

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS

Francisco González de Cossío^{*}

La mujer del Príncipe no sólo debe
ser casta y pura... *debe*
aparentarlo.

– Nicolás Maquiavelo

El lector podrá preguntarse la razón por la que he incluido la frase encontrada al principio de este comentario. La razón es que dicho proverbio sintetiza cómo deben conducirse los árbitros.

I. INTRODUCCIÓN

Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.¹

En el contexto de la constitución de un tribunal arbitral pluri-membre, la designación por cada parte de 'su' árbitro es uno de los pasos estratégicos más determinativos del éxito de un procedimiento arbitral.² Por consiguiente, su designación o aceptación debe obedecer a razones diversas que, si bien no serán objeto del presente estudio, pueden resumirse en cualidades morales e intelectuales (incluyendo profesionales y académicas).

El enfoque de este comentario lo será un aspecto de las cualidades morales: el deber del árbitro de ser independiente e imparcial, y el alcance del mismo.

II. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

^{*} Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C.

¹ Pieter Sanders, QUO VADIS ARBITRATION? Sixty Years of Arbitration Practice, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 224.

² Ello por razones obvias. La posibilidad de designar a uno de los tomadores de decisiones es de gran trascendencia. Sin embargo, la designación de un árbitro puede, para entenderse, equipararse la facultad de elegir a un amo: una vez designado, se estará sujeto a sus determinaciones.

Es un requisito fundamental del arbitraje comercial *internacional*³ el que los árbitros sean y permanezcan tanto “independientes” como “imparciales”. Estos dos adjetivos no son del autor. Más bien son los términos de arte que han encontrado eco en las legislaciones y reglas arbitrales a nivel mundial.

A primera vista, ambos términos podrían parecer intercambiables y, por ende, tautológicos. Podría pensarse que se refieren a un mismo tema: neutralidad. Sin embargo, tienen significados jurídicos distintos.

La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, les ha dado un contenido que resumiría de la siguiente manera:

- **Independencia:** Es un criterio *objetivo* que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”.⁴ Claro que el *quid* reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia.
- **Imparcialidad:** Es un criterio *subjetivo* y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.⁵

³ Pongo énfasis en el calificativo de *internacional* puesto que dichas calidades varían de conformidad con la *lex arbitri* y práctica arbitral de cada jurisdicción. Por ejemplo, los árbitros en procedimientos locales en Estados Unidos consideran que el único que tiene que cumplir con dicho doble requisito es el “neutral” (es decir, el árbitro que preside el Tribunal arbitral) a diferencia de los “árbitros-de-parte” (o “no-neutrales”). Ver, por ejemplo, las *Ethics for International Arbitrators* de la IBA (que se abordarán con posterioridad—sección IV.L de este comentario). A su vez, véase las reglas de la AAA de Arbitraje *Internacional* del 7 de abril de 1997 que requieren que todos los árbitros designados de conformidad con las mismas sean independientes e imparciales (Artículo 7). En contraposición con lo anterior, ver las Reglas de Arbitraje *Comercial* de la AAA (en especial las reglas 12 y 19 que no sujetan al requisito de imparcialidad e independencia a los “árbitros-de-parte”, sólo al “neutral”) así como el Código de Ética para los Árbitros en Controversias Comerciales de la AAA (“*The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*”) que no requieren cumplir con dicho requisito (ver canon VII).

⁴ Tomando prestados los calificativos de Stephen Bond, THE EXPERIENCE OF THE ICC IN THE CONFIRMATION/APPOINTMENT STAGE OF AN ARBITRATION, THE ARBITRAL PROCESS AND THE INDEPENDENCE OF ARBITRATORS, (ICC Publishing 1991), pg. 13.

⁵ Emmanuel Gaillard y John Savage (editores) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, pg. 567.

Un árbitro independiente puede ser parcial de la misma manera en que un árbitro que haya tenido nexos con una parte puede hacer abstracción de los mismos y juzgar imparcialmente.

El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje por la siguiente sencilla razón: *el arbitraje se basa en la confianza*.

Por lo anterior, un árbitro no sólo debe desplegar las credenciales intelectuales, académicas y profesionales requeridas por las partes, sino que además debe contar con las virtudes morales de un juzgador.⁶ Pero su arsenal de cualidades no se detiene allí. ¡Además *debe aparentarlo*! – Es decir, debe ser virtuoso tanto en fondo como en forma.⁷

A primera vista, lo anterior parecería no ser tan serio. Sin embargo, la falta de apariencia de imparcialidad e independencia ha dado lugar a múltiples problemas. Me gustaría citar un caso con la finalidad de sensibilizar al lector de lo delicado de este tema.

Existe en los anales de anécdotas relacionadas con el arbitraje un caso en el cual un árbitro fue amenazado y físicamente atacado como consecuencia de la falta de guardar la apariencia de independencia e imparcialidad. En efecto, el 3 de septiembre de 1984 un miembro del Tribunal Irán–Estados Unidos de América,⁸ el señor Nils Mångard, fue amenazado de muerte y violentamente atacado –con intención de extrangularlo– por el señor Kashani e instigado y tolerado por el señor Shefeiei, ambos miembros del Tribunal designados por Irán.⁹

⁶ El hecho que el arbitraje comercial internacional esta conformado por “grandes hombres” de gran reputación y reconocimiento internacional es un tema que ha dado lugar a análisis sociológicos. (Yves Dezalay y Bryant G. Garth, DEALING IN VIRTUE, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1996.).

⁷ Alan Redfern y Martin Hunter, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Sweet & Maxwell, London, Third Edition, London, 1999, pg. 212.

⁸ Conocido como “*The Iran-U.S. Claims Tribunal*” que substituyó los procedimientos ante cortes estadounidenses estableciendo un cuerpo arbitral en La Haya, Países Bajos, con la finalidad de ventilar y adjudicar las reclamaciones de ciudadanos de Estados Unidos contra Irán y de ciudadanos de Iran contra el gobierno de Estados Unidos. El mismo se estableció mediante los Acuerdos de Algeria (“Algiers Accords”) de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión de manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979.

⁹ Las palabras exactas del Juez Kashani fueron “*If Mangard ever dares to enter the Tribunal chamber again, either his corpse or my corpse will elave it rolling down the stairs*” (Memorandum al Juez Moons de John R. Crook del 17 de septiembre de 1984, Citado por Stewart Abercrombie Baker y Mark David Davis, THE UNCITRAL ARBITRATION RULES IN PRACTICE, THE EXPERIENCE OF THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992, pgs. 40-41.)

La justificación proporcionada por los árbitros iraníes fue que la falta de neutralidad y total sumisión del señor Mångard a los deseos e intereses del gobierno y empresas transnacionales estadounidenses estaba causando un daño irreparable a Irán.¹⁰ Sostenían que el expediente del tribunal demuestra que en todas las instancias en las cuales había participado, dicho árbitro votó en favor del gobierno de Estados Unidos. Más aún, su actividad en las sesiones se había limitado a proporcionar el voto ya sea favorable a Estados Unidos o negativo a Irán y nunca proporcionó argumento alguno que soportara su postura.

III. AMBITO DE ESTE ESTUDIO

Es mi propósito en este comentario hacer un bosquejo general del panorama de este tema con la finalidad de brindar orientación tanto teórica como práctica a los árbitros prospectivos. A su vez, procuraré hacer hincapié en un aspecto interesante y es que el alcance de dicho deber ha rebasado sus fronteras iniciales y ahora no sólo se le exige a los árbitros el ser independientes e imparciales, *¡sino además aparentarlo!*

Con la finalidad de describir a lo que me refiero, haré alusión a la regulación de este tema en reglamentos arbitrales (Sección IV), legislaciones arbitrales (Sección V), derecho mexicano (Sección VI) para finalizar con ciertas recomendaciones prácticas (Sección VI) que pueden ser considerados reglas profilácticas; es decir, reglas que de seguirse asegurarán evitar problemas.

IV. REGLAMENTOS ARBITRALES

En los reglamentos de arbitraje se encuentra una clara tendencia para incluir ya sea uno o ambos términos de arte: “independencia” e “imparcialidad”, por las razones que en un momento se mencionarán.

Si bien la regulación del deber de imparcialidad e independencia varía en cada una de las reglas arbitrales, una vez examinadas las mismas podrá observarse que constituyen diversas maneras de abordar un mismo tema y llegar a un mismo resultado: asegurar que el árbitro en cuestión sea apto para decidir en forma justa y desinteresada una controversia.

A. *Reglamento de Arbitraje de la CCI*

¹⁰ Carta de fecha 6 de septiembre de 1984 de los árbitros iraníes al Presidente del Tribunal Iran-Estados Unidos, David D. Caron y John R. Crook, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, pg. 178.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (el “Reglamento CCI”) en este contexto señala lo siguiente:

“Artículo 7(1) Todo árbitro debe ser y permanecer **independiente** de las partes en el arbitraje.” (mi énfasis)

Como puede observarse, dicho reglamento – que es uno de los más modernos del mundo– únicamente habla de la “independencia” de los árbitros. La cualidad de “imparcialidad” no se ha incluido. ¿Debe entonces inferirse que un árbitro CCI puede carecer de la misma? La respuesta es negativa.

Los redactores de las actuales reglas de la CCI debatieron dicho punto¹¹ y llegaron a la conclusión que no se incluiría el requisito de “imparcialidad” puesto que el término “independencia” se concebía como un medio para llegar a un fin: ningún árbitro que haya tenido relación de tal naturaleza que afecte su libertad de decisión puede ser considerado como “independiente”.¹² El término “independencia”, aunque difícil de definir,¹³ se consideró mejor que “imparcialidad” en la medida en que es un concepto objetivo mientras que imparcialidad se refiere por lo general a un estado mental cuya determinación puede ser imposible (más que por el árbitro mismo al momento de ser designado).¹⁴

B. Reglamento de Arbitraje de la CIADI

Dentro del mecanismo CIADI,¹⁵ la Convención de Washington¹⁶ establece que:

“Artículo 14(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las fianzas, e inspirar plena confianza en su

¹¹ Resumen de las juntas sostenidas el 2 de abril de 1987, ICC Doc. No. 420/297.

¹² Informe presentado ante el Congreso de la CCI en Madrid el 17 de Junio de 1975 por Jean Robert, *rapporteur* de la Comisión redactora de las Reglas de la CCI de 1975, (ICC Doc. No. 420/179, pg. 3.) Citado por Yves Derains y Eric A. Schwartz, A GUIDE TO THE NEW ICC RULES OF ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, pg. 109.

¹³ W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Oceana Publications, Third Edition, 2000, pg. 210.

¹⁴ Dominique Hascher, ICC PRACTICE IN RELATION TO THE APPOINTMENT, CONFIRMATION, CHALLENGE AND REPLACEMENT OF ARBITRATORS, ICC Court Bulletin, vol. 6, No. 2 (1995) pgs. 4-6.

¹⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

¹⁶ Me refiero al Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados que entró en vigor el 14 de Octubre de 1966.

imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros.” (mi énfasis)

Para implementar lo anterior, la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI exige que los árbitros firmen una declaración en la cual se establece que no existe “*razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje*” y que juzgará con equidad y no aceptará instrucción o compensación alguna de fuente distinta a lo dispuesto en la Convención CIADI en adición a brindar una declaración sobre las relaciones que pudieren existir con las partes.¹⁷

Si bien las versiones iniciales de la Convención que crea el CIADI no incluían la necesidad de independencia e imparcialidad de los conciliadores o árbitros, los debates dieron origen a la inserción del término “*imparcialidad de juicio*” como resultado de la preocupación de los padres de dicha convención porque los árbitros que decidan dichas controversias sean independientes e imparciales.¹⁸

En este contexto, se ha aclarado que la independencia e imparcialidad se suscita no en abstracto, sino en concreto. En relación con una controversia o parte en particular. Una persona puede ser perfectamente capaz de ser independiente pero ser inelegible en caso de que exista un conflicto de intereses en el caso en particular.¹⁹

¹⁷ La carta que los árbitros deben firmar al ser nominados debe decir:

“A mi leal sabe y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre y “Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llega a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte.

Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones sobre Estados y Nacionales de otros Estados y en los Reglamentos y Reglas adoptados de conformidad con el mismo.

Adjunto una declaración sobre mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales.”

¹⁸ History Vol. I., pg. 74, Vol. II, pgs 56, 386-388, y 485. Aron Broches, A CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES OF 1965, EXPLANATORY NOTES AND SURVEY OF ITS APPLICATION, 18 Yearbook of Commercial Arbitration, pg. 638 (1993).

¹⁹ Christoph H. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Cambridge University Press, 2001, pg. 57.

Si bien se busca la ausencia de conflicto de intereses, una sospecha *subjetiva* sobre el árbitro no lo descalifica. El criterio de conflicto de intereses es uno *objetivo* que es independiente del carácter moral del árbitro en cuestión. La incidencia que la circunstancia en particular tendrá en el asunto es totalmente dependiente de la naturaleza, vigencia y trascendencia del "conflicto de intereses".

A manera de ejemplo, en el caso *Amco v. Indonesia*,²⁰ la parte demandada propuso la descalificación del árbitro del demandante con fundamento en que había brindado consultoría fiscal al individuo que controlaba a los demandantes, así como la existencia de un acuerdo de participación de utilidades entre el representante legal de los demandantes y el árbitro. No obstante lo razonable de la preocupación la propuesta para descalificar fue rechazada por no considerarse lo suficientemente trascendente ante las circunstancias del caso. Sin embargo, en otro caso –*Holiday Inns v. Morocco*²¹– el árbitro de la parte demandante tuvo que renunciar cuando divulgó que cuatro años antes había sido el director de uno de los demandantes. Del cotejo de ambos casos puede observarse cómo casos de diferentes matices de “conflictos de interés” pueden dar lugar a resultados diversos sobre la elegibilidad de un árbitro.

C. Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL

El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL²² dice al respecto que:

“Artículo 9. Un árbitro prospectivo debe revelar a quienes se le acerquen en relación con una posible designación todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su **imparcialidad o independencia**. El árbitro, desde el momento de su nombramiento, revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.”²³

Dicho dispositivo genérico, que fue emulado por la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, es el resultado de considerar que una definición específica de las bases para recusación no sería una guía tan útil para la

²⁰ Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia (Case No. ARB/81/1).

²¹ Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (Case No. ARB/72/1).

²² Adoptado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) en abril de 1976. Report of the UNCITRAL on the Work of its Ninth Session, 1976, VII UNCITRAL Y.B. (part 1) 9, 20, U.N. Doc. A/31/17 (1976)

²³ Traducción del autor. La versión original en inglés dice “A prospective arbitrator shall disclose to those who approach him in connection with his possible appointment any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, once appointed or chosen, shall disclose such circumstances as to the parties unless they have already been informed by him of these circumstances.”.

mayoría de los casos.²⁴ Ante un problema cuya solución es tan dependiente de las (variables) circunstancias del caso particular, la solución más apropiada lo era una fórmula genérica, más que un listado casuista o taxativo de las circunstancias que generan problemas.

En los *travaux préparatoires* puede encontrarse una discusión interesante en torno a lo que debe entenderse por “imparcialidad ” e “independencia”. Se llegó a hablar de dos géneros de hipótesis como bases de recusación: (i) absolutas; y (ii) relativas.²⁵ Dentro de las primera se encontraban situaciones como lo son vínculos o intereses en el resultado del litigio, ya sean personales o financieros. En el segundo se encontrarían casos como lo pueden ser nexos familiares remotos.

El acreditamiento de la existencia de una causal *absoluta* conllevaría una descalificación inmediata. En cambio, una causal *relativa* exigiría además que se acreditara no sólo la existencia del nexo sino también que el mismo crea “dudas justificadas” acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.²⁶

D. Reglamento de Arbitraje de la AAA

Las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) establecen:

“Artículo 7(1). Los árbitros que actúen bajo estas reglas serán **imparciales e independientes**. Antes de aceptar el nombramiento, la persona propuesta como árbitro informará a la administradora sobre cualquier circunstancias que pudiera dar lugar a dudas justificadas con respecto a su imparcialidad o independencia. Si, en cualquier etapa del arbitraje, surgieran nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a tales dudas, el árbitro informará a la brevedad tales circunstancias a las partes y a la administradora. Al recibo de tal información dada por el árbitro o por una parte, la administradora la comunicará a las otras partes y al tribunal.” (énfasis añadido)

E. Reglamento de Arbitraje de la LCIA

²⁴ David D. Caron y John R. Crook, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, pg. 48.

²⁵ Preliminary Discussion Report, Note on the Travaux Préparatoires, pg. 32.

²⁶ David D. Caron y John R. Crook, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL AND THE PROCESS OF INTERNATIONAL CLAIMS RESOLUTION, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, pgs. 47-48.

En Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*) establece por su cuenta:

“5.2 Todos los árbitros que instruyan un arbitraje al amparo de este Reglamento serán y se mantendrán en todo momento **imparciales e independientes** de las partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas. Ningún árbitro, antes o después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado.” (énfasis agregado)

F. Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio de Estocolmo

El Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo dispone:

“17(1) El árbitro deberá ser **imparcial e independiente**.”

G. CAMCA

Las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (“CAMCA”) establecen:

“Artículo 8. Todos los árbitros que actúen con base en las presentes reglas deberán ser **imparciales e independientes**. Antes de aceptar un nombramiento, el candidato a árbitro deberá revelar al administrador cualquier circunstancia que pudiese dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado, el árbitro deberá revelar cualquier información adicional a las partes o al administrador. Cuando se reciba información de un árbitro o una parte, el administrador la comunicará a las partes y al árbitro.” (énfasis añadido)

H. CAM

El Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México dice:

“Artículo 13(1) Todo árbitro debe ser y permanecer **independiente** de las partes.”

En virtud de que el Reglamento de Arbitraje del CAM es casi idéntico al del Reglamento CCI, los comentarios realizados en la sección IV.A pueden ser de utilidad al respecto.

I. CANACO

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México dice:

“Artículo 12(1) La persona propuesta como árbitro debe revelar a la Comisión todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas acerca de su **imparcialidad** o **independencia**. Una vez nombrado o elegido el árbitro, la Comisión revelará tales circunstancias a las partes, a menos que previamente hayan sido informadas de ellas.”

J. Corte Arbitral para el Deporte

La Regla 33 de las Reglas Procesales de la Corte Arbitral del Deporte establecen que todos los árbitros deberán ser y permanecer independientes de las partes y divulgar cualesquiera circunstancias que puedan afectar la independencia de cualquiera de las partes.²⁷

A su vez, el Artículo 12 de las Reglas de Arbitraje de Arbitraje para los XIX Juegos Olímpicos de Invierno en Salt Lake City establece:²⁸ “*Todos los árbitros deben ser **independientes** de las partes y divulgar inmediatamente cualesquiera circunstancias que puedan comprometer su independencia.*”²⁹

K. OMPI

El Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (“OMPI”) establece en su artículo 22 que: (a) Todo árbitro será **imparcial** e **independiente**.

L. Reglas de Ética de la IBA

Si bien las Reglas de Ética para Arbitros Internacionales de la International Bar Association (“IBA”) (“*Ethics for International Arbitrators*”) de 1987 no son reglas arbitrales y su aplicación por los árbitros es discrecional,³⁰ las mismas reflejan lo que la comunidad arbitral internacional considera que son los cánones de conducta que deben seguir los árbitros internacionales.

²⁷ Literalmente: “*Every arbitrator shall be and remain independent of the parties and shall immediately disclose any circumstances likely to affect independence with respect to any of the parties.*”.

²⁸ Arbitration Rules for the XIX Olympic Winter Games in Salt Lake City.

²⁹ Textualmente, “*All arbitrators must have legal training and possess recognized competence with regard to sport. They must be independent of the parties and disclose immediately any circumstance likely to compromise their independence.*”

³⁰ Claro, a menos que las partes en el arbitraje pacten su obligatoriedad, en cuyo caso dejan de ser de observación discrecional.

Las Reglas Éticas de la IBA establecen cuatro cuestiones que inciden en nuestro tema y que comentaré: (i) la regla fundamental de los árbitros; (ii) los elementos de lo que debe entenderse por parcialidad; (iii) la apariencia de parcialidad; y (iv) el deber de revelación.

i) La Regla Fundamental: Ausencia de Parcialidad

Las reglas comienzan estableciendo en su nota introductoria que los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos.³¹

La solución aportada por las Reglas de Ética de la IBA al problema de imparcialidad e independencia ha sido el establecer que ambas cualidades son elementos de un requisito que deben cumplir los árbitros: permanecer libre de parcialidad alguna.³²

Las reglas establecen que dicho deber constituye la “regla fundamental” aplicable a los árbitros.³³ Para lograrla las Reglas establecen lo que debe entenderse por ello y regula el deber de revelación.

ii) Los Elementos de Parcialidad

El concepto de parcialidad (“bias”) está conformado por dos criterios: imparcialidad e independencia.

- *Parcialidad*: Existirá parcialidad cuando un árbitro favorezca a una de las partes o cuando tenga un prejuicio en relación con la controversia.
- *Dependencia*: Existirá dependencia cuando existan relaciones entre el árbitro y las partes o con alguien relacionado cercanamente con una de las partes.

³¹ “*International Arbitrators should be impartial, independent, competent, diligent and discreet. (...)*”

³² He utilizado la palabra “*parcialidad*” como la mejor traducción que he encontrado del término “*bias*” que es el que emplean las Reglas de Ética. Sin embargo, dicho término es más amplio y alude a la existencia de prejuicio, favoritismo o tendencia a favorecer a una parte. Por consiguiente, el término de parcialidad como traducción de “*bias*” en el contexto de las reglas de la IBA debe entenderse en forma amplia abarcando tanto dependencia (vínculo objetivo) como parcialidad (aspecto subjetivo que implica un estado mental que presenta una ausencia de favoritismo a una de las partes).

³³ La Regla 1 dice: “**1. Fundamental Rule.** *Arbitrators shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes, and shall be and shall remain free from bias.*”. Continúa la Regla 2.1: “*A prospective arbitrator shall accept an appointment only if he is fully satisfied that he is able to discharge his duties without bias.*”.

iii) La Apariencia de Parcialidad

Las reglas abordan el tema de apariencia de prejuicio y aclaran que cuando existan circunstancias³⁴ que puedan hacerle pensar a una persona razonable que, desconociendo el estado mental del árbitro, pudiere considerar que existe dependencia por parte del mismo, existirá *apariencia de parcialidad*. La manera de abordar y evitar la apariencia de parcialidad es cumpliendo adecuadamente con el deber de revelación.

iv) El Deber de Revelación

Un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir cabalmente con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y, no obstante que las circunstancias mismas no hubieran dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber fallado a dicho deber lo descalificará.

Por contrario, el revelar las circunstancias correspondientes pone al árbitro en la cómoda situación consistente en que quedará blindado de cualesquiera recusaciones futuras, o ataques de nulidad o no-reconocimiento al laudo, así como acciones demandándole daños y perjuicios.³⁵

V. LEYES ARBITRALES

Habiendo mencionado la difusión de los términos aludidos en los reglamentos y otros instrumentos arbitrales, a continuación haré una mención de la postura que legal y jurisprudencialmente han adoptado las jurisdicciones más importantes y desarrolladas en esta materia.

A. **Estados Unidos de América**

La *Federal Arbitration Act* ("FAA")³⁶ de 1925, que es la *lex arbitri* federal de Estados Unidos de América, acerca de este tema establece que un laudo puede ser anulado cuando exista "parcialidad evidente" en un árbitro.³⁷

³⁴ Las cuales incluyen, pero no están limitadas a, relaciones entre el árbitro y las partes, el que el árbitro tenga un interés en el resultado del arbitraje, el que existan relaciones de negocios directas o indirectas entre el árbitro y una de las partes o una persona que pueda potencialmente ser un testigo importante. Una relación profesional o inclusive social continuada y substancial entre el árbitro y una parte o con un testigo potencial generalmente dará lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro prospectivo. (Reglas 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, y 3.5 de las Reglas de Ética de la IBA)

³⁵ Inclusive en jurisdicciones en las que no existe la inmunidad del árbitro. El comentario anterior es matizable y dependiente de diversas circunstancias. Sin embargo, para efectos del presente me limitaré a comentar que en la medida en que se cumpla con el deber de revelar, un árbitro tendrá una mejor situación en caso de ser demandado. Por contrario, el no revelar cierta situación que afecte de nulidad o no-reconocimiento el laudo podría generar responsabilidad civil y profesional.

³⁶ 9 U.S.C. §§1 a 16.

El precedente más importante en esta jurisdicción en el tema que nos atañe es el caso de *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*³⁷ en el cual la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos anuló³⁸ un laudo en el cual el tercer árbitro, escogido por los árbitros de parte, no divulgó la existencia de ciertos nexos con una de las partes del arbitraje.⁴⁰

Este caso resulta especialmente interesante a los practicantes e interesados en el arbitraje puesto que existen diversas circunstancias que militaban contra el resultado adoptado por la Suprema Corte de Justicia. Por principio de cuentas, el vínculo en cuestión era endeble y pasado.⁴¹ Es decir, ya no existía. Además, no sólo nunca se acreditó una ausencia de independencia o imparcialidad, sino todo lo contrario. El expediente dejaba claro que no existía parcialidad del árbitro. Existían constancias que acreditaban que el árbitro que falló a su deber de divulgar se comportó con prudencia y equidad procesal. Más aún, tanto las cortes de primera y segunda instancia como las opiniones disidentes de la Suprema Corte de Justicia dejaron claro que no existía indicio alguno de parcialidad por parte del árbitro.⁴²

³⁷ Textualmente, la Sección 10 de la FAA establece que: “*In either of the following cases the United States Court (...) may make an order vacating the award upon th application of any party to the arbitration: (...) (b) Where there was **evident partiality** or corruption in the arbitrators, or either of them. (...)*”.

³⁸ 393 U.S. 145 (1968). Existen casos que citan esta decisión como fundamento del requisito que los árbitros no sólo sean imparciales sino que lo aparenten pero que aún en circunstancias similares llegan a decisiones contrarias. Por ejemplo, *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.* (517 F.Supp. 948 (S.D. Ohio 1981)), *Andros Compania Maritima v. Marc Rich & Co.* (579 F.2d 691, 700 (2d Cir. 1978)), *International Produce, Inc. v. A/S Rosshavet* (638 F.2d 548 (2d Cir. 1981)).

³⁹ El término que utiliza la FAA es “*vacate*”, equiparable a la anulación.

⁴⁰ En específico, una de las partes en el arbitraje era un contratista y uno de sus clientes habituales. La relación era esporádica ya que los servicios del árbitro eran solicitados sólo en ocasiones y con intervalos y no había habido tratos durante el año inmediato anterior al arbitraje.

⁴¹ Inclusive el abogado de la parte que solicitaba la nulidad del laudo manifestó que de habersele notificado las relaciones pre-existentes del árbitro, lo más probable es que no se hubiera objetado las mismas. (Literalmente: “*Petitioner’s counsel candidly admitted that if he had been told about the arbitrator’s prior relationship “I don’t think I would have objected because I know Mr. Caprese [the arbitrator].”*”)

⁴² El Ministro (Justice) White presentó una opinión concurrente y el Ministro Fortas una enérgica opinión disidente en la que manifiesta que las cortes de las dos primeras instancias determinaron que el procedimiento arbitral había sido llevado en forma justa e imparcial y que la decisión había sido correcta. Más aún, las solicitudes de nulidad constituyen un caso típico de una parte perdedora que hecha mano de todos los recursos legales posibles para no cumplir con el laudo arbitral. A su vez, un factor que también militaba en contra de la decisión de la mayoría de anular el laudo lo era que el derecho aplicable (sección 10(b) de la FAA) requería ‘parcialidad evidente’ (‘*evident partiality*’) para anular, y no *apariencia* de imparcialidad, lo cual era la decisión de la mayoría de la Corte.

Es decir, a la Suprema Corte de Justicia le quedaba claro que no existía en el expediente base alguna para determinar que en efecto había una falta de independencia o imparcialidad. Sin embargo, y no obstante que el solicitante no había sufrido perjuicio alguno por la falta de revelación, dicho órgano decidió fijar el precedente que aún en presencia de independencia e imparcialidad de los árbitros, el no cumplir estrictamente con el deber de revelación de un árbitro traía como resultado una especie de regla *per se* de nulidad.

El mensaje es claro: *cualquier duda acerca de la necesidad de divulgar alguna circunstancia o nexo debe ser resuelta en favor de la revelación, por más endeble o cuestionable que sea.*

El resultado es que este caso torna al deber de revelar en un tema muy delicado y establece un umbral de prueba muy bajo para anular o negar el reconocimiento en Estados Unidos de América de un laudo con fundamento en la falta de apariencia de imparcialidad como resultado de la falta de divulgación de algún nexo o circunstancia.

Como conclusión puede decirse que la apariencia de parcialidad es una base para anular cuando el árbitro no reveló el vínculo mientras que parcialidad comprobada es una base para anular cuando el vínculo ha sido revelado.⁴³

B. Francia

El Nuevo Código de Procedimiento Civil francés (*"Nouveau Code de Procédure Civile"*) establece que *"(...) un árbitro que considere que existe una causal para su recusación debe informar a las partes de ello. En dicho caso, no puede aceptar el nombramiento a menos que las partes estén de acuerdo."*⁴⁴

La Corte de Casación en el caso *Ury c/ Galeries Lafayette*⁴⁵ estableció que 'independencia' se refiere a una concepción estrictamente objetiva. A su vez, en el caso *Société Gemence et autres c/Siape SA*, la Corte de Apelación de París recalcó que la independencia es una parte esencial de la función jurisdiccional de un árbitro como resultado del carácter de juez que tiene *vis-à-vis* las partes en el arbitraje. La obligación de información que recae sobre el

⁴³ Doak Bishop y Lucy Reed, PRACTICAL GUIDELINES FOR INTERVIEWING, SELECTING AND CHALLENGING PARTY-APPOINTED ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, Vol. 14, No. 4, 1998, pgs. 406-407.

⁴⁴ Textualmente: "Article 1452. (...) L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties."

⁴⁵ Del 13 de abril de 1972.

árbitro busca brindar a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de recusación.⁴⁶

En diversos casos las cortes francesas han establecido que el concepto de independencia excluye cualquier relación que pueda implicar subordinación o dependencia con cualquiera de las partes. Las circunstancias en las cuales se funda una recusación basada en ausencia de independencia deben constituir, mediante la existencia de vínculos materiales o intelectuales, una situación que pueda afectar el buen juicio del árbitro creando un riesgo de parcialidad en favor de una de las partes en el arbitraje.⁴⁷

A manera de conclusión, me permito citar a Matthieu de Boissésón quien, para explicar el canon de conducta que deben observar los árbitros, elocuentemente dice: “la independencia es la única cara del árbitro internacional.”⁴⁸

C. Suiza

La ley de derecho internacional privado (*Private International Law Act*)⁴⁹ establece que un árbitro puede ser recusado si existen circunstancias que resulten en dudas justificadas acerca de su independencia.⁵⁰

La cualidad de independencia del árbitro de las partes se considera imperativa e irrenunciable. Durante las labores legislativas se analizó incluir el requerimiento de imparcialidad pero fue eliminado puesto que se consideró que dentro del contexto de un tribunal tri-partita, el presidente tiene la obligación de ser tanto imparcial como neutral.⁵¹

⁴⁶ Dicha decisión, en su parte relevante dice : “... l’indépendance de l’arbitre est de l’essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d’une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tous liens de dépendance à l’égard des parties, et que, d’autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l’existence de liens matériels ou intellectuels avec l’une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre en constituant un risque certain de prévention à l’égard d’une partie à l’arbitrage; (...) l’obligation légale d’information qui pèse sur l’arbitre quant à de telles circonstances afin de permettre aux parties d’exercer leur faculté légale de récusation doit s’apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l’arbitre; (...)”

⁴⁷ Casos *T.A.I. v. S.I.A.P.E.* –Corte de Apelación de París, 2 de junio de 1989, y *Gemanco v. S.A.E.P.A.* – 1991 REV. ARB. 87, citados por Fouchard, Gaillard, Goldman, *ob cit.*, pg. 565.

⁴⁸ Matthieu de Boissésón, LE DROIT FRANCAIS DE L’ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL, GNL Editions, 1990, pg. 778.

⁴⁹ En vigor del 1o de enero de 1989.

⁵⁰ El precepto a la letra dice en inglés: “Article 180. An arbitrator may be challenged: (...) c. If circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his **independence**.”. En francés dice: “Article. 180. Un arbitre peut être recuse: (...) c. lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son **indépendance**.”.

⁵¹ Pierre Lalive, Jean-Francois Poudret, Claude Reymond, LE DROIT DE L’ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL EN SUISSE, Editions Payot Lausanne, 1989, pgs. 338-339.

Se citó y analizó el recurrente caso de los árbitros que consideran que su misión es la de defender y, de ser posible, hacer triunfar, a la parte que los designó. Se analizaron las siguientes posibilidades: (i) que los árbitros sean independientes de ambas partes; o (ii) que los árbitros sean representantes de ambas partes (adoptando así el método estadounidense). Se optó por la primera opción.⁵²

Un comentario útil lo es que en la determinación de la independencia del árbitro no hay absolutos. Depende de la apreciación de circunstancias concretas. Entre las circunstancias que generalmente presentan problemas se ejemplificaron: aquellas en las que exista subordinación del árbitro; cuando existan lazos económicos importantes; cuando se presenten relaciones profesionales constantes; cuando existan promesas de remuneración adicional. Al aquilatar lo anterior debe de tomarse en consideración la personalidad del árbitro.⁵³

D. Inglaterra

La Ley de Arbitraje de 1996 (*Arbitration Act 1996*) –ampliamente reconocida como una de las leyes arbitrales más modernas– establece la obligación de los árbitros de actuar con imparcialidad.⁵⁴

El reporte del comité de redacción de la nueva ley de arbitraje manifestó que la ‘independencia’ es una cualidad que viene en segundo lugar de ‘imparcialidad’. Es decir, la ausencia de independencia, a menos que de lugar a dudas legítimas acerca de la imparcialidad de un árbitro, es intrascendente.⁵⁵

El sentir del comité fue que en la medida en que es la imparcialidad la que preocupa, la “*dependencia imparcial*”⁵⁶ no es razón suficiente para remover a un árbitro.⁵⁷ Más aún, el incluir independencia como criterio orientador generaría argumentos que buscarían encontrar un vínculo, por más remoto que fuera, para recusar a un árbitro.⁵⁸ Además hay casos en los cuales las partes pueden desear que los árbitros estén familiarizados con el área en la que versa la

⁵² Lalive, Poudret, Reymond, *Op. Cit.*, pgs. 338-341.

⁵³ Id., pgs. 340-341.

⁵⁴ El artículo 33 establece: “*General Duty of the Tribunal. 33. (1) The tribunal shall- (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, (...)*”.

⁵⁵ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, Rt. Hon. Lord Justice Saville, Chairman, February, 1996, pg. 26.

⁵⁶ Lo que el comité llamó “*non-partiality lack of independence*”. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, Rt. Hon. Lord Justice Saville, Chairman, February, 1996, pg. 26.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Como de hecho sucede en otras jurisdicciones. Por ejemplo, Estados Unidos de América y Suecia.

controversia en lugar de ser completamente independientes. Sin embargo, la ausencia de independencia puede dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad de un árbitro, lo cual sí está contemplado como razón para recusar⁵⁹ o atacar el laudo de nulidad de conformidad con la sección 68⁶⁰ de la misma ley.⁶¹

Las Cortes inglesas han sostenido que la mera apariencia de parcialidad es suficiente para descalificar a un árbitro.⁶² Un precedente interesante lo constituye el caso *Veritas Shipping Corp. v. Anglo-Canadian Cement, Ltd.*⁶³ en el cual una corte de Londres removió al árbitro designado por una de las partes en un arbitraje ya que él se designó a sí mismo como el árbitro de la parte demandada, en su carácter de director administrativo (*Managing Director*) de dicha entidad. El fundamento que la corte londinense dio fue que los árbitros no sólo deben actuar judicial e imparcialmente, *sino que además deben aparentarlo*.

VI. MÉXICO

A. *Independencia e Imparcialidad en Derecho Arbitral Mexicano*

La *lex arbitri* mexicana esta contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (artículos 1415 a 1463). El derecho mexicano acogió la Ley Modelo de la CNUDMI⁶⁴ sobre Arbitraje Comercial Internacional casi en su totalidad (los cambios fueron pocos y la mayoría son de tipo cosmético).

⁵⁹ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill, Rt. Hon. Lord Justice Saville, Chairman, February, 1996, pg. 27.

⁶⁰ La Sección 68 regula la posibilidad de atacar un laudo con fundamento en la existencia de una irregularidad seria ("*serious irregularity*") que afecte ya sea al tribunal, al procedimiento o al laudo arbitral.

⁶¹ Martin Hunter y Toby Landau, THE ENGLISH ARBITRATION ACT 1996: Text and Notes, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, pg. 31.

⁶² Metropolitan Properties Co. Ltd. v. Lannon [1969] QB 577 pg. 599 (per Lord Denning). Tupman, CHALLENGE AND DISQUALIFICATION OF ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 38 Int'l & Comp. LQ 26, 1989, pg 50.

⁶³ [1966] 1 Lloyd's L. Rep. 76 (Q.B. 1965). Vale la pena mencionar que esta decisión fue emitida con anterioridad a la ley arbitral actualmente en vigor (de 1996). Sin embargo, es útil para ejemplificar el temperamento de las cortes inglesas en este tema, en especial por que la motivación de la remoción del árbitro lo fue apariencia de imparcialidad.

⁶⁴ Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional o "UNCITRAL", por sus siglas en inglés – "United Nations Commission on International Trade Law". (Ver Exposición de Motivos de la iniciativa de ley de la Cámara de Diputados de fecha 1o de junio de 1993 que dice: "...De merecer la aprobación de ese honorable Congreso de la Unión, se incorporarían las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es el resultado de una negociación universal realizada en el seno de las Naciones Unidas. La Asamblea General de este organismo recomendó a todos los países que examinaran debidamente la mencionada Ley Modelo y tomaran en

En nuestro tema, el Código de Comercio establece:

“Artículo 1428. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su **imparcialidad** o **independencia**. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad** o **independencia**, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

Dicho precepto, que fue tomado del artículo 12 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, establece las bases para recusar a un árbitro y los requisitos de revelación.⁶⁵

El aspecto central de éste precepto es que no busca establecer una lista detallada de todos los posibles vínculos o circunstancias que pueden existir para justificar una recusación. Más bien, establece dos fórmulas o bases generales con fundamento en las cuales puede recusarse un árbitro: (1) cuando existan circunstancias que “puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”; y (2) que carezca de las credenciales/cualidades particulares exigidas por las partes.⁶⁶ Lo anterior constituye la única base con fundamento en la cual se puede recusar un árbitro.⁶⁷ Acerca de la segunda no abundaré puesto que es auto-explicativa y rebasa el tema que me ocupa.

Dentro de las hipótesis que se estima que deben quedar incluidas dentro de la frase general “circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca

cuanta la convivencia de uniformar el derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.”)

⁶⁵ Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Legislative History and Commentary, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, pg. 388.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Aron Broches, A COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, pg. 59.

de su imparcialidad o independencia” se encuentra la conducta parcial o tildada en favor de una de las partes.⁶⁸

A su vez, en el contexto de la facultad del juez para designar a un árbitro se establece que “...Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro **independiente e imparcial**.”⁶⁹

B. Apariencia de Imparcialidad

Como puede observarse el derecho mexicano repite los criterios que las jurisdicciones y reglas arbitrales más avanzadas establecen como guías para determinar la elegibilidad de un árbitro: independencia e imparcialidad.

Si bien dicho dispositivo no alude expresamente a la apariencia de imparcialidad y a la fecha no existe caso alguno que haya ventilado el tema, me atrevería a afirmar que la frase “circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia” podría y debería interpretarse como entrañando dicho concepto. A continuación explicaré porque.

Considero que hay dos argumentos que fundamentan la conclusión en el sentido que la noción de apariencia de imparcialidad puede derivarse del artículo 1428 del Código de Comercio: (i) la naturaleza y fines del arbitraje; y (ii) la experiencia extranjera.

i) La Naturaleza y Fines del Arbitraje

El arbitraje se funda en la confianza. Por consiguiente, deben tomarse medidas que fomenten la misma.

El requerir que un árbitro no sólo reúna las cualidades intelectuales y virtudes morales aplicables sino que además se comporte de una manera que reitere la existencia de las mismas ante los ojos de quienes lo ha investido con el poder de solucionar el conflicto confiando en dicho mecanismo de solución de controversias es razonable y fomentaría en cumplimiento voluntario de los mismos.

ii) La Experiencia Internacional

Existen tres razones por las que creo que la experiencia internacional (resumida en la sección V de este comentario) debe ser tomada en consideración e influir la postura que la judicatura tome en relación con este tema. La primera es que

⁶⁸ First Secretariat Note, A/CN.9/207, para. 65, p. 391.

⁶⁹ Artículo 1427 del Código de Comercio.

los laudos internacionales tienen “curso legal” internacional gracias a las convenciones internacionales que México ha ratificado,⁷⁰ por lo que, si se pretende lograr el objetivo de dichos instrumentos (fomentar la ejecución de los laudos extranjeros), los laudos deben observar las tendencias y precauciones que en otras jurisdicciones empiezan a prevalecer, en especial aquellas que pueden resultar en obstaculización en la ejecución de los mismos. El no hacerlo podría restar al objetivo de darle entera fe y crédito a los laudos.

La segunda razón consiste en que la experiencia y casos extranjeros versan sobre la misma problemática y, en varios casos, se apoyan en los mismos textos (o textos substancialmente parecidos con frecuencia emulados en aquellos) que han dado origen a las resoluciones en cuestión. Por consiguiente, el siguiente principio de integración jurídica justificaría el hacerlo: donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición (*ubi eadem ratio idem jus*).⁷¹

La tercer razón es que existe una tendencia a uniformar o armonizar la práctica del arbitraje comercial internacional como resultado del “choque de culturas” jurídicas que a nivel internacional se ha presentado entre no sólo los derechos (substantivos y adjetivos) del mundo, sino también en las nociones de lo que se aceptable en la solución de conflictos. El adoptar la teoría de apariencia sería congruente con dicha tendencia.

C. Postura Contra la Adopción de la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad

Existen argumentos en contra de esta postura. A saber: (i) el Código de Comercio no habla de apariencia de imparcialidad o independencia, por lo que parecería que a la cadena de razonamiento que arroja dicha conclusión le falta un eslabón.⁷² (ii) El aceptar dicha teoría podría interpretarse como contrario a la actitud pro-arbitraje⁷³ de la Ley Modelo (y, por ende, Código de Comercio) así

⁷⁰ La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958 (que entró en vigor el 7 de junio de 1959 y que México publicó en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975 (que entró en vigor el 16 de junio de 1976 y que México publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 1978 y 27 de abril de 1978).

⁷¹ Técnicamente, me refiero en el principio de integración por analogía según del cual, ante la existencia de una igualdad de motivos debe dársele la misma consecuencia jurídica, a menos que exista una excepción expresa (*exceptio est strictissimae interpretationis*).

⁷² En mi opinión esta postura no sería convincente puesto que (a) la frase " circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia" podría interpretarse en ese sentido; y (b) el que la ley no haga alusión expresa no resta a que la jurisprudencia pueda interpretar el que el mismo se deriva de disposiciones relacionadas.

⁷³ Conocido internacionalmente como el “*pro-enforcement bias*” que dicta que ante la duda entre ejecutar o no ejecutar un laudo, en ausencia de una razón de peso, debe preferirse la eficacia del mismo.

como las convenciones internacionales de las que México es parte.⁷⁴ (iii) La exposición de motivos de las reformas que introdujeron la Ley Modelo de la CNUDMI como parte de nuestro Código de Comercio es omisa al respecto. (iv) Los comentarios sobre los debates que dieron origen a la Ley Modelo no dicen nada al respecto.⁷⁵

Sin embargo, por las razones mencionadas, considero que ninguno de los argumentos anteriores es razón suficiente para obstaculizar el nacimiento vía jurisprudencia de dicho concepto.

D. Precauciones al Adoptar la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad

Mencionado lo anterior creo que de adoptarse la noción de *apariencia de imparcialidad* debe tomarse con ciertas reservas y no adoptando una regla de nulidad *per se* como lo ha hecho la judicatura de Estados Unidos. Por principio de cuentas, *no es posible que una corte anule o deje de reconocer un laudo simplemente con base en una apariencia de imparcialidad puesto que no está contemplado como una de las causales contenidas en los artículos 1457 o 1462 del Código de Comercio* y, como es sabido, las únicas causales que pueden (más no tienen que) dar lugar a una nulidad o no reconocimiento de laudo en derecho mexicano son aquellas limitativamente enumeradas en dichos preceptos.

En mi opinión, para que una demanda de nulidad o solicitud de no-reconocimiento de un laudo pueda proceder en base a la apariencia de imparcialidad derivada del incumplimiento del deber de revelar del árbitro, la parte demandante debe acreditar claramente el perjuicio que sufrió al respecto, y que el mismo es de grado tal que se vio mermado en su derecho a que la controversia se ventile mediante un proceso debido, con fundamento en el artículo 1457(I)(b) y/o 1462(I)(b) del Código de Comercio.

Es decir, *la simple apariencia no debe ser suficiente*. Sólo un indicio. Para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un laudo, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado. No especulado. De otra manera se corre el riesgo de abrir la puerta a chicanas para evitar el cumplimiento de un laudo.

⁷⁴ Considero dicho argumento inconvincente puesto que (a) el que desee fomentar el arbitraje no le resta a que se encause/regule el mismo; y (b) adoptar la teoría de la apariencia podría ser una medida que fomentaría el arbitraje en la medida en que la confianza incremental o marginal que se obtenga de su adopción mejorará el uso del mismo.

⁷⁵ En mi opinión el que la iniciativa de ley o doctrina no aborde la teoría de la apariencia no evita el que se adopte. Tan sólo debilita la postura que la busca adoptar con base en argumentos de tipo de método exegético de interpretación o integración de derecho.

VII. RECOMENDACIONES PRÁCTICAS

Habiendo explicado la importancia no sólo de ser independiente e imparcial, a continuación presentaré algunas sugerencias que pueden servir para asegurarse que las apariencias se están guardando.

Creo que lo anterior puede ser de especial utilidad puesto que en mi experiencia, con frecuencia estas reglas de 'etiqueta' arbitral se violan más por desconocimiento que por dolo.

A. Principio

Como principio de conducta debe recalcar que la mejor manera de evitar problemas es la revelación por un candidato de árbitro de todas las circunstancias que pueden dar pie a una de las partes en el arbitraje a dudar del árbitro. Cualquier duda debe resolverse en favor de la divulgación.

Confieso que lo anterior pone a un árbitro prospectivo en un dilema puesto que las declaraciones de independencia no-calificadas son preferidas a aquellas que lo son. Además, el revelar cuestiones triviales puede darle municiones a una parte que desee emplear tácticas dilatorias. Sin embargo, el buen ejercicio del deber de revelación es tanto un escudo como una espada. Me refiero a que el revelar en forma total no sólo blindará al árbitro de futuros problemas, sino puede ser utilizado para defenderse de futuros ataques o cuestionamientos sobre su carácter.

Al revelar las circunstancias aplicables, los árbitros deben ser cándidos y responder expansivamente y sin cortapisas a todas las preguntas que se le hagan ya que la evaluación que de ello harán las partes en el arbitraje será un examen totalmente circunstancial.

Una cuestión adicional que no debe perderse de vista a efecto de entender el porqué de la conveniencia de revelar ampliamente es que el que exista o no apariencia de parcialidad se determina desde el punto de vista de la contra-parte en el arbitraje que no lo elige. Es decir, para aquilatar si una parte en el arbitraje tiene razón para dudar de la imparcialidad de un árbitro, el órgano que lo analice debe ponerse en los zapatos de dicha parte tomando en consideración que desconoce la verdad y que el arbitraje es un proceso adversarial, una batalla, en la cual las ventajas estratégicas cuentan y pueden determinar el resultado de la misma. Es lo anterior lo que explica el que las partes sean sensibles sobre este tema y lo que convierte a las apariencias en un tema de importancia.

B. Factores que Descalifican

Los siguientes factores deben tomarse como impedimentos para ser árbitro en la controversia en particular.⁷⁶ De existir, el candidato de árbitro debe renunciar al encargo:

- i) Un interés financiero en la controversia o asunto objeto de la misma;
- ii) Un interés financiero en una de las partes de la controversia o sus representantes;
- iii) Relaciones familiares cercanas con una de las partes o sus representantes;
- iv) Involucramiento no-financiero en el asunto, la controversia o el objeto de la controversia;
- v) Involucramiento en las discusiones para transigir el asunto; y
- vi) Una relación adversarial con una de las partes.

C. Factores que no Descalifican

Las siguientes son circunstancias que, si bien mencionarlas podría parecer perogrullo, con frecuencia personas poco familiarizadas con el arbitraje utilizan (sin éxito) como motivación de una recusación:

- i) Publicaciones profesiones o conferencias;
- ii) Asociaciones profesionales;
- iii) Posicionamiento en la misma industria;
- iv) Relación con la institución arbitral.

D. Factores que deben Analizarse

Al margen de las anteriores situaciones que son claras, existen diversos factores que, lejos de ser un negros o blancos, son grises, y algunos con matices diferentes de gris: (i) Relaciones de negocios pasadas con una parte y sus representantes; (ii) relaciones familiares endeble con una de las partes y sus representantes; (iii) amistad con una de las partes y sus representantes; (iv) afiliaciones entre despachos; (v) compartir oficinas entre abogados no-asociados entre ellos; y (vi) servicios en otros arbitrajes.⁷⁷

En términos generales, el que la presencia de dichas circunstancias den lugar a una descalificación de un árbitro es totalmente dependiente de las características del caso. Sin embargo, existe una sobre la que quisiera hacer un comentario: servicios en otros arbitrajes.

⁷⁶ Los mismos han sido interesantemente abordados en el estudio de Doak Bishop y Lucy Reed, PRACTICAL GUIDELINES FOR INTERVIEWING, SELECTING AND CHALLENGING PARTY-APPOINTED ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, Vol. 14, No. 4, 1998, pgs. 407-423.

⁷⁷ Idem.

A efecto de determinar la posibilidad de que el haber participado en otro arbitraje constituya un óbice para participar en otro, deben analizarse las circunstancias con la finalidad de determinar si se presenta alguno de los siguientes peligros que, de existir, o tenerse una duda fundada de que existen, debe dar lugar a una descalificación del árbitro:

1. La posibilidad de que haya prejuzgado sobre la responsabilidad de una de las partes en la controversia.
2. La posibilidad de que haya tenido acceso a información o pruebas delicadas en el primer procedimiento que puedan incidir en su ánimo en el siguiente arbitraje.
3. El que el árbitro, como resultado de múltiples nominaciones, se haya generado un vínculo financiero que merme su "independencia".

E. Comunicaciones con el Tribunal

Por último, quisiera hacer una breve mención acerca de las comunicaciones entre las partes y el árbitro puesto que en mi experiencia ello constituye una causa de problemas recurrentes. Para ello, quisiera diferenciar entre tres etapas:

i) Antes de la Designación

Con frecuencia un árbitro prospectivo es entrevistado antes de ser designado. Lo anterior es apropiado siempre y cuando la discusión de la controversia no rebase una mera descripción neutral con la finalidad de sondear las aptitudes del árbitro, posibles conflictos de interés y/o disponibilidad de tiempo. Sin embargo, la parte que lo entreviste debe evitar abogar por una postura o hacer preguntas hipotéticas que sondeen la postura que podría adoptar el árbitro.

Como es de imaginarse, en estos temas se está en el área de lo subjetivo y es difícil establecer reglas precisas. Sin embargo, lo que queda claro es que entre menos se acaten estas pautas y entre menos se guarden las apariencias más probable es que se comprometa la posibilidad de que dicho árbitro participe en la controversia, se recuse el mismo, y/o se ponga en peligro la validez/ejecutabilidad del laudo.

ii) Durante el Procedimiento Arbitral

Una vez designado el árbitro, las comunicaciones *ex parte*, es decir, las comunicaciones entre el árbitro y la parte que lo designó, deben evitarse. Son inapropiadas. Inclusive, podrían ser la base para una recusación o demanda de nulidad o no-reconocimiento.⁷⁸

⁷⁸ Sección 5.3 de las Reglas de Ética de la IBA.

iii) Concluido el Procedimiento Arbitral

Una vez concluido el asunto,⁷⁹ siempre y cuando se cuide no incurrir en alguna de las siguientes circunstancias, no es mal visto el platicar con el árbitro:

1. Que el árbitro no participe en otros arbitrajes que involucren a la parte en cuestión.
2. Que no se traten las deliberaciones, ya que son confidenciales.⁸⁰

VIII. COMENTARIO FINAL

He procurado hacer una breve descripción del difícil tema de la forma en que los árbitros deben conducirse a efecto de resguardar los cánones de conducta que deben observar con la finalidad de cumplir adecuadamente su obligación principal: *emitir un laudo válido y ejecutable*.

Como puede apreciarse del análisis realizado, se pide mucho de los árbitros. Es el propósito de este estudio el brindar orientación que facilite cumplir con dicha misión.

⁷⁹ Es decir, que se haya pagado el laudo. Que no existan procedimientos pendientes en relación con la ejecución, nulidad, o apelación (de ser el caso – por ejemplo, en arbitrajes CIADI o TLCAN).

⁸⁰ Sección 9 de las Reglas de Ética de la IBA.

Nota Final

Al lector podría interesarle saber que, si bien la cita realizada al principio de este comentario es coloquialmente atribuida a Nicolás Maquiavelo en su obra “El Príncipe”, he revisado la misma con la finalidad de brindar una cita precisa y, si bien en forma exacta no existe, lo que sí existe es el consejo de dicho autor en el siguiente sentido:

“...el Príncipe no necesita poseer todas las cualidades indicadas; pero *debe aparentar tenerlas*. Es más, tenerlas y emplearlas es peligroso; pero, fingirlas siempre es conveniente. (...)”⁸¹
(mis itálicas)

Como puede observarse, el mensaje es el mismo.

⁸¹ Nicolás Maquiavelo, EL PRÍNCIPE, Colofón, México D.F., Tercera Edición, 1989, pg. 119. (Capítulo XVIII: Si Deben Cumplir los Príncipes sus Compromisos). En Inglés: “So a prince need not have all the aforementioned good qualities, but **it is most essential that he appear to have them**. Indeed, I should go so far as to say that having them and always practicing them is harmful, while seeming to have them is useful. (...)”. (Niccolò Machiavelli, THE PRINCE, (Traducción de Thomas G. Bergin, Yale) Harlan Davidson, Inc., Wheelington, Illinois, pg. 51. Chapter XVIII: In What Manner Princes Should Keep Their Word) (énfasis añadido)