada laudo en el que se aplique¹².

Es así que, como ejemplo de la importancia del derecho blando en la práctica doméstica e internacional, las directrices de la International Bar Association — IBA recogen los mejores procedimientos respecto de los siguientes asuntos medulares en la labor arbitral:

- a) Obtención de pruebas en Arbitraje Internacional —1999: Incorpora disposiciones acerca de lo que involucra los medios probatorios en arbitraje, a saber, declaraciones de peritos, testigos, exhibición de documentos, entre otros.
- b) Conflicto de intereses en Arbitraje Internacional —2004: Goza de una amplia aceptación para su uso como guías en la evaluación de los criterios de imparcialidad e independencia en el arbitraje internacional y doméstico de los países en los que se ha aceptado su uso.

- c) Redacción de cláusulas en Arbitraje Internacional —2010: Enfocadas a lograr cláusulas efectivas en el arbitraje, explicando qué elementos tienen carácter obligatorio u opcional, de tal manera que se pueda prevenir alteraciones durante el proceso.
- d) Pautas sobre representación de partes en Arbitraje Internacional —2013: Desarrolla las posibilidades en las que una norma internacional pueda influir negativamente en la representación de las partes dentro del procedimiento arbitral, haciendo hincapié en los fundamentos de equidad e integridad, pudiendo ser aplicado por árbitros, abogados y las partes.

Para una mejor comprensión de la adecuada aplicación de estas directrices, nos permitimos hacer mención del denominado “semáforo de la International Bar Association — IBA”, en cuyos listados de colores —renunciables e irrenunciables —, se enmarcan las principales causales de renuncia o recusación de un árbitro, respecto a su relación con el resto de los operadores en el arbitraje y la práctica profesional:

- a) Listado rojo irrenunciable: enumeración no exhaustiva, cuyos supuestos pueden generar conflicto de intereses, donde la aceptación de partes sobre la situación en cuestión no será ejecutable.
- b) Listado rojo renunciante: enumeración no exhaustiva, cuyos supuestos pueden generar conflicto de intereses, y su aplicación depende de las partes, quienes conociendo la situación deberán llegar a un consenso.
- c) Listado naranja: enumeración no exhaustiva, sí es susceptible de crear conflictos de interés, dependiendo de la parte que lo aluda.
- d) Listado verde: enumeración menos exhaustiva objetivamente, no susceptible de crear conflicto de intereses.

11. Kaufmann-Kohler, G., Basedow, J., Fernández, A. D., & Moreno, R. J. La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional. (2010): 107-127.

12. Alarcón García Gloria, El *soft law* en nuestro sistema de fuentes, en J. Arrieta Martínez De Pisón, M.A. Collado Yurrita, J.J. Zornoza Perez, Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo. (2010): 271-298.

Con relación a estas listas, procedemos a mencionar las premisas que establecen supuestos relacionados al *double-hatting*:

a) Listado rojo irrenunciable

- i. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es representante legal o empleado de una persona jurídica parte en el arbitraje.

El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos.

b) Listado rojo renunciabile

- i. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes.
- ii. El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.
- iii. El árbitro asesora de manera regular a una de las partes, o a una afiliada de una de las partes, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtienen ingresos significativos por ello.

c) Listado naranja

- i. Dentro de los tres años anteriores, el árbitro fue abogado de una de las partes o de una afiliada de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en un asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una afiliada de ésta, pero no hay relación continuada entre el árbitro y la parte o su afiliada.
- ii. Dentro de los tres años anteriores, el árbitro fue abogado contra una de las partes o contra una afiliada de éstas en un asunto independiente del de la causa.

Se colige de lo presentado que, la aplicación de directrices puede formar parte de la argumentación de las partes involucradas en el arbitraje, de tal manera que acordar la inclusión de estas al proceso, no implica una desigualdad en la defensa.

IV. CASUÍSTICA RELACIONADA AL *DOUBLE-HATTING*: OBSERVANDO LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Para un mejor entendimiento del uso real de las reglas del derecho blando en el arbitraje, nos hemos permitido citar unos casos emblemáticos que demuestran que la manifestación del “doble sombrero” no es un asunto baladí en las decisiones de los tribunales privados de justicia, razón por la cual la ponderación de las directrices antes citadas se encuentra reconocida en sendos laudos como, por ejemplo, las decisiones que referimos a continuación:

1. Suez versus Argentina.¹³

En este caso, la resolución del conflicto estuvo a cargo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — CIADI, fuero en donde Argentina solicitó la anulación del Laudo del 09 de abril de 2015, respecto a la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del Tribunal.

La decisión final en cuanto a la actividad de la Prof. Kaufmann-Kohler —directora independiente de una sociedad propietaria de acciones de UBS— se basó en examinar si la situación pudiese catalogarse dentro del Listado Naranja de las Directrices IBA, explicado líneas arriba. La conclusión del Comité fue que una recusación se basará en criterios o estándares objetivos, mediante los cuales analizaron si existe o no una falta de imparcialidad e independencia, supuesto que no ocurrió en el presente caso, debido a que la renuncia de la profesora ocurrió 9 años antes de la emisión del Laudo inicial, reduciendo así todo riesgo de conflicto de intereses.

13. Información completa se encuentra en el siguiente enlace:
http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/OnlineAwards/C19/DC693_Sp.pdf

2. *W Limited versus M SDN BHD*.¹⁴

En esta disputa, la decisión estuvo a cargo de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres — LCIA, por sus siglas en inglés, la cual denominó a David Haing QC como árbitro único.

Posterior a la emisión del laudo final, la demandante W LTD tuvo conocimiento de que la firma de abogados del árbitro prestaba servicios jurídicos a la filial de la empresa demandada M SDN BHD; en consecuencia, la demandante impugnó el laudo basándose en el listado rojo irrenunciable de las Directrices IBA.

A pesar de la evidente configuración de la lista, se rechazó la impugnación justificando la decisión en que es necesario un juicio específico de cada caso, en este se menciona que como el árbitro no asesoró directamente al demandado, no sería un supuesto de listado rojo irrenunciable, sumado a ello, mencionaron que las directrices en mención no son vinculantes para el Tribunal.

3. *Exeteco International Company versus Perú*.¹⁵

Nuestro país tampoco ha sido ajeno de ser citado como jurisprudencia en la experiencia de esta figura. En contienda citada, la decisión respecto a la recusación del árbitro Mario Castillo Freyre se rigió bajo el Reglamento CNUDMI por la autoridad nominadora Jernej Sekolec.

Una característica particular del presente caso es que, la parte que presentó la recusación fue la República del Perú, cuando el único beneficiario de la supuesta parcialidad sería el mismo, basándose principalmente en lo siguiente:

- a) El artículo N°12 del Reglamento CNUDMI no limita la presentación del recurso, solo a la parte posiblemente perjudicada, además que la mera duda es suficiente para aceptar la recusación.
- b) El listado rojo renunciante del Semáforo de la IBA incluye como causal la actual representación o asesoramiento del árbitro en conflicto frente a una de las partes. Frente a ello, la autoridad nominadora decidió aceptar la recusación, debido al elevado número de procesos arbitrales donde Castillo Freyre participaba como representante y/o asesor de Perú, ello corroborable en el listado de asuntos de Perupetro presentado por la parte demandada.

4. *Telekom Malaysia versus Ghana*.¹⁶

En este caso, la decisión estuvo a cargo del Tribunal de Distrito de la Haya, quienes examinaron la recusación contra el profesor E. Gaillard en su calidad de árbitro, debido a sus actividades como abogado en la acción de anulación en el caso RFCC y Marruecos, puesto que supuestamente se puso en juego la certeza de su imparcialidad.

Esta motivación resultó insuficiente para el Juez, toda vez que las causas de la anulación son limitadas. Sumado a ello, la apariencia para los arbitrajes internacionales juega un rol importante para la efectividad de la jurisdicción arbitral, y generalmente, un árbitro debe decidir sobre una cuestión previa respecto a un tema relativo, el cual haya defendido previamente desde otro punto de vista.

En consecuencia, se mencionó que no se logró concretar una aparente parcialidad del árbitro.

14. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace:
<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/422.html>

15. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace:
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10534_0.pdf

16. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf>

5. Vito G. Gallo versus Canadá.¹⁷

En esta disputa, la resolución de la controversia fue dirigida por Tribunal Permanente de Arbitraje, sobre la recusación recaída en Mr. J. Christopher Thomas, bajo las normas arbitrales UNCITRAL.

El demandante aludió una duda justificada sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, debido a que fue contratado por el gobierno mexicano para brindar servicios legales. Ello en base al apartado 2C del semáforo IBA, enfocado a un tercero informado.

A diferencia de los casos anteriores, la decisión final recayó indirectamente en el árbitro en cuestión, debido a que fue él quien eligió si mantenía su posición como abogado de los Estados Unidos Mexicanos o en su defecto, si conservaría su posición como árbitro del presente proceso. Ello a consecuencia de que el tribunal confirmó la existencia del conflicto de interés, a pesar de que México no intervenía en el proceso, la puerta aún estuvo abierta. También se mencionó que para el árbitro Thomas resultó complicado distanciarse completamente de su trabajo como árbitro y de los intereses de México.

En suma, podemos deducir que los procesos aludidos en los casos que hemos expuesto re-

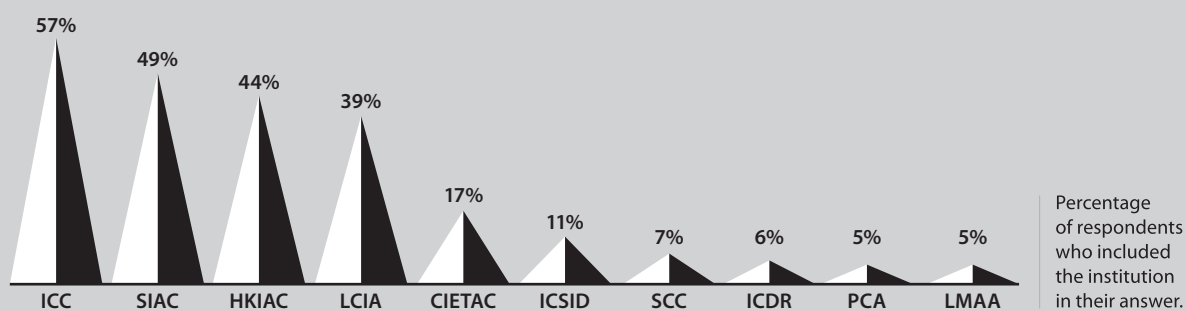
presentan —en términos generales— claros ejemplos de la adecuada aplicación de las Directrices IBA, toda vez que estas proponen un examen objetivo de cada situación en conflicto, la cual puede o no encajar en los supuestos citados; además, cabe recalcar que ninguna de las opciones afecta el debido proceso ni algún derecho de las partes.

V. ESTADÍSTICAS CON RESPECTO AL FENÓMENO DEL *DOUBLE-HATTING*

Los casos detallados anteriormente son una muestra de la situación actual respecto al *double-hatting*; sin embargo, a continuación, presentaremos la información con el fin de corroborar la importancia del tema y la extensión de la situación conforme a las estadísticas publicadas por los principales centros de arbitraje a nivel mundial.

En ese orden, priorizaremos las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional —CCI, en atención a que es la institución preferida por el 57% de los encuestados, cuyos motivos se centran en la reputación y experiencia previa de la institución, tal como se indica en la encuesta sobre Arbitraje Internacional del año 2021 organizada por la Universidad Queen Mary y la Escuela de Arbitraje Internacional¹⁸.

Chart 6: What are your or your organisation's most preferred arbitral institutions?



17. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0352.pdf>

18. Información completa en el siguiente enlace: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf

De acuerdo con las estadísticas de CCI Resolución de Disputas del año 2020, el 60% de tribunales arbitrales son constituidos mediante el procedimiento de designación de árbitros por las partes —salvo el tercer arbitro— y 30% de ellos presentaron declaraciones antes de ser confirmados y/o nombrados. Sin embargo, no se puede inferir que las declaraciones confirmen un conflicto de intereses; posteriormente al nombramiento, las partes podrán solicitar una recusación, las cuales ascienden a 92 —siendo 41 casos en total— pero solo fueron aceptados 5.¹⁹

En resumen, el *double-hatting* aún se encuentra presente en la práctica, aunque el porcentaje es ínfimo respecto a otros problemas del procedimiento, este no deberá ser subestimado, puesto que estamos frente a un gran número de involucrados, quienes de alguna manera advirtieron anomalías en la independencia e imparcialidad del árbitro designado.

VI. EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL Y DE CONTRATACIONES EN EL ESTADO: ¿RECURRENCIA DE PERSONALIDADES?

Durante el desarrollo de estas breves ideas, hemos procurado evocar los ejemplos de la práctica internacional y el uso de los recursos más modernos para analizar el fenómeno del *double-hatting*, haciendo algunas respetuosas críticas al ejercicio doméstico, sin embargo, la motivación real en la creación de este trabajo es mirar con mucho cuidado el panorama de Perú, como un importante centro de controversias arbitrales a nivel Iberoamérica.

En nuestro país, como es bien sabido, hay dos grandes terrenos del desarrollo profesional y académico en el arbitraje: el primero, respecto de la solución de controversias comerciales na-

cionales, y el segundo, con relación a los procesos que devienen en conflicto producto de las contrataciones públicas. Estos últimos son forzosamente resueltos en arbitraje por mandato de la ley.

Con relación a lo primero, la experiencia profesional nos ha permitido apreciar que en el arbitraje comercial nacional es muy usual ver los mismos nombres, tanto en el ejercicio de la defensa, como en la participación de tribunales arbitrales o como árbitros únicos, muy particularmente, en lo relacionado a controversias de gran escala, asunto que, como señalamos en la introducción del presente artículo, preocupa en la generación de precedentes y jurisprudencia arbitral por los mismos expertos, situación que obligaría a recurrir a consultar decisiones realizadas probablemente con criterios uniformes en una sola dirección y tendencia de profesionales reiteradamente designados, lo que dificultaría seriamente la búsqueda de casuística aplicable a supuestos determinados para sacar adelante una defensa, o sustentar la decisión en un laudo.

En lo que respecta a los arbitrajes en contrataciones del Estado, además de algunas particularidades propias de lo ya señalado respecto del arbitraje comercial nacional, el tema del *double-hatting* y la designación recurrente se ha vuelto un asunto muy serio motivado por el propio Estado, encontrándose, por un lado, con actores repetidos en lo que respecta a la labor de árbitro designado por las entidades, o de manera residual por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE y, de otro lado, por las designaciones hechas por los privados —los contratistas suelen acudir a los mismos profesionales, que al no estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros – RNA, actúan como abogados o como árbitros designados por estos —.

19. Información completa en el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics2020/#:~:text=In%202020%2C%20the%20ICC%20Court,marked%20increase%20in%20the%20statistics>
Cabe precisar que, las estadísticas correspondientes al año 2021 estarán disponibles al finalizar del año 2022, tal como se menciona en el siguiente enlace: <https://www.iccwbo.be/icc-unveils-preliminary-dispute-resolution-figures-for-2021/#:~:text=Paris%2C%2026%2F01%2F2022&text=In%202021%2C%20the%20Secretariat%20of,%20ICC%20as%20Appointing%20Authority>

Atendiendo a ello es que, el propio Estado — que si bien ha elevado los estándares de calidad e idoneidad de los árbitros que conforman su registro—, deberá idear mecanismos para que las designaciones no recaigan siempre en los mismos profesionales y procurar así, que no se afecte ni la imparcialidad, ni la independencia del árbitro, respecto de la relación de designaciones realizadas por una misma entidad.

Sobre lo antes referido, el portal del OSCE denominado “Ficha Única del Árbitro”²⁰ arroja —a la fecha de elaborado el presente escrito— un total de 146 profesionales registrados. Tomando en consideración la abundancia de arbitrajes que se suscitan producto de las contrataciones con el Estado y su genuino interés público nos preguntamos: ¿Es posible que este número de expertos sean suficientes para evitar vulnerar los principios más esenciales del arbitraje?, y, al mismo tiempo, ¿se puede regular el *double-hatting* respecto de árbitros inscritos en la nómina estatal, a la vez que actúan como abogados o especialistas legales en controversias que pueden versar sobre asuntos similares?

Respecto de estas interrogantes, nuestro análisis concluye que los profesionales inscritos en el RNA aún no son suficientes para satisfacer la demanda de árbitros en lo que respecta a designaciones en litigios sobre contratación pública, no obstante, ello no menoscaba el esfuerzo que ha realizado el OSCE por elevar los estándares de su nómina, de manera que quienes quieran servir como decisores en controversias donde el Estado sea parte, tendrán que adecuarse a los requerimientos que actualmente se solicitan, los cuales consideramos, son idóneos en la búsqueda de profesionales altamente calificados y revestidos de solidez ética y moral.

Del mismo modo, y procurando absolver la segunda pregunta aquí formulada, el *double-hatting* puede ser adecuadamente regulado en la práctica del arbitraje en contrataciones del Estado e incluso dentro del arbitraje comercial

doméstico, si miramos y aplicamos de acuerdo a la realidad y necesidades nacionales los ejemplos de la experiencia internacional, especialmente, la del Tribunal Arbitral del Deporte — TAS, que como ya hemos mencionado en líneas precedentes, restringe el ejercicio exclusivo de los profesionales del arbitraje a ser únicamente árbitros —y mediadores— de los tribunales deportivos de dicha jurisdicción, no pudiendo actuar como abogados o expertos de una parte ante el TAS.

En atención a lo señalado, esta propuesta de regulación al circuito arbitral nacional debe entenderse como una alternativa que considere de manera no excluyente — y que más bien consagre— el compromiso de revelación que tienen los árbitros respecto de los casos en los que actúan propiamente como decisores, o en los que cumplen con el rol de defensores de intereses —más allá de la dispensa que pudiesen realizar las partes sobre la revelación de hechos que pudieran poner en cuestionamiento o duda su imparcialidad e independencia—, sino que a su vez, la declaración jurada de revelación remitida por las instituciones arbitrales a los tribunales, establezca parámetros respecto del ejercicio de árbitros y abogados que pretendan actuar en casos en donde la o las partes son la o las mismas. De esta manera, se podría combatir la actuación reiterativa de agentes del arbitraje frente a partes recurrentes, mitigando de cierta forma el riesgo de la defensa de intereses encubierta en los litigios, y la dependencia respecto de las actuaciones de los abogados y árbitros frente a partes procesales recurrentes.

Con relación a todo este debate, se presenta también un paradigma interesante a analizar, y es que, si bien el universo de árbitros inscritos en la nómina del OSCE pareciera muy reducido con relación a la existencia de procesos en contratación pública, lo cierto es —y no es ningún secreto—, que las Procuradurías del Estado suelen designar a los mismos profesionales como árbitros aun teniendo una lista con casi

20. La información sobre el número de árbitros registrados se puede consultar en el siguiente enlace: <https://apps.osce.gob.pe/arbitros-rna/buscar>

150 profesionales distintos y habilitados a disposición.

Sobre esta situación, una oportunidad de mejora sería, como no, que las propias entidades exploren dentro de su libertad de designación, la posibilidad de nombrar alguna vez a cada uno de dichos miembros del RNA, con la finalidad de no incurrir en designación recurrente y, con algo de suerte, identificar a posibles malos elementos que pudieran estar actuando contrariamente a los pilares que sustentan al arbitraje.

Desde nuestra tribuna, consideramos que la alta calificación que demanda formar parte del RNA es —desde luego— un acierto del Estado a la luz de los escándalos de corrupción públicamente conocidos que golpearon a la institución arbitral nacional, sin embargo, nos resulta muy difícil conciliar esto con el entrampamiento de designaciones reiteradas producto del nombramiento recurrente o de la supuesta escasez de nombres a disposición de las procuradurías de las entidades del gobierno peruano, y he ahí un reto para las autoridades y la doctrina nacional en proponer soluciones satisfactorias en el corto o mediano plazo. El debate queda abierto.

VII. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, podemos confirmar que el *double-hatting* es una figura persistente en diversos ámbitos del arbitraje, puesto que no solo involucra a los árbitros y abogados, sino también a las partes, quienes podrían verse perjudicadas si esta situación llega a poner en juego a la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Frente a ello, consideramos que las alternativas propuestas en el marco de la experiencia internacional y la aplicación del *soft law* marcan un claro punto de partida para la saludable regulación del *double-hatting* en la práctica peruana, mediante restricciones moderadas como prevención de la concentración de funciones en determinados profesionales.

Así pues, la aplicación de las propuestas aquí desarrolladas, mediante un recorrido horizontal por la casuística, la doctrina y la data consultada, no pretenden esconder algún espíritu de desigualdad en el derecho de defensa de las partes, así como en su libertad de designación y de contratación de asesores legales —ni mucho menos—, restringir la capacidad de aceptación de árbitros y abogados de las designaciones y encargos que recaigan sobre dichos profesionales del derecho; todo lo contrario, las presentes líneas plantean un punto de partida en la búsqueda de una fórmula —perfeccionable, abierta al debate y a la crítica—, para una adecuada regulación del fenómeno del *double-hatting*, y que esta no se desvirtúe hacia una patología de concentración de funciones, mediante la examinación minuciosa de las diversas situaciones que puedan involucrar conflictos de intereses.

Finalmente, se hace necesario reflexionar sobre los aspectos positivos que, desde una perspectiva del ejercicio profesional, ha traído la pandemia con relación a las prácticas procesales, de las cuales el arbitraje no está exento. La ruptura de fronteras y limitaciones físicas nos presenta un abanico de posibilidades para implementar mejores prácticas en el arbitraje doméstico, por intermedio del uso de la tecnología y la integración virtual entre los circuitos nacionales e internacionales, mediante el uso de novedosos recursos y la presencia de mayores profesionales en el litigio y conducción dentro de los arbitrajes comerciales. Así también, corresponderá al Estado peruano impulsar iniciativas para integrar las controversias en materia de contrataciones públicas a la vanguardia de nuestros tiempos, fomentando la incorporación de profesionales nacionales e internacionales que cumplan con los criterios de aptitud, conocimiento técnico, ética y moral que viene exigiendo el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado — OSCE como muestra de compromiso con la calidad, pero, sobre todo, de aprendizaje producto de hechos y circunstancias públicamente conocidas.