Lima Arbitration

Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 7, 2016 - 2017

Ignacio Madalena
Verónica Lavista
Luis Ramírez-Daza
Frederico Glitz
José Antonio Moreno Rodríguez
María Fernanda Vásquez Palma
Elina Mereminskaya
Cesar Pereira
Luísa Quintão
Francisco González de Cossío
Edgardo Muñoz
Dyalá Jiménez
Orlando Cabrera Colorado
Andrea Marighetto
Alejandro Follonier-Ayala
Jean Marguerat
Tomás Navarro Blakemore

Lima Arbitration

Rol de los secretarios y asesores del tribunal arbitral (a propósito de una sentencia del Tribunal Federal Suizo)

JEAN MARGUERAT [1]
TOMÁS NAVARRO BLAKEMORE [2]

I. Sentencia

Suiza
Tribunal Federal
Primera Corte Civil
Sentencia 4A_709/2014
Fecha: 21 de mayo de 2015
A SàrL vs. B SA
Arbitraje internacional
Acción de anulación en materia civil del laudo dictado por el árbitro único *ad hoc* el 14 de noviembre de 2014

Esta sentencia es particularmente relevante en cuanto al motivo alegado de constitución irregular del tribunal arbitral, dado que aborda el debate sobre el papel de los asesores o secretarios de un tribunal arbitral. Los otros motivos de anulación del laudo (*ultra petita*, violación del derecho de ser oído e incompatibilidad con el orden público) también fueron analizados por el Tribunal Federal, pero no hay ningún elemento nuevo o significativo en la examinación de dichos motivos.

1 *LL.M. (Cambridge). Abogado colegiado en Ginebra. Socio, Froriep SA (Ginebra).*
2 *LL.M.-MIDS (Ginebra). Abogado colegiado en Madrid (ejerciendo en Ginebra). Colaborador, Froriep SA (Ginebra).*

El presente comentario analizará, por lo tanto, únicamente la sentencia sobre la cuestión de la constitución irregular del tribunal arbitral.

a. Los hechos

En el 2012, la empresa de Luxemburgo B SA (en adelante: el "principal") firmó un acuerdo de contratista general para la renovación de un edificio situado en Suiza (en adelante: el "Contrato") con la empresa suiza A SàrL (en adelante: el "contratista"). Según el Contrato, el contratista tenía que renovar un edificio por un coste de CHF 5.085.000. Un año antes, el contratista había firmado un acuerdo por servicios arquitecturales para el mismo proyecto con la empresa C cuyo presidente del consejo de administración era el arquitecto D (en adelante: "D" o el "árbitro"). El Contrato incluía una cláusula arbitral que establece un arbitraje *ad hoc* disponiendo lo siguiente:

> "*Todas las controversias que podrían derivar del presente contrato, incluyendo la interpretación o la aplicación del presente contrato, se resolverán exclusivamente por un árbitro único. Las partes nombran a [D] como árbitro único, quien decidirá según el principio* ex aequo et bono, *y declaran que reconocerán su decisión como final y obligatoria, sin la posibilidad de recurrir a otro árbitro o a un juzgado.*" (traducción de los autores)

En abril de 2014, el principal rescindió el Contrato con efecto inmediato. Surgió un litigio y el principal interpuso una demanda de arbitraje.

En mayo de 2014, el contratista recusó al árbitro ante el Tribunal de primera instancia de Ginebra (el *juge d'appui*) solicitando formalmente además que el árbitro renuncie. El contratista también solicitó al árbitro información sobre los "abogados en la sombra" que lo asistían. El árbitro confirmó que le asistía, a su propia cuenta, en su trabajo, un abogado independiente con experiencia en arbitraje internacional.

En junio de 2014, el árbitro rechazó la recusación del contratista a través de un laudo provisional, con motivo, en primer lugar, que cuando firmó el Contrato, el contratista sabía (i) el papel que tendría el futuro árbitro en la ejecución del proyecto, (ii) que se trataba de un arquitecto sin conocimientos jurídicos, (iii) que éste tenía vínculos con las partes y empresas asociadas, y, en segundo lugar, que la acción de recusación era tardía. En septiembre de 2014, el Tribunal, de primera instancia, de Ginebra declaró la recusación inadmisible.

El procedimiento siguió su debido curso y se celebró una audiencia en octubre de 2014, durante la cual el árbitro fue asistido por dos abogados de Ginebra, E descrito como asesor (en adelante: "E") y F como secretario (en adelante: "F"). El contratista intentó oponerse a la presencia de ambos, sin éxito.

El laudo final, dictado en noviembre de 2014, ordenaba al contratista pagar al principal un monto de CHF 2.459.324 con intereses; además de CHF 70.000 por gastos legales y CHF 70.000 por costes arbitrales. El laudo se refería a la "*actitud abiertamente hostil del contratista*" hacia el árbitro, lo que lo llevó a pedirle asistencia a dos abogados para "*levantar las actas de la audiencia, aconsejar al tribunal arbitral durante la audiencia respecto a las numerosas objeciones levantadas, en particular, por el contratista y asistir al tribunal arbitral en la redacción del laudo*" (traducción de los autores). El laudo también mencionaba que "*E y F solo han actuado cuando el tribunal arbitral lo solicitó, dentro del marco del Art. 365* [del Código de procedimiento civil suizo], *sin participar en la toma de decisiones o en la resolución del laudo del cual el tribunal arbitral asume solo la responsabilidad, sin influencia ni asesoramiento*" (traducción de los autores).

En diciembre de 2014, el contratista interpuso una acción de anulación del laudo ante el Tribunal Federal, alegando los motivos siguientes:

i) Constitución irregular del tribunal arbitral (Art. 190(2)(a) de la Ley de Derecho Internacional Privado suizo (en adelante: "LDIP")));
ii) Decisión que va más allá de las pretensiones (*ultra petita)* (Art. 190(2)(c) LDIP);
iii) Violación del derecho de ser oído (Art. 190(2)(d) LDIP); y
iv) Incompatibilidad con el orden público (Art. 190(2)(e) LDIP).

b. Las posiciones de las partes

El contratista alegó que el laudo había sido dictado en violación del Art. 190(2)(a) LDIP en la medida en que había sido dictado por dos árbitros: D, el árbitro único nombrado de conformidad con la cláusula arbitral del Contrato, y E, un abogado de Ginebra. Adicionalmente, ambos fueron asistidos por un secretario, F, también abogado de Ginebra. Según el contratista, la cláusula arbitral nombraba a D como árbitro único y no establecía la posibilidad de nombrar a un secretario. Asimismo, el contratista alegó que la audiencia había sido enteramente llevada a cabo por E, quién a diferencia del árbitro, tomó numerosos apuntes.

El principal afirmó que E y F solo habían proporcionado apoyo administrativo al árbitro, y no habían participado en el proceso de toma de decisión. Las respectivas responsabilidades de E y F, según el principal, debían de ser caracterizadas como análogas a las de los secretarios arbitrales. El principal también alegó que el contratista se había opuesto a la participación de E y F durante la audiencia con el único fin de perturbar el procedimiento arbitral, actuando así de mala fe. Además, D había informado al contratista desde el principio del procedimiento arbitral que, a su propia cuenta, había decidido designar un secretariado jurídico.

c. La sentencia

Mediante sentencia del 21 de mayo de 2015, el Tribunal Federal rechazó la acción de anulación del laudo interpuesta por el contratista.

En su decisión, el Tribunal Federal recordó los principios siguientes:

- Los motivos de constitución irregular del tribunal arbitral cubren dos situaciones: (i) el nombramiento de árbitros de conformidad con el acuerdo entre las partes y con la ley (Art. 179(1) y (2) LDIP) y (ii) la independencia e imparcialidad de los árbitros (Art. 180(1)(b) y (c) LDIP).
- En el supuesto de que se constituya un tribunal arbitral en violación del acuerdo de las partes –incluyendo el caso en que el número de árbitros difiera del establecido en la cláusula arbitral– dicha situación caería bajo el motivo de constitución irregular del tribunal arbitral.
- Una vez que el *juge d'appui* haya decidido sobre la recusación de un árbitro según el Art. 180(3) LDIP, su decisión no puede ser examinada por el Tribunal Federal a través de una acción de anulación del laudo basada en el Art. 190(2)(a) LDIP. [En este caso, el Tribunal Federal consideró que podía examinar los motivos de constitución irregular del tribunal arbitral dado que las circunstancias sobre las cuales el contratista basaba su acción de anulación del laudo -en relación con la audiencia- eran posteriores a la decisión del *juge d'appui*.]

El Tribunal Federal siguió describiendo los deberes de un árbitro y, citando a diferentes autores, declaró lo siguiente:

- La función de decisión de un árbitro es esencialmente personal y el contrato del árbitro es establecido de manera *intuitu personae*.

- Un árbitro tiene la responsabilidad de ejecutar su misión individualmente, sin delegarla a un tercero, incluso un abogado del mismo despacho.
- El árbitro debe conocer el caso, deliberar y participar en la formación de la posición del tribunal arbitral. Asimismo, el presidente del tribunal arbitral debe mantener un control intelectual sobre el resultado del litigio y el árbitro nombrado por una parte debe contribuir al proceso decisorio; así, una violación de este deber, que a veces se desatiende en la práctica arbitral, podría llevar a la anulación del laudo sobre la base del Art. 190(2)(a) LDIP.

El Tribunal Federal continuó explicando que si bien la delegación de tareas decisorias está prohibida, esto no le impide necesariamente a un árbitro beneficiarse del asesoramiento de terceros y, en particular, hacer uso de secretarios, tanto en procedimientos arbitrales domésticos (de conformidad con lo dispuesto expresamente por el Art. 365(1) del Código de procedimiento civil suizo (en adelante: "CPC")) como en procedimientos arbitrales internacionales (dado que según el Tribunal Federal, esta provisión del CPC se extiende al arbitraje internacional incluso si no hay una provisión correspondiente en la LDIP).

El Tribunal Federal pasó entonces a describir el rol y los deberes de los secretarios jurídicos y otros asistentes de la manera siguiente:

- Los deberes de los secretarios jurídicos en procedimientos arbitrales son comparables con los de los auxiliares jurídicos en procedimientos judiciales domésticos. No se excluye la asistencia en la redacción del laudo siempre y cuando esté bajo el control y la dirección del tribunal arbitral, o si no hay unanimidad, de la mayoría de los árbitros. Ello implica la presencia de los secretarios en las audiencias y durante las deliberaciones. Sin embargo, la función decisoria debe limitarse únicamente a los árbitros.
- No es infrecuente que un tribunal arbitral haga uso de asesores externos o expertos para tratar de temas técnicos y comerciales complejos. En este sentido, se admite que cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre el procedimiento, el tribunal arbitral, a iniciativa propia y sin obtener consentimiento previo de las partes, puede nombrar a un asesor o un experto según el Art. 182(2) LDIP.

En su análisis sobre el papel de E y F en el procedimiento, el Tribunal Federal observó que:

- Luego de la solicitud de información del contratista, el árbitro explicó que tanto E y F lo asesoraban en tareas administrativas y legales con respecto al procedimiento arbitral.
- El contratista no se opuso a la presencia de E hasta la audiencia.
- De la transcripción de la audiencia o de otros elementos del caso no se desprende que E y F habían tomado otro papel que el de cumplir con tareas administrativas y legales en asistencia a temas procesales.
- El árbitro indicó en el laudo, que siendo arquitecto carecía de los conocimientos y competencias en el ámbito del arbitraje y, para asegurarse que las reglas fundamentales del procedimiento arbitral sean acatadas, fue asistido por E y F, quienes no participaron en el proceso de toma de decisión.

En vista de ello, el Tribunal Federal consideró que:

- El árbitro actuó como árbitro único y la alegación del contratista según la cual el tribunal arbitral había sido constituido por dos árbitros no corresponde a la realidad.
- El nombramiento por el árbitro de E para asesorarlo en el procedimiento arbitral y de F para asistirlo como secretario no equivale a una violación de la cláusula arbitral.

El Tribunal Federal explicó sus conclusiones con más detalle a la vista del contexto específico del caso:

- No existía motivo que le prohíba a un arquitecto, confrontado con preguntas difíciles de procedimiento arbitral en un arbitraje conflictivo, pedir asesoramiento a abogados para ayudarle en la gestión del procedimiento.
- Mientras que el papel de F se limitaba estrictamente a tareas de secretariado, el papel de E era mucho más particular y el Tribunal Federal lo asimiló al de un asesor elegido no por sus competencias técnicas en relación con el fondo del litigio (un tema de construcción) sino por sus conocimientos del procedimiento arbitral.
- Como las partes no se habían puesto de acuerdo respecto al procedimiento arbitral, el árbitro único tenía el derecho de nombrar personas que pudiesen asesorarlo.
- La asistencia por parte del asesor y del secretario no supuso ningún coste para las partes.
- El contratista no solicitó la recusación del asesor o del secretario.

- A la vista de los elementos de prueba aportados, no hay nada que demuestre que el asesor o el secretario sobrepasaron su mandato ni que su participación pueda ser asimilada a la de un árbitro.

El Tribunal Federal, por lo tanto, rechazó la alegación del contratista con respecto a la constitución irregular del tribunal arbitral.

El Tribunal Federal también rechazó los otros tres motivos del contratista para la anulación del laudo. Es preciso hacer hincapié sobre el hecho de que al analizar si el derecho a ser oído había sido violado por el rechazo del árbitro de ordenar un peritaje -que el árbitro justificó basado en la voluntad común de las partes de nombrar un arquitecto como árbitro precisamente para evitar un peritaje en caso de litigio-, el Tribunal Federal consideró que la "*singular*" elección de las partes de designar al arquitecto del proyecto como árbitro único solo podía explicarse por el deseo de limitar la presentación de pruebas y evitar un procedimiento costoso y que el contratista no podía, *a posteriori*, luego de conocer el laudo, objetar esta elección arriesgada.

II. Comentario

a. Comentarios generales

Las publicaciones relativas al papel del secretario del tribunal arbitral han cobrado cierta relevancia estos últimos años. Voces críticas han descrito el tema como una "enorme zona gris"[3], en la cual las funciones de los secretarios varían de un árbitro al otro.[4] Algunos autores, por lo tanto, han sugerido el establecimiento de un *estándar uniforme* en la regulación de los secretarios de tribunales arbitrales.[5] El hecho incontestable es que hoy en día, y especialmente en complejos y voluminosos arbitrajes internacionales, la norma es que un tribunal arbitral nombra a un secretario para asistirles en el procedimiento.[6]

3 Karadelis Kyriaki, The Role of the Tribunal Secretary (21 de diciembre de 2011), Global Arbitration Review *http://globalarbitrationreview.com/b/30051/*

4 Partasides Constantine, The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration. *Arbitration International* 18(2), 2002, pág. 149.

5 Ver Polkinghorne Michael y Rosenberg Charles B., The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard. *Dispute Resolution International*, 8(2), octubre de 2014, pág. 107.

6 Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2ª Ed., Kluwer law International, 2014, pág. 1999; ver también Berger Bernhard y Kellerhals Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª Ed., Stämpfli, Berna, 2014, pág. 356.

La relevancia de esta temática yace en el hecho que afecta, tal y como lo subraya la sentencia del Tribunal Federal, el papel del tribunal arbitral a la hora de determinar la resolución del litigio. Si bien el papel de los secretarios se percibe hoy en día como esencial para facilitar y asegurar la eficiencia del proceso de toma de decisión, también existe un amplio consenso en que los secretarios no pueden de ninguna manera participar en la misma toma de decisión. En este último caso, se alegaría con razón que el tribunal ha sido indebidamente constituido y entonces el laudo debería ser anulado.

Una cierta cantidad de reglamentos y directivas arbitrales institucionales contienen disposiciones sobre el nombramiento, el papel y la remuneración de los secretarios arbitrales. En lo que se refiere a su nombramiento, la mayor parte de los reglamentos y directivas somete el nombramiento de un secretario arbitral al consentimiento de las partes y a la garantía de su independencia e imparcialidad.

En cuanto a su papel, existe un consenso sobre el uso de secretarios para servicios administrativos y tareas organizacionales y sobre la prohibición de su participación en el proceso de toma de decisión, así como de otros deberes esenciales del tribunal arbitral. En cuanto a otros deberes, existe una disparidad importante: en primer lugar, mientras que algunas instituciones explican con amplio detalle lo que se permite o no, otras permanecen muy concisas o silenciosas al respecto; en segundo lugar, el margen de las funciones permitidas, varía de una institución a otra. Por ejemplo, el Reglamento de la CCI y el de la LCIA no proveen ninguna disposición respecto al secretario del tribunal arbitral[7], mientras que el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional indica que el tribunal, luego consultar a las partes, puede nombrar a un secretario[8] –aunque no define su papel. Otra diferencia se encuentra también en el Hong Kong International Arbitration Centre (en adelante: "HKIAC") que ha emitido Directivas detalladas sobre el Uso de un Secretario del Tribunal Arbitral (en adelante: las "Directivas HKIAC").[9]

7 Sin embargo, la CCI publicó una Nota CCI sobre el Nombramiento, Deberes y Remuneración de Secretarios Administrativos (ICC Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries) en 2012 y la LCIA publicó unas Notas para Árbitros (Notes for Arbitrators) en 2015 que incluye una sección 8 sobre secretarios, estableciendo al párr. 71: "*Secretarios de tribunales arbitrales tienen, entonces, que restringir sus actividades a aquellas tareas como organizar documentos para el tribunal arbitral, destacar doctrina relevante, mantener una cronología de los hechos, reservar salas de audiencias, y enviar correspondencias por parte del tribunal arbitral*" (traducción de los autores).

8 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (2012), Art. 15.5.

9 Estas Directivas permiten el uso de un secretario del tribunal arbitral, a menos que las partes o el tribunal arbitral acuerdan lo contrario, para "*(a) realizar búsqueda jurídica o similar; recopilar jurisprudencia o comentarios sobre cuestiones jurídicas precisadas por el tribunal arbitral;* [...] *(b) realizar búsqueda sobre cuestiones precisas relacionadas con los hechos y los testimonios; (c) preparar resúmenes de jurisprudencia y publicaciones y hasta realizar informes resumiendo las posiciones de las partes y sus pruebas;* [...] *(e) presenciar las deliberaciones de los árbitros y tomar apuntes; y (f) preparar borradores en cuanto a partes no-sustanciales de cartas para el tribunal arbitral y partes no-sustanciales de órdenes, decisiones y laudos*

En un esfuerzo por codificar mejores prácticas, Young ICCA publicó las Directivas Young ICCA sobre Secretarios de Tribunales Arbitrales en 2014[10], que destacan, a nivel de mejores prácticas, entre otras, las siguientes: (i) un secretario arbitral solo debería ser nombrado con el conocimiento y el consentimiento de las partes[11]; (ii) el tribunal arbitral debería notificarle a las partes, lo antes posible, su intención de nombrar a un secretario arbitral[12]; (iii) los árbitros no pueden delegar ninguna parte de su mandato personal a un secretario arbitral[13]; (iv) el rol de un secretario arbitral puede legítimamente ir más allá de tareas puramente administrativas[14], como incluso redactar ciertas partes del laudo.[15]

Está reconocido entre numerosos autores y en la práctica, que los secretarios arbitrales ejecutan tareas que van más allá de las puramente administrativas y, en realidad, apoyan a los tribunales arbitrales en investigaciones jurídicas y la redacción de ordenanzas o partes de laudos[16]. También existe un acuerdo unánime que bajo ninguna circunstancia deben los secretarios asumir las funciones decisorias del tribunal. Esto se basa en la premisa de que un árbitro ha sido específicamente elegido por sus capacidades personales. La misión de un árbitro es estrictamente personal y por consecuencia el árbitro no puede delegar "*sus deberes* [...] *de participación a la toma de decisión*"[17] (traducción de los autores) ni tampoco "*otras tareas esenciales* [...] *en particular el organizar el procedimiento, analizar los escritos de las partes, participar en las audiencias, obtener pruebas y demás*."[18] (traducción de los autores). El rol de secretario tiene sus límites y, por lo tanto, en cuanto se trate de llegar a una decisión, así como de redactar la decisión, el árbitro siempre tiene que mantener un control en la toma de decisión.[19]

(tal y como el historial procesal y la cronología de los hechos.)". Sin embargo, el árbitro no puede solicitar al secretario del tribunal arbitral "*redactar cualquier parte sustancial de órdenes procesales, decisiones y laudos*" (traducción de los autores).

10 Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries (2014) (en adelante: "Young ICCA Guide").

11 Young ICCA Guide, art. 1(2).

12 Young ICCA Guide, art. 1(3).

13 Young ICCA Guide, art. 1(4).

14 Young ICCA Guide, art. 3(1).

15 Young ICCA Guide, art. 3(2)(j).

16 Born Gary B., *op. cit.*, pág. 1669; Kleiman Elie, Arbitre *Intuitu Personae*, en: Lévy Laurent y Derains Yves, *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Ed. Pedone, 2011, pág. 373.

17 Berger Bernhard, Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations, *ASA Bulletin*, 31(2), 2013, pág. 255: "*su deber de* [...] *participar en el proceso de toma de decisión*" (traducción de los autores).

18 *Ibid.*, pág. 256: "*otras tareas esenciales* [...] *particularmente la organización del procedimiento, el análisis de los escritos de las partes, asistir a las audiencias, la obtención de pruebas y más*" (traducción de los autores).

19 Partasides Constantine, *op. cit.*, pág. 158.

El tema del papel del secretario del tribunal ganó particular notoriedad en relación con el laudo Yukos. En julio de 2014, un tribunal arbitral constituido bajo la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya adjudicó a la ex-mayoría de accionistas de la ahora extinta Yukos Oil Company USD 50 mil millones en daños contra Rusia. En su intento de obtener la anulación del laudo ante los tribunales neerlandeses, Rusia alegó que los árbitros habían violado su mandato personal y habían permitido a un asistente del tribunal arbitral convertirse efectivamente en el "cuarto árbitro". Según Rusia, en su primer recurso ante los tribunales neerlandeses, la facturación sometida por el tribunal arbitral mostraba que dicho asistente había dedicado entre 40% y 70% más de tiempo en las fases de fondo del arbitraje que cualquiera de los otros tres árbitros.[20] En un informe posterior sometido a los tribunales neerlandeses, Rusia declaró que sobre la base de un análisis de los estilos de escritos de los árbitros y de su asistente conducido por un experto en lingüística forense, es seguro al 95% que el asistente redactó partes de los laudos que incluyen el razonamiento sobre el fondo del asunto.[21] Aquello constituiría según Rusia una prueba clara de la delegación prohibida del tribunal arbitral a su asistente del poder de decisión. Los tribunales neerlandeses y precisamente la Corte del Distrito de La Haya anuló el pasado 20 de abril de 2016 el laudo Yukos pero solo en consideración de la cuestión de la aplicación a Rusia del Tratado sobre la Carta de la Energía. Queda por ver si la Corte de Apelación de La Haya abordará en apelación la cuestión del papel del asistente del tribunal arbitral.

b. Comentario del caso

El derecho suizo de arbitraje doméstico establece de manera expresa que un tribunal arbitral puede nombrar a un secretario, quien está por tanto sujeto a la misma exigencia de independencia e imparcialidad que los árbitros (Art. 365 CPC).

En el presente caso, el Tribunal Federal extendió y aplicó por analogía el alcance de esta disposición al arbitraje internacional. Un mecanismo interesante que el Tribunal Federal puede utilizar en el futuro con el fin de colmar ciertas

20 Menz James, The fourth arbitrator? Die Rolle des Administrative Secretary im Schiedsverfahren. *SchiedsVZ*, 13(5), Sept./Okt. 2015, págs. 211-212; Galagan Dmytro y Živković Patricia, The Challenge of the Yukos Award: an Award Written by Someone Else – a Violation of the Tribunal's Mandate? Kluwer Arbitration Blog, 27 de febrero de 2015, *http://bit.ly/1EEYuIz*

21 Ross Alison, Valasek wrote Yukos awards, says linguistic expert. *Global Arbitration Review*, 20 de octubre de 2015, *http://bit.ly/1OVudeZ*

lagunas de la LDIP, dado que el CPC –siendo más reciente y detallado que la LDIP– aborda expresamente ciertos asuntos que la LDIP no cubre detalladamente.

Estos principios no son nuevos en Suiza. La Convención Intercantonal de Arbitraje del 27 de agosto de 1969, que precedió a la adopción de la LDIP (1987) y del CPC (2008), ya contenía una disposición específica para los secretarios.[22] El Tribunal Federal, por lo tanto, simplemente aplicó en este caso los principios que ya están bien establecidos en el derecho suizo del arbitraje.

Lo que es interesante en esta decisión es que el Tribunal Federal describe los deberes de los secretarios jurídicos con más detalle que muchos de los reglamentos o directivas mencionados *supra*, por ejemplo, indicando que la asistencia en la redacción del laudo no está excluida, un paso considerado como "*altamente debatido y controvertido*"[23] (traducción de los autores) y que muchos reglamentos, directivas y autores no están dispuestos a dar, algunos autores consideran incluso que "*la acción de escribir es la salvaguardia última del control intelectual*"[24] (traducción de los autores). Asimismo, el Tribunal Federal considera que ello implica "*la presencia de los secretarios en las audiencias y deliberaciones*" (traducción de los autores), otra tarea controvertida.

El Tribunal Federal parece adoptar un criterio pragmático, basado sin duda en su propia práctica, cuando compara secretarios jurídicos a asistentes legales en procedimientos judiciales domésticos.[25]

A la vez, el Tribunal Federal hace un claro hincapié sobre el hecho que la función decisoria es personal y no puede ser delegada. Según el Tribunal Federal, el presidente del tribunal arbitral o árbitro único no puede, por lo tanto, delegar el "*control intelectual de la resolución del litigio*", y el árbitro nombrado por una parte no puede delegar su contribución al proceso decisional.

La afirmación clara de estos principios es bienvenida. Sin embargo, permanecen bastante abstractos y su aplicación en la práctica puede plantear preguntas delicadas respecto a la delimitación y a la prueba. Y tal como lo mencionan

22 Art. 15(1) "*El Tribunal Arbitral, con el consentimiento de las partes, podrá nombrar un secretario*"; (2) "*Los artículos 18 a 20 (sobre la recusación de los árbitros) serán aplicables a las objeciones presentadas sobre un secretario.*" (traducción de los autores).

23 Berger Bernhard y Kellerhals Franz, *op. cit.*, pág. 357: "*highly debated and controversial*".

24 Partasides Constantine, *op. cit.*, pág. 158: "*the act of writing is the ultimate safeguard of intellectual control*".

25 La ley del Tribunal Federal suizo establece de hecho que los secretarios judiciales ("greffiers") del Tribunal Federal son los que tienen que preparar sus sentencias (Art. 24). De hecho, es una de las "tareas esenciales" del secretario judicial, ver Wurzburger Alain, *Commentaire de la LTF*, Corboz / Wurzburger / Ferrari / Girardin (Eds.), Berna, 2009, N 21 ad. Art. 24. Además, en el procedimiento ante el TAS, la participación del secretario o del secretario *ad hoc* en la labor de redacción es una práctica bien establecida, ver Kaufmann-Kohler Gabrielle y Rigozzi Antonio, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, págs. 404-405.

los autores: "*sería ingenuo partir de la idea de que un secretario arbitral no tendrá un grado de influencia, por muy indirecto que sea, sobre el árbitro y el tribunal arbitral*"[26] (traducción de los autores).

En el presente caso, el Tribunal Federal consideró que no era patente en la transcripción de la audiencia ni de otros elementos del caso que el secretario y el asesor habían participado en el proceso de toma de decisiones. ¿Pero cómo puede uno asegurar que la resolución intelectual del litigio no ha sido influenciada por el secretario? La decisión de los tribunales neerlandeses en el mencionado laudo Yukos puede proporcionar algunos desarrollos interesantes al respecto. Al día de hoy, la Corte del Distrito de La Haya, en su decisión de anular el laudo Yukos, no ha determinado sobre dicha cuestión pero puede que lo haga en su momento la Corte de Apelación de La Haya ante el recurso presentado.

El Tribunal Federal concluyó que el papel de los abogados E y F no había vulnerado la potestad decisoria del árbitro. Sus respectivos papeles eran el de asegurar que las reglas procesales arbitrales fueran correctamente aplicadas. El Tribunal Federal en su sentencia sigue la corriente de la doctrina y de las reglas institucionales mencionadas previamente, según la cual, el empleo de secretarios es aceptable siempre y cuando la función decisoria permanezca en las manos del tribunal arbitral que ha sido nombrado por las partes. El nombramiento de un asistente jurídico, el abogado E, y de un secretario jurídico, el abogado F, constituía pasos permitidos bajo la cláusula de arbitraje del Contrato.

La sentencia del Tribunal Federal también realza la importancia de la transparencia y del consentimiento.

En este caso, el árbitro divulgó al inicio del procedimiento, el papel del secretario y del asesor y el contratista no objetó sobre ello sino hasta la audiencia de testigos. De este modo, se considera que el contratista aceptó tácitamente la presencia del secretario y del asesor. Es por esta razón que el Tribunal Federal cuestionó la buena fe del contratista, al considerar que éste no levantó ninguna objeción en el momento que estuvo al corriente de la situación.

En lo que concierne al consentimiento, el Tribunal Federal consideró que cuando las partes no hayan decidido sobre el procedimiento, como en este caso, siendo el arbitraje *ad hoc*, el tribunal arbitral tiene la potestad, incluso sin el consentimiento previo de las partes, para nombrar un secretario. El Tribunal Federal, sin embargo, identificó la situación en la cual las partes, en la cláusula

26 Partasides / Bassiri / Gantenberg / Bruton / Riccio, Arbitral Secretaries, en: International Arbitration: The Coming of a New Age, ICC Congress Series, van den Berg Albert Jan (Ed.), Vol. 17, 2013, pág. 329: "*sería ingenuo admitir que un secretario del tribunal arbitral no tiene un cierto margen de influencia, aunque sea de manera indirecta, sobre el árbitro y el tribunal arbitral*" (traducción de los autores).

arbitral o más tarde, acuerdan excluir el nombramiento de un secretario. El Tribunal Federal no hizo más comentarios sobre este punto –controvertido en la doctrina– puesto que dicho acuerdo no existía en este caso. Otros comentarios de esta sentencia han considerado que esta cuestión en particular no fue abordada por el Tribunal Federal.

La función del asesor fue analizada por el Tribunal Federal, quien la asimiló a la de "Árbitro Asesor" tal como lo proponen Bernhard F. Meyer y Jonatan Baier.[27] Las tareas del "Árbitro Asesor" no son análogas a las de un experto y no pueden influenciar el proceso de decisión. Al contrario, los "Árbitros Asesores" son "*simples personas auxiliares*" que tienen "*el conocimiento necesario para apoyar al tribunal arbitral de manera interna*"[28] (traducción de los autores). Meyer y Baier identifican al "Árbitro Asesor" más bien como un asistente especial que proporciona conocimiento técnico y comercial y por ende ayuda a traducir la decisión del tribunal arbitral en el lenguaje técnico o comercial de un contrato o *viceversa*. E, como experto en procedimientos arbitrales, podría ciertamente asimilarse a dicha figura: fue seleccionado por su conocimiento en el procedimiento arbitral y su papel se limitaba, exclusivamente, a apoyar al árbitro único en respetar las reglas imperativas del procedimiento arbitral.

Otra cuestión interesante en esta sentencia es la posición del árbitro único, considerando su papel como arquitecto del proyecto al origen del litigio, contratado por el principal, lo cual podría levantar preguntas en cuanto a su imparcialidad e independencia. Si bien ninguna demanda fue levantada por las partes sobre este punto, el Tribunal Federal describió la elección de las partes de nombrar al arquitecto del proyecto como árbitro único como "*singular*" e hizo referencia a "*las posibles consecuencias o hasta riesgos*" en relación con esta elección.

III. Conclusión

Esta sentencia del Tribunal Federal es bienvenida puesto que clarifica el papel que los secretarios y asesores puedan tener en arbitrajes con sede en Suiza. Esta decisión está en consonancia con la auto-proclamada actitud "liberal" del Tribunal Federal con respecto al arbitraje internacional[29], puesto que otorga amplia autonomía de organización al tribunal arbitral.

27 Ver Meyer Bernhard F. y Baier Jonatan, Arbitrator Consultants – Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations, *ASA Bulletin*, 33(1), 2015, pág. 37.
28 Meyer Bernhard F. y Baier Jonatan, *op. cit.*, págs. 40-41.
29 Decisión del Tribunal Federal 129 III 727, at 5.3.1.

La sentencia destaca un principio de base: la función decisoria tiene que ser llevada a cabo por los árbitros y no puede ser delegada a ninguna otra persona. La aplicación de este principio en un caso en particular puede, obviamente, plantear serias cuestiones en cuanto a la interpretación y prueba, pero la sentencia del Tribunal Federal tiene el mérito de establecer un claro límite conceptual. Proponemos que la dirección y la supervisión adecuada del tribunal arbitral es la que en primer lugar debe garantizar el respeto de dicho principio.[30]

La sentencia también detalla el marco de las tareas que pueden ser delegadas a secretarios o asesores de manera libre, permitiendo una mayor delegación que la mayoría de las reglas o guías institucionales. Uno no puede olvidar que esta sentencia se basa en un arbitraje *ad hoc* y que las reglas acordadas por las partes o las reglas institucionales pueden establecer un marco diferente.

En lo que se refiere al nombramiento de asesores, el Tribunal Federal consideró que el árbitro único estaba libre de nombrar auxiliares sin el consentimiento de las partes, puesto que las partes no habían establecido las reglas del procedimiento en este arbitraje *ad hoc*. En este caso, el árbitro único, cuando fue preguntado por una de las partes, divulgó que estaba asistido por un secretario y un asesor. Consideramos que la previa consulta con las partes sobre el nombramiento de un secretario no es solamente en conformidad con la mayoría de reglas y guías institucionales, sino también con la naturaleza consensual del arbitraje. Uno no puede perder de vista que el arbitraje está basado en el consentimiento, y no existe un consentimiento informado (hasta implícito), sin la información transparente del tribunal arbitral.

30 Young ICCA Guide, Comentario ad Art. 3(1), pág. 11: "*Con el fin de minimizar el riesgo de diluir el mandato personal del árbitro, sin embargo, los tribunales arbitrales tienen que dirigir y controlar al secretario del tribunal arbitral. Finalmente, el tribunal arbitral tiene la discreción para determinar qué deberes y responsabilidades pueden confiarse adecuadamente al secretario, tomando en cuenta las circunstancias del caso y la experiencia del secretario.*" (traducción de los autores).