

## EL ÁRBITRO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

*A mi querido maestro, don José Luis Siqueiros. Un ejemplo de lo que es (y debe ser) un buen árbitro.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Naturaleza.* III. *Requisitos.* IV. *Cumplimiento de requisitos.* V. *Constitución.* VI. *Obligaciones y poderes.* VII. *Derechos.* VIII. *Temas abiertos y problemas en la práctica.* IX. *Comentarios finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

Un axioma frecuentemente citado dicta que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.<sup>1</sup> “Tanto vale el arbitraje como el árbitro”, advertía Frederic Eisenman, quien fuera Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional. Como lo expone atractivamente J. H. Carter:<sup>2</sup> “Los tres temas más importantes en el arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros, los árbitros”. [The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators.]

<sup>1</sup> Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224.

<sup>2</sup> “The Selection of Arbitrators”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, núm. 1-4, 1994, p. 84.

Thomas Clay, en su tesis doctoral sobre este tema, escribe:<sup>3</sup> “Probablemente nada es más importante que la elección del árbitro, ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales.

Si bien la importancia es clara, su régimen, derechos, obligaciones y respectivo alcance muestra ambigüedades y diferencias de opinión. Su análisis es el objeto de este estudio.

Para ello se comenzará con su naturaleza, para continuar con los requisitos para actuar como árbitro, cómo se garantizan, continuando con la constitución del tribunal, las obligaciones, sus poderes, derechos, algunos temas difíciles, para concluir con una observación final.

## II. NATURALEZA

### 1. Introducción<sup>4</sup>

La naturaleza del árbitro, como del arbitraje, ha sido objeto de debate.<sup>5</sup> Las figuras a las que se asemeja son varias, y los argumentos en apoyo de cada una son diversos. A continuación las mencionaré brevemente.

### 2. Nociones vecinas

Las instituciones a las que se ha asemejado la figura del árbitro son 1) mediador y conciliador; 2) mandatario; 3) transacción y 4) experto. A continuación se analizarán.

<sup>3</sup> Thomas Clay, *L'Arbitre*, Dalloz, París, 2001, p. 374. Sus palabras son “Rien n'est probablement plus important que le choix de l'arbitre (...), ni de plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d'arbitrage”.

<sup>4</sup> Esta sección está basada en un artículo titulado “La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico”, que el autor presentó a la *Revista Peruana del Arbitraje* en marzo de 2007, y que reproduzco con su autorización.

<sup>5</sup> En este apartado centraré el análisis en la naturaleza del árbitro, dejando para otro momento la naturaleza del arbitraje. En caso de desear abundar sobre esta última, puede consultarse la obra *El arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007, en donde se hace un análisis exhaustivo.

### A. Mediador y conciliador

Existe un álgido (y cansado, en mi opinión)<sup>6</sup> debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación. No será repetido.<sup>7</sup> Para efectos de este análisis ambos serán concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero-neutral para ayudar a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión que el tercero pueda emitir sea ejecutable.

Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. Ello deriva de que las tres figuras comparten algo (su género próximo): en todas participa un tercero extraño que, con niveles distintos de intervención, colabora para resolver la controversia de las partes. La diferencia específica reside en las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que *ellas mismas* resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución, el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.

Una segunda diferencia es la participación de las partes en la solución de la controversia. Mientras que en la mediación y conciliación se trata de conducta cooperativa: procedimientos de “caucus”,<sup>8</sup> en un arbitraje el procedimiento es adversarial.

### B. Mandatario

Hay quien postula que el árbitro es un mandatario de las partes, por lo cual el arbitraje es asimilable a un mandato. Se le encomienda la

<sup>6</sup> Pues la discusión es, en buena medida, semántica. No veo que tenga mucho contenido. Es por ello que el estudio citado en la siguiente nota y en la obra *Arbitraje*, Porrúa, 2004, adopto una postura que busca prescindir de debates de nomenclatura, para entrar al fondo del asunto. Al respecto propongo que existen dos instituciones parecidas pero distintas, dan un valor agregado diverso para resolver diferentes tipos de controversias. Es por ello que en el estudio citado hago un llamado a que se entienda la (distinta) herramienta que cada una proporciona, y a que no nos perdamos en debates sobre títulos.

<sup>7</sup> Para abundar sobre ello, consúltese “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el desarrollo del área”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 28, 2004, p. 213.

<sup>8</sup> Este es el término de arte que describe el procedimiento mediante el cual las partes comunican al tercero su postura sobre la disputa que las divide para que éste ayude a presentar sus diferencias, sea sugiriendo una solución o simplemente aviniendo a las partes.

realización de un acto jurídico (resolver una controversia) cuyo efecto impactará un patrimonio distinto al suyo: el de sus mandantes.

Considero que la caracterización peca de algo importante (que es su diferencia específica): en el mandato, los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo. Tomando esto en cuenta considero que se está forzando la institución. Las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver, por lo que la asimilación parece inadecuada.

### C. Transacción

Algunos asimilan al arbitraje a una transacción. El motivo principal reside en que comparten algo en común: mediante ambos se obtiene un documento que tiene fuerza de cosa juzgada.

Considero que existen tres motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje. El primero es palpable: en la transacción no hay tercero. El segundo es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia.<sup>9</sup> En arbitraje esto no sucede. No hay recíprocas concesiones. El árbitro determinará a quién asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.

Tercero, el arbitraje resulta en un *acto jurisdiccional*. La transacción es un contrato. En la transacción no hay una renuncia de ejercer *ante tribunales* un derecho de acción. En el arbitraje sí.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Lo cual es un elemento *esencial* de la transacción. Existe jurisprudencia al respecto.

<sup>10</sup> Lo que la doctrina francesa llama el "efecto negativo" del acuerdo arbitral. En forma relevante, recientemente se ha emitido una tesis que hace eco de esta teoría: NULIDAD DE ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL MERCANTIL. NO CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO A UN TRIBUNAL JUDICIAL. *La existencia de un acuerdo de arbitraje produce para las partes efectos positivos y negativos*. Los primeros en relación con la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Los efectos negativos consisten en la *imposibilidad de plantear la controversia ante un tribunal estatal* o diferencia que es materia de compromiso arbitral, *ante un tribunal estatal* y de que éste conozca del fondo del asunto. Existen casos en que legalmente es posible la intervención de la autoridad judicial en los procedimientos arbitrales, antes o después de la instauración del procedimiento, para ejercer el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, al respecto el Código de

### D. Experto

Mediante un procedimiento de expertos (o el galicismo bajo el cual es más conocido: "expertise") se busca obtener una opinión sobre una cuestión técnica, que no necesariamente es jurídica.

El arbitraje y el "expertise" comparten algo: tercero(s) participa(n) dando su opinión para resolver una controversia. Sin embargo, difieren tanto subjetiva como objetivamente. Objetivamente, mientras que el árbitro resuelve una disputa después de realizar un acto jurisdiccional, el experto no hace más que dar una opinión sobre una cuestión técnica, de hecho. Subjetivamente, mientras que uno es un experto en un área del conocimiento humano, el otro no necesariamente reúne dicho requisito. En esencia, sus diferencias son:<sup>11</sup>

- a) *Sujeto*. El árbitro es un juzgador, el experto un tercero conocedor de una disciplina particular.

Comercio establece en el título IV del libro V, denominado "Del arbitraje comercial", específicamente los siguientes supuestos: solicitud de medidas cautelares, nombramiento, recusación o remoción de árbitro, cuando opuesta la excepción de incompetencia el tribunal arbitral la desestime, desahogo de pruebas, observaciones respecto de los honorarios de los integrantes del tribunal, anulación de laudos definitivos y reconocimiento y ejecución de laudos. De ahí que si el acto cuya nulidad se pretende ante un tribunal del Estado, deriva de un procedimiento arbitral que todavía no ha concluido, es ante el propio tribunal arbitral que debe obtenerse el remedio, toda vez que la validez del acto emitido dentro del procedimiento arbitral, puede ser resuelta por quien conoce de tal procedimiento, dado que la jurisdicción arbitral está latente mientras no se resuelva la controversia de fondo. Además, la improcedencia de la acción de nulidad autónoma contra un acto dictado dentro de un procedimiento arbitral que no ha concluido, tiende a evitar dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, pues de permitir la intervención judicial para revisar cada una de las actuaciones del tribunal arbitral haría nugatoria esa forma de justicia alternativa, porque no podrían lograr el objetivo que se pretendía con dicha estipulación, consistente en evitar la tramitación de un procedimiento judicial y únicamente dejar la intervención del tribunal estatal para lo expresamente regulado y en su caso, para la ejecución del laudo que resuelva la controversia. Con esas bases, se da cabal eficacia al compromiso arbitral y se facilita la realización de los procedimientos arbitrales, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias. (Amparo directo 350/2006, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, Novena época, marzo de 2007, Tesis: I.3o.C.566 C, p. 1730).

<sup>11</sup> Charles Jarrosson, *La Notion d'Arbitrage*, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, p. 123.

- b) *Facultades/Objeto*. El árbitro emite un laudo que vincula a las partes por tener fuerza de cosa juzgada, el experto emite una opinión que (en principio) no vincula a las partes.
- c) *Resultado/Producta*. El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho.

Con frecuencia las partes establecen cláusulas arbitrales “escalonadas” y ello ha generado dudas sobre el papel y naturaleza del perito en dicho contexto.

Un “Acuerdo Arbitral Escalonado”<sup>12</sup> es uno en el cual se contempla más de un mecanismo para resolver las controversias que puedan surgir de su relación.<sup>13</sup> La forma en que se conjuga la pluralidad de métodos es variable, no estática. En ocasiones implica que una tiene que agotarse antes de acudir a otra. En otras no pueden seguirse en forma paralela o complementaria. La necesidad de agotar previamente uno antes de acudir a otro es una determinación contractual y casuista.<sup>14</sup> Depende de lo que las partes hayan pactado. No es automática y no admite generalizaciones. Atiende a la arquitectura contractual.

La práctica muestra situaciones ambiguas en las que es difícil distinguir entre un procedimiento de expertos y el arbitraje. Ello dado las facultades que se le dan a los “peritos”. Ha sucedido que se le dan facultades que se asemejan más a un acto jurisdiccional que a la emisión de una opinión técnica.<sup>15</sup> Las diferencias en las facultades

<sup>12</sup> O “Multi-Tiered Arbitration Clause”, como se le conoce en inglés.

<sup>13</sup> Dyalá Jiménez Figueres, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, *ICC Internacional Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, núm. 1, Primavera de 2003, p. 71.

<sup>14</sup> Así lo han determinado laudos arbitrales distintos (por ejemplo, arbitraje CCI 4229, laudo interino de 26 de junio de 1985; arbitraje CCI 5872, laudo interino del 25 de abril de 1988; arbitraje CCI 6276, laudo parcial de 29 de enero de 1990; arbitraje CCI 7422, laudo interino del 28 de junio de 1996; arbitraje CCI 8073, laudo final de 27 de noviembre de 1995; arbitraje CCI 8462, laudo final de 27 de enero de 1997; arbitraje CCI 9977, laudo final de 22 de junio de 1999; arbitraje CCI 9984, laudo preliminar de 7 de junio de 1999; arbitraje CCI 10256, laudo interino de 8 de diciembre de 2000, y algunos recientes aún no reportados).

<sup>15</sup> En un caso en el que participó el autor se facultaba al perito para emitir una “opinión técnica vinculadora” después de seguido un procedimiento adversarial. Ello fue considerado un “arbitraje”.

que las partes pactan y la variedad de matices de las mismas, han mostrado ser asombrosas. Y las posturas de diferentes expertos contribuyen a la complejidad. Siguiendo el principio que la naturaleza de una institución no la dicta el título que las partes le den, sino su contenido (su régimen), hay quien postula que en ocasiones dichos “peritos” en verdad son “árbitros”, y el procedimiento no es un “expertise” sino “arbitraje”. Pero las posturas varían, y el motivo es claro: la ausencia de una línea clara que las distinga.

Ante ello, deseo hacer eco de una teoría que puede servir para echar luz a esta polémica.

### 3. La Teoría Jarrosson: un modelo para discernir

La “Teoría de binomios o ecuaciones de Jarrosson”<sup>16</sup> desmenuza y contrasta los elementos relevantes de la siguiente manera:

A = Árbitro, juez privado	≠	a = Experto
B = Litigio relativo a una pretensión jurídica	≠	b = Problema técnico (de hecho)
C = Laudo obligatorio entre las partes	≠	c = Opinión no vinculadora

Según Jarrosson, la naturaleza de la institución contemplada en el pacto de las partes dependerá de la conjugación *in casu* de estos elementos. Entendamos cada componente como si fueran químicos.<sup>17</sup> Cada uno es un elemento<sup>18</sup> distinto, y de su mezcla con otros tendre-

<sup>16</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987. Si bien la teoría es desarrollada a lo largo de su (extraordinaria) obra, el núcleo de la misma puede encontrarse en pp. 124-132.

<sup>17</sup> Jarrosson no lo explica así. La metáfora química es mía y busca ilustrar con más facilidad (pues su estudio es largo y complejo, además de interesante). Espero estarle haciendo justicia. Por respeto al autor alerta al lector con la finalidad de no atribuir palabras a Jarrosson con las que posiblemente no esté de acuerdo.

<sup>18</sup> En química, un “elemento” es una sustancia que no se puede separar en sustancias más simples. Comparten los mismos átomos. (Raymond Chang, *Química*, Williams College, McGraw-Hill, México, 7a. ed., 2002, p. 9).

mos compuestos<sup>19</sup> distintos, con propiedades<sup>20</sup> jurídicas diversas, mismas que a continuación explicaré.

Tabla Periódica de Elementos. Arbitral

Sustancia compuesto	Propiedades físicas	Propiedades químico-jurídicas
ABC =	Arbitraje en su estado puro.	Existirá la obligación de acudir al arbitraje, siguiendo un procedimiento adversarial, concluyendo con un laudo que es obligatorio a las partes y tiene fuerza de cosa juzgada.
abc =	En este caso será un <i>experto</i> el que emitirá una <i>opinión</i> sobre una cuestión de <i>hecho</i> .	Es el opuesto total al arbitraje. No necesariamente existe una obligación de acudir a ello (a menos que las partes así lo plasmen), no tiene que seguirse un procedimiento adversarial, y concluye con una opinión <i>de hecho</i> sobre un tema técnico que puede o no ser jurídico.
ABc =	En este caso será un <i>árbitro</i> el que resuelve un problema <i>jurídico</i> emitiendo una <i>opinión</i> .	Dicha opinión carece de fuerza obligatoria y no es cosa juzgada. (Raro pero sucede.)

<sup>19</sup> Un "compuesto" es una sustancia formada por átomos de dos o más elementos unidos químicamente en proporciones definidas. Es un conjunto de dos o más elementos. (Chang, *Química*, p. 9).

<sup>20</sup> Las sustancias se caracterizan por sus propiedades y su composición. Una propiedad física se puede medir y observar sin que cambie la composición o identidad de la sustancia. Una propiedad química es observable mediante un cambio químico. (Chang, *Química*, p. 11).

abC =	Un <i>experto</i> resuelve un problema <i>de hecho</i> mediante un <i>laudo</i> .	De nuevo, es algo raro. Tiene todos los elementos de arbitraje. El que sea una litis fáctica no cambia el efecto, aunque la diferencia más importante es en el cómo: el procedimiento no es adversarial. <sup>21</sup>
Abc =	Un tercero llamado <i>árbitro</i> por las partes es llamado a dar una <i>opinión</i> sobre una cuestión <i>de hecho</i> que no será ley entre las partes.	No es arbitraje. La forma en que las partes llamen al tercero es irrelevante. <sup>22</sup>
aBc =	Un <i>experto</i> emite una <i>opinión</i> sobre una disputa relacionada con una pretensión <i>jurídica</i> .	No es arbitraje. No hay delegación de poderes de juzgador (facultades jurisdiccionales). No vincula a las partes.
AbC =	Un <i>árbitro</i> resuelve un problema <i>de hecho</i> mediante un <i>laudo</i> .	Esto es arbitraje. Podría denominarse "arbitraje fáctico". El que verse sólo sobre <i>hechos</i> (y no derecho) no muta su naturaleza. El laudo es obligatorio y tiene fuerza de cosa juzgada.

<sup>21</sup> La jurisprudencia francesa le da más importancia al carácter irrevocable y obligatorio de la decisión del tercero y el procedimiento seguido para ello, que a la denominación que las partes le han dado al tercero.

<sup>22</sup> Esto se presenció en *Compagnie d'éclairage de l'Allier vs. Bouchand* (31 de marzo de 1862), donde se mencionó la irrelevancia de la forma en que haya sido bautizado por las partes.

Jarrosson advierte sobre la existencia de un “fenómeno de atracción del arbitraje”: cuando algo que parece “arbitraje” no es descalificado como tal, tenderá a pensarse que es arbitraje.<sup>23</sup> Como política judicial, el fenómeno parece positivo. Después de todo, es más acorde con la voluntad de las partes darle plenos efectos jurídicos a la institución que parece que pactaron, aunque sea lacónicamente, que restárselos.

Habiendo “separado los átomos” del “compuesto arbitral”, es de esperarse que con base en los mismos nuestra judicatura caracterice a la institución cuya naturaleza se ponga en tela de juicio.

### III. REQUISITOS

#### 1. Introducción

Son muchos los requisitos y virtudes que personas diversas requieren de los árbitros.<sup>24</sup> Ante ello, puede sorprender que el derecho arbitral mexicano únicamente contemple dos: independencia e imparcialidad.<sup>25</sup>

La sorpresa es infundada, y por dos motivos. El derecho arbitral está diseñado para poder regular adecuadamente diversos tipos de arbitrajes. Ante ello, la inclusión en ley de requisitos que sean apropiados para una especie de casos podría tornarlo inadecuado para otros. El segundo motivo es que los requisitos contemplados por el derecho mexicano son los términos de arte que han encontrado eco en las legislaciones y reglas arbitrales a nivel mundial. Reflejan el consenso de la opinión internacional contemporánea. A tal grado que

<sup>23</sup> Jarrosson, *op. cit.*, p. 126.

<sup>24</sup> Deseo comunicar al lector un dato curioso. A la fecha de conclusión de este estudio el autor llevaba ocho años impartiendo la materia de arbitraje a nivel licenciatura, maestría y otro tipo de diplomados. En todas esas cátedras, al abordar las cualidades del árbitro, invariablemente he comenzado por preguntar a los alumnos cuáles son los requisitos que consideran que debe tener un individuo para ser árbitro. La cantidad de adjetivos es impresionante. Y existe una constante: la pluralidad va aunada a la tenacidad con la que defienden la trascendencia de cada uno. He realizado un listado de adjetivos que diferentes judicaturas y autores han empleado sobre las características del árbitro. De nuevo, la lista es enorme. Alrededor de 34 diferentes.

<sup>25</sup> Artículo 1428 del Código de Comercio.

se han convertido en un requisito fundamental del arbitraje comercial *internacional*.<sup>26</sup>

Y así lo han calificado expertos distintos. Por ejemplo, el requisito de independencia ha sido tildado de un pilar del sistema arbitral,<sup>27</sup> una regla básica,<sup>28</sup> el fundamento mismo de la institución arbitral,<sup>29</sup> la piedra angular del arbitraje,<sup>30</sup> la condición para poder hablar de arbitraje,<sup>31</sup> la marca, la originalidad de la institución,<sup>32</sup> como un deber deontológico,<sup>33</sup> el fundamento mismo de la justicia arbitral,<sup>34</sup> como un factor primordial de estabilidad del arbitraje,<sup>35</sup> hasta aquellos que sostienen que el deber de independencia deriva de la función misma de arbitrar.<sup>36</sup>

No obstante el raigambre internacional que dichos requisitos han encontrado, existe confusión<sup>37</sup> y debate sobre su noción y alcance. 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. A continuación se tratarán en conjunción con otras dos cualidades que, no siendo indispensables, son ocasionalmente útiles, para luego enfrentarlos con situaciones que los ponen a prueba.

<sup>26</sup> Pongo énfasis en el calificativo de *internacional* puesto que dichas cualidades varían de conformidad con la *lex arbitrii* 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”).

<sup>27</sup> Giorgio Bernini, *La procedure arbitrale et l'indépendance des arbitres*, ICC Publishing, 60. Colloque CCI-CIRDI-AAA, París, 27 de octubre de 1988.

<sup>28</sup> Nariman, coloquio del 27 de octubre de 1988.

<sup>29</sup> Henry, *op. cit.*, p. 185.

<sup>30</sup> Von Mehren, coloquio del 27 de octubre de 1988.

<sup>31</sup> Jarrosson, coloquio del 27 de octubre de 1988.

<sup>32</sup> Marc Henry, *Le Devoir d'Indépendance de L'Arbitre*, Bibliothèque Droit Privé, t. 352, L. G. D. J., París, 2001, p. 339.

<sup>33</sup> Eisenmann, “Déontologie de l'Arbitre”, *Revue de L'Arbitrage*, 1969, p. 224, Henry, *op. cit.*, p. 243.

<sup>34</sup> J. D. Verdín, *Etudes offertes a Pierre Ballet*, p. 71.

<sup>35</sup> Phillippe Fouchard, “Le Statut de l'Arbitre”, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 347.

<sup>36</sup> Henry, *op. cit.*, p. 179.

<sup>37</sup> Marc Henry, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

## 2. Independencia e imparcialidad

La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, concibe a la *independencia* como un criterio *objetivo*: se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La *imparcialidad* se entiende como un criterio *subjetivo* y difícil de verificar: alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia de una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión. Tomemos cada uno por separado.

### A. Independencia

La noción descrita, que ha sido generalmente aceptada como buen derecho, se ha enfrentado con discusiones de grado que hacen difícil deslindar su alcance. Después de todo, tomado a rajatabla, el requisito de independencia puede ser difícil de implementar. ¿Cómo exigir independencia *total*? ¿Que no el simple hecho de *existir* significa *dependen*, relacionarse, de alguna manera?

Dado que no existe la independencia absoluta, ello necesariamente nos enfrasca en una discusión de grado.

Hay quien dice que se calificará de independiente al árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados".<sup>38</sup> Claro que el *quid* reside en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia. De nuevo, una discusión de grado.

¿Qué hacer de dicha abstracción? ¿Tolerarla? Así parece hacerlo un conocido experto al decir que la independencia es un concepto elusivo que está fuera de descripción racional y puede ser identificada cuando uno la ve, y con frecuencia depende de quién la ve.<sup>39</sup> Es

<sup>38</sup> 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, p. 13.

<sup>39</sup> Horacio Grigera Naón, *Factors to Consider when Choosing an Efficient Arbitrator*, p. 290. Sus palabras exactas fueron: "It could be said that arbitral independence (...) is an

por ello que la independencia de espíritu, lejos de ser una referencia absoluta, es en realidad una cuestión relativa.

¿Quiere ello decir que el concepto de "independencia" es similar al de "pornografía" bajo derecho estadounidense?, donde la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, al tener que enfrentarse con el difícil tema de definir "pornografía", sostuvo que "i'll know it when I see it".<sup>40</sup>

En respuesta a la problemática descrita se han generado dos grandes tendencias: la unitaria y la dualista. La *unitaria* asimila los conceptos de independencia e imparcialidad. Los usa intercambiablemente. La *dualista* le otorga un doble contenido a la independencia: 1) obligación particular, limitada, que añade una obligación distinta a la imparcialidad a la cual se le adjunta una obligación de neutralidad; y 2) una obligación general, que engloba independencia (propia de dicha), imparcialidad, neutralidad y objetividad, entendidas de la siguiente manera:<sup>41</sup>

- *Neutralidad*. La distancia del árbitro para con la cultura jurídica, política y religiosa de las partes.<sup>42</sup> El desligamiento del ambiente jurídico, económico y político de donde proviene la disputa o las partes.
- *Imparcialidad*. Ausencia de una preconcepción (favorable o desfavorable) sin examen previo del fondo jurídico de la controversia.
- *Objetividad*. Aprensión fiel de la realidad.

Henry propone su abandono en beneficio de una unitaria que conciba genéricamente al deber de independencia incluyendo dos aspectos:<sup>43</sup> 1) externo y objetivo y 2) interno y subjetivo. El objetivo hace

elusive concept which is beyond rational description in the abstract, may only be identified when one sees it and often depends on who is seeing it".

<sup>40</sup> La postura que ha tomado la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos para definir pornografía (*hard-core pornography*), en *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184, 197, 1964).

<sup>41</sup> Henry, *op. cit.*, pp. 142-143.

<sup>42</sup> Definición de Matthieu de Boissésón.

<sup>43</sup> Henry, *op. cit.*, pp. 150 y 155.

de la independencia del árbitro una "situación" que iría más lejos que la imparcialidad. El subjetivo hace referencia a la noción de independencia de espíritu, el cual se asemeja al concepto de imparcialidad.<sup>44</sup>

Henry propone que la apreciación de la independencia del árbitro deba ser objetiva pero atemperada por consideraciones subjetivas.<sup>45</sup> Lo bautiza "aproximación objetiva atemperada" ("approche objective tempérée"),<sup>46</sup> lo cual implica:<sup>47</sup>

- a) Que el cuestionamiento de la independencia no sea únicamente sobre su ánimo, sino que cuente con algún elemento concreto.
- b) Que el árbitro no sólo debe ser independiente, sino que debe aparentarlo.
- c) El atemperamiento de la objetividad significa que el cuestionamiento creado por una circunstancia no es irrefutable sino que debe considerarse a la luz de consideraciones subjetivas (por ejemplo, comportamiento del árbitro y de las partes). Sin dicho atemperamiento, los criterios objetivos desnudos tendrían como resultado, de ser aplicados rigurosamente, privar al mundo del arbitraje de sus mejores árbitros.

Hay casos que parecen haber adoptado una postura congruente con esta noción. Por ejemplo, en un conocido caso francés la Corte de Apelación de París sostuvo que, para que ciertas circunstancias puedan cuestionar la independencia del árbitro deben de tratarse de vínculos materiales o intelectuales tales que afecten el juicio del árbitro de tal manera que generen un riesgo claro de prejuicio ante una de las partes en el arbitraje.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Pierre Lalive, coloquio del 27 de octubre de 1988.

<sup>45</sup> Henry, *op. cit.*, p. 316.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>48</sup> *Soc. Maec SA vs. P. Mumbach*, 23 de marzo de 1995, Corte de Apelación de París ("Les circonstances pour contester l'indépendance de l'arbitre doivent caractériser, par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage".)

Diversos casos franceses<sup>49</sup> han establecido que la independencia del árbitro es igual a la del juez.<sup>50</sup> La independencia de espíritu es indispensable para ejercer el poder jurisdiccional que se les ha dado,<sup>51</sup> sin importar la fuente.<sup>52</sup> En palabras de Clay: es el proceso intelectual que permitirá tomar una decisión jurisdiccional libre de toda contingencia.<sup>53</sup>

Para finalizar, deseo abordar un tema difícil: la duración del deber de independencia. Si bien es claro que el deber de independencia permanece durante el procedimiento arbitral, no es perpetuo.<sup>54</sup> ¿Quiere ello decir que, una vez emitido el laudo, deja de existir? ¿Puede el árbitro *inmediatamente* después contratar con alguna de las partes?

Casos diversos han hecho que dicha interrogante sea importante y la cantidad de situaciones rebasa la imaginación. Tomemos algunas.

Ha sucedido que el desempeño de ciertos profesionistas durante un arbitraje es tan bueno que, concluido el mismo, son contratados

<sup>49</sup> Caso (*arrêt*) *Ury* de la corte de casación francesa (13 de abril de 1972); *Woltz* de la Corte de Apelación de París (8 de junio de 1972), *Cornu* de la Corte de Apelación de París (4 de diciembre de 1979); *République de Guinée* de la Corte de Apelación de París (18 de noviembre de 1987); *TAI* de la Corte de Apelación de París (2 de junio de 1989); *Drexel* del *Tribunal de Grande Instance de Paris* (28 de octubre de 1988). Otras jurisdicciones han seguido dicha postura. Por ejemplo, en Estados Unidos en *American Eagle Fire Insurance* (de 1925) se razonó que el árbitro actúa con una capacidad cuasijudicial por lo que debe poseer las cualidades de justicia hacia ambas partes con miras a emitir una decisión honesta y desinteresada ("an arbitrator acts in a quasi-judicial capacity and should possess the judicial qualifications of fairness to both parties, so that he may render a faithful, honest and disinterested opinion" fueron sus palabras exactas).

<sup>50</sup> "L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit sa source" fueron las palabras exactas.

<sup>51</sup> El razonamiento del caso *Ury* es interesante. Se considera que la independencia del árbitro es una de las cualidades esenciales. De carecerla, existiría un error sustancial en las calidades necesarias para ser árbitro, lo cual acarrearía la nulidad del acuerdo arbitral. El mismo razonamiento fue repetido por la Corte de Casación Francesa, en *FACO* (20 de febrero de 1974).

<sup>52</sup> Clay, *op. cit.*, pp. 267, 290 y 291. En cuanto a su origen, hay quien desprende el deber de independencia de la labor jurisdiccional del árbitro, mientras que otros lo hacen del componente contractual.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 244 ("la notion d'indépendance doivent maintenant être rapportées à l'indépendance de l'arbitre, que l'on peut désormais définir comme le processus intellectuel qui lui permettra, face une situation litigieuse, d'élaborer une décision juridictionnelle libre de toute contingente").

<sup>54</sup> Clay, *op. cit.*, pp. 317 y 321.

por una de las partes. Partiendo de la premisa de que nunca hubo un contacto durante el arbitraje, ¿será ello reprochable? Por un lado, el deber siempre fue observado durante su vigencia. Por otro, puede generar un problema de apariencia (puede motivar cuestionamientos sobre si existía algún vínculo previo). En un caso que se trajo a la atención del autor, los árbitros festejaron con la parte victoriosa en su yate. Sin duda alguna, aun suponiendo que no hubiera habido vínculo alguno, ello refleja (en el mejor de los casos) muy mal juicio. ¿Pero milita ello a favor de *nunca* entablar *ninguna* relación. Piénsese que el elogio más grande que puede recibir un árbitro es que la parte que perdió el arbitraje lo designe de nuevo como árbitro. Como suele suceder, los casos en los extremos (como el del yate) son fáciles, pero los intermedios son más problemáticos.

¿Y qué hay de los vínculos pasados? En un caso interesante un árbitro designado por una de las partes había sido consejero (y amante) durante ocho años, 34 años atrás, del gerente de una compañía parte del procedimiento arbitral.<sup>55</sup> Mientras que algunos subrayan que *en el presente* no existe vínculo, por lo que no es revelable, otros consideran que debe ser revelado dando como explicación que la memoria es intemporal.<sup>56</sup> Añaden que, al margen de que sea pretérita, dicha relación *es* una relación. Bienvenido al mundo de los claroscuros.

### B. Imparcialidad

La imparcialidad es generalmente entendida como un criterio *subjetivo*: el estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o a una postura en el asunto.

A diferencia de la independencia, que exige un adjetivo para esclarecer qué tanta, el deber de imparcialidad es absoluto.<sup>57</sup> A tal grado que Eisenmann aludía a la imparcialidad como un deber ético.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Tribunal de Gran Instance de Paris, 19 de diciembre de 1990, Clay, *op. cit.*, p. 326.

<sup>56</sup> Clay, *op. cit.*, p. 327.

<sup>57</sup> Henry, *op. cit.*, p. 161.

<sup>58</sup> Frederic Eisenmann, "Deontology de L'Arbitre Commercial International", *Revue de L'Arbitrage*, 1969, p. 217.

Bernini la concibe como la equidistancia ante las dos partes, pero otros la entienden distinto, y el concepto estadounidense de "*non-neutral arbitrator*"<sup>59</sup> contribuye a la confusión. La confusión se incrementa cuando se habla de la neutralidad, que en ocasiones se considera sinónimo de independencia<sup>60</sup> o de imparcialidad<sup>61</sup> y a veces como la suma de ambas. Se le ha aludido como una noción autónoma: carente de influencias culturales, políticas y religiosas.<sup>62</sup>

Un tribunal canadiense en un caso importante sostuvo que la forma de determinar si un árbitro había sido imparcial consistía en comparar su decisión con la conclusión a la que llegaría una persona bien informada que estudia la cuestión con profundidad, en forma realista y práctica.<sup>63</sup>

La disociación de los términos independencia e imparcialidad da lugar a diferencias en la doctrina. Algunos consideran que la independencia precede a la imparcialidad, o que la primera puede hacer presumir la segunda, otros que la imparcialidad es el corolario de la independencia, y aun otros que es su contrapartida.<sup>64</sup> Y las diferencias de opinión continúan. Ante ello, diferentes practicantes adoptan posturas diversas. Dentro de las mismas, existe una peligrosa: imitar

<sup>59</sup> En arbitraje local en Estados Unidos es aceptable que los coárbitros designados por las partes (los "non-neutral arbitrators") no sean tan imparciales como el tercero (llamado en consecuencia el "neutral")

<sup>60</sup> Giorgio Bernini, "Cultural Neutrality: A Prerequisite to Arbitral Justice", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 1989, p. 39. "The conduct of the Arbitral Proceedings: Standards of Behaviour of Arbitrators", reporte en *La procedure arbitrale et L'indépendance des arbitres*, ICC Publishing, 60. Colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris, 27 de octubre de 1988, p. 31.

<sup>61</sup> S. Donahey, "The Independence and Neutrality of Arbitrators", *Journal of International Arbitration*, vol. 9, núm. 4, 1992, p. 31. J. Linsmeau, "L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit", en *Les modes non judiciaires de règlement des conflits. Actes de la journée d'études du 27 avril 1994*, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 39. B. Moreau, *Intervention aux débats in Arbitrage et propriété intellectuelle*, Colloque IRPI Henri-Desbois, 26 de enero de 1994, Librairies techniques, collection Le droit des affaires. Propriété intellectuelle, núm. 12, 1994, p. 35.

<sup>62</sup> Como se verá en la siguiente sección.

<sup>63</sup> *Committee for Justice vs. Office National de l'Energie*, 1978, 1 S. C. R. 369, 394. Las palabras exactas fueron: "Le critère qui permet de savoir si tel arbitre a été impartial consiste à comparer sa décision avec la conclusion à laquelle en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique".

<sup>64</sup> Clay, *op. cit.*, p. 246.

concepciones locales o judiciales de lo que debe hacerse. Como lo hace ver Nariman:<sup>65</sup>

En el sistema judicial adversarial, un juez *se percibe* como imparcial e independiente cuando está totalmente desinteresado con las partes, libremente permite las preguntas y repreguntas de testigos, extensivamente registra las pruebas presentadas ante él, y escucha (sin interrupción) los argumentos detallados presentados por los abogados de cada parte, y decide estrictamente con base en el derecho. Por ende, las trampas del sistema adversarial (con todo su pesado bagaje) permean al proceso arbitral. La mayoría de los abogados-árbitros que operan en países con una tradición de jurisprudencia anglosajona siguen meticulosamente los procedimientos judiciales por el temor de que sus designaciones sean revocadas en tribunales por haberse comportado en forma contraria a los principios de la justicia natural y por el temor que sus laudos sean revocados por no *aparentar* haber tratado en forma independiente e imparcial a las partes. La apariencia de justicia con frecuencia ha sido tratada con más importancia que su realidad.

Dicha conducta, tanto del lado del árbitro como del lado de la judicatura, debe evitarse. Al acudir al arbitraje las partes expresamente desearon no resolver su diferencia mediante los métodos judiciales. Por ende, frustraría su voluntad encontrarse con que el tribunal imita el actuar judicial, o que la judicatura evaluaría positivamente su desempeño en la medida en que la emule.

Habiendo considerado las diversas posturas, aportaré una. Considero que la imparcialidad consiste en que el árbitro no haya preju-

<sup>65</sup> F. S. Nariman, *The conduct of the arbitral proceedings: standards of behaviour of arbitrators*, p. 3. El texto original dice "In the adversarial Court system, a judge is seen to be impartial and independent where he is totally disinterested in the parties, liberally permits examination and cross-examination of witnesses, records evidence led before him *in extenso*, and hears (without much interruption) detailed arguments by lawyers appearing for either party, and decides the case strictly according to law. And so, the entire trappings of the adversarial Court system (all its "heavy baggage") gets loaded on to the arbitral machine [...] Most lawyer-arbitrators functioning in countries with a long tradition of Anglo-Saxon jurisprudence meticulously follow Court procedures for the lurking fear of their appointments being revoked in Courts of Law as having been conducted in contravention of the principles of natural justice and for the greater apprehension of their awards being set aside if they do not *appear* to have acted with independence and impartiality. The *appearance* of justice has often been treated as more important than its reality".

gado. Que la opinión a la que arribe del caso sea construida una vez que las partes se han enfrentado intelectualmente y con base en la fuerza de sus argumentos. Es decir, que la opinión no sea *ad hominem*, sino *ad causam*. Que se desligue de las alusiones personales y se cimiente únicamente en el tema. Esto necesariamente implica que la opinión puede formarse únicamente después de estudiar *todo* el expediente (lo cual no siempre sucede).

Un árbitro será parcial cuando su ánimo esté tildado a favor de una postura sin haber concluido su exposición por las partes.

Considero que esta noción se centra en el núcleo del bien jurídico tutelado y tiene la ventaja de que elimina (o más bien resuelve) las dudas generadas por situaciones que complican su elucidación y que con frecuencia se presentan en la práctica.

### C. Neutralidad

Si bien en ocasiones se le confunde o se asimila a otras nociones,<sup>66</sup> la neutralidad es un criterio tanto objetivo como subjetivo: que el árbitro tenga la misma distancia cultural ante ambas partes.

Más que un *requisito* es una *preferencia* adoptada por ciertos reglamentos arbitrales<sup>67</sup> que el árbitro único o presidente del tribunal reúna una cualidad adicional a la de independencia e imparcialidad: ser de una nacionalidad distinta a la de *ambas* partes. Busca que ninguna de las partes cuente con una ventaja estratégica frente a la otra: poderse comunicar en sus propios términos (tanto jurídicos, lingüísticos, como culturales) con uno de los miembros del tribunal.

La neutralidad no se justifica siempre. Sólo en casos en los que podría darse el riesgo de una ventaja estratégica. Piénsese, por ejemplo, en un caso en que partes en controversia de diferentes nacionalidades escogen cada uno un árbitro de su nacionalidad. Si el tercero, el Presidente del Tribunal, comparte la nacionalidad de una de las partes, ésta tendrá una ventaja para comunicarse, no sólo lingüística

<sup>66</sup> Clay, *op. cit.*, pp. 246-247.

<sup>67</sup> Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, p. 567.

sino también jurídicamente, con el tercero. Dicha ventaja, que puede parecer insignificante al teórico, es importante para quien ha tenido experiencia en arbitrajes internacionales. El arbitraje, como todo litigio, es una batalla. Y en las batallas las ventajas tácticas cuentan.

Pero si ambas partes son de la misma nacionalidad es innecesario pensar en neutralidad. El beneficio sólo se presenta en arbitrajes internacionales. Y sobre ello, deseo hacer eco de una aguda observación que un reconocido experto (Pierre Lalive) hace:<sup>68</sup> “El árbitro de hoy en día debe mostrar una mente comparatista, abierta a pluralidad jurídica, a varias culturas y diversos sistemas políticos y sociales”.

[The arbitrator of today must show proof of a comparative or comparatist mind, open to legal pluralism, to various cultures and various political and social systems.]

#### D. Apariencia de imparcialidad

Hay quien sugiere<sup>69</sup> que el árbitro es —en palabras de Nicolás de Maquiavelo— como la mujer del Príncipe:<sup>70</sup> no sólo debe ser independiente e imparcial, debe aparentarlo. El motivo es que el arbitraje se basa en la confianza.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Pierre Lalive, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, p. 16.

<sup>69</sup> Francisco González de Cossío, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica*, núm. 32, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2002, p. 459.

<sup>70</sup> La sabiduría popular le atribuye las siguientes palabras a Maquiavelo: “la mujer del príncipe no sólo debe ser casta y pura, sino que debe aparentarlo”. (Hablo de sabiduría popular, pues de la revisión de *El Príncipe* no encuentro dicha cita exacta. 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. (...)” (cursivas mías). Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, Colofón, México, 3a. ed., 1989, p. 119. (Capítulo XVIII: Si Deben Cumplir los Príncipes sus Compromisos). La versión en inglés pone aún más énfasis sobre ello: “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*, trad. Thomas G. Bergin, Yale), Harlan Davidson, Wheelington, Illinois, p. 51. Chapter XVIII: In What Manner Princes Should Keep Their Word). Como puede observarse, el mensaje es el mismo.

<sup>71</sup> El fundamento textual de la postura es el artículo 1428 del Código de Comercio que dice: “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá

Aunque el tema parece ser una mera precaución, la falta de apariencia de imparcialidad e independencia ha dado lugar a problemas serios. Un caso extremo es ilustrativo: la amenaza a muerte y agresión física (con intención de estrangulamiento) sufrida por Nils Mangard, un miembro del Tribunal Irán-Estados Unidos de América,<sup>72</sup> por el señor Kashani e instigado y tolerado por el señor Shefeiei, ambos miembros (designados por Irán) de dicho Tribunal.<sup>73</sup>

La justificación dada por los árbitros iraníes fue que la falta de neutralidad y total sumisión del señor Mangard a los deseos e intereses del gobierno y empresas transnacionales estadounidenses estaba causando un daño irreparable a Irán.<sup>74</sup> Sostenían 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 Esta-

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”.

<sup>72</sup> Conocido como “*The Iran-U.S. Claims Tribunal*”, que sustituyó 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 Irán 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.

<sup>73</sup> Las palabras exactas del juez Kashani fueron: “*If Mangard ever dares to enter the Tribunal chamber again, either his corpse or my corpse will leave it rolling down the stairs*” (Memorandum al juez Moons de John R. Crook, 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, pp. 40-41). Los hechos tuvieron lugar el 3 de septiembre de 1984.

<sup>74</sup> Carta de fecha 6 de septiembre de 1984 de los árbitros iraníes al Presidente del Tribunal Irán-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, Ardsley, Nueva York, 2000, p. 178).

dos Unidos o negativo a Irán y nunca proporcionó argumento alguno que sostuviera su postura.

Si bien la apariencia de neutralidad puede ser delicada, no debe de tornarse en una causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de un laudo, como ha sucedido en algunas jurisdicciones. Un caso famoso estadounidense demuestra los peligros de la teoría: *Commonwealth Coatings Corp.*<sup>75</sup> Los hechos de dicho caso fueron los siguientes. Las partes, al acudir al arbitraje, designaron cada una a un árbitro. Éstos a su vez designaron un tercer árbitro, quien era un ingeniero muy conocido en dicho medio. Emitido el laudo la parte perdedora descubrió ciertas relaciones de hace cuatro o cinco años entre la parte que ganó y el tercer árbitro, mismas que le generaron ingresos al tercer árbitro. La no divulgación de dicha relación justificaba, según la parte perdedora, la anulación del laudo bajo la hipótesis "parcialidad evidente" ("*evident partiality*") bajo el párrafo 10 de la Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos. La Suprema Corte de Justicia estuvo de acuerdo (por mayoría 6 a 3).

Las cortes inglesas también han sido receptivas a la teoría de la apariencia. En *Veritas Shipping Corporation* se sostuvo que los árbitros no sólo deben actuar judiciosamente y libres de parcialidad, sino que también deben aparentarlo.<sup>76</sup>

Aunque ello no establece una regla *per se* de nulidad de laudos,<sup>77</sup> dicha postura ha sido criticada enérgicamente por expertos<sup>78</sup> y ha

<sup>75</sup> 393 U.S. 145 (1968). La cita es de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia.

<sup>76</sup> *Veritas Shipping Corporation vs. AngloCanadian Cement Ltd.* [1966], 1 Lloyd's Rep. 76, p. 159. Las palabras exactas fueron: "arbitrators must not only act judicially and show no bias at all but must also appear to be in a position to act judicially and without any bias".

<sup>77</sup> Como se esclareció en *OPCI vs. Anaconda*: "Contrary to petitioner's reading of Commonwealth Coatings, the case does not establish a *per se* rule, requiring vacation of any award surrounded by facts which might, in some minds, create an appearance of bias. Rather, the Court held that each case must be reviewed on its own facts and that an award should be set aside where the panel "might reasonably be thought biased (...)". En forma relevante, la opinión concurrente del *Justice White* puso énfasis en que la relación entre el árbitro y la parte debe ser "más que trivial". (*Overseas Private Investment Corp. vs. the Anaconda G.*, 418 F. Supp. 107, DDC 1976), citado por Von Mehren, en *The Challenge procedure: an American view*, p. 7.

<sup>78</sup> Lalive, Poudret, Reymond, *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, p. 342.

sido calificada de puritanismo excesivo y peligroso.<sup>79</sup> Afortunadamente, México no ha incurrido en el error, y es de esperarse que no se caiga en el mismo: brindaría municiones para chicanas, y restaría finalidad al arbitraje.

#### IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

##### 1. Introducción

El cumplimiento de los requisitos por un árbitro es logrado mediante dos tipos de medidas: preventivas y sancionadoras. A continuación se analizarán.

##### 2. Medidas preventivas: revelación

A quien se le comunique que será nombrado como árbitro debe revelar "todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia".<sup>80</sup> El objetivo del deber de revelación es dar a las partes los elementos suficientes para que valoren si el árbitro prospectivo reúne los requisitos correspondientes para que determinen —con toda la información relevante— si desean ejercer el derecho que permite garantizarlo: la rúcusación.

La revelación tiene un efecto importante: purga. Esteriliza.<sup>81</sup> Inmuniza el procedimiento arbitral de cualquier acción posterior.<sup>82</sup> Elimina cualquier circunstancia que pudiera ser cuestionable, o que no siéndolo le daría elementos (o excusas) a la otra parte para objetar al tribunal o el resultado.

Ante ello, hay quien ha sostenido que la falta de una revelación total vicia el consentimiento de las partes en el arbitraje.<sup>83</sup> Ello pues se conocía menos de la totalidad de los elementos *relevantes*<sup>84</sup> para

<sup>79</sup> Clay, *op. cit.*, p. 283 ("puritanisme excessif et dangereux" fueron sus palabras exactas).

<sup>80</sup> Artículo 1428 del Código de Comercio.

<sup>81</sup> Tiene un "cleansing effect", como lo ha señalado Donahey, *The Independence and Neutrality of Arbitrators*, General Law of International Arbitration, vol. 9, núm. 4, 1992.

<sup>82</sup> Clay, *op. cit.*, p. 318.

<sup>83</sup> Caso *Ury*, Corte de Casación francesa.

<sup>84</sup> El adjetivo es importante pues, de no tratarse de cuestiones que sean relevantes, o siguiendo el texto legal, que "puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su impar-

decidir informadamente si se acepta al candidato como árbitro. Si es digno de su confianza.

La obligación de revelación es la piedra angular del régimen jurídico de independencia del árbitro. Cumple una doble función: sirve de criterio de evaluación de la independencia y de medio de protección de la independencia.<sup>85</sup>

Una vez revelados y aceptados, los vínculos o demás circunstancias entre las partes y los árbitros no podrán generar sospechas. Lo importante no es tanto la inexistencia de los vínculos (algo que puede ser utópico) sino la falta de conocimiento de los mismos. La ocultación genera sospecha. Es por ello que la falta de revelación puede sembrar dudas.

Pero ello no quiere decir que *todo* deba ser revelado. No es necesario revelar circunstancias notorias<sup>86</sup> o vínculos que no deben "dar lugar a dudas justificadas" acerca de su imparcialidad o independencia.<sup>87</sup> Ello da lugar a otras interrogantes: ¿qué hace que una circunstancia sea notoria? ¿Qué vínculo genera una "duda justificada" sobre la independencia o imparcialidad del árbitro? ¿Cuándo es "injustificada" una duda?

Diferentes expertos dan respuestas distintas. A su vez, las diferencias de temperamentos culturales de diversos practicantes contribuyen a la diversidad de respuestas y la ambigüedad crece en la medida en que las circunstancias particulares se complican o matizan. Ante ello han surgido prácticas diversas. Algunos son pro revelación y otros filtran circunstancias que la experiencia les enseña que no deben ser divulgadas. No por que en sí sean cuestionables sino porque agilizan el procedimiento arbitral al no darle municiones a una parte que desea entorpecer el procedimiento arbitral.

*cialidad o independencia*", la ausencia de revelación carece de impacto en la aceptación (vía no ejercicio del derecho a recusar).

<sup>85</sup> Clay, *op. cit.*, p. 337.

<sup>86</sup> *Société Ardi et autres vs. Société Scapnor et autre*, Corte de Apelación de París, 12 de enero de 1995, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 72.

<sup>87</sup> El cual es de notarse que es el estándar bajo derecho mexicano (1428 del Código de Comercio). La inclusión del adjetivo "justificadas" es importante. No cualquier duda debe dar lugar a que la circunstancia o vínculo sea revelable. Para valorar si ello rebasa el umbral debe tenerse en cuenta que el derecho arbitral es poco protector y diseñado para ser un mecanismo sofisticado de solución de controversias.

No abordaré qué circunstancias o prácticas deben seguirse.<sup>88</sup> Lo que enfatizaré es que ello nos inmiscuye en una discusión de grado cuya determinación es el resultado de un ejercicio unilateral y poco verificable del árbitro. El árbitro prospectivo debe realizar un ejercicio delicado y subjetivo para determinar qué es lo que *cree* que las partes podrían *creer* que es una causa de recusación. Se trata de un examen de conciencia. De autocensura.<sup>89</sup>

Para complementarlo se sugiere comentar las circunstancias con colegas practicantes de la plaza. En algunos casos difíciles que el autor ha enfrentado al ser nombrado, no sólo ha comentado con profesionales del medio mexicano sino de otras jurisdicciones. El motivo y objetivo es percibir lo que tiende a ser la sensación más aceptada por los practicantes más experimentados.

### 3. Medidas punitivas

Si la circunstancia no revelada merma la independencia del árbitro,<sup>90</sup> las partes pueden: solicitar la recusación del árbitro; solicitar la anulación o no ejecución del laudo;<sup>91</sup> exigir responsabilidad del árbitro.<sup>92</sup>

## V. CONSTITUCIÓN

### 1. Introducción

Las partes tienen la libertad para organizar su justicia en la forma en que lo deseen, lo cual implica que tienen margen de acción para diseñar su tribunal arbitral. No obstante que los derechos nacionales, convenciones internacionales y los tribunales estatales les reconocen

<sup>88</sup> Para un análisis exhaustivo sobre esto, véase Lucy Reed y Doak Bishop, hacen un análisis interesante en "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, núm. 4, 1998. Para un comentario sobre diversas situaciones particulares, véase González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, 2004, pp. 205 y ss.

<sup>89</sup> Clay, *op. cit.*, p. 323.

<sup>90</sup> Que es tratada en la sección IV.C de este estudio.

<sup>91</sup> Con fundamento en los artículos 1457(I)(d) o 1462(I)(d) del Código de Comercio y V(1)(d) de la Convención de Nueva York.

<sup>92</sup> Tratado en la sección VIII.B.

a las partes y a las instituciones arbitrales un grado importante de libertad para moldear su tribunal arbitral, existen ciertos principios fundamentales que rigen la constitución del tribunal arbitral y la designación de los árbitros. En la mayoría de las legislaciones internacionales sobre arbitraje, la autonomía de la voluntad es el principio fundamental. Como forma de resguardar que se respete el ejercicio de la libertad de las partes en el diseño de la constitución del tribunal arbitral, se sanciona con nulidad<sup>93</sup> o no reconocimiento/ejecución<sup>94</sup> el laudo que no acate la regulación que al respecto las partes establecieron, lo cual pone de manifiesto la importancia del tema. Para su estudio procederé a analizar la composición y designación del tribunal, la asistencia judicial en la constitución del tribunal, y temas relacionados con la sustitución del árbitro (§D). Finalizaré con una mención sobre arbitraje *ad hoc*.

## 2. La composición y designación del tribunal

En 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.<sup>95</sup> Por consiguiente, su designación o aceptación debe obedecer a razones diversas que pueden resumirse en cualidades morales e intelectuales (incluyendo profesionales y académicas).

La libertad de constitución del tribunal arbitral aplica a tres temas: (1) la identidad de los árbitros; (2) el número; y (3) el método de designación. Haré una mención sobre cada uno para luego hacer un comentario sobre los límites de la libertad de diseñar un método de designación del tribunal (4).

### A. Identidad

Las partes tienen derecho a decidir quién será "su" árbitro. Lo anterior es un resultado natural del carácter consensual del arbitraje. En

<sup>93</sup> Artículo 1457(1)(d) del Código de Comercio.

<sup>94</sup> Artículos V(1)(d) de la Convención de Nueva York y 1462(1)(d) del Código de Comercio.

<sup>95</sup> Ello por razones obvias. La posibilidad de designar a uno de los tomadores de decisiones es de gran trascendencia. Puede equipararse la facultad de elegir a un amo: una vez designado, se estará sujeto a sus determinaciones.

la medida en que la legitimidad del arbitraje descansa en la confianza depositada en los árbitros, nace el derecho de las partes de designar el o los árbitros que reúnan dicha cualidad.

La facultad de designar a un árbitro forma parte de la voluntad conjunta de las partes de escoger un tribunal arbitral compuesto por árbitros que son, *todos*, independientes e imparciales.<sup>96</sup> Ambas partes tienen un derecho de igualdad en la designación del árbitro; y dicho derecho es de orden público, no se puede *a priori* renunciar al mismo.<sup>97</sup>

La designación que lleva a cabo cada parte de "su" árbitro no es un acto unilateral, sino un paso que forma parte de la manifestación de voluntad conjunta de las partes de crear un tribunal que reúna dichas características. La aclaración es prudente puesto que en la práctica se observa que con frecuencia partes designan árbitros que no reúnen dichas características. Ello constituye un abuso del derecho de designar a un árbitro de su confianza. Cada árbitro tiene que ser tan independiente e imparcial como lo sería un árbitro único o el presidente del tribunal arbitral. El árbitro-de-parte no tiene un estatus especial o preferente.

Fuera de lo anterior, el derecho arbitral mexicano no impone características especiales que deba reunir un árbitro prospectivo. Al margen de ello, con frecuencia las partes establecen en el acuerdo arbitral que los árbitros que decidan la controversia deban reunir características específicas. Lo anterior, si bien entendible en casos que tienen algún ingrediente o complejidad especial, no debe exagerarse. De lo contrario, se corre el riesgo que no se encuentren árbitros que las reúnan.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Esta manera de concebir el derecho en cuestión ha sido reflejada por tribunales de alto nivel de jurisdicciones importantes. Por ejemplo: *Consortis Ury vs. S.A. des Galeries Lafayette*, Corte de Casación francesa, 13 de abril de 1972.

<sup>97</sup> Como así se sostuvo en el (famoso) caso *Dutco* (B.K.M.I. *Industrieanlagen GmbH vs. Dutco Construction, Co. Ltd.*) del 5 de mayo de 1989 (*Revue de L'Arbitrage*, 1989, p. 723; XV YBCA, 1990, p. 124).

<sup>98</sup> Han existido circunstancias en las cuales la cantidad de requisitos que las partes establecen en el acuerdo arbitral es tal que no hay árbitros que las reúnan. La necesidad de tomar dicho paso debe ser valorada ante la posibilidad de que el tribunal arbitral cuente con peritos en diferentes materias. Parecería que, al margen de cualidades lingüísticas, los requerimientos de conocimientos técnicos en áreas determinadas pueden ser suplidos y es mejor contar con abogados experimentados en arbitraje.

La no inclusión de requisitos específicos en la cláusula arbitral da libertad y propicia mejores decisiones. Ello pues se da libertad a las partes y sus abogados de designar al árbitro correcto una vez que se conozca el área particular sobre la cual versa la controversia. No siempre la materia de la relación jurídica es la materia de la controversia. Entendido ello se percibe por qué la *no* inclusión del requisito a nivel cláusula (por ejemplo, pericia en materia de telecomunicaciones), la libertad. La disputa puede ser en otra área (por ejemplo, contractual). Conocida la cuestión jurídica y surgida la controversia, puede escogerse la persona correcta y evitar el riesgo que no exista una que reúna el doble requisito.<sup>99</sup>

### B. Número de árbitros

Existe libertad en la composición del tribunal arbitral.<sup>100</sup> Durante los debates de dicho precepto de la Ley Modelo existió consenso que la Ley Modelo no debía contener una disposición imperativa y que la libertad contractual de las partes sobre el número de árbitros debería ser expresamente mencionada.<sup>101</sup> La disposición es favorable puesto que, no obstante que podría considerársele una extensión natural de la naturaleza contractual del arbitraje, existe diversidad regulatoria sobre este tema en las diferentes legislaciones nacionales. Algunas requieren que el tribunal arbitral debe estar compuesto por número impar de árbitros, otras le permiten a las partes disponer en forma contraria de dicho requisito, y aun otras legislaciones han optado por no contener disposición alguna sobre la materia.

Dada la fórmula que se contempló en el artículo 1426 del Código de Comercio, existe la posibilidad de que las partes pacten un número par de árbitros. Sin embargo, debe tenerse cuidado puesto que no existe solución en la ley en caso de que exista una falta de acuerdo entre el tribunal arbitral sobre el sentido del laudo. Y dado que el

<sup>99</sup> En el ejemplo, un experto tanto en telecomunicaciones como contratos.

<sup>100</sup> Artículo 1426 del Código de Comercio.

<sup>101</sup> Aron Broches, *A Commentary on The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, p. 53.

laudo tiene que ser por mayoría,<sup>102</sup> el nudo que podría provocarse sería gordiano, además de desastroso para la eficacia del arbitraje.

En caso de que las partes sean omisas sobre el número de árbitros, la regla dispositiva que adopta el Código de Comercio es un solo árbitro. Esto constituye una de las pocas diferencias que a nivel de derecho positivo mexicano se adoptó al momento de adoptar la Ley Modelo, ya que esta última establece la regla de tres árbitros a falta de acuerdo de las partes.<sup>103</sup> La razón por la que la Ley Modelo adopta la regla de tres obedece a que se considera que refleja la práctica más común en el arbitraje comercial internacional. No obstante que existieron propuestas distintas durante los debates, la opción se redujo a optar entre uno o tres como regla general. Lo anterior hace surgir la interrogante de por qué el derecho mexicano se desvió de dicha regla. La respuesta fue eficiencia y reducción de costos.

Lo anterior es el régimen bajo Código de Comercio. Es decir, en caso de arbitraje *desnudo*.<sup>104</sup> Sin embargo, en caso de tratarse de arbitraje institucional, si las partes no acordaron un número de árbitros, la regla no necesariamente será un solo árbitro. Dependerá de lo que al respecto establezca el reglamento arbitral aplicable. Existen soluciones diversas, mientras que algunos establecen que, en ausencia de pacto, el número será un solo árbitro,<sup>105</sup> otras establecen que la institución arbitral lo designará,<sup>106</sup> y otras establecen que será un árbitro a menos que la controversia justifique que sean tres.<sup>107</sup>

### C. Designación del Tribunal Arbitral

El artículo 1427 del Código de Comercio establece un régimen para la constitución del tribunal arbitral que es expedito y que resta eficaz

<sup>102</sup> Artículo 1448 del Código de Comercio.

<sup>103</sup> Artículo 10(2) de la Ley Modelo.

<sup>104</sup> Llamo "desnudo" al arbitraje que carece de reglamento arbitral (sea institucional o *ad hoc*) y que por ende sólo se llevaría con base en el derecho arbitral.

<sup>105</sup> Por ejemplo, el Reglamento CAM, artículo 14(2).

<sup>106</sup> Por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento de la Canaco.

<sup>107</sup> Por ejemplo, el artículo 8 del Reglamento CCI. En la práctica del arbitraje CCI se designan tres árbitros cuando el monto en controversia es alto, la controversia es compleja o una de las partes es un Estado.

cia a medidas que busquen entorpecer o frustrar un acuerdo arbitral. Todas las disposiciones que al respecto establece constituyen derecho dispositivo: resultará aplicable únicamente en caso de que las partes no hayan pactado nada al respecto, ya sea en su acuerdo arbitral, o mediante la designación de un reglamento arbitral. A continuación se abordará dicho régimen.

#### a. Extranjeros como árbitros

En primer lugar, el precepto busca dejar claro que extranjeros pueden actuar como árbitros. Podría considerarse que la expresión es innecesaria; sin embargo, dado que algunos derechos arbitrales locales lo prohíben se consideró conveniente.

#### b. Libertad de creación de procedimiento de designación

Existe libertad de las partes de acordar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.<sup>108</sup> Sin embargo, esta libertad no es ilimitada. No puede ser contraria a la posibilidad de acudir a un juez u órgano nominador en caso de que una de las partes incumpla con su deber de designar a uno de los árbitros, no se nombre árbitro único o al árbitro presidente.<sup>109</sup> En dicho caso, se establecieron criterios que deben ser observados por un juez al momento de designar el árbitro.<sup>110</sup>

#### c. Ausencia de procedimiento de designación

En caso de que las partes no hayan establecido un procedimiento para designación del tribunal arbitral, existe un parteaguas de procedimientos, atendiendo al número de árbitros que deban conformar el tribunal arbitral: uno o tres.

*Un solo árbitro.* En caso de que exista un solo árbitro, el juez hará la designación a solicitud de cualquiera de las partes. La ley no establece un periodo dentro del cual las partes deben intentar llegar a un

acuerdo. Por lo anterior, se sugiere que aplique la regla general de las obligaciones de hacer no sujetas a un plazo específico: que haya transcurrido el término necesario para el cumplimiento de la obligación.<sup>111</sup> Se sugiere que, en el contexto de la designación del tribunal, por "término necesario para el cumplimiento de la obligación" se entienda 30 días a partir de ser requerido por escrito. Sugiero este término por tres circunstancias: i) el artículo 1427 contempla el plazo de 30 días para la mayoría de los pasos contemplados en dicha etapa del procedimiento; ii) el único otro plazo que se contempla en el capítulo de composición del tribunal arbitral (15 días) podría ser demasiado corto para la designación de un árbitro; y iii) coincide con el término contemplado para el cumplimiento de obligaciones de dar sin plazo.<sup>112</sup>

La necesidad de llevar a cabo dicha integración del plazo puede (y debe) ser innecesaria en casos complejos (en los que la elección de un árbitro apropiado puede tomar más tiempo) y cuando sea observable que la parte en cuestión esté participando y tomando pasos tendientes a designar al árbitro. La suplencia de término parece apropiada únicamente en caso de conducta omisiva, dilatoria.

*Tres árbitros.* En caso de que sean tres árbitros, cada parte designará un árbitro y los dos árbitros designarán al tercero/presidente. Para evitar frustración de, o retrasos en, la constitución del tribunal arbitral, el artículo establece que el juez puede realizar la designación a solicitud de una de las partes en caso de que la otra parte no haya nominado al árbitro dentro de un lapso de 30 días a partir de que recibió el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o en caso de que los dos árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días siguientes a su nombramiento.<sup>113</sup>

#### d. Incumplimiento de designación

En caso que las partes hayan acordado un procedimiento para constituir el tribunal arbitral y alguien incumpla con su deber de desig-

<sup>111</sup> Artículo 2080 del Código Civil Federal.

<sup>112</sup> *Idem.*

<sup>113</sup> Artículo 1427.III.b del Código de Comercio.

<sup>108</sup> Fracción II del artículo 1427.

<sup>109</sup> Artículo 1427.IV del Código de Comercio.

<sup>110</sup> Artículo 1427.V del Código de Comercio.

nar,<sup>114</sup> entrará en juego el artículo 1427.IV, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que “tome las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo”. La redacción anterior puede dar lugar a interpretaciones equívocas. Dicha facultad del juez busca suplir la deficiencia de la parte que debería designar al árbitro en cuestión. Esta es una medida de último recurso por lo que, en caso de que el acuerdo de las partes o las reglas aplicables establezcan un régimen distinto, aplicará este último. Lo anterior es lo que se quiso desear al establecer “a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo”.<sup>115</sup>

Esta es una disposición imperativa de la cual las partes no puedan pactar en contrario.<sup>116</sup> El motivo es claro: busca evitar un *impasse* que impedirá la consecución del procedimiento o premiaría conducta ilícita.

#### e. Criterios de designación por un juez

El artículo 1427.V del Código de Comercio establece los lineamientos para que el juez designe un árbitro en cualquiera de las circunstancias que el artículo 1427 le otorga la facultad. Para ello debe tener en cuenta lo siguiente:

- i) Las condiciones requeridas y estipuladas en el acuerdo arbitral.
- ii) Las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial.
- iii) La conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, lo que se conoce como *neutralidad*, como se vio con anterioridad.

En caso de que un juzgador se encuentre ante la interrogante de a quién designar, se sugiere acudir a instituciones arbitrales nacionales

<sup>114</sup> Ese alguien puede ser alguna de las partes, los árbitros designados o la institución nominadora.

<sup>115</sup> Broches, *op. cit.*, p. 57.

<sup>116</sup> *Idem.*

para obtener orientación de candidatos. Esta práctica ha tenido lugar y ha sido seguida en forma plausible. Es de esperarse que así continúe.

#### f. Inapelabilidad de la designación del juez

Las decisiones del juez en relación con la designación de los árbitros en seguimiento con las facultades anteriormente descritas son inapelables. Lo anterior es una buena medida para restarle efectos a tácticas dilatorias. De lo contrario, la finalidad de eficiencia y velocidad del procedimiento arbitral se vería frustrada. Sin embargo, generan un riesgo: que la designación no recaiga en una persona adecuada para realizar la función. De nuevo, en el ejercicio de la función descrita se sugiere que se consulte a las instituciones arbitrales que en México existen para guiar la designación. De lo contrario, lejos de ayudar a seguir un procedimiento arbitral expedito, puede entorpecerse.

La inclusión de la palabra “inapelables” en el artículo 1429 del Código de Comercio ha dado lugar a que algunos consideren que, al no ser “apelable”, la designación es “revocable”. Es decir, dado que en materia procesal mercantil existen dos recursos (apelación y revocación), al excluir uno, necesariamente procede el otro. Dicha interpretación *semántica* es contrariada por la auténtica (la intención del legislador) pues los antecedentes de quienes diseñaron el texto muestran que la intención es que al mismo no recayera recurso alguno.<sup>117</sup> Es de esperarse que la práctica judicial tome el curso correcto.

#### D. Límites a la libertad de diseñar un método de constitución

La autonomía de la voluntad en esta materia no es absoluta, tiene límites impuestos por los requisitos de una apropiada administración de justicia. Uno de estos límites es el deber del árbitro de ser independiente e imparcial. Otro límite es que el método de designación cumpla con principios elementales de debido proceso. En particular,

<sup>117</sup> Holtzmann, Howard M., 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, 1994, pp. 406-410. Broches, *op. cit.*, p. 65.

el derecho de las partes a contar con un procedimiento justo y a ser tratados en forma equitativa. El primer requisito (contar con un tribunal independiente e imparcial) ha sido tratado, por lo que a continuación realizaré un comentario sobre el segundo requisito.

El requerimiento que el método de designación cumpla con principios elementales de debido proceso podría parafrasearse en que las partes no pueden (válidamente) acordar ser tratadas en forma injusta. La limitante parece indiscutible en su concepción, pero puede dar lugar a problemas en su aplicación. ¿Debe *cualquier* ventaja estratégica interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación?<sup>118</sup> De contestarse en forma positiva, ¿cuál sería la solución? Es decir, ¿debe, al momento de detectar la más ligera ventaja a favor de una de las partes, la institución arbitral, la autoridad designadora o los árbitros, hacer caso omiso del método incluido en el acuerdo arbitral y aplicar el mecanismo previsto como supletorio en el reglamento o derecho arbitral? De nuevo, de contestar en forma positiva, ¿no invitaría ello a la invalidez del laudo?<sup>119</sup> Después de todo, se está dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes.

Un caso francés famoso echa luz sobre el tema: *Dutco*.<sup>120</sup> En resúmenes cuentas el caso involucró un arbitraje multipartes en el cual existían tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco) que contrataron para la construcción de una fábrica de cemento. El contrato, del cual los tres eran parte, incluía un acuerdo arbitral CCI que contemplaba un tribunal arbitral tri-membre. Dutco inició el procedimiento arbitral en contra de los otros dos y nominó un árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó que los otros dos (BKMI y Siemens) conjuntamente (como demandados) designaran un árbitro. BKMI y

<sup>118</sup> Ha sucedido que las partes convienen pasos que no son simétricos atendiendo a diferencias entre las partes. Por ejemplo, en un caso el acuerdo arbitral daba un plazo ligeramente mayor a una de las partes por ser un idioma distinto al contrato, la (distancia) y la probable existencia de pluralidad de partes.

<sup>119</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio (nulidad) o los artículos 1462(I)(d) del Código de Comercio y V(1)(d) de la Convención de Nueva York (no-reconocimiento/ejecución).

<sup>120</sup> *B.K.M.I. Industrieranlagen GmbH v. Dutco Construction, Co. Ltd.*, 1989, *Revue de L'Arbitrage*, 723; XV YBCA, 1990, p. 124.

Siemens impugnaron la solicitud argumentando que su diferencia de intereses les impedía ponerse de acuerdo sobre un mismo árbitro. Ante ello, la Corte CCI designó al árbitro.

El procedimiento continuó y el laudo que como resultado de ello surgió fue atacado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados sostenían, *inter alia*, que se trataba de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara su propio árbitro y que, por consiguiente, cada uno participara en forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación rechazó la solicitud sosteniendo que no había habido violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral dado que el acuerdo arbitral podría interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designaran un árbitro único entre ellos. La Corte de Casación estuvo en desacuerdo y anuló el laudo sosteniendo que el principio de igualdad de las partes en la designación del árbitro es un aspecto de orden público que no puede ser renunciado.

La decisión ha sido criticada, no en cuanto al énfasis en el carácter de orden público del principio, sino en su aplicación y por adoptar una postura tan conservadora: después de todo, si profesionales experimentados firman un acuerdo arbitral obligándose a que, de presentarse el caso, dos de ellos tengan que ponerse de acuerdo en la designación de una persona como árbitro, ¿por qué habría dicho acuerdo de interpretarse como inválido? En contra de dicha postura se argumenta que el demandante obtuvo una ventaja injustificada al haber puesto a sus demandados en la situación de tener que escoger a un solo árbitro. La razón por la que dicha ventaja es injustificada (según el argumento) es que la misma no se hubiera presentado si se hubieran iniciado dos arbitrajes independientes en los cuales cada una de las partes sea el único demandado.

Con lo expuesto, el lector puede adoptar una postura. Sin embargo, la lección de *Dutco* es que la discreción de las partes sobre su designación del árbitro no es ilimitada, y que ciertas jurisdicciones contemplan la designación del árbitro como un elemento esencial del principio de igualdad y debido proceso.

En este contexto puede ser relevante comentar una práctica que podría suscitar dudas sobre igualdad: si una de las partes no escoge en un periodo determinado a un árbitro, el árbitro nominado por la

otra parte será el árbitro único.<sup>121</sup> Tal parecería que se suscitan las mismas preocupaciones anteriormente apuntadas sobre la ausencia de designación por una de las partes de *su* árbitro. Ante ello, una medida que ciertas instituciones arbitrales adoptan es que, en dicho supuesto, no confirman al árbitro designado sino que designan otro distinto. Sin embargo, debe considerarse que, de adoptarse, la práctica no debería ser rechazada. Lo único que hace es revertir las psicologías y estrategia. Si una parte se entera que la otra ha nominado un árbitro y que, de no rechazarlo en un plazo determinado, será confirmado, ¿por qué habría de interpretarse dicha omisión en forma distinta a una aceptación?

### 3. Asistencia judicial en la constitución del tribunal

Para estudiar la asistencia judicial en la constitución del tribunal es necesario comentar sobre: (1) el alcance de la asistencia judicial; (2) la recusación de un árbitro; (3) la imposibilidad de actuar; y (4) la designación de un árbitro sustituto.

#### A. Alcance

Las facultades otorgadas a los jueces bajo el Capítulo III de Título IV, Libro Quinto, del Código de Comercio, deben ejercerse con cuidado y son de interpretación y aplicación estricta. Lo anterior puesto que constituyen excepciones al principio general en materia de derecho arbitral que no debe existir intervención judicial en el procedimiento arbitral.<sup>122</sup>

La tendencia internacional al respecto es que la asistencia judicial debe ser exclusivamente para remediar problemas durante el procedimiento arbitral, mas no interferir en el fondo de la controversia.

El papel de los tribunales locales de exclusivamente revisar la ejecutabilidad de los laudos ha sido superado, pero ello no implica que los jueces estatales puedan interferir en un procedimiento arbitral. Está limitada a brindar su apoyo, su imperio, para asegurarse

<sup>121</sup> A esta práctica se le atribuye un origen inglés. (Ver Sección 17 de la *1996 Arbitration Act* inglesa).

<sup>122</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

que el acuerdo y procedimiento arbitral sea efectivo. Esta tendencia es universal y ha encontrado eco en la mayoría de las jurisdicciones del mundo, en especial las más modernas.<sup>123</sup>

La anterior concepción de las facultades que en materia de arbitraje se han otorgado a los jueces estatales ha llevado a que se les denomine en la jerga arbitral como “jueces de apoyo” (“*Assisting Judges*” en inglés y “*Juges d’appui*” en francés).

#### B. Recusación

La recusación es la principal sanción a la exigencia de independencia del árbitro.<sup>124</sup> La recusación puede ser convencional,<sup>125</sup> reglamentaria o legal. A continuación me centraré en la legal tratando las causales de recusación, el procedimiento, y su recurso, para luego hacer una observación sobre la relación de la recusación reglamentaria y legal, para concluir con una observación práctica.

##### a. Causales

Las causales hacen eco de los requisitos. Es decir, se puede recusar por la falta de cumplimiento de los requisitos aplicables al árbitro. Por ley son únicamente independencia e imparcialidad.<sup>126</sup>

La frase “*circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*” se consideró lo suficientemente amplia como para cubrir cualesquiera causales específicas para recusar jueces o árbitros bajo los derechos distintos nacionales.

Sin embargo, no incluye las cualidades/credenciales que las partes hayan establecido en el acuerdo arbitral, lo cual formará parte de las bases de recusación en la medida en que las partes así lo hayan pactado en el acuerdo arbitral.

<sup>123</sup> Para abundar sobre esto véase *El arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007.

<sup>124</sup> Henry, *op. cit.*, p. 248.

<sup>125</sup> Por incumplir con los requisitos que las partes han contractualmente establecido; el “Contrato de investidura” o “*receptum arbitri*”, como lo llaman René David (*op. cit.*, p. 369) y Matthieu de Boissésón (*op. cit.*, p. 185).

<sup>126</sup> Artículo 1428 del Código de Comercio.

El primer párrafo del artículo 1428 del Código de Comercio está diseñado para evitar la designación de un candidato inaceptable, para lo cual requiere que un árbitro prospectivo divulgue todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. De esta manera se brinda a las partes todos los elementos para aquilatar al candidato. Además, se establece que el deber de divulgación es de carácter continuo. Por ende, cualquier circunstancia susceptible de generar dudas debe ser revelada en el momento en que se presente.

La segunda oración del segundo párrafo del artículo 1428 del Código de Comercio limita el derecho de una parte para recusar un árbitro por causas por las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. Ello busca evitar maniobras dilatorias. Si una parte tenía conocimiento al momento de la designación de una situación y no ejerció su derecho a recusar, se entiende que consintió. Incluso si el acuerdo arbitral contempla un requisito específico que el árbitro no cumple, el no ejercicio del derecho a recusar hará las veces de una renuncia a exigir el mismo. Una aceptación del árbitro no obstante dicha (supuesta o verdadera) carencia. Una renuncia al derecho de recusar.

Por "independencia" se entiende la ausencia de un vínculo entre el árbitro y una de las partes o el asunto objeto de la controversia. "Imparcialidad" implica la ausencia de preferencia de una de las partes en el arbitraje o a una postura en el asunto en particular. La práctica de cada uno de los requisitos ha generado problemas. Los comentaré por separado.

*Independencia.* ¿Qué tanta relación con una de las partes le resta el calificativo de "independiente" a un árbitro? El problema no es fácil. Muchos abogados dedicados al arbitraje se conocen y designan mutuamente como árbitros. A un observador externo ello podría parecer amiguismo; pero existe una explicación alternativa: que obedezca a respeto por su autoridad moral y capacidades intelectuales. ¿Cómo distinguir?

¿Cómo diferenciar, con información subóptima, entre nepotismo y admiración o respeto? Ambos escenarios están cobijados de un manto de cordialidad, lo cual dificulta su diferenciación.

Postulo que la práctica arbitral tiene la respuesta: el "mercado" de árbitros es reputacional. Los árbitros que son designados a fungir como tales rechazan casos en los que existe un vínculo lo suficientemente sólido como para caer en la hipótesis de inelegibilidad y aun existiendo relaciones no dejan que nublen su buen juicio, su independencia. Podría cuestionarse si es suficiente. Postulo que a la fecha ha funcionado por el cuidado que los profesionistas dedicados a dicha materia ponen en cuidar su reputación.

*Imparcialidad.* ¿Qué tanto se puede comulgar con una postura sin dejar de ser "imparcial"? Es frecuente que alguien tenga una opinión sobre un tema, sin que ello implique que está casado con la misma. Más aún, *la aplicación del derecho es contextual*: puede ser que, teniendo una postura *in abstracto*, se cambie de opinión *in concreto* dadas las circunstancias del caso particular.

Se debe ser cauto al resolver lo anterior pues de adoptar una postura estrecha que fácilmente determine la existencia de parcialidad, se generarían incentivos para que expertos se pronuncien con menos frecuencia sobre temas controvertidos; o lo que es peor, podría perderse la oportunidad de contar con (probablemente) las personas más calificadas para resolver una controversia.

### **b. Procedimiento**

El artículo 1429 del Código de Comercio establece un régimen de recusación. Bajo el mismo, la parte que desea recusar a un árbitro debe hacerlo ante el tribunal mismo. En caso de que no prospere, se puede recurrir la decisión ante el juez mexicano.

La recusación se entabla en primer lugar ante el tribunal arbitral dentro de los siguientes 15 días a partir de la fecha en que se designe o se tenga conocimiento de las circunstancias que den lugar a la recusación.

El tribunal arbitral, excluyendo el árbitro recusado, deberá decidir sobre la procedencia de recusación. En caso de que la recusación no prosperase, la parte recusante puede acudir a entablarla ante el juez mexicano dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación. La decisión será inapela-

ble. Mientras esté pendiente la resolución del juez, el tribunal arbitral puede (mas no tiene que) seguir con el procedimiento arbitral.

Este tema dio lugar a una discusión álgida en el seno de la UNCITRAL puesto que existían puntos de vista divergentes al respecto. El único punto en el cual existió un consenso general desde el principio fue que las partes deben tener el derecho para establecer el procedimiento de recusación; sin embargo, existía diferencia de opinión sobre la posibilidad de que dicho procedimiento pudiera excluir el recurso a un juez local. La solución de compromiso a la que se llegó fue permitir el recurso *inmediato* ante el juez local (la institución arbitral o autoridad nominadora) pero permitiendo, *mas no obligando*, al tribunal arbitral a continuar con el procedimiento arbitral. Esta solución tiene la virtud de que permite al tribunal realizar un ejercicio de equilibrio de intereses de tal forma que, en caso de que considere que la recusación es enderezada con fines meramente dilatorios, pueda limitar los mismos mediante la consecución del procedimiento. Sin embargo, si se considera que no existe una intención de frustración del procedimiento y que existe una auténtica duda, puede suspenderse el procedimiento con la finalidad de resguardar los intereses de las partes, que posiblemente estarán mejor servidos mediante la resolución del tema de la recusación en forma previa a entrar al procedimiento arbitral. De lo contrario, se podría correr el riesgo de desperdicio de recursos en un laudo que puede ser ultimadamente anulado.

En este contexto vale la pena mencionar una propuesta que se dio durante el debate. El delegado de Noruega expresó la opinión que, en caso de que una parte no objete dentro del periodo contemplado por el artículo 1429, debe entenderse que su derecho precluyó y, por consiguiente, no puede esgrimirlo como constitutivo de la causal correspondiente de nulidad<sup>127</sup> o no-reconocimiento/ejecución.<sup>128</sup> La observación parece adecuada y, aunque no fue expresamente reflejada en la Ley Modelo en el contexto de la recusación, considero que debe ser aceptada y aplicada en México puesto que: i) el diario de

<sup>127</sup> Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>128</sup> Artículos V(1)(d) de la Convención de Nueva York y 1462(1)(d) del Código de Comercio.

debates no refleja que haya sido rechazada, sino simplemente no fue incluida de manera específica en la sección de recusación; y ii) es congruente con lo dispuesto en el artículo 1420 del Código de Comercio.

### c. Recurso

En caso de que las partes no hayan hecho aplicable un reglamento arbitral, el régimen de recusación será el contemplado por el artículo 1429 del Código de Comercio. El mismo contempla que de no prosperar la recusación podrá ser recurrida ante el juez mexicano, y dicha decisión es "inapelable". La utilización del término "apelable" es correcta desde un punto de vista semántico (el término en inglés que la Ley Modelo utiliza fue "appeal"). Sin embargo, el contenido que los redactores le quisieron dar a dicho precepto fue (es) que la decisión fuera final, que no hubiera recurso alguno en contra de la misma. Por ende, la mejor traducción conceptual hubiera sido "irrecurrible" pues, al utilizar el término "inapelable", se da lugar a la interpretación que, al no ser apelable, es "revocable",<sup>129</sup> lo cual no es la mejor interpretación exegética.

Es cierto que el problema no es grave. Después de todo, la revocación es un recurso rápido. Sin embargo, no es la mejor interpretación y resta efectos al objetivo del derecho arbitral de minimizar procesalismo.

### d. Interrelación entre recusación legal y reglamentaria

Cuando el procedimiento arbitral está regido por un reglamento, ¿la recusación reglamentaria es *adicional* al régimen de recusación legal, o *supletoria*?

Podría argumentarse que debe ser *adicional* pues es parte del "control" que el juez nacional tiene sobre arbitrajes con sede en su jurisdicción. Por ende, las decisiones que las instituciones arbitrales adopten sobre la recusación de un árbitro siempre estarán sujetas a la

<sup>129</sup> Puesto que en materia procesal mercantil existen dos recursos: apelación y revocación (art. 1334 del Código de Comercio).

decisión *final* del juez mexicano (suponiendo, claro está, que la sede del arbitraje es México).

Postulo que la mejor interpretación es que *no* es adicional. Ello, pues, es derecho dispositivo: aplica sólo en caso de ausencia de pacto en contrario por las partes. Los motivos son: i) la norma fue diseñada expresamente para admitir pacto *total* en contrario;<sup>130</sup> ii) siempre existe la posibilidad de que el juez examine, durante el procedimiento de nulidad o ejecución del laudo, si los requisitos aplicables a los árbitros se ajustaron al derecho aplicable;<sup>131</sup> y iii) una instancia adicional al momento de la decisión sobre recusación retrasaría el procedimiento y sería contraria al ánimo de no litigiosidad que inspira todo el derecho arbitral mexicano.

Admito que la postura no está libre de críticas. Si se indagan los antecedentes del precepto<sup>132</sup> se encontrará que el texto del mismo es el resultado de una solución de compromiso entre dos posturas radicales: quienes sostenían que la recusación ante el juez debía de proceder de inmediato;<sup>133</sup> y quienes defendían que procediera sólo al final del procedimiento, en el contexto del juicio de nulidad o reconocimiento y ejecución.<sup>134</sup>

La adopción del texto actual fue considerada la postura más sana, pues tiene un triple mecanismo que evita chicanas: i) existe un plazo limitado; ii) debería de no poder apelarse la decisión; y iii) el tribunal arbitral tiene la discreción (no obligación) de proseguir.

Es ante lo anterior que considero que el precepto debe interpretarse como derecho dispositivo: si las partes pactaron en contrario, tanto el segundo como tercer párrafo del artículo 1429 del Código de

<sup>130</sup> El fundamento de dicha aseveración es textual. El artículo 1429 del Código de Comercio dice: "Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. A falta de acuerdo...", con posterioridad de lo cual está contemplada la recusación.

<sup>131</sup> Artículos 1457(I)(d) y 1462(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>132</sup> Holtzman y Neuhaus, *op. cit.*, p. 407. Broches, *op. cit.*, p. 63.

<sup>133</sup> El argumento se basaba en el deseo de eliminar dicha circunstancia lo antes posible, evitando seguir un arbitraje ante un tribunal que, llegado el momento, podría ser declarado ilegal.

<sup>134</sup> El motivo detrás de esta postura era evitar que se utilizara como táctica dilatoria que frenara el procedimiento.

Comercio se ven desplazados por el pacto. Y un reglamento arbitral sería el pacto de las partes.

Los motivos por los que considero que dicha interpretación constituye buen derecho son: i) de otra manera existiría una doble recusación: la contractual (reglamentaria) y la legal. ¿Que utilidad tendría el que dos autoridades analicen el mismo tema?; ii) se restaría efectos a la voluntad de las partes: se dejaría sin contenido el deseo que la decisión sobre recusación sea ventilada por la institución supervisora del arbitraje; iii) la institución arbitral está mejor situada para llevar a cabo dicha evaluación pues se trata de un especialista sobre la materia. Además, le da oportunidad de reevaluar la decisión de confirmación del árbitro; iv) la recusación está estrechamente relacionada con la designación. Debe procurarse que ambos tópicos sean decididos en un mismo foro. No hacerlo da lugar a contradicciones, exceso de litigio y desperdicio; v) el juez no pierde el control sobre el arbitraje: aun si el juez no analiza dicha circunstancia al momento de constitución del tribunal, puede hacerlo al momento del juicio de nulidad o de reconocimiento y ejecución; y vi) resta efectos a tácticas dilatorias.

Al margen de lo anterior debo admitir que se han presentado casos en los que las partes presentan una recusación legal al margen de la reglamentaria. Y hasta donde tengo conocimiento, no se ha litigado la prevalencia de uno sobre del otro con base en el razonamiento esbozado en los párrafos anteriores. Es de esperarse que se ponga fin judicial a esta situación.<sup>135</sup>

Existe otro tema controvertido vinculado con lo anterior: ¿cuál es el grado de deferencia que un juez debe otorgar a la declaración de no procedencia de la recusación por el tribunal arbitral o la institución arbitral?<sup>136</sup> ¿Está éste obligado por la determinación del tribunal o institución? ¿La decisión del tribunal o la institución arbitral es de naturaleza jurisdiccional o administrativa?

<sup>135</sup> Lo cual sugeriría que fuera mediante derecho proveniente de la judicatura (jurisprudencia) no mediante una modificación legal. El texto legal así lo permite. Su radio de acción es lo suficientemente amplio como para incluir en el mismo dicha interpretación.

<sup>136</sup> Con fundamento en el primer párrafo del artículo 1429 del Código de Comercio.

Que sepa, el tema no se ha litigado en México, pero sí en otras jurisdicciones. Los tribunales franceses han favorecido la postura administrativa (no jurisdiccional).<sup>137</sup> Ello porque la labor de la institución arbitral es organizar, supervisar. Por ello, el rechazo de una recusación por la institución arbitral no impide a un juez juzgar la independencia e imparcialidad de los árbitros una vez emitido el laudo.

Sin embargo, la postura no es unánime. Hay casos<sup>138</sup> y autores<sup>139</sup> que consideran que tiene una naturaleza jurisdiccional, por lo que tiene un carácter definitivo y no está sujeto a control posterior por tribunales judiciales, salvo la nulidad del laudo arbitral.

En mi opinión, debería adoptarse la postura jurisdiccional. Los motivos, además de los expuestos, son que las partes, al acudir al arbitraje institucional, hagan justamente lo que desearon: que la institución arbitral elegida, como experta en estos temas, sea quien haga estas determinaciones. De haberse preferido que fuera un juzgado nacional, no se habría acudido al arbitraje administrado. Es decir, la decisión final sobre recusación es parte del género consistente en organizar el procedimiento arbitral.<sup>140</sup>

### e. Estigma

La recusación merece una observación adicional. Y raya en lo sociológico, si no es que psicológico. Con frecuencia se percibe que la recusación está rodeada de un estigma negativo. Postulo que es infundado. Correctamente entendida, una "recusación" es el planteamiento de un cuestionamiento ante el órgano correspondiente sobre si un árbitro prospectivo reúne los requisitos para fungir como tal. Al margen de la causal de recusación, la recusación *qua* recusación no

<sup>137</sup> *Raffineries de Homs et de Bainias*, Corte de Apelación de París, 15 de mayo de 1985, *Revue de L'Arbitrage*, 1985, p. 147. Caso *Opinter*, Corte de Apelación de París, 15 de enero de 1985, *Revue de L'Arbitrage*, 1986, p. 87. La Corte de Casación rechazó la calificación jurisdiccional de esta decisión (7 de octubre de 1987).

<sup>138</sup> *République de Guinée*, Tribunal de Grande Instance de París, 23 de junio de 1988, *Revue de L'Arbitrage*, 1988, p. 657.

<sup>139</sup> Fouchard, "Le Statut de l'Arbitre", *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 355. Henry, *op. cit.*, p. 286.

<sup>140</sup> *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 679 y ss.

debe conllevar una connotación negativa sobre la persona del árbitro. Más bien, debe entenderse como una garantía de legalidad. Las circunstancias con frecuencia distan de ser claras.

Ante ello, en ejercicio de una sana técnica jurídica, se inventó un mecanismo conforme al cual un ente distinto a las partes involucradas en la duda (el árbitro y las partes) pueda resolver dicha interrogante. Y si ese alguien que es tanto independiente como letrado, mejor. De allí que sea sano que sean las instituciones arbitrales, como expertas, quienes decidan si ciertas (dudosas) circunstancias son suficientes para válidamente cuestionar la independencia o imparcialidad del árbitro,<sup>141</sup> o si pueden presentar una duda *legítima* de ello.<sup>142</sup>

Utilizando una metáfora constitucional, la recusación es una pieza de la "división de poderes" del sistema arbitral. Establece una válvula para resolver la tensión que existe entre dos (legítimos) intereses: por un lado, el deseo de las partes de cerciorarse que el árbitro que designa la contraparte reúna los requisitos legales y contractuales aplicables.

Por otro lado, el deseo de las partes de evitar que la recusación sea utilizada como táctica dilatoria o medida para evitar que se designe un árbitro que haría cumplir el pacto de las partes.

Invito al lector a que ignoremos el estigma y entendamos la recusación como lo que es: un mecanismo neutral para resolver una duda que puede ser legítima, y que equilibra los intereses en juego, que son importantes. Ello necesariamente implica que el hecho de que el árbitro no se excuse automáticamente ante una recusación no necesariamente habla mal de él. Está condicionando su actuar a la decisión que al respecto tome el órgano para ello facultado por las partes: el juez<sup>143</sup> o institución arbitral.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> Ello sin perjuicio de que las partes hayan contemplado requisitos adicionales, los cuales pueden también invitar dudas o discusiones de grado. De nuevo, una razón más para que una entidad distinta al árbitro y las partes decida sobre ello.

<sup>142</sup> Recuérdese que el estándar no sólo es la existencia de un vínculo o parcialidad del árbitro, sino que exista una duda *justificada* a los ojos de la parte que no lo designó (Artículo 1428 del Código de Comercio).

<sup>143</sup> Artículo 1429 del Código de Comercio.

<sup>144</sup> En caso de regir un reglamento arbitral.

### C. Imposibilidad para actuar

En ocasiones un árbitro puede verse imposibilitado de continuar con su misión. El tema es serio pues puede comprometer virtudes importantes del arbitraje: eficiencia y celeridad.

La existencia de una circunstancia que imposibilite que el árbitro lleve a cabo sus deberes, puede ser justificada. Después de todo, nadie está obligado a lo imposible. Sin embargo, es necesario establecer qué tipo de circunstancias son justificadas para deslindarlas de conducta abusiva, los efectos jurídicos de ello, la posibilidad de que varíen en atención al momento del procedimiento en que la ausencia se presente, y las consecuencias de una falta injustificada.

La práctica ha demostrado que en ocasiones árbitros (en especial los de parte) incurren en conducta estratégica que busca restarle efectos, retrasar o entorpecer un procedimiento arbitral. La jerga arbitral ha denominado a éstos "árbitros-saboteadores". Es dicha práctica, y los efectos que puede tener, lo que da importancia a la reglamentación de este tema.

El artículo 1430 del Código de Comercio aborda: a) las causales con base en las cuales puede terminar el mandato del árbitro; b) la forma en que el mandato debe terminar; y c) el desacuerdo entre las partes en relación con lo justificado de la terminación. A continuación abordaré cada una para luego comentar d) los efectos jurídicos de los mismos y concluiré con una mención e) sobre la necesidad de que el árbitro acepte su misión.

#### a. Causales de terminación de la misión del árbitro

El artículo 1430 del Código de Comercio contempla tres causales de terminación: i) la imposibilidad *de jure* para realizar sus funciones; ii) la imposibilidad *de facto* para realizar sus funciones; o iii) la imposibilidad para actuar por cualquier otro motivo.

Los términos *de jure* y *de facto* de la versión en inglés se tradujeron como "de hecho o por disposición legal". La amplitud de la redacción busca dejar claro que cualquier circunstancia, sea jurídica o fáctica, que tenga como resultado que el árbitro no pueda realizar sus funciones, es suficiente para constituir una causal válida de terminación de la misión del árbitro.

Existen dos escenarios que analizaré en forma separada: cesación por renuncia o acuerdo de las partes y la remoción.

**Cesación.** El artículo 1430 del Código de Comercio establece que, en caso de verse impedido para ejercer sus funciones, el árbitro "cesará en su encargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción". Existen dos tipos de cesación: *ex officio* y *ex parte*.

En caso de que el árbitro observe que está física o jurídicamente imposibilitado para seguir su misión, *puede* renunciar. El que *deba* es un tema complejo y sujeto a las circunstancias del caso.<sup>145</sup> Considero que un criterio que debe guiar el ejercicio de dicha facultad es que debe ser utilizada en forma tal que no se premie conducta dolosa de una de las partes. Por ejemplo, ha ocurrido que se entablan litigios paralelos con miras a obtener una orden judicial que impida al tribunal arbitral continuar.<sup>146</sup>

En caso de que las partes consideren, por cualquier motivo, que el árbitro debe dejar de fungir como tal, dada la naturaleza contractual del arbitraje, pueden acordar la remoción del mismo. En dicho caso, la voluntad debe respetarse, tanto por el árbitro como por la judicatura. Sin embargo, para que proceda, *ambas* partes deben solicitarlo, no una sola.

**Remoción.** El artículo 1430 *in fine* del Código de Comercio contempla la posibilidad de remover al árbitro. Puede suceder que, no obstante la imposibilidad fáctica o jurídica del árbitro, no renuncie. En dicho caso, cualquiera de las partes puede ocurrir ante un juez y solicitar que sea removido. Tendrá que demostrar que el árbitro está "impedido de hecho o por disposición legal para ejercer sus funciones" o que no las ha ejercido dentro de un "plazo razonable".

Esta facultad puede ser útil, pero puede también ser peligrosa. En términos generales, es de sugerirse que el umbral de prueba sea muy

<sup>145</sup> Han existido casos diversos en los que, ante un (inclusive pequeño) obstáculo, el árbitro ha renunciado; y otros problemas serios que han sido (valientemente) enfrentados por el árbitro en cuestión mediante su solución. Es difícil establecer una regla pues el casuismo lo dificulta. Lo relevante a mencionar es que la decisión es del árbitro. La pregunta necesaria e interesante es: ¿cuándo debe?

<sup>146</sup> En dichos casos, en términos generales, tal parece que la mejor postura es continuar con el arbitraje. Los motivos serán desarrollados en otra sección de este estudio.

alto y que la facultad se utilice en forma excepcional, equilibrando, por un lado, el principio general de no intervención por la judicatura en el procedimiento arbitral y, por el otro, los siguientes riesgos que, dado el carácter de inapelable de la decisión, serán de especial trascendencia: i) que una de las partes busque entorpecer el procedimiento solicitando la terminación de las funciones de un árbitro; o ii) que, de rechazar la solicitud, el tribunal se vea atado a un árbitro imposibilitado para actuar.

La facultad no debe de ejercerse nunca por el simple hecho que el árbitro haya tomado un paso que a una de las partes no le haya parecido o una demora que tenga un elemento que la pueda justificar. Hacerlo convertiría dicho instrumento en una forma de "terrorismo arbitral", además de tornarse en una chicana efectiva.

#### **b. Forma de terminación de la misión del árbitro**

Sobre la forma en que debe terminar la misión del árbitro, durante los debates se rechazó que la terminación fuera la consecuencia legal automática de la imposibilidad o no ejercicio de funciones. Más bien se prefirió establecer que la terminación de la misión del árbitro resultara de su renuncia expresa o si las partes acuerdan su remoción. Dicha condición, si bien prudente para dar certeza acerca de una circunstancia tan trascendente, da lugar a la posibilidad de que se presenten tácticas dilatorias por las partes. Puede suceder que el árbitro renuncie, en cuyo caso se cierra dicha posibilidad. Sin embargo, de no existir una renuncia, la necesidad de contar con el acuerdo de la contraparte implica el riesgo de falta de cooperación. Es por ello que el precepto contempla la posibilidad, en caso de desacuerdo, de acudir a un juez solicitando la remoción. Es de sugerirse que esta facultad sea cuidadosamente ejercida equilibrando, por un lado, el principio general de no-intervención por la judicatura en el procedimiento arbitral,<sup>147</sup> y, por el otro, los siguientes riesgos que, dado el carácter de inapelable de la decisión, serán de especial trascendencia: i) que una de las partes busque entorpecer el procedimiento solicitando la terminación de las funciones de un árbitro; o ii) que, de

<sup>147</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

rechazar la solicitud, el tribunal se vea atado a un árbitro imposibilitado para actuar.

#### **c. Desacuerdo entre las partes sobre la terminación de la misión del árbitro**

Existe la posibilidad de que las partes estén en desacuerdo sobre la existencia de una de las causales para terminar el mandato del árbitro. Al respecto se decidió que, si existe desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que dé por terminado el encargo. La decisión del juez es inapelable. Esta solución rechazó las posturas que sostienen que debería ser el resto del tribunal arbitral que decidiera sobre el tema. En mi opinión, hubiera sido más apropiado que fuera el tribunal arbitral o institución arbitral quien decidiera al respecto, y el juez sólo en caso de un tribunal conformado por un solo árbitro o en caso de arbitraje *ad hoc* o desnudo (sin reglamento).

Como punto interesante, el derecho arbitral mexicano no refleja el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Modelo<sup>148</sup> que establece, en términos generales, que la renuncia por parte del árbitro no implica la aceptación de la validez de la causa con base en la cual se le haya recusado. No encuentro en ningún lugar el motivo por el cual no se incluyó dicho principio. Me da la impresión que fue un descuido. No obstante lo anterior, dicha concepción es la que parece prevalecer en la práctica.

#### **d. Necesidad de que el árbitro acepte su misión**

Es necesario que el árbitro designado acepte su misión, y ello resulta de la naturaleza contractual del arbitraje y del principio que los árbitros son jueces privados, designados en forma casuista, lo cual requiere tanto el consentimiento de las partes como de los árbitros.<sup>149</sup> El consentimiento de los árbitros no es menos importante que el consentimiento de las partes dado que el papel que asumen no es obliga-

<sup>148</sup> El cual se basa el artículo 1430 del Código de Comercio.

<sup>149</sup> Sobre esto se recomienda la obra dirigida por Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, *El contrato de arbitraje*, Legis, Colombia, 2005.

torio y no puede ser impuesto a ningún particular. Dicha obligación puede resultar exclusivamente de una relación contractual que vincule los árbitros a las partes y a cualquier institución que organice el procedimiento arbitral.

La única formalidad relativa a la aceptación es que sea inequívoca. Las consecuencias de la aceptación son: i) completa la constitución del tribunal arbitral en lo que al árbitro en cuestión se refiere; y ii) establece el inicio de sus funciones y el momento a partir del cual sus deberes como jueces privados comienzan, principalmente los éticos y el de conducir en forma diligente e imparcial el procedimiento arbitral.

Lo anterior puede tener un impacto práctico importante puesto que, en algunas legislaciones y reglamentos arbitrales, se establece un periodo específico dentro del cual tiene que emitirse el laudo arbitral.

#### D. Designación del árbitro sustituto

El artículo 1431 del Código de Comercio regula la designación de un árbitro sustituto. Dado que el mecanismo es el mismo que el contemplado en el artículo 1429, no lo repetiré.

El precepto incluye cinco causales de terminación: a) con motivo de una recusación; b) imposibilidad *de jure* o *de facto* para continuar con el cargo; c) renuncia del árbitro; d) remoción por las partes;<sup>150</sup> y e) terminación del encargo por cualquier motivo.<sup>151</sup> Las causales c) y d) reflejan la libertad tanto de las partes como del árbitro de dar por terminada la función del árbitro, lo cual es congruente con la naturaleza contractual del arbitraje. La disposición genérica ("*terminación de su encargo por cualquier otra causa*") busca cubrir todos los casos en los cuales el mandato pueda darse por concluido, aun si no están contemplados en las primeras de estas categorías.

Surgió la interrogante acerca de la libertad de un árbitro a renunciar por razones distintas a las ya tratadas en el artículo 1430 del

<sup>150</sup> Un tema que se ventiló fue si las partes tienen libertad irrestricta de acordar una forma de terminación de la misión del árbitro. Dada la naturaleza consensual del arbitraje, la pregunta se resolvió en forma afirmativa, sin perjuicio de que exista responsabilidad del árbitro cuando el encargo haya terminado sin una causa que la justifique.

<sup>151</sup> Artículo 1429 del Código de Comercio.

Código de Comercio, lo cual también fue resuelto en forma afirmativa, pero en este caso por la razón práctica de que un árbitro que no desea actuar no podría ser forzado para conllevar sus funciones. Ello es sin perjuicio de la responsabilidad en que se podría incurrir de ser ilícita la renuncia.

La cuestión de la responsabilidad del árbitro fue reservada y el grupo de trabajo decidió que la Ley Modelo no debería tratar la responsabilidad legal de un árbitro, lo cual es un tema regulado por el derecho (civil) que resulte aplicable.

Existe una precaución que debe ser tenida en mente: el mecanismo de renuncia y reemplazo puede ser abusado por un árbitro "saboteador" con la finalidad de obstruir o de alguna manera inapropiada influenciar el procedimiento.<sup>152</sup>

De ser utilizada de dicha manera considero que existiría responsabilidad profesional por parte del árbitro. Sugeriría que así lo sostuviera la judicatura.<sup>153</sup>

Deseo hacer una propuesta: quien designe a un árbitro "saboteador" debe perder el derecho a volver a designar "su" árbitro. El motivo es que se trata de un caso de abuso de derecho, y bajo dicha teoría el derecho debe ser perdido.<sup>154</sup>

Cierto, el postulado es agresivo además de controvertido. Después de todo, la elección del árbitro es un derecho importante. No obstante ello, considero que si se abusa del mismo, debe perderse. Ello estimularía una conducta apropiada.

#### E. Temas relacionados con la sustitución del árbitro

Dos temas se relacionan con lo anterior que a continuación trataré: a) la necesidad de repetir actuaciones; y b) el tribunal trunco.

<sup>152</sup> El problema fue resuelto en el contexto del Convenio CIADI al establecer que, en caso de que un árbitro-de-parte renuncie sin consentimiento del tribunal arbitral, un árbitro sustituto sería designado por una autoridad neutral. El grupo de trabajo de la UNCITRAL decidió no abordar el tema.

<sup>153</sup> El mecanismo es descrito en la sección VIII.B de este estudio.

<sup>154</sup> Propondría que la determinación la hiciera el tribunal arbitral en conjunción con la institución arbitral, de existir. Ello dada la importancia del derecho y dada la posibilidad de que no se logre mayoría, pues el tribunal estará compuesto por dos árbitros.

### a. Repetición de actuaciones

La sustitución de un árbitro necesariamente hace surgir la duda sobre la necesidad de tener que repetir algún paso procesal que haya tenido lugar. Ello involucra cuestiones de debido proceso, por lo cual debe abordarse con cuidado:

Los reglamentos arbitrales más modernos establecen que será el tribunal arbitral mismo quien decida sobre la necesidad de repetir pasos procesales. En caso de que el procedimiento arbitral se encuentre en una fase temprana, existirá poca necesidad de repetir algún paso. Sin embargo, de estar avanzado el procedimiento, ello puede tornarse en indispensable, particularmente si han tenido lugar audiencias en las que se hayan desahogado pruebas o ventilado argumentación jurídica sobre el fondo del asunto.

Al respecto vale la pena citar una norma que parece tomar una postura que equilibra los intereses en juego. El artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL establece que, en caso de tratarse del árbitro único o el presidente del tribunal, las audiencias serán repetidas. Sin embargo, si se trata de un árbitro-de-parte, será discreción del tribunal arbitral decidir sobre ello. La *ratio legis* de esta norma es restarle efectos a tácticas dilatorias de árbitros saboteadores.

De cualquier manera, la decisión corresponde al tribunal por ser el mejor situado para tomarla. Dado que el derecho mexicano no contempla norma alguna, salvo casos extremos, un tribunal estatal que conozca de la materia debe respetar la decisión tomada por el tribunal, aun si se separa de la regla citada en el párrafo que antecede.

### b. Tribunal trunco

Un tema relacionado, y no abordado por derecho mexicano, es la posibilidad de no designar un árbitro sustituto y proceder sin la totalidad del tribunal en la forma originalmente acordada por las partes; lo que en el argot arbitral se ha llamado un "tribunal trunco".

El punto jurídico a resolver tiene que ver con la posibilidad de apartarse del acuerdo de las partes sobre la composición del tribunal arbitral con miras a lograr el deseo primordial de las partes al acudir al arbitraje: *contar con un procedimiento eficaz*.

Por principio de cuentas podría parecer difícil de aceptar la noción que un tribunal trunco decida la controversia. Después de todo, las partes pactaron que sea un tribunal colegiado compuesto de (por ejemplo) tres árbitros quien resuelva. Y apartarse de dicho pacto es una causal de nulidad<sup>155</sup> y no-reconocimiento/ejecución<sup>156</sup> del laudo. Si se acordó que fueran tres árbitros los que decidieran la controversia, es porque el monto, complejidad o cualquier otra circunstancia del asunto así lo amerita. La aseveración cobra más importancia si se considera que el árbitro-de-parte con frecuencia juega un papel trascendente tanto en lo jurídico, cultural y hasta psicológico; por lo cual, en una ausencia del mismo, podría generarse una situación de desigualdad entre las partes y ausencia de debido proceso.

Sin embargo, pueden existir circunstancias que militen a favor de dicho resultado. Piénsese en el caso en el que el árbitro-de-parte entorpece el procedimiento, injustificadamente deja de asistir a audiencias, persistentemente evita cooperar en la toma de decisiones o consecución de pasos procesales, o la renuncia por un árbitro que, si bien en cualquier momento sería desafortunada, entre más avanzado esté el procedimiento más dañina será.

Por principio de cuentas, la falta de un árbitro debe resultar en la designación de uno nuevo. Sin embargo, ¿en qué casos se justificaría no designar uno nuevo y proceder como tribunal trunco? y ¿quién debe tomar la decisión?

El tema ha motivado estudios interesantes por juristas destacados<sup>157</sup> y en fechas recientes se han observado casos que rebasan la imaginación. Mucho podría decirse al respecto; sin embargo, me limitaré a mencionar conclusiones que la práctica, jurisprudencia y doctrina nos brindan para analizar el tema:<sup>158</sup>

- a) Un retiro injustificado por parte de un árbitro constituye un ilícito: es un incumplimiento al deber (contractual y legal) de

<sup>155</sup> Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>156</sup> Artículo 1462(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>157</sup> Por ejemplo, Stephen M. Schwebel, *The Authority of Truncated International Arbitral Tribunal, International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, Cambridge, 1987.

<sup>158</sup> Schwebel, *op. cit.*, p. 296.

resolver la controversia que se somete a su conocimiento, no sólo en forma independiente e imparcial, sino también en forma justa y expedita.

- b) El ilícito descrito en el párrafo que antecede no debe restarle la facultad al resto del tribunal arbitral de continuar con el procedimiento arbitral y emitir un laudo válido y ejecutable.

Las conclusiones anteriores se derivan de las siguientes fuentes de derecho: la jurisprudencia internacional,<sup>159</sup> los principios generales de derecho<sup>160</sup> y la doctrina.

En fechas recientes tuvo lugar un caso que vale la pena comentar: *Himpurna California Energy, Ltd. (Bermuda) vs. Republic of Indonesia*.<sup>161</sup> En dicho caso la parte demandada, después de ejercer sin éxito todas las medidas jurídicas a su disposición para evitar que el tribunal conozca del asunto,<sup>162</sup> recurrió a medidas fácticas: *¡secuestró a uno de los árbitros!*

No obstante que el caso es tan apasionante como dramático, no abundaré sobre el mismo; sólo sobre lo que hizo el tribunal ante dicha circunstancia: prosiguió con el procedimiento arbitral. No obstante la empatía que sintieron los miembros restantes del tribunal por el árbitro secuestrado, su misión tenía que ser cumplida. La pregunta era si era necesario designar un árbitro sustituto, o si deberían repetirse instancias.

La respuesta fue negativa, no sólo porque ya habían existido deliberaciones con el árbitro secuestrado como resultado de las cuales el tribunal había llegado a determinaciones, sino que además —y este es el punto que deseo enfatizar— no hacerlo premiaría conducta no sólo dolosa, sino delictuosa, de la parte renuente a arbitrar.

<sup>159</sup> El estudio del juez Schwebel, anterior juez de la Corte Internacional de Justicia, cita múltiples precedentes internacionales.

<sup>160</sup> Un ilícito no debe producir efectos jurídicos que favorezcan a quien lo comete.

<sup>161</sup> Laudo Interino de fecha 26 de septiembre de 1999.

<sup>162</sup> Que incluyeron la recusación de los miembros del tribunal (lo cual incluyó comunicaciones diversas que más que representar argumentos jurídicos sólidos, contenían ataques *ad hominem* e inclusive insultaban a los miembros del tribunal), el inicio de procedimientos tanto en Indonesia como en la sede del arbitraje (Países Bajos) solicitando órdenes que prohibieran al tribunal proseguir.

Es de esperarse que el caso, no obstante el surrealismo que despliega, sirva de ejemplo tanto para tribunales arbitrales como jueces.

## VI. OBLIGACIONES Y PODERES

### 1. Introducción

Para lograr su misión jurisdiccional el árbitro tiene facultades diversas. A continuación se analizarán las más importantes y aquellas en las que la práctica ha mostrado actos y omisiones que merecen ser corregidos.

### 2. Conducción del procedimiento

El árbitro lleva las riendas de la carroza arbitral.<sup>163</sup> Diferentes árbitros tienen diferentes estilos. Pueden categorizarse genéricamente en *laissez-faire* o *dirigistes*.

Mientras que algunos dejan que el arbitraje fluya como las partes lo vayan llevando y sólo meten las manos cuando así lo requieren las circunstancias (con miras a que no se trabe o estanque el procedimiento), otros regulan todo al pie de la letra. Y dentro de dichos polos del horizonte existen matices.

Los diferentes estilos tienen ventajas diversas y puede ser que un árbitro que es *laissez-faire* en un arbitraje sea dictatorial en otro, dadas las circunstancias particulares del caso. El derecho arbitral está diseñado para tolerar ambos estilos. Ello se corrobora si se observa la redacción del artículo 1435 del Código de Comercio: es una norma que no regula método, sólo resultado.

La constitucionalidad de dicho precepto fue cuestionada argumentando que era violatorio del artículo 14 constitucional puesto que: a) no preveía las formalidades esenciales del procedimiento (incluyendo las reglas sobre ofrecimiento y desahogo de pruebas); y b) el verbo “dirigir” en dicho precepto otorgaba facultades absolutas y omnímodas a los árbitros. La Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la pretensión sosteniendo:

<sup>163</sup> Segundo párrafo del artículo 1435 del Código de Comercio.

“...el Título cuarto, del Código de Comercio, intitulado del “arbitraje comercial” especialmente los capítulos V y VI, cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, en especial con aquella relativa a la adecuada defensa, puesto que el demandado en el procedimiento arbitral, que es el caso, cuenta con la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que finque su pretensión y de alegar, por lo que no queda en indefensión. Del contexto de diversos preceptos del Título Cuarto, se infiere, con meridiana claridad, en lo relativo a la oportunidad de defensa, que las partes dentro del procedimiento arbitral si cuentan con la oportunidad de ofrecer las pruebas en que funden su defensa con los plazos para su ofrecimiento y forma de desahogo, como para alegar, ya que la facultad que se confiere al tribunal de arbitraje por el numeral 1435 del Código de Comercio, en relación con el procedimiento, se encuentra acotada por las disposiciones del referido Título ... ya que lo relevante es que dicho Título sí establece las formalidades esenciales del procedimiento, de conformidad con la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ... Por consiguiente, las facultades del tribunal de arbitraje, en particular las de establecer las reglas del procedimiento arbitral inherentes al ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, como de alegatos, por el contenido propio del artículo 1435 del Código de Comercio y del Título Cuarto del Libro Quinto de igual codificación, no son absolutas ni omnímodas, sino que por el contrario, se encuentran limitadas a no contravenir el contenido del referido Título, el cual, como ya se vio, salvaguarda las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el artículo 14 constitucional”.<sup>164</sup>

La decisión es tan tajante como plausible. No sólo eso. Cuando fue emitida le ganó (o refrendó, depende la postura que se adopte) a México una reputación de un buen lugar para arbitrar en América Latina.<sup>165</sup>

Discutida su constitucionalidad pasemos a su legalidad. El ejercicio de esta facultad tiene que seguir ciertos cánones: 1) seguir un proceso debido; 2) dar a las partes trato igualitario; 3) cómo se entre-

<sup>164</sup> Amparo en Revisión 759/2003.

<sup>165</sup> La decisión tuvo eco en muchas partes del mundo. Esto es de tenerse en cuenta pues el impacto y rectitud de las decisiones judiciales mexicanas es analizado por expertos y practicantes de arbitraje en diversas partes del mundo.

laza con la facultad de las partes de llegar a acuerdos procesales. A continuación se tratará cada uno.

#### A. Debido proceso

El árbitro debe dar a las partes oportunidad de hacer valer sus derechos. El fundamento y razón de ser de dicho principio es incuestionable. Sin embargo, su contenido y alcance varía, está sujeto a diferencias de opinión y su regulación por los reglamentos de arbitraje contempla matices dignos de comentar.

Algunos reglamentos hablan de dar oportunidad “suficiente”<sup>166</sup> para hacer valer sus derechos mientras que otros dicen que esta oportunidad debe ser “razonable”.<sup>167</sup> La postura que adopta el artículo 1434 del Código de Comercio mexicano es aparentemente más severa al establecer que el tribunal arbitral debe dar a las partes “plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

El adjetivo “plena” en dicho contexto ha dado lugar a una discusión sobre el alcance del principio. Por un lado, hay quienes sostienen que toda medida que adopte el tribunal que, por cualquier circunstancia, merme —aunque sea un poco— el derecho de una de las partes a tomar algún paso procesal, es contrario a dicho principio. Por otro lado, se encuentran quienes consideran que el hecho de que las medidas adoptadas por el tribunal para que las partes presenten su postura ante el mismo sean congruentes con el principio en cuestión es dependiente de las circunstancias, demás aspectos del procedimiento y de que, al optar por el arbitraje, las partes necesariamente quisieron evitar formalismos o retrasos innecesarios. Por consiguiente, que la forma de conducir un procedimiento le haya brindado plena oportunidad a las partes de hacer valer sus derechos ante el tribunal depende del caso y lo decide el tribunal arbitral, el cual es el mejor situado para tomar las determinaciones correspondientes.

<sup>166</sup> Segundo párrafo del artículo 15(2) del Reglamento CCI que dice: “En todos los casos el Tribunal Arbitral deberá asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”.

<sup>167</sup> Segundo párrafo del artículo 21 de las Reglas CAM que dice: “...el Tribunal Arbitral deberá actuar otorgando a las partes una oportunidad razonable de presentar sus argumentos”.

Si bien el tema es debatible y dependiente de las circunstancias del caso, existen dos sugerencias generales que pueden hacerse. La primera a los árbitros: en caso de duda, vale la pena ser conservador sobre las medidas/decisiones que pueda parecer que le restan a una parte su derecho a presentar plenamente su caso.

A su vez, deben documentarse con detalle en el laudo los motivos por los que el tribunal optó por cierta medida que pudiera, a primera impresión de quien no presencié los hechos, parecer que incumple el principio. La segunda a los jueces que conozcan de la posible nulidad o no reconocimiento/ejecución del laudo: cuando una medida adoptada por un tribunal arbitral parezca no haberle permitido a una parte ejercer sus derechos, ésta debe aquilatarse contra el hecho que el tribunal es quien tiene mayor conocimiento sobre el caso y que tiene la misión de seguir el procedimiento con celeridad y orden,<sup>168</sup> por lo que es recomendable que sólo en casos extremos o claramente injustos se le reste validez a un laudo con fundamento en esta circunstancia.

El alcance de lo que debe entenderse por un "debido proceso" varía. Sin embargo, muchos están de acuerdo en que incluye lo siguiente:

- a) En la medida en que no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido, el tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones.
- b) El tribunal debe permitir a todas las partes presentar pruebas y demás medios de defensa dándoles la oportunidad de desahogar las mismas antes de emitir el laudo. De nuevo, siempre que respeten la organización establecida por el tribunal.
- c) Es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes permitiéndoles exponer sus respectivas pretensiones y defensas.

<sup>168</sup> Esto es de particular importancia pues ha sucedido que tribunales que organizan con detalle un procedimiento se ven obligados a desechar solicitudes o promociones extemporáneas de pruebas. Al aquilatar el impacto de ello, el juez debe tener en mente que si durante el procedimiento no se hacen valer derechos en la instancia correspondiente, resultará en su preclusión. Y el arbitraje no es una excepción.

- d) El tribunal debe cerciorarse que ambas partes tengan acceso a toda la información presentada por ambas partes al tribunal.
- e) No debe limitarse el derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que únicamente tiendan a retrasar el procedimiento.

En forma relacionada con lo anterior debe hacerse hincapié que el vínculo con la sede no significa que las garantías de procedimiento en materia judicial interna son aplicables a los árbitros.<sup>169</sup> Los derechos fundamentales son inaplicables en el arbitraje.<sup>170</sup>

### B. Igualdad

El árbitro debe tratar a las partes en forma igualitaria.<sup>171</sup> Este principio implica que durante todo el procedimiento arbitral, y no importando el paso o etapa de que se trate, las partes deben enfrentarse el uno ante el otro en un plano que no presente situaciones que beneficien a una de las partes u obstaculicen a la otra. El tribunal no puede dar ventajas a una parte sobre la otra. Ello supondría inequidad procesal.

La aplicación de este principio tiene efectos prácticos importantes; implica que no puede permitirse a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra, no puede permitirse que una alegue y la otra no, y, en suma, no puede darse trato alguno diferente a las partes.

<sup>169</sup> Lo que es más, expertos sugieren que el término que se utilice en arbitraje sea "debido proceso" y no "garantía de audiencia", no por una sobresensibilidad semántica, sino porque hacerlo invita a que se filtren indebidamente nociones de derecho público en el arbitraje, que en esencia es derecho privado, lo que entorpece su eficacia. (Véase Sofía Gómez Ruano y Cecilia Azar, "¿Debe respetarse la garantía de audiencia en un procedimiento arbitral? ¿Garantía de audiencia es una expresión que debe utilizarse en arbitrajes?", *En busca de la teoría constitucional (a la luz de las resoluciones del Poder Judicial)*, Themis, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro, núm. 11, p. 375.

<sup>170</sup> Un estudio reciente aborda esta problemática. "El árbitro, ¿autoridad responsable en el juicio de amparo?", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 29, 2005, p. 605.

<sup>171</sup> Artículo 1434 del Código de Comercio.

### C. Tensión entre autonomía de la voluntad y facultad de dirigir el procedimiento

¿Quién controla el arbitraje? La pregunta parecería sobrada dada la explicación contenida en las anteriores secciones. Sin embargo, no es ociosa. El arbitraje tiene un fuerte componente contractual, lo cual implica que las partes tienen libertad para diseñar el tipo de mecanismo que desean utilizar para resolver su controversia. A tal grado que algún autor habla de "Arbitraje à la carte".<sup>172</sup>

Luego entonces, si las partes tienen la libertad de—vía acuerdos procesales— confeccionar el procedimiento que desean, y ello debe ser respetado por el árbitro, ¿dónde queda el papel del árbitro como capitán del barco?

El lector notará que existe una tensión entre, por un lado, la autonomía de la voluntad y, por el otro, las facultades del árbitro. Y se trata de un tema importante y pragmático.

A continuación propongo una fórmula (que admito que no carece de opositores). Regla 1: es el árbitro quien conduce el procedimiento. Regla 2: las partes pueden llegar a convenios procesales, y el árbitro debe implementarlos. Regla 3: dicha regla tiene un límite: que no se entrometa con la facultad jurisdiccional del árbitro.

#### a. Regla. Los acuerdos de las partes vinculan al árbitro

Es cierto que dada la naturaleza contractual del procedimiento arbitral las partes tienen libertad de llegar a acuerdos procesales,<sup>173</sup> y el árbitro estará obligado por los mismos. Ello ha sido expresamente reconocido en otras jurisdicciones.<sup>174</sup> La violación de dicho pacto sería una causal de nulidad<sup>175</sup> y no ejecutabilidad<sup>176</sup> del laudo. Lo

<sup>172</sup> Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 228.

<sup>173</sup> Dichos acuerdos tienen naturaleza contractual.

<sup>174</sup> *Société Torno SpA vs. Société Kagumi Gumi Co Ltd*, Corte de Apelación de París, 19 de mayo de 1998, *Revue de L'Arbitrage*, 1999, p. 601.

<sup>175</sup> Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>176</sup> Artículo 1461(I)(d) del Código de Comercio.

que es más, algunas cortes han llegado a calificar dicha trasgresión de una violación al orden público.<sup>177</sup>

#### b. Excepción: garantías procesales y eficacia del arbitraje

Los convenios procesales son bienvenidos, siempre que no impliquen una violación a una garantía procesal o mermen la eficacia del procedimiento arbitral. El fundamento es doble: primero, el deber de todos de asegurar un trato justo y equitativo en el procedimiento. Segundo, la naturaleza de la actividad.

Sobre el primero, el artículo 1435 del Código de Comercio no estableció como sujeto pasivo al árbitro. Lo dejó abierto. Ello obedeció al deseo de sus arquitectos que el principio, dada su importancia, aplicará no sólo al árbitro, sino a las partes. El resultado es importante. Expresado en forma negativa, es jurídicamente imposible aceptar ser tratado en forma desigual. Si ello sucede, el pacto carecerá de efectos jurídicos.

Sobre el segundo, el árbitro realiza un acto jurisdiccional.<sup>178</sup> Dicen el derecho. Así lo hacen ver destacados tratadistas (René David,<sup>179</sup> Henry<sup>180</sup> y Clay<sup>181</sup>). Al encomendar dicha labor a un determinado profesionalista, no sólo se hace por sus conocimientos jurídicos sustantivos, sino también por su pericia procesal, lo cual es delicado, además de complejo. Por ello, la facultad del árbitro de

<sup>177</sup> *Dubois et Vanderwalle vs. Boots Frites*, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 100; y *Brljevic vs. Sarl NCM Industrie*, *Revue de L'Arbitrage*, 2001, p. 200. Disiento de la postura por dos razones. En primer lugar, el contenido del orden público es distinto. En segundo, si se adoptara esta postura, existiría un traslape con la causal de no consecución del procedimiento en la forma acordada por las partes [arts. 1457(I)(d) y 1461(I)(d) del Código de Comercio]. Toda interpretación expansiva de un precepto que deja a otro hueco dista de ser la más apropiada.

<sup>178</sup> Hay quien disiente. Creo que la fuente de la diferencia de opinión obedece a que la noción "jurisdiccional" se le concibe en forma (innecesariamente, en mi opinión) limitada como aquella facultad *del Estado*, vía judicatura, de impartir justicia. Considero que la noción amplia es más adecuada: *juris dicere*, decir el derecho, y resolver una disputa acorde a ello. El que sea un funcionario (juez) quien lo haga o un practicante privado no cambia la naturaleza del acto.

<sup>179</sup> *Arbitrage et Droit Comparé*, pp. 12-14.

<sup>180</sup> Henry, *op. cit.*, p. 188.

<sup>181</sup> Clay, *op. cit.*, p. 589.

ignorar los pactos que ponen en tela de juicio su facultad para juzgar es una facultad implícita del *receptum arbitri*.<sup>182</sup>

Comulgo con Kaufmann-Kohler,<sup>183</sup> Jarrosson<sup>184</sup> y Hascher:<sup>185</sup> la voluntad de las partes encuentra como límite la esencia del poder jurisdiccional. La preponderancia de las facultades procesales de los árbitros se justifica por el deseo de eficacia, inherente a la administración de justicia.

No postulo que deben simplemente ignorarse los acuerdos procesales. Ello sería contrario a la labor del árbitro. Si el árbitro considera que un pacto transgrede los lineamientos apuntados, debe hacérselo saber a las partes buscando consensar una solución. Sólo si —después de que ha hecho todo lo razonablemente posible— fracasa, debe echar mano de la facultad que he defendido, más como último recurso.

### 3. Motivar el laudo

El árbitro tiene que motivar el laudo.<sup>186</sup> El término “motivar” en dicho artículo es jurídicamente equivalente a “fundar y motivar” bajo el derecho constitucional y administrativo mexicano. Es decir, el árbitro tiene que citar los preceptos jurídicos en los que basa sus resoluciones, y realizar un análisis que implique la aplicación del derecho a las circunstancias del caso, detallando por qué el derecho se conjuga *in casu* en la forma que el árbitro considera.

La motivación tiene un papel justificativo, pedagógico, persuasivo y explicativo: explicar por qué ganan y por qué pierden. Es la

<sup>182</sup> Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993, p. 372.

<sup>183</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Qui controle l’arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d’efficacité”, en *Liber Amicorum Claude Reymond autour de L’Arbitrage*, Litec, París, 2005, p. 163.

<sup>184</sup> Jarrosson, “Qui tient les rênes de l’arbitrage? Volonté des parties et autorité de l’arbitre”, nota sobre *Société Torno SpA vs. Société Kagumi Gumi Co Ltd.*; *Revue de L’Arbitrage*, 1999, p. 601. Sus palabras exactas son: “La volonté des parties trouve sa limite dans ce qui fait l’essence du pouvoir juridictionnel”.

<sup>185</sup> Dominique Hascher, *Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage Commercial International*, Recueil des Cours de l’Académie du Droit International, 1999, pp. 51-193.

<sup>186</sup> Artículo 1448 del Código de Comercio.

prueba de que las pretensiones han sido cuidadosamente consideradas. Es una garantía contra la arbitrariedad.

La motivación tiene una triple audiencia: las partes, profesionales y la opinión pública. Como dice el viejo adagio: es de fundamental importancia que la justicia no sólo se administre, sino que se perciba que es administrada.<sup>187</sup>

El alcance del deber de la motivación ha sido objeto de divergencia de opinión. Hay quien postula que *todos* los argumentos presentados por las partes deben ser expresamente abordados y, en su caso, refutados, para cumplir con el deber de motivación. En forma contraria, hay quien sostiene que mientras que todos los *puntos jurídicos a resolver* hayan sido resueltos y los argumentos que motivan por qué el árbitro adoptó la postura que prevaleció sean detallados en el laudo, se cumple con el deber de motivar.

La tendencia prevaleciente y mejor derecho es que el debido proceso no exige que se mencionen en el laudo *todos* los argumentos, sólo los medulares. Sin embargo, en casos delicados puede ser útil rebasar dicho *minimum* para persuadir a la parte perdedora y mejorar las posibilidades de cumplimiento voluntario del laudo.

Al respecto, la postura más recomendable a los jueces que ventilen solicitudes de nulidad o no reconocimiento es rechazar dicho tipo de argumentos. Sólo en caso de una ausencia *total* de descripción de posturas puede considerarse la procedencia de dichas acciones. Después de todo, se trata de arbitraje; el deseo de resolver una controversia en forma sumaria y eficiente necesariamente implica que el tribunal se concentre en los puntos medulares y que los argumentos irrelevantes sean descartados.

Lo que es claro es que en ninguna de las premisas en las que descansa la conclusión del tribunal debe escapar un debate contradictorio entre las partes. Es decir, el árbitro no puede *motu proprio* incluir elementos en su resolución sin que las partes hayan tenido oportunidad de comentarlos.<sup>188</sup>

<sup>187</sup> En inglés: “It is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”. Los motivos descansan en el papel social del derecho. Para abundar sobre esto puede consultarse *El Estado de Derecho: un (desesperado) llamado de acción*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 2007.

<sup>188</sup> Como lo dijo la Corte de Apelación de París en el caso *Shérif Jamil Ben Nasser vs. BNP et Crédit Lyonnais*, (14 de octubre de 1993): “Rien de ce qui sert a fonder le jugement

La necesidad de que exista un debate contradictorio entre las partes sobre el asunto genera duda sobre si dicho debate debe ser sobre los aspectos jurídicos y fácticos, o exclusivamente los primeros. A diferencia del juez —al que le aplica el principio *iura novit curia*— y que por consiguiente una exposición fáctica podría (en teoría) ser suficiente, al árbitro no le aplica dicho principio, por lo que parece ser que un debate tanto fáctico como jurídico es necesario.

Con toda su importancia, la motivación es renunciable. Así lo contempla expresamente el derecho arbitral.<sup>189</sup> En un caso del que el autor tuvo conocimiento la misión del árbitro consistía en simplemente poner una cruz dentro de la caja/opción que las partes habían confeccionado en su acuerdo arbitral. Las opciones eran: 1) *A* gana; 2) *B* gana. Si bien las partes otorgaban un contenido obligatorio a cada una de las opciones, no les interesaba saber por qué el árbitro lo decidió así. Lo único que interesaba era una respuesta rápida.

He utilizado dicho ejemplo en varios cursos de arbitraje y mis alumnos me han hecho ver diferentes razones por las que creen que debe y no debe ser válido dicho pacto. Si bien este no es el foro para agotar el tema, deseo mencionar que considero que dicho pacto debe ser válido, y es de esperarse que la judicatura así lo sostenga cuando el caso llegue a sus manos.

#### 4. Emitir un laudo ejecutable

Con frecuencia se dice que un árbitro tiene el deber de emitir un laudo ejecutable. Dicha obligación es peligrosa, y por dos motivos: el laudo tiene curso legal internacional. Puede ser imprevisible en qué jurisdicción se intentará su ejecución, y las peculiaridades de la misma en cuanto a la validez del laudo se refiere.

El segundo motivo es que, tomado a rajatabla, si un laudo es anulado, podría implicar la responsabilidad de los árbitros.

de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties". Diversos autores hacen eco de dicha noción. Por ejemplo, Clay, *op. cit.*, p. 311, J. Pellerin, L. Dermine, *L'arbitre et les mesures d'instruction, en L'arbitrage, Melanges Albert Fettweis*, E. Story-Scientia, Bruselas, 1989, p. 73. Varios casos han seguido el mismo razonamiento.

<sup>189</sup> Artículo 1448 del Código de Comercio.

Considero y postulo que dicha obligación es una de mejores esfuerzos, no de resultado.

Me uno a las observaciones de Pierre Karrer en el sentido que los artículos de los reglamentos arbitrales que son citados como fuente de dicha obligación en verdad no la contienen.<sup>190</sup> Son normas que buscan llenar vacíos con respecto al deber de las instituciones y tribunales arbitrales de cooperar con las partes.<sup>191</sup> Interpretar que los mismos incluyen una obligación de resultado es llevarlo demasiado lejos.

El árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para que el laudo sea ejecutable en la jurisdicción sede del arbitraje. Ni más. Ni menos.

#### 5. Facultad *ex aequo et bono*

Existen dos tipos de arbitraje: en estricto derecho y *ex aequo et bono*. Mientras que el contenido del primero es claro, el segundo es objeto de diferencia de opinión. El debate tiene que ver con el alcance de la facultad. ¿Qué quiere decir que un árbitro deba decidir "en equidad"?<sup>192</sup>

El debate es interesante por varios motivos. En primer lugar, el calibre de los juristas involucrados en la controversia es elevado. A su vez, en apoyo de cada postura se esgrimen argumentos persuasivos. No obstante que parece un tema teórico, es práctico. Diferentes jurisdicciones han adoptado posturas disímboles. Y por si fuera poco, aunque los casos siguen siendo excepcionales, su frecuencia tiende a crecer.

¿Qué postura debe tomar un árbitro en caso de encontrar que su misión es resolver *ex aequo et bono*?

Comencemos por lo que significa. *Grosso modo* existen dos bandos. Por simplicidad los llamaré el conservador y el liberal. Los con-

<sup>190</sup> Por ejemplo, artículo 35 del Reglamento CCI y 44 de las Reglas CAM.

<sup>191</sup> Pierre A. Karrer, "Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?", en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing, 2005, p. 429.

<sup>192</sup> Lo que algunos llaman "a verdad sabida y entera fe guardada".

servadores consideran que el contenido de la facultad implica que, en principio, debe seguirse y citarse el derecho aplicable. La especialidad de la facultad reside en poder apartarse del mismo cuando su aplicación estricta resulte injusta o inequitativa. Es decir, *ex aequo et bono* no es una renuncia de las partes a que los árbitros citen el derecho, sino a que lo apliquen estrictamente.<sup>193</sup> Los liberales consideran que el árbitro *ex aequo et bono* puede hacer caso omiso del derecho. No es necesario que cite nada, sólo tiene que explicar por qué su resolución es justa y equitativa.

Los conservadores hacen ver que su postura da más certeza jurídica. Las facultades de la postura liberal son demasiado amplias. Casi omnímodas.

Existe una marcada tendencia doctrinal por seguir la postura conservadora. Sin embargo, comulgo con la liberal.<sup>194</sup> Considero que, por los motivos que a continuación daré, es la mejor interpretación por ser la más acorde con la voluntad de las partes y por brindar una institución/opción adicional que se puede utilizar en ciertos casos.

Durante un debate reciente sobre este tema un reconocido árbitro mexicano emitió un argumento que me persuadió:<sup>195</sup> uno puede escoger a un árbitro por diferentes razones. El motivo más frecuente es por sus conocimientos jurídicos. Pero pueden existir otras. Por ejemplo, puede escogerse a alguien por respeto a su intuición o su sentido de la justicia. Y —en mi opinión— el derecho debe contemplar una institución que lo permita. Exigir que tenga que motivar *en derecho*

<sup>193</sup> Así lo defienden Michael Bühler y Sigvard Jarvin, "Can the question of the law applicable to the merits be left undetermined by the amiable compositeur?" (inédito). Sus palabras exactas son: "the amiable composition clause is not, unless it is expressly excluded by the parties, a waiver of the rights to the application of the law, but only to its strict application by the arbitral tribunal". Citan al respecto a E. Loquin, "L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial international", *Travaux du CREDIMI*, París, 1980.

<sup>194</sup> Debo admitir que un asunto que tuve hace algunos años me forzó a realizar una investigación sobre el tema y me hizo concluir que la forma de actuar es la descrita en los párrafos anteriores como conservadora. Desde entonces, en mis cursos de arbitraje, así lo he enseñado. Sin embargo, he cambiado de opinión.

<sup>195</sup> Alejandro Ogarrio Ramírez España. El contexto fue un intercambio de observaciones dentro del Comité de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional. Febrero-marzo de 2007. Las palabras que a continuación doy son mi explicación a sus observaciones. Espero estarle haciendo justicia.

podría ser anquilosante, formalista y —lo que es más importante— contrario a la voluntad de las partes.

Los abogados tenemos un (natural) sesgo de formación: sin derecho nos sentimos como barco sin quilla. Debemos entender que el acudir a un sistema jurídico es *una* forma de solucionar una controversia. Mas no la única. Y no siempre es la justa, aunque sea la lícita. Ya lo decía el viejo adagio: "*Nom omne quod licet honestum est*".

Habiéndome pronunciado por la postura liberal, deseo hacer un par de observaciones sobre el papel que el árbitro tendría que seguir de encontrarse con que ha sido investido con dicha facultad. En primer lugar, aclaro que la postura que defiendo es del "deber ser", mas no necesariamente el "ser". El árbitro debe cerciorarse que el derecho arbitral aplicable (incluyendo su interpretación judicial) no haya decidido algo en contrario.<sup>196</sup> El segundo punto a tomar en cuenta es que, dada la diferencia de opinión que existe sobre esto, puede ser conveniente cerciorarse del entender de las partes en el procedimiento sobre este tema. Ello puede requerir un intercambio de posturas al respecto, y posiblemente una decisión previa, con miras a dar claridad a las partes del papel que realizará el árbitro y evitar una sorpresa.

Deseo concluir esta sección con una duda que me surge del debate sobre el contenido de la facultad *ex aequo et bono*. Si la postura conservadora permite alejarse del derecho para llegar a la justicia y equidad, y la liberal permite directamente motivar con base en ella, ¿no se tratará *en esencia* de lo mismo?

## 6. Condena de costas

Las costas en arbitrajes son frecuentemente subutilizadas por los árbitros. Su contenido y diseño permite fines distintos a los evidentes. No explotarlos redundaría en detrimento de la eficacia del arbitraje. A continuación mencionaré brevemente por qué concebirlas como

<sup>196</sup> Si el árbitro encuentra que el derecho arbitral aplicable adopta la postura conservadora, tendrá que actuar como tal. Después de todo, ello significará que el pacto de las partes de arbitrar *ex aequo et bono* en la sede X significa: *ex aequo et bono según se concibe en el derecho arbitral X*. Pero si el tema está abierto (como es el caso de México) podrá actuar liberalmente y postulo que la judicatura debe respetar dicho actuar.

lo que pueden ser: una zanahoria o un palo. Un incentivo o una sanción.<sup>197</sup>

#### A. Concepto de costas

El Código de Comercio no define o enuncia qué se entiende por “costos del arbitraje”. Si bien la razón es desconocida,<sup>198</sup> no debe ser preocupante. Después de todo es con frecuencia definido por los reglamentos arbitrales y, en cualquier caso, será establecido por el tribunal arbitral en el laudo.<sup>199</sup>

Si bien existe una práctica variada en relación con el resarcimiento de gastos legales, por lo general los reglamentos arbitrales no imponen el deber a la parte perdedora de pagar los gastos legales de la parte ganadora. Por ello, el derecho arbitral deja el tema regulado en forma abierta dándole a los árbitros la discreción (mas no la obligación) para determinar si, y en qué medida, los gastos legales deben ser resarcidos.<sup>200</sup> Ante ello, no existe una presunción de que la parte que pierde debe pagar a la parte que gane sus gastos de representación. El tribunal arbitral tiene libertad para determinar si deben resarcirse, y su razonabilidad.

<sup>197</sup> Esta sección está basada en un artículo denominado “Las costas en el arbitraje, ¿una zanahoria o un palo?”, publicado por el autor en *Pauta 2007*, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>198</sup> A diferencia del resto del derecho arbitral mexicano, el capítulo de costas (arts. 1452 a 1456 del Código de Comercio) está inspirado en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. Esta es una de las pocas áreas en las que la ley mexicana sobre arbitraje se apartó de la ley modelo de la UNCITRAL. Al hacerlo se copiaron, casi en su totalidad, las disposiciones sobre el tema del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976 (arts. 38 a 41 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL).

<sup>199</sup> Por lo general abarca los siguientes conceptos: a) honorarios del tribunal arbitral; b) gastos del tribunal arbitral, incluyendo los de viaje; c) costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; d) gastos incurridos por los testigos, incluyendo de viaje, en la medida en que sean aprobados por el tribunal arbitral; e) gastos de representación y asistencia legal de la parte que prevalece, cuando dichos gastos hayan sido reclamados durante el procedimiento arbitral y exclusivamente en la medida en que el tribunal arbitral determina que los mismos son “razonables”; y f) cualesquiera gastos y honorarios de la autoridad designadora del tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje, en su caso.

<sup>200</sup> Committee Report Note on the travaux préparatoires, p. 43. Pieter Sanders, *Commentary on The UNCITRAL Arbitration Rules*, II YBCA, 1977, pp. 214-217.

#### B. Regulación

El Código de Comercio establece, en resumidas cuentas, cuatro reglas básicas en materia de los costos del arbitraje: la libertad de las partes de regular este tema, la metodología para la determinación de los gastos del arbitraje, las reglas para distribución de los costos entre las partes y la facultad del tribunal para solicitar de las partes la realización de un depósito anticipado para cubrir gastos del procedimiento arbitral. Analizarlas rebasaría el propósito de este estudio. Lo que es relevante es el papel del árbitro con respecto a las mismas.

##### a. Determinación de los gastos del arbitraje

Como punto de partida el Código de Comercio establece que los gastos serán cubiertos por la parte vencida en el procedimiento arbitral.<sup>201</sup> Esta regla general no es óbice para que el tribunal arbitral los distribuya en forma distinta, o para que las partes acuerden una distribución distinta, lo cual generalmente sucede en el acuerdo arbitral. Sin embargo, la regla tiene una limitante: que los mismos sean “razonables” a criterio del tribunal arbitral.

Bajo el criterio de “razonabilidad” de los gastos en el arbitraje el tribunal debe considerar lo siguiente al momento de hacer su determinación sobre gastos:<sup>202</sup>

- a) El monto en controversia.
- b) La complejidad de la materia.
- c) El tiempo invertido por los árbitros.
- d) Cualquier otra circunstancia relevante.

La norma en cuestión busca establecer un límite a la posibilidad de que se disparen los costos del procedimiento arbitral, o una manera de evitar abuso por una de las partes.

La aplicación del criterio de “razonabilidad” es semejante a un “examen de balanceo”: el tribunal hará un ejercicio que se asemeja a

<sup>201</sup> Artículo 1455 del Código de Comercio.

<sup>202</sup> Artículo 1454 del Código de Comercio.

poner en ambos lados de una balanza las circunstancias relevantes que abogan en favor de la distribución entre las partes de los mismos. Realizado lo anterior, se observará la inclinación de la balanza y con base en ello se hará una determinación de la distribución de los gastos.

Lo anterior implica que el tribunal tomará en cuenta todas las circunstancias del caso para distribuir los gastos en forma justa. Un criterio importante en ello es la conducta de las partes en el procedimiento. Cuando una reclamación es frívola, o una parte provocó gastos en el procedimiento mediante conducta activa (por ejemplo, tácticas dilatorias) u omisiva (por ejemplo, dejar de comparecer a la audiencia sin aviso previo), por lo general el tribunal arbitral toma en cuenta dichas circunstancias para repercutir en su contra los gastos que de ello se generen a cargo de la otra parte.

Esta facultad es de gran utilidad práctica. La posibilidad de que los gastos sean repercutidos en forma dispar estimula a las partes (suponiendo sofisticación) para litigar de buena fe y buscar medidas que hagan más eficiente el procedimiento arbitral.<sup>203</sup> Veamos por qué.

#### **b. Las costas como una zanahoria o como un palo: un ejercicio de diseño de incentivos**

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es un mecanismo asombroso para cambiar una situación.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Por ejemplo, en un caso que recibió atención pública (*Ethyl Corporation vs. the Government of Canada*, Laudo sobre competencia de fecha 24 de junio de 1998), la falta de cumplimiento con un requisito de procedencia del arbitraje dio como lugar un incidente que involucró una audiencia. Al concluir el mismo el tribunal sostuvo que, no obstante que era cierto que el demandante no había cumplido con el requisito en cuestión, era necesario desechar la reclamación puesto que ello sólo invitaría al desperdicio de recursos (tiempo). Sin embargo, dado que el incumplimiento del requisito estaba demostrado, la sanción más adecuada era repercutir todos los gastos de dicha etapa a la parte que incumplió con el mismo.

<sup>204</sup> Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

La importancia y utilidad de los mismos es con frecuencia pasada por alto por juristas.<sup>205</sup> No debería, cuando los incentivos son bien diseñados pueden ser muy efectivos. Lo que es más, en ciertos casos pueden ser *el* motivo por el que un fin se logre.<sup>206</sup> Mal manejados pueden generar el resultado inverso.<sup>207</sup>

El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Una zanahoria o un palo.

Las costas en arbitraje generan incentivos. Ello está fuera de duda. Lo que está en tela de juicio es si dicha herramienta es correctamente utilizada. De poco sirve su existencia si no son utilizados, o si se utilizan con poca habilidad.

Las costas deben utilizarse tanto como una zanahoria, como un palo. Así lo permite su régimen legal.

#### **c. Las costas como zanahoria**

Como zanahoria, dado que la distribución de las costas obedecerá a, *inter alia*, el comportamiento de las partes en el arbitraje, ello estimula una conducta procesal correcta (litigio de buena fe) y desestimula una conducta desdeñable: chicanas, tácticas dilatorias, solicitudes procesales innecesarias, promociones obesas, etcétera.<sup>208</sup>

<sup>205</sup> Un estudio reciente aborda el fenómeno y aboga por una concepción, confección y utilización del derecho de tal forma que se tomen en cuenta los incentivos: González de Cossío, *El Estado de Derecho: un enfoque económico* (en edición).

<sup>206</sup> Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta delictiva. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿por qué no existe más crimen? Una respuesta reside en el deseo de la gente de no ser percibido como un delincuente. De ser cierta la explicación, querría decir que, aun ante una parca ejecución del derecho penal se logra disuadir conducta antisocial. Ello pone de manifiesto lo poderosos que pueden ser los incentivos.

<sup>207</sup> Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

<sup>208</sup> Claro, esto supone sofisticación del practicante. La suposición puede ser insostenible a corto plazo pero es aceptable a largo plazo. Además, aunque no lo fuera, el diseño del derecho tiene que realizar dicha suposición, so pena de quedarse marginado por la realidad o permanecer como un instrumento burdo.

#### d. Las costas como palo

Como palo, la distribución de costas sirve de sanción: la parte en el arbitraje que lo encarezca será condenada a pagar una porción mayor del mismo. La *justicia* de ello es evidente. Pero además es *eficiente*: si una parte encarece el procedimiento o adopta tácticas hostigantes, será condenada a correr con los gastos que ello genera.

#### e. Prerrequisito elemental

Todo lo anterior supone algo indispensable: que el tribunal arbitral en verdad distribuya los costos entre las partes con base en su conducta procesal.<sup>209</sup> Y esto, que parece tan obvio, con frecuencia no se da. Es mi deseo hacer un llamado enérgico a que así se conciba.

No hacerlo genera incentivos negativos: no sólo no atribuye las consecuencias a quien las genera, sino que condena la herramienta a su subutilización, genera incentivos perversos<sup>210</sup> y provoca frustración en la parte que sí razona y se comporta de esta manera.<sup>211</sup>

#### C. Comentario final

Además de su función evidente, las costas en arbitraje cumplen una función importante: estimular arbitrar de buena fe. Así deben ser concebidas y utilizadas por el órgano que las maneja: el tribunal arbitral.

<sup>209</sup> Deseo citar como ejemplo y aplaudir la postura adoptada por el tribunal arbitral en el caso *CDC Group PLC vs. Republic of the Seychelles* (11 ICSID Reports 2005, p. 266), donde se ordenó a la parte que perdió cubrir la totalidad de las costas dado que la reclamación de nulidad del laudo carecía por completo de mérito. El Tribunal dijo: "The annulment application was fundamentally lacking in merit [...] and respondent's case was to any reasonable and impartial observer most unlikely to succeed" (párrafo 89 del laudo final). Como puede verse, las costas fueron utilizadas como un palo.

<sup>210</sup> ¿Por qué litigar de buena fe si no recibo los beneficios de ello? O lo que es peor, dado que mi adversario litiga de mala fe, y dado que no se repercutirán los costos en consecuencia, ¿por qué no jugar dicho juego? Como puede verse, no distribuir los costos en atención a la conducta procesal que los genera, estimula una conducta procesal desdeñable.

<sup>211</sup> En más ocasiones de las que me gusta admitir he recibido laudos en los que la distribución de costas no sigue esta lógica. Ello es desafortunado. No hay nada más injusto que, después de litigar de buena fe y no entrar al juego de chicanas y actos diversos que encarecen el arbitraje, se condene a ambas partes a sufragar los costos en porciones iguales.

No hacerlo propicia la subutilización de la herramienta, genera incentivos perversos y pierde la oportunidad de procurar uno de los fines últimos del arbitraje: ser un mecanismo *eficiente* de solución de controversias.

## VII. DERECHOS

### 1. Introducción

Como cualquier parte en una relación jurídica, el árbitro no sólo tiene obligaciones, también tiene derechos. Ello se pone en manifiesto si se recuerda la conclusión sobre la naturaleza jurídica de la institución del árbitro a la que se arribó en este estudio:<sup>212</sup> el árbitro es un prestador de servicios profesionales.<sup>213</sup>

Son diversos los derechos de un prestador de servicios profesionales. En este contexto me centraré en el derecho a percibir una remuneración por su trabajo, incluyendo las aristas fiscales que ello genera.

### 2. Compensación

El árbitro, como cualquier otro prestador de servicios profesionales, tiene derecho a recibir un honorario. El régimen del mismo depende del reglamento arbitral aplicable. Mientras que algunos reglamentos arbitrales contemplan un monto fijo, otros son *ad valorem*, y otros *per diem*. Es obligación del árbitro conocer el régimen del reglamento arbitral aplicable a efecto de evitar malos entendidos. La aseveración, que parece obvia, ha dado lugar a problemas. Por ejemplo, ha sucedido que árbitros suponen que en el asunto en cuestión cobrarán su cuota horaria habitual, para luego encontrarse que su honorario está fijado en términos distintos, y —concluido el caso— puede o no haberle convenido. Ante ello, el árbitro debe realizar un ejercicio *a priori* para determinar si está conforme con el régimen aplicable.

Dicho ejercicio debe incluir una variable frecuentemente pasada por alto: que el caso se transija y por ende no llegue a su fin. Es

<sup>212</sup> Sección II.

<sup>213</sup> Una implicación necesaria de calificarlo como un "juez privado".

frecuente observar que si las partes llegan a un convenio, la institución arbitral tenga que hacer un pago parcial con base en monto trabajado, variando por esto la regla original de *ad valorem*. La única precaución que sobre ello puede tomar el árbitro es llevar un registro detallado del trabajo invertido a efecto de poder comunicarlo a la institución arbitral. De lo contrario, se encontrará con que su trabajo puede ser remunerado por debajo de sus expectativas.

El árbitro no puede percibir nada de las partes. Los vínculos financieros entre el árbitro y las partes están estrictamente prohibidos. Cualquiera que sea. Esto debe ser tomado en cuenta no sólo por las razones obvias, sino para evitar que, lo que algunos califican de “prácticas habituales en el mercado”, generen problemas.<sup>214</sup>

### 3. Impuestos

#### A. Introducción: impuestos relevantes y problemática práctica

Al prestar un servicio, la remuneración del árbitro estará sujeta al impuesto al valor agregado (“IVA”). A su vez, las percepciones del árbitro constituirán ingresos sujetos al impuesto sobre la renta (“ISR”).

Esto, que es tan fácil de entender, en arbitraje —dada la estructura del esquema— provoca algunas complicaciones, tanto bajo el derecho fiscal como el derecho arbitral. Tomemos cada una por separado.

#### B. Derecho fiscal

En su origen los problemas fiscales que se generan derivan de dos ambigüedades: ¿cuál es el papel que debe jugar la institución arbitral?, y ¿cuáles son las relaciones jurídicas implicadas?

El trasfondo de la primera interrogante es si debe actuar como retenedor. En relación con la segunda, el impacto de las relaciones involucradas reside en que, de ser transparente (es decir, interpretar

<sup>214</sup> En un caso el autor fue contratado “tras las bambalinas” por un abogado que carecía de experiencia arbitral pero fue designado árbitro y que deseaba ser guiado sobre cómo ser árbitro. Durante una sesión de asesoría me indicó que tendría que darle un “agradecimiento” a alguien a quien le debía la designación. Le hice ver que si era una de las partes, se trataba de conducta inaceptable.

que la institución sólo monitorea y la relación es entre el árbitro y las partes), no se causará impuesto alguno ante y por la intervención de la institución. De interpretar que la relación es triangular (partes-institución-árbitro), podría pensarse en un efecto fiscal de la participación de la institución.

Las instituciones arbitrales optan por interpretar que la relación es entre las partes y el árbitro, por lo que no hacen retención, entero ni cálculo de impuesto alguno. Si bien la postura tiene el mérito de ser la más sencilla y acorde a lo que tal parece que es el papel de la institución arbitral, veamos el impacto que tiene en cada impuesto.

#### a. Impuesto al valor agregado

Dado que la labor del árbitro es un servicio, causa IVA.<sup>215</sup> Lo que es un tema abierto es a qué tasa: 0% o 15%. Ello no debe generar problemas para residentes en México. La problemática se presenta cuando se trata de extranjeros pues, al no poder acreditarlo, se convierte en un costo.

Una respuesta yace en la exportación del servicio. Si el servicio es exportado, estará gravado a tasa cero.<sup>216</sup>

Para que el servicio sea exportado, debe ser “aprovechado” por un residente fuera de México. Es cierto que el concepto de “aprovechamiento” de un servicio es ambiguo, pero existen criterios que lo definen y que pueden abarcar los servicios del árbitro.<sup>217</sup>

¿Pero qué sucede si el pago al árbitro no incluye IVA?, como con frecuencia sucede. La respuesta es sencilla: responsabilidad del árbitro.

<sup>215</sup> Artículo 1.II, Ley del Impuesto al Valor Agregado (“LIVA”).

<sup>216</sup> Último párrafo del artículo 29 de la LIVA.

<sup>217</sup> La regla 5.6.8. de la miscelánea fiscal de 2006 establece que se considerará que los servicios prestados en México son “aprovechados” en el extranjero por un residente en el extranjero cuando dichos servicios sean contratados y pagados por la persona residente en el extranjero y los mismos no beneficien o sean aprovechados por cualquiera de las siguientes: i) Una subsidiaria ubicada en México del residente en el extranjero. ii) Un residente en México que sea parte relacionada del residente en el extranjero. iii) Un cliente o proveedor residente en el país, de la persona residente en el extranjero por el que esta última haya cobrado o recibido cantidad alguna como pago por los servicios personales independientes prestados por la persona residente en el extranjero.

tro. Más específicamente, la negativa de pago del IVA al árbitro conlleva las siguientes consecuencias:

- i) Dado que el árbitro es el contribuyente *jurídico* (aunque no el *económico*), será el responsable por el IVA, aunque no se lo hayan pagado o trasladado.
- ii) Dado que se le hacen pagos en efectivo al árbitro sin que se aclare si incluyen IVA, fiscalmente se presume que el pago incluye el IVA. Por ende, en caso de una revisión, las autoridades fiscales harían responsable al árbitro por el entero (pago) de dicho IVA.
- iii) No acreditamiento del IVA aunque el árbitro lo pague: en caso de que el árbitro tenga que pagar el IVA como resultado de lo indicado en el párrafo que antecede, no podría acreditar el mismo contra otros pagos puesto que el mismo no cumple los requisitos para ello (inclusión en factura que separe los mismos).

Como puede verse, el no pago del IVA al árbitro lo hace a él responsable del mismo. Es cierto que la forma de remediarlo es mediante la facturación del servicio por el árbitro a las partes —lo cual es la solución sugerida por algunas instituciones arbitrales— pero ello genera problemas bajo el derecho arbitral, mismos que se tocarán más adelante.

#### b. Impuesto sobre la renta

El impacto de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) es variante. Por ejemplo, el tratamiento será diverso si ambas partes son extranjeras, o si ambas son residentes en México o si una es residente en México y otra en el extranjero. Y en este último caso variará si tiene establecimiento permanente en México.

Ante ello, la postura de las instituciones arbitrales es pragmática, pero no carente de observaciones.

La solución actual lleva a que diversos servicios no sean facturados. Ello representa problemas de deducción para quien realiza la erogación y de acumulación del ingreso para quien los recibe.

Es cierto que la solución a esto es simplemente que el árbitro facture a las partes, pero ello genera dudas distintas. ¿A quién? ¿En

partes iguales? ¿Y si el anticipo fue cubierto sólo por una parte? ¿Y si la distribución de costas por el árbitro sigue una regla distinta?

La diversidad de posibilidades que pueden presentarse precisa una respuesta práctica, máxime las consecuencias que bajo el derecho arbitral puede tener, a los que ahora paso.

#### C. Problemas bajo derecho arbitral

La práctica actualmente seguida lleva a que el árbitro y las partes entablen comunicaciones para facturar. Ello genera los siguientes inconvenientes:

- a) Da lugar a comunicaciones *ex parte*. Ello puede poner en tela de juicio la validez del laudo o dar elementos para que una de las partes demuestre la (supuesta) existencia de un vínculo que resta independencia al árbitro; o utilizarlo como un elemento que cuestione su imparcialidad.
- b) A menos que la parte que haya prevalecido haya pagado la totalidad del anticipo, el árbitro sólo podría facturar a la parte que haya pagado, lo cual generaría facturación contraria a la realidad.
- c) Si una de las partes no lo solicita, también existiría facturación incompleta.
- d) En los casos descritos en los párrafos que anteceden, se generarían situaciones contrarias a la simetría fiscal: se facturaría a una y no a la otra.

#### D. Problemas prácticos

También se generan problemas prácticos. Emitido el laudo el árbitro no procederá a facturar a menos que una de las partes se lo solicite. Dados los problemas apuntados en la sección anterior, es posible que el árbitro o la(s) parte(s) estén renuentes a facturar, ello con miras a resguardar la integridad del laudo. Sin embargo, es fácil malinterpretar dicha postura. *Inter alia*, podría (mal) interpretarse que el árbitro prefiere no facturar para no acumular el ingreso. Una práctica que invite lo anterior no puede ser positiva.

### E. Una posible solución

Una solución es que a) se aclaren las relaciones jurídicas en cuestión; b) los anticipos se soliciten con IVA; c) que la determinación de la procedencia del IVA se haga al final del arbitraje; d) que la devolución del anticipo también incluya IVA. Detallaré cada uno por separado.

#### a. Caracterizar las relaciones jurídicas involucradas

Hay dos maneras de caracterizar las relaciones jurídicas en cuestión. Por un lado, puede considerarse que la relación jurídica no es entre las partes y el árbitro, es entre el árbitro y la institución arbitral. Por otro, podría decirse que, para efectos fiscales, la institución es transparente y que la relación es sólo entre el árbitro y las partes. Si bien ambos tienen cierto mérito, la primera daría una solución a la problemática apuntada.

De concebirse así, la consecuencia fiscal sería que el árbitro le facture a la institución y la institución a las partes; y que cada relación sufra sus consecuencias bajo la LIVA. Es cierto que ello encarecería los costos de la institución arbitral, pero: i) puede repercutirlo a las partes; y ii) puede acreditarlos.

Para efectos tributarios existirían dos relaciones jurídicas: 1) La relación jurídica entre el árbitro y la institución arbitral. 2) La relación jurídica entre las partes y la institución arbitral. Ante ello, los flujos de facturación respetarían dicha realidad, y se evitaría que las partes entablen una relación con el árbitro que pueda generar cuestionamientos (en un caso extremo, la nulidad de un laudo).

Debo admitir que la solución tiene un (aparente) cabo suelto: ¿qué sucede en arbitrajes *ad hoc*?<sup>218</sup> Creo que es cierto que la solución descuida dicho tipo de arbitraje, por lo que podría considerarse parcial y por ende subóptima. Sin embargo, creo que el problema no es grave pues en los arbitrajes *ad hoc* las partes y el tribunal arbitral tienden a adoptar soluciones (valga la redundancia) *ad hoc*, que toman en cuenta el aspecto fiscal.

<sup>218</sup> Como el lector sabe, en arbitrajes *ad hoc* no hay institución arbitral. Por ende, al depender de la misma la solución propuesta parecería inaceptable a todos los casos.

### b. Anticipos con IVA

Los anticipos para gastos podrían solicitarse con IVA indicando que al momento de finalizar el arbitraje se determinará la consecuencia fiscal de ello. Si se causa el IVA, se repercutirá, en caso contrario, se reintegrará.

### c. Determinación del IVA al final del arbitraje

Concluido el arbitraje puede determinarse si se causa el IVA, y quién (pues es posible que no se cause para ambas partes).

Las variantes pueden consistir en, por ejemplo, si una de las partes es residente en México o no; o si no siendo, tiene establecimiento permanente, o si aun no teniendo, "aprovecha" el servicio en México ya sea ella o una de sus partes relacionadas.

Si bien parece complicado, no lo es. Simplemente habría que dictar lineamientos de fácil manejo por el funcionario de la institución arbitral y que fueran revisados anualmente.<sup>219</sup> Podría inclusive hacerse una confirmación de criterio ante las autoridades fiscales.

### d. Devoluciones hasta que se dé acreditamiento

Determinada la consecuencia fiscal, se procedería a implementarla. Si se genera IVA, se le repercute y factura a la parte correspondiente, y se le devuelve el remanente del anticipo. Si se trata de un nacional, probablemente no haya problema. Si se trata de un extranjero, seguramente no le gustará (pues se traduce en costo que no puede acreditar), pero no hay nada que la institución arbitral pueda hacer. No será la primera vez que un extranjero tiene que pagar un impuesto de otra jurisdicción que preferiría no cubrir.

En caso de que no se cause el IVA al extranjero y sí se cause al residente en México, se incluye en la factura, devolviendo el remanente. El que no se le cobre IVA al extranjero no será una instancia de trato desigual pues i) no sería la institución arbitral quien los trate diferente, sino la LIVA; y ii) serían dos personas situadas en situaciones jurídicas distintas (lo cual salva el aspecto de proporcionalidad y equidad).

<sup>219</sup> Es cierto que ello implica actualización anual, pero ignorarlo no es la solución.

Y dicha solución es neutral desde la perspectiva de la institución arbitral. Al acreditar los montos que le paguen por IVA en contra del que le pague al árbitro, no se traduce en costo alguno. Es decir, el "insumo" del servicio arbitral de los árbitros sería pagado con IVA, que se compensaría (acreditaría) con aquél que se recibe por el producto final: el laudo.

### F. Comentario final

El problema impositivo en materia de los servicios que presta un árbitro puede resolverse simplemente acudiendo a la disciplina que los genera: el impuesto al valor agregado. No hay nada nuevo bajo el sol.

## VIII. TEMAS ABIERTOS Y PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA

A continuación se abordarán temas diversos que la práctica ha mostrado.

### 1. El árbitro pícaro

Bajo el rubro genérico de "árbitro pícaro" deseo abarcar un conjunto de conductas que la práctica enseña que en ocasiones los árbitros incurren. Sea que se trate de un árbitro ausente, mudo, parcial, indeciso, tortuga, liebre, aburrido, profesoral, salomónico,<sup>220</sup> demasiado ocupado, poco cooperativo con sus coárbitros, sabio-egocentrista,<sup>221</sup> vedette, momia,<sup>222</sup> árbitro-juez,<sup>223</sup> e inclusive, como caso extremo, el árbitro-saboteador. Como dice el destacado jurista Serge Lazareff de *arbitris illustribus*.<sup>224</sup>

<sup>220</sup> El que divide al "bebé" en 50/50.

<sup>221</sup> Mediante este término deseo aludir al árbitro que siente que su postura del caso es la correcta, y que sus colegas no tienen nada que aportar, o que su alta sabiduría merece que los co-árbitros agachen la cabeza y hagan eco de todo lo que él dice.

<sup>222</sup> El árbitro que durante la audiencia no hace nada. No pregunta, no toma notas, no se inmuta. Ni siquiera se mueve.

<sup>223</sup> Aquél que considera que el arbitraje es "un litigio más" y trata todo como se haría ante un juez como si fuera un litigio ordinario mercantil.

<sup>224</sup> Serge Lazareff, "L'arbitre singe ou comment assassiner l'arbitrage", en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing, 2005, p. 477.

Esto es un problema real, aunque afortunadamente no general y de frecuencia decreciente.

Su origen es fácil de entender: ¿cómo conciliar la imparcialidad e independencia del árbitro con el método de nominación del mismo, que tiene por efecto establecer una relación con la parte que los nombra?

Dicho método ha generado el riesgo de que cada árbitro se comporte como el "abogado de la parte" de quien lo nombró. O peor aún, que la parte designe a un árbitro pícaro que sabotee el procedimiento mediante, por ejemplo, una renuncia en un momento delicado. Si bien dicha circunstancia puede manejarse con el cuerpo legal existente, deseo propugnar por la siguiente medida adicional: de estarse en dicha circunstancia, la parte que lo haya designado debe perder el derecho de volver a nombrar al árbitro.

La designación de un árbitro que no reúna los requisitos correspondientes o, peor aún, que incurra en tácticas que resten eficacia al mismo, debe tildarse como un abuso de dicho derecho, y debe motivar la pérdida del mismo. De esta manera, la designación en sustitución no la haría la parte misma (lo cual es el régimen actual), sino la autoridad que en ausencia de pacto entre las partes hubiera designado: sea la institución arbitral o el juez. Esto sería un paso que desestimularía la táctica y daría eficacia al arbitraje. El órgano que tendría que determinar si la renuncia fue ilegítima —y por ende acarrea la pérdida del derecho— sería el resto del tribunal arbitral, por ser el que tiene mejor conocimiento de causa.

### 2. Demandas contra árbitros

Con creciente frecuencia se observa que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda, en forma paralela o conjunta a la solicitud de nulidad, al tribunal arbitral. Dichas demandas han sido infructuosas en cuanto al objetivo de buscar indemnización, pero han generado debate sobre el estatus (derechos y obligaciones) del árbitro con relación a los procedimientos que las partes toman con respecto al laudo.<sup>225</sup>

<sup>225</sup> José María Abascal Zamora y Cecilia Flores Rueda, "¿Los árbitros carecen de interés jurídico para reclamar mediante juicio de amparo, la resolución que declara la nulidad

A continuación abordaré: 1) la posibilidad de que árbitros sean parte en los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución; 2) la responsabilidad del árbitro; 3) la rectitud de la práctica; y 4) la forma en que debe responder la judicatura.

#### A. Interés jurídico de los árbitros

Dos reconocidos expertos en materia de arbitraje postulan que los árbitros tienen interés jurídico para reclamar en amparo una sentencia que anula un laudo. Las premisas de su conclusión son que i) los árbitros tienen el deber de dictar un laudo válido y ejecutable, ii) el incumplimiento de dicho deber puede generar una reclamación por daños y perjuicios, y iii) dado que tienen (o deben tener) "interés jurídico" las personas a quienes se les causa un agravio personal y directo y una sentencia que anula un laudo les causa un agravio que reúne el requisito de "personal y directo";<sup>226</sup> perjudica el prestigio de los árbitros.

Considero que la teoría merece escrutinio tanto por lo agudo de su contenido como por la autoridad de quien la emite.

En mi opinión, procura algo plausible: busca dar derecho de acción a quien (supuestamente) sufrió una lesión por un hecho. En ausencia de dicho derecho el árbitro tendría que permanecer como espectador ante iniciativas que *en passant* ponen en tela de juicio su pericia (y a veces su ética). Y ello puede ser insoportable. No es inusual que la parte que no prevalece en un arbitraje presente un sinnúmero de argumentos —con frecuencia falaces y en ocasiones hasta falsos— para denostar el proceso que dio origen al laudo que desea combatir.

del laudo? En busca de la teoría constitucional (a la luz de las Resoluciones del Poder Judicial Federal)", Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2005, p. 1.

<sup>226</sup> Fijado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como requisito para que se tenga interés jurídico. Véase la siguiente jurisprudencia: INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PERJUICIO PARA EFECTOS DEL (Amparo en revisión 7510/65, Amparo en revisión 2972/62, Amparo en revisión 1017/59, Amparo en revisión 5550/57 y Amparo en revisión 6608/58).

Sin embargo, disiento de que las premisas, de suyo correctas, arrojen la conclusión que se postula. Ello por tres motivos: a) dichas circunstancias no generan un agravio "personal y directo" como lo ha definido la judicatura; b) en caso de que se anulara el laudo y ello motivara una acción indemnizatoria en contra de los árbitros, es en dicho procedimiento que los árbitros tendrían oportunidad de atacar tanto los motivos de la nulidad como su suficiencia para generar responsabilidad profesional; y c) adoptar dicha teoría podría ser contrario a los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros. Abordaré cada uno por separado.

#### a. Ausencia de un agravio personal y directo

Curiosamente uno puede seguir los mismos pasos argumentativos de la postura comentada y llegar a la conclusión contraria. Dichos distinguidos practicantes argumentan que existen dos motivos separados que justifican el que el árbitro cuente con interés jurídico para atacar la sentencia de nulidad del laudo: i) la reputación de los árbitros; y ii) el deber de emitir un laudo válido y ejecutable, aunado a la posible responsabilidad que su incumplimiento puede generar.

Con respecto a la reputación, el fenómeno es cierto pero insuficiente para la conclusión que se pretende apoyar. En su parte relevante la jurisprudencia citada dice:

Un acto reclamado en amparo causa perjuicio a una persona física o moral cuando lesiona directamente sus intereses jurídicos, en su persona o en su patrimonio y es entonces cuando nace la acción constitucional o anulatoria de la violación reclamada en un juicio de garantías.<sup>227</sup>

¿Dónde está la lesión *directa* a sus intereses jurídicos, su persona o patrimonio? Las únicas partes que sufren lesión *directa* son las partes en el arbitraje. Considero que es cierto que los árbitros sufren una lesión *indirecta*: su reputación. Pero la nulidad de un laudo afecta *directamente* al acreedor bajo el mismo; no a quien lo emite. Podría contestarse que ello sería cierto en cuanto a la primera hipótesis

<sup>227</sup> *Idem*.

(interés jurídico)<sup>228</sup> y la tercera hipótesis (patrimonio),<sup>229</sup> pero la segunda sí se ve actualizada: "su persona". Sería una interpretación estricta. Una medida afecta a una persona cuando afecta sus derechos personalísimos. Además, dicha posibilidad se ve resuelta con la oportunidad de hacer valer sus derechos en el juicio que ventile la acción indemnizatoria, como a continuación se tratará.

### **b. Oportunidad de hacer valer derechos en acción indemnizatoria**

Anulado el laudo se abre la posibilidad de que la (o las) parte(s) demanden al árbitro por responsabilidad profesional: por el incumplimiento de sus deberes como árbitro.

En esta coyuntura se vislumbran dos escenarios: que la demanda tenga lugar o que no tenga lugar. No es evidente que tenga. Después de todo, será un nivel de prueba alto el que se tenga que cumplir (como se tratará en la siguiente sección).

Tomemos el caso de que tenga lugar. En caso de que se enderece una acción en contra de los árbitros, tendrían oportunidad para demostrar si la causal de nulidad en verdad existió y si ello genera responsabilidad. Un aspecto difícil es si el juez que decida sobre la responsabilidad dará por existente la causal que el tribunal de nulidad decidió, o si lo analizará de nuevo. Considero que tendría que relitigarse. Aunque una primera reacción podría ser que se acepte por demostrada la causal —pues así lo sostuvo el juez de nulidad— considero que tendría que relitigarse pues no existe identidad de partes entre el primero y segundo juicio, por lo que —so pena de dejar al árbitro en estado de indefensión con respecto a la demostración de la existencia de la causal— tendría que relitigarse la existencia de la misma, aunque se corra el riesgo de que se incurra en contradicción (se determine que la causal no se materializó, contrario a lo que haya sostenido el juez de nulidad).

<sup>228</sup> Pues no existe precepto legal alguno que otorgue dicho derecho a los árbitros.

<sup>229</sup> El patrimonio del árbitro no se ve afectado por la nulidad. Podría argumentarse que sí se puede ver afectado si ello genera una acción indemnizatoria en contra del árbitro, pero ello motiva lo que señalaré en la siguiente sección de este estudio.

Pensemos ahora en la situación en que la demanda no tenga lugar. Si bien una primera reacción podría ser de alivio, la verdadera reacción puede (paradójicamente) ser perfectamente opuesta: el árbitro vería anulado el laudo sin oportunidad de manifestar por qué la causal que se ventila no se actualiza. Ello puede ser difícil de soportar si se toma en cuenta que puede estarse defendiendo el caso de una manera distinta o menos contundente de lo que haría el árbitro. Y dicha *difícil* situación podría tornarse en *intolerable* si se hacen valer aseveraciones por las partes que sean falsas o que cuestionen la ética o pericia del árbitro.

Aunque lamentable creo que dicho escenario no ameritaría dar interés jurídico al árbitro. El árbitro que se encuentre en dicha circunstancia tendría que ejercer la virtud de templanza y seguir los (sabios) consejos de Rudyard Kipling en su (estimulante) pensamiento "If":<sup>230</sup>

Si ecuánime contemplas que la verdad los pícaros retuercen y a los necios  
atrapan en su red ...  
la tierra será tuya y, lo que es más, hijo mío  
¡un Hombre tú serás...!

### **c. Posible generación de dudas sobre su imparcialidad**

Existe un riesgo que —en mi opinión— inclina la balanza en contra de abrir la posibilidad de que un árbitro tenga interés jurídico: podría generar dudas sobre su imparcialidad o independencia.<sup>231</sup> Es verdad que ello no es necesariamente cierto. Defender la inexistencia de una causal no necesariamente implica defender a la parte que busca evitar la nulidad del laudo. Sin embargo, el riesgo existe. Sería conveniente evitarlo.

<sup>230</sup> Las palabras exactas de Rudyard Kipling en inglés fueron (son):  
If you can bear to hear the truth you've spoken twisted by knaves  
to make a trap for fools...

Yours is the Earth and everything that's in it,  
And —which is more— you'll be a man, my son!

<sup>231</sup> Artículo 1428 del Código de Comercio.

### B. La responsabilidad del árbitro

¿Debe un árbitro ser responsable por la forma en que cumple con su misión? Diferentes jurisdicciones dan respuestas distintas, mismas que pueden dividirse en dos grandes (y opuestas) familias: por un lado, inmunidad absoluta; por el otro, responsabilidad calificada.

Como ejemplo de inmunidad absoluta está Estados Unidos.<sup>232</sup> Ejemplos de jurisdicciones donde existe cierta responsabilidad (inmunidad calificada) son Austria, Inglaterra, Alemania y Noruega.<sup>233</sup> Ejemplos donde son responsables son Francia, España y Suecia.<sup>234</sup>

Podría cuestionarse los motivos detrás de desear brindar inmunidad. Después de todo, el árbitro, como toda persona, debe ser responsable por sus actos u omisiones ilícitos. ¿De qué privilegios goza?

La justificación de dicha protección proviene del deseo de resguardar las actividades del juzgador, evitando que ponga en riesgo su habilidad para emitir un fallo correcto. Se reconoce que el árbitro realiza una función *jurisdiccional*, aunque no sea *judicial*, y de existir la posibilidad de que la parte a quien no le favorece su decisión lo demande, su independencia de criterio y libertad de funciones se vería seriamente mermada.<sup>235</sup>

No es porque se desee dar un privilegio, sino una herramienta de trabajo. Como razonó el House of Lords inglés al equiparar los árbitros a jueces:<sup>236</sup>

<sup>232</sup> *Tamari vs. Conrad* (552 F.2d 778, 7<sup>th</sup> Cir. 1977), en donde se sostuvo que "arbitral immunity should be extended to cases where the authority of an arbitrator to resolve a dispute is challenged".

<sup>233</sup> Y dentro del universo de jurisdicciones con cierta inmunidad existen variantes. Por ejemplo, en Suiza se otorga un nivel alto de protección.

<sup>234</sup> Julian D. M. Lew, *The Immunity of Arbitrators*, Lloyd's of London Press Ltd., 1990.

<sup>235</sup> Como el lector recordará, ésta es la misma razón por la que los jueces gozan de inmunidad.

<sup>236</sup> *Sutcliffe vs. Thackrah* ([1974] A.C. 727, pp. 735, 757-758.) Las palabras exactas fueron: "It is well settled that judges... enjoy absolute immunity from any form of civil action being brought against them in respect of anything they say or do in court during the course of trial. This is not because the law regards any of these with special tenderness but because the law recognizes that, on balance of convenience, public policy demands that they shall all have such immunity ... which is vital to the efficient and speedy administration of justice. Since arbitrators are much in the same position as judges, in that they carry out the same functions, the law has for generations recognized that public policy requires that they too shall be accorded the immunity to which I have referred".

Es aceptado que los jueces disfrutan de inmunidad absoluta de cualquier forma de acción civil que se entable en contra de ellos con respecto de cualquier cosa que digan o hagan durante un proceso. Ello no obedece a un deseo del derecho de tratarlos con ternura sino al reconocimiento de la conveniencia que el orden público demanda que tengan dicha inmunidad, que es vital para la eficiente y rápida administración de justicia. Dado que los árbitros están en buena medida en la misma situación que los jueces al realizar las mismas funciones, durante generaciones el derecho ha reconocido que el orden público requiere que ellos también cuenten con la misma inmunidad.

Entendida la *raison d'être* de la protección, comentemos su alcance. ¿Debe de ser una inmunidad total? Considero que debe existir un límite. De lo contrario, se blindaría conducta que debe evitarse. Pero el umbral debe ser alto. El motivo es el mismo: puede mermar la calidad de justicia brindada por el árbitro que, además de cumplir con su misión, tenga que contemplar otras consideraciones.

Para encontrar un justo medio en esta tensión puede echarse mano del papel contractual de los árbitros. Se recordará que es generalmente aceptado que el árbitro es un juez privado. Como se comentó en la sección II de este estudio, el árbitro tiene dos facetas: la de prestador de servicios profesionales y la de juzgador. Postulo que mientras que la faceta de juzgador puede justificar la existencia de la protección, la de prestador de servicios profesionales puede dar los elementos para deslindar su alcance.

Dada la naturaleza contractual de la relación entre el árbitro y las partes,<sup>237</sup> a la misma le aplican principios del derecho de las obligaciones. La obligación en la que me deseo concentrar es el deber de emitir un laudo válido y ejecutable. Dicho deber no puede entenderse como una obligación de resultado sino como una obligación de empeñar sus mejores esfuerzos. Ello pues el laudo puede ser anulado o no ejecutado por circunstancias que rebasan al árbitro, y considero injusto e inconveniente que cualquier motivo justifique responsabi-

<sup>237</sup> Nótese que utilicé el plural "partes" y no el singular "parte". Ello obedece a que el árbitro tiene una relación con *ambas* partes, no con *una*. No le debe nada a la parte que lo designó que no le deba a la otra. La elección de un árbitro es un paso que forma parte de la voluntad común de contar con un tribunal conformado por árbitros independientes e imparciales.

lidad. Es decir, para que una causal de nulidad genere responsabilidad al árbitro que emitió el laudo es necesario que exista dolo o culpa del árbitro.

Según Planiol la "culpa" es una infracción de una obligación preexistente o a la obligación general de prudencia y diligencia.<sup>238</sup> Es la conducta contraria a la que debiera haberse observado.<sup>239</sup>

En mi opinión, el árbitro debe ser responsable si por su dolo o culpa el laudo es inejecutable. Las dos hipótesis son distintas, no redundantes. Mientras la primera (dolo) resulta de conducta intencional,<sup>240</sup> la segunda (culpa o negligencia) no lo es; se genera por no realizar el esfuerzo que su misión exige.<sup>241</sup>

Pero no sólo debe existir culpa, debe ser "grave". La teoría de la graduación de la culpa es aplicable pues la relación que une a las partes y al árbitro es contractual.<sup>242</sup> El motivo por el que considero que no cualquier tipo de culpa puede ser suficiente es porque abriría la posibilidad de cuestionamientos o reevaluación por un juez de las medidas que adopte un árbitro, mismas que fácilmente pueden ser sacadas de contexto por una de las partes, particularmente si el árbitro no es parte en el procedimiento.<sup>243</sup>

Dado que la culpa consiste en no esforzarse lo suficiente, si el árbitro tomó medidas para incrementar la posibilidad de que el laudo sea válido, debe estar exento de culpa. Ello pues no existe dolo cuando el (supuesto) culpable prevea los resultados como posibles y desee que no se produzcan adoptando precauciones.<sup>244</sup>

<sup>238</sup> Henri y León y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Parte Segunda, vol. II, La responsabilidad civil, Los cuasicontratos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 108.

<sup>239</sup> Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. I, Las obligaciones, Acrópolis, México, 1998, p. 529.

<sup>240</sup> Por ejemplo, por adoptar la postura de un árbitro saboteador.

<sup>241</sup> Por ejemplo, por negligentemente dejar pasar el término en que debió dictarse el laudo.

<sup>242</sup> Se recordará que la teoría de la graduación de la culpa es aplicable a la responsabilidad contractual. Es inaplicable a la extracontractual pues el autor del acto ilícito responde siempre del daño. José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, Derecho de las obligaciones, p. 963.

<sup>243</sup> Como a la fecha sucede.

<sup>244</sup> A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Reus, Madrid, 1999, p. 276.

En el cumplimiento de toda obligación el deudor cuenta con el derecho a decidir los medios para ello. Salvo que se haya pactado distinto,<sup>245</sup> el deudor goza de discreción sobre cómo cumplir. Es decir, mientras cumpla tiene derecho a elegir cómo cumplir. Si, como parte del deber de emitir un laudo válido y ejecutable, el árbitro se esmera mediante pasos procesales diversos para que el laudo sea válido y ejecutable, no puede atribuírsele responsabilidad por la nulidad. Únicamente cuando derive de una ausencia seria de tomar medidas. Es decir, de culpa grave.

En resumen, sugeriría que los lineamientos a seguirse en relación con la determinación de responsabilidad del árbitro sean los siguientes:

1. Nunca puede cuestionarse el fondo, sólo la forma en que se ejerció la misión. Ello quiere decir que aunque el contenido de la decisión sea diametralmente opuesto a lo que dice el derecho aplicable, ello no puede ser causal de responsabilidad.
2. Puede ser responsable por negligencia o culpa grave. Por ejemplo, por dejar pasar un término.
3. Debe ser responsable por conducta dolosa. Por ejemplo, por acordar su voto con una de las partes, por corrupción, por comportarse como árbitro saboteador.

### C. La práctica de demandar a árbitros

Aunque aún excepcional, es crecientemente visto que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda a los árbitros. Han existido casos en los que se demanda a todos (incluyendo secretarios administrativos) y se exige al árbitro designado por la parte demandante. Además de ser incorrecto en lo técnico,<sup>246</sup> da lugar a dudas sobre la imparcialidad de dicho árbitro. Podría contestarse que si el laudo es por mayoría, el disidente no comparte responsabilidad. Ello, de por sí cuestionable,<sup>247</sup> genera un incentivo negativo: que los árbitros, para

<sup>245</sup> Que se haya establecido cómo debe cumplirse. Es decir, que no se haya contemplado como una obligación de resultado sino como una obligación de método.

<sup>246</sup> Después de todo, el laudo es producto de un órgano colegiado. El sentido del mismo es la intención de la mayoría, y dicha intención incluye y vincula a los ausentes y a los disidentes.

<sup>247</sup> Al laudo, como toda decisión colegiada, le rige el principio de las mayorías.

cubrirse las espaldas —no porque así lo crean—, realicen votos disidentes sobre decisiones difíciles para blindarse de responsabilidad. Los efectos negativos son evidentes.

Considero que la práctica debe ser desestimulada. Correctamente entendido, el árbitro no daña a la parte a quien no le asiste el laudo. El árbitro sólo opinó sobre a quién asiste el derecho en una situación particular. Y lo hizo siguiendo la voluntad de las partes.

Una forma de desestimular dicha (nociva) práctica es otorgando costas al árbitro en caso de ser demandado por una de las partes, y que ello proceda como regla, la única excepción siendo que la demanda prospere en todos sus puntos.<sup>248</sup>

#### D. La respuesta judicial

La respuesta judicial en relación con este tema ha sido la peor de todos los mundos. Si bien en estado incipiente, se empieza a observar que se desechan los recursos entablados por un árbitro en contra de un laudo. Existe tesis al respecto.<sup>249</sup>

<sup>248</sup> Y que las costas sean sustanciales, de lo contrario, lejos de disuadir, *invita* la conducta indeseada.

<sup>249</sup> ÁRBITROS CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN EL JUICIO DE AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR NO CAUSAR DIRECTAMENTE PERJUICIO ALGUNO EN SU PATRIMONIO O PERSONA. Para que proceda la acción de amparo es indispensable que quien la promueva acredite fehacientemente ante el juzgador federal que la actuación de la autoridad responsable le causa directamente perjuicios en su persona, derechos, bienes o posesiones, para que *ipso facto* se analice la posible violación de garantías, situación que no acontece cuando los quejosos son los integrantes de un tribunal arbitral porque si lo que se reclama es el laudo emitido por éstos y se declara su nulidad los efectos del acto reclamado, en sí mismos, no producen afectación a algún derecho real o material en contra de los integrantes del tribunal arbitral, susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que les agrave de manera directa y personal, como sí sería que en la propia resolución reclamada el juez responsable, al declarar la nulidad del laudo que emitieron, les haya impuesto una sanción pecuniaria o hubiese determinado que no tenían derecho al cobro de honorarios. En otras palabras, si de la resolución que constituye el acto reclamado, no se advierte que los árbitros quejosos resienten directamente un perjuicio en su patrimonio o persona, teniendo en cuenta que éste debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones, no se actualiza la existencia de una afectación a su interés jurídico que haga procedente el juicio de amparo; de ahí surge la actualización de la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo. (Amparo en revisión 390/2003, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito).

Podría preguntarse si no me estoy contradiciendo. Después de todo, en las secciones anteriores abogué por la postura que le niega interés jurídico a los árbitros en el juicio de amparo. No existe contradicción. Si el árbitro no es demandado debe de carecer de interés jurídico para *motu proprio* recurrir el laudo. Pero de ser demandado, debe contar con interés jurídico. La observación parecería obvia,<sup>250</sup> pero ha sucedido que se les niega. Así lo ha hecho ver un conocido practicante experto en esta materia.<sup>251</sup>

### 3. Prejuzgar

El árbitro debe conocer del caso con un ánimo completamente limpio, libre de tendencia o preferencia alguna, sea a las partes o al asunto. Es decir, debe juzgar cada caso *de novo*. De allí el vocablo “prejuzgar”, que alude nada más y nada menos que al pecado cardinal que puede cometer un árbitro.

El árbitro debe lograr algo muy difícil: tener una conciencia de espíritu virgen. Invito a que el lector piense sobre esto un momento. Todos, por el mero hecho de existir y por las experiencias tanto personales como profesionales que hemos tenido, tenemos posturas preestablecidas sobre ciertas situaciones. Dichas opiniones son naturales. Pero cuando una persona tiene que juzgar algo, tiene que liberarse de los mismos. No hacerlo implica llegar con un ánimo cargado, tildado, y ello es contrario a la esencia de juzgar. No pretendo que la experiencia no sea utilizada. Después de todo, probablemente el árbitro fue escogido por la misma. Lo que quiero decir es que la misma debe ser un trampolín, no una piedra. Para ello no debemos estar casados con posturas. Ello sería un *prejuicio*.

Juzgar es difícil. Cualquier persona que lleve a cabo dicha actividad puede corroborarlo. Sea como juez, patrón,<sup>252</sup> maestro,<sup>253</sup> o cual-

<sup>250</sup> Después de todo, son parte (pasiva) del procedimiento.

<sup>251</sup> Opinión de Carlos Loperena sobre postura de Abascal y Flores Rueda, en *En busca de la teoría constitucional (a la luz de las resoluciones del Poder Judicial Federal)*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2005, p. 14.

<sup>252</sup> Juzgar el desempeño laboral de alguien.

<sup>253</sup> Juzgar el nivel de conocimientos de un alumno de tal forma que se discierna qué calificación merece. Pregunto al lector: ¿cuál es la diferencia entre un 8, un 9 o un 10? ¿Qué tanto conocimiento es necesario para llegar a cada uno de ellos? Todo maestro ha

quier otra faceta que exija evaluar algo, lo que sea. Si es que ha tomado con seriedad dicha labor, seguramente ha dudado de sus conocimientos propios, e inclusive de su persona: ¿quién es él o ella para evaluar a otro?

La respuesta en arbitraje es que las partes, al escoger a dicho individuo, "algo" vieron en él que hizo que desearan que fuera el juicio de dicha persona el que evaluara su conducta y los hechos del caso particular. Y el barómetro es justamente el derecho aplicable.

Esta (difícil) labor requiere de algo importante y que con frecuencia no ocurre:<sup>254</sup> la habilidad de cuestionar por *completo* con la finalidad de poder emitir un juicio sano. Ya lo dice el adagio popular: "el sentido común es el menos común de todos los sentidos". Aristóteles mismo se percataba que muchas veces lo que le falta a la gente no es conocimiento o inteligencia, sino simplemente lo que él llamó el "buen juicio".<sup>255</sup>

En reiteradas ocasiones he presenciado como (inclusive destacados) abogados se casan con una postura y, aunque se les enfrenten argumentos interesantes, complejos y a veces hasta persuasivos, por algún motivo no vemos la postura contraria. Allí está, simplemente no la asimilamos.

Considero que el primer paso para remediar este problema es percatarnos de la existencia del mismo. El árbitro debe concientizar esta problemática y hacer un ejercicio para "esterilizar su juicio" de tal forma que pueda entrar con una mente limpia y juzgar sin óbice anímico alguno.

Admito que ello no es fácil. Después de todo, la disciplina legal forja un carácter que con frecuencia impide que esto tenga lugar. Se busca *conocer*, lo cual puede complicar el ejercicio aludido (median-

enfrentado esta interrogante y —suponiendo que tome en serio dicha labor—, se ha enfrentado con la necesidad de llegar a determinaciones (posiblemente arbitrarias) del nivel de conocimiento que haya tenido alguien para que encuadre dentro de la (también arbitraria) categoría de un número específico. Complica dicha labor el que el nivel de conocimiento del maestro mismo también incrementa. Ante ello, ¿con base en qué parámetro juzgar el nivel de conocimiento o desempeño de alguien?

<sup>254</sup> No deseo subirme a un púlpito. En no pocas ocasiones he tenido dudas de si este autor reúne dicho requisito.

<sup>255</sup> En *Ética Nicomaquea*. La sección específica que aborda es Judgement — right discrimination of the equitable: the place of intuition in morals, Book VI. *Intellectual Virtue, The Nicomachean Ethics*, Oxford World's Classics, Oxford University Press, 1980, pp. 152 y 153.

te preconcepciones). Además se busca *defender*, lo cual implica hacer suya (casarse con) la postura que uno defiende. Además, la asertividad se nos inculca como una virtud. Y no es que no crea que no lo sea, pero los tres factores hacen que la (humilde) labor de juzgar sea más difícil de lograr.

El árbitro debe lograr desembarazarse de lo que sabe y de la opinión que tiene para lograr evaluar en el caso particular con un espíritu nuevo y formarse una opinión con base en el expediente, dejando atrás las ideas y preconcepciones que pueda tener o antipatía que sienta hacia las partes que pueda complicar dicha labor. Y ello debe ser reiterado a lo largo del asunto.

Debemos entrenarnos (posiblemente *desentrenarnos*) para llevar a cabo esta labor, poniendo de lado las demás facetas que desde hace tanto hemos trabajado. Difícil labor que nos corresponde a los árbitros.

Existen circunstancias diversas que ponen en tela de juicio dicha actividad. A continuación se abordarán.

#### A. Conocimiento personal de circunstancias

¿Qué sucede si el árbitro tiene conocimiento personal de información sobre el caso? ¿Puede ello violar el principio de debido proceso? Hay quien ha dicho (Mohammed Bedjaoui) que en dicho caso el árbitro debe "esterilizar" la información personal que posee mediante un "lavado de cerebro". Hay quien cuestiona la postura.<sup>256</sup>

Considero que ante dicha problemática el árbitro debe cerciorarse que todos los hechos y el derecho en el que el árbitro base su determinación deben haber sido debatidos por las partes. El árbitro no puede fundar determinación alguna del laudo en un hecho que no haya sido debatido por las partes, ni motivar su laudo en una cuestión (jurídica o fáctica) no citada, aunque él conozca de la misma.

#### B. Posturas previas

Me centraré en dos situaciones: la existencia de opiniones doctrinales y posturas adoptadas en casos previos.

<sup>256</sup> Clay, *op. cit.*, pp. 311 y 390.

### a. Opiniones doctrinales

Si un árbitro en el pasado ha emitido una opinión doctrinal sobre la cuestión jurídica a resolver, ¿es razón suficiente para considerar que ha prejuzgado? Existen diferentes posturas al respecto. Sin embargo, la tendencia<sup>257</sup> —que comparto— es que ello, *per se*, no es razón suficiente para sospechar del árbitro.

La aplicación del derecho es contextual. No sólo es factible, sino frecuente, observar que la concepción del derecho en cierto sentido cambia *in casu* dadas las particularidades existentes. Y dicha (abstracta) convicción no debe ser un óbice si el árbitro tiene en mente justamente eso: que no debe formarse una opinión hasta conocer todas las peculiaridades del caso particular (como se sugirió en la sección anterior).

Tomar una postura distinta tendría dos resultados que deben evitarse: eliminar justamente a las personas más aptas para juzgar el caso: los expertos. Segundo, que expertos dejen de pronunciarse o generar literatura por temor a recusaciones. Ambos resultados son desafortunados.

Por consiguiente, una recusación fundada en dicha circunstancia tendría que proporcionar mayores elementos para prosperar.

### b. Otros casos

¿Qué sucede si, en una disputa pretérita, el árbitro, en *obiter*,<sup>258</sup> ha adoptado una postura sobre el asunto en cuestión?

Considero que la solución a dicha situación es la misma que defenderé para arbitrajes conexos, por lo que pasaré a ello.

### C. Arbitrajes conexos

El que un árbitro haya conocido o conozca de una controversia conexa ha dado lugar a recusaciones y solicitudes de nulidad de laudos bajo

<sup>257</sup> Henry, *op. cit.*, p. 347; Phillippe Fouchard, *Statut des arbitres*, p. 7.

<sup>258</sup> Si bien un latinajo, vale la pena abordarlo. En jurisdicciones de *common law* se distingue el corazón del asunto (el *holding*) del *obiter* o *dicta*, es decir, lo que no siendo la resolución de dicho caso constituyen aseveraciones sobre el derecho.

el argumento que existe un riesgo de que haya prejuzgado. Hay quien por ello ha dicho que un árbitro no puede fungir en arbitrajes conexos pues no goza de la independencia requerida, no con respecto a la parte sino por su vínculo con la causa.<sup>259</sup> Otros han sostenido lo contrario considerando que el conocimiento de un procedimiento previo no es suficiente para mermar su imparcialidad u objetividad.<sup>260</sup> En un caso importante sobre ello, la Corte de Apelación de París sostuvo:<sup>261</sup>

Ni el principio de contradicción<sup>262</sup> ni el derecho a la defensa han sido violados cuando el mismo árbitro decide en dos instancias paralelas. La respuesta es distinta cuando en la otra instancia en la que ha intervenido existe una decisión que pueda constituir un prejuzgamiento desfavorable, en particular cuando el árbitro ha participado, en un mismo asunto, en una sentencia que entrañe lógicamente ciertas consecuencias por las cuestiones a resolver en la segunda. Sin embargo, el prejuicio debe versar sobre el conjunto indisoluble de hecho y derecho, que constituye la causa sometida al árbitro; en efecto, no existe prevención ni prejuicio cuando el árbitro es llamado a pronunciarse sobre una cuestión de hecho próxima a aquella examinada anteriormente, pero entre partes diferentes, y aún menos cuando debe resolver una cuestión de derecho sobre la cual se ha pronunciado previamente.

<sup>259</sup> Claude Reymond, "Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée", *Revue de L'Arbitrage*, 1991, pp. 3 y 9.

<sup>260</sup> *SETEC vs. SICCA*, Tribunal de Grande Instance, 13 de enero de 1986, *Revue de L'Arbitrage*, 1987, p. 65.

<sup>261</sup> *Shérif Jamil Ben Nasser vs. BNP et Crédit Lyonnais*, Corte de Apelación de París (1 Ch. C), 14 de octubre de 1993, *Revue de L'Arbitrage*, 1994, núm. 2, p. 380. Las palabras de la Corte fueron: "Le principe de la contradiction n'est pas violé, pas plus que les droits de la défense, lorsqu'un même arbitre statue dans deux instances parallèles; il en va autrement si est intervenue dans l'autre instance une décision pouvant constituer de la part de cet arbitre un préjugé défavorable, en particulier si l'arbitre a participé, dans la première affaire, à une sentence qui entraîne logiquement certaines conséquences pour les questions à trancher dans la seconde; cependant, le préjugé doit porter sur cet ensemble indissociable de fait et de droit qui constitue la cause soumise à l'arbitre; en effet, il n'y a ni prévention ni préjugé lorsque l'arbitre est appelé à se prononcer sur une situation de fait proche de celle examinée antérieurement, mais entre des parties différentes, et encore moins lorsqu'il doit trancher une question de droit sur laquelle il s'est précédemment prononcé".

<sup>262</sup> El "principio de contradicción" (*principe de la contradiction*) en el argot legal francés es el equivalente a "garantía de audiencia" en derecho mexicano.

Siguiendo el mismo razonamiento, otro caso importante sostuvo:<sup>263</sup> “El juicio anterior de la misma causa de derecho no puede constituir un prejuzgamiento en la medida en que los casos sean distintos o las partes diferentes”.

Por consiguiente, en principio, no debe haber problema con la existencia de litigios conexos. En la medida en que en los mismos versen sobre *las mismas* cuestiones de *hecho, derecho y partes*, entonces existirá la posibilidad de que la decisión en uno comprometa en el segundo.

#### 4. Votos disidentes

Existe una marcada diferencia de opinión sobre lo adecuado de las opiniones disidentes.<sup>264</sup> Por ejemplo, mientras que unos las favorecen,<sup>265</sup> otros la rechazan por motivos distintos. Por ejemplo, Viatte y Gaillard consideran que no son éticas pues violan el deber de confidencialidad de las deliberaciones,<sup>266</sup> el cual es importante pues protege la libertad e independencia de los árbitros.<sup>267</sup> Bruno Oppetit califica de “nefasta” a la práctica de la opinión disidente.<sup>268</sup> Y aun otros adoptan una postura intermedia. Por ejemplo, Jarvin dice que

<sup>263</sup> *Qatar vs. Creighton Ltd.*, sentencia de la Corte de Apelación de París del 12 de enero de 1996, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, pp. 434 y 437. Sus palabras exactas fueron: “le jugement antérieur de la même question de droit ne peut constituer un préjugé dans la mesure où les engagements sont distincts et les parties différentes”.

<sup>264</sup> No me adentraré en el debate por existir ya literatura rica sobre esto. Véase Hans Smit, “Dissenting Opinions in Arbitration”, *ICC Bulletin*, vol. 15, núm. 1, Spring 2004, p. 37. Tan sólo mencionaré que la fuente de la diferencia deriva tanto de factores legítimos como ilegítimos. Los legítimos son las diferentes percepciones que los árbitros tienen sobre lo que es su deber como tales, aunado a diferencias culturales y jurídicas. Las ilegítimas son los deseos de “agradecer” la designación a la parte que designó al árbitro en cuestión mediante un voto a su favor.

<sup>265</sup> Laurent Levy, “Dissenting Opinions in International Arbitration in Switzerland”, *Arbitration International*, 1989, 1, p. 35.

<sup>266</sup> Ya que al emitir la misma necesariamente se revelará el sentido de la votación de los demás, y posiblemente otros aspectos de las deliberaciones.

<sup>267</sup> *Sarl Arrigo et autres vs. Benetier et autre*, Corte de Apelación de Bordeaux, 14 de enero de 1993, *Revue de L'Arbitrage*, 1993, p. 683.

<sup>268</sup> Bruno Oppetit, *Justice Étatique et justice arbitrale*, Etudes Ofertes à Pierre Ballet, p. 425.

las opiniones disidentes sólo son admisibles en cuestiones procesales.<sup>269</sup> La práctica refleja dicha diferencia de opinión.

Deseo postular que los votos particulares deben ser evitados haciendo alusión a un principio que considero que los rige y que no he escuchado a nadie defender: el principio de las mayorías. Dicho principio es la respuesta a un problema que puede observarse en todos los órganos colegiados: la dificultad (a veces imposibilidad) de llegar al consenso. Y en la medida que se privilegia el mismo se propicia un resultado irónico: se le otorga más poder al que menos debe tenerlo: la minoría.

La experiencia muestra que siempre que se ha requerido que un órgano opere por consenso se ha caído en alguno de dos resultados desafortunados: anquilosamiento u hostigamiento, de la mayoría por una minoría. Ya sea que se trate de un Consejo de Administración, una Asamblea de Accionistas, un Congreso o inclusive un país, la única manera de resolver la problemática inherente a las (variopintas) preferencias individuales de quienes componen un conjunto es mediante el principio de las mayorías.

La voluntad del órgano es, y tiene que ser, la de la mayoría de sus componentes. No puede ser de otra manera.<sup>270</sup> La postura en contrario hace que una minoría cobre poder sobre la mayoría. Y la observación se va haciendo gradualmente aplicable *in crescendo* en la medida en que se incrementan los umbrales de decisión del órgano en cuestión. De allí la (aguda) observación de un economista famoso,<sup>271</sup> Mancur Olson:<sup>272</sup>

Tratándose de grupos pequeños con intereses comunes, *existe una tendencia sistemática de que los grandes sean “explotados” por los pequeños!*

<sup>269</sup> Sigvard Jarvin, *Revue de L'Arbitrage*, 1995, p. 125.

<sup>270</sup> De allí que las decisiones de la mayoría obliguen tanto a los ausentes como a los disidentes.

<sup>271</sup> Mancur Olson, “The Logic of Collective Action”, *Public Goods and The Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1965, p. 29.

<sup>272</sup> Su teoría de los grupos sigue siendo tan vigente como cuando la creó, hace ya varias décadas. Su (extraordinaria) obra es recomendada para quienes desean entender, y no sólo repetir.

[Where small groups with common interests are concerned, then *there is a systematic tendency for "exploitation" of the great by the small!*].  
(Énfasis en original. Notas omitidas).

Por consiguiente, los árbitros deben (debemos) entender que nuestro deber ético como parte de un tribunal con respecto a la decisión que el mismo adopte es defender con toda nuestra convicción y energía la postura que consideramos es más apropiada. Pero emitido el voto, de estar en la minoría, debemos aceptar la resolución como la postura del órgano (aunque sea por mayoría). Después de todo, ello es lo que significó el que las partes hayan compuesto el tribunal arbitral en cuestión con los intelectos y perfiles de las personas que lo conforman: que la voluntad *del órgano* sea el resultado de enfrentar y decantar las tres voluntades de *los árbitros*, atendiendo a su perfil.

Entendida así, la emisión de un voto particular en dichas circunstancias debe tildarse de un ejercicio adolescente de la facultad de votar, con una excepción: que la decisión sea *grave y totalmente* errónea.

Los adjetivos son importantes. Una simple diferencia de opinión es insuficiente.<sup>273</sup> La postura adoptada por la mayoría del tribunal no sólo debe ser incorrecta, sino totalmente errada y debe tratarse de algo grave. El motivo es el (válido) deseo de un árbitro de querer distanciarse de una decisión inaceptable, que es abiertamente equivocada sobre un tema que no es trivial. Pero el umbral debe ser alto so pena de burlar el propósito.

<sup>273</sup> Una anécdota personal puede ser ilustrativa. En un caso complicado, mis (distinguidos) coárbitros adoptaron una postura sobre el fondo de la controversia que yo consideraba que era incorrecta. No porque la interpretación de la norma correspondiente no fuera posible, sino porque —siendo multívoca— no era la mejor. Dicho de otra manera, yo admitía que la interpretación adoptada era jurídicamente *posible* bajo las normas de la hermenéutica jurídica, pero no era la *óptima*. Después de un debate intenso sobre ello, que se extendió a varias sesiones, para las cuales preparé una porción del laudo como sería redactado por mí (a efecto de que analizaran con detenimiento las premisas de mi conclusión y percibieran por qué consideraba que era superior a la de la mayoría), el voto fue emitido y yo quedé del lado minoritario. Dada la intensidad del debate mis colegas supusieron que emitiría un voto disidente con base en el texto que había circulado. Les indiqué que no lo haría. Al percatarme de su sorpresa, les expliqué mi opinión sobre cuándo debe ser emitida una opinión disidente, especificando que consideraba que este no era uno de esos casos.

Otras circunstancias que han motivado votos disidentes deben ser repudiadas. En una conferencia reciente un destacado practicante (Bernardo Cremades)<sup>274</sup> presumió que en toda su experiencia nunca había emitido una opinión disidente. Creo que el hecho es de presumirse. Después de todo, dichos votos arriesgan la validez del laudo. Citándolo “son como poner una bomba de tiempo al laudo”. Comparto (y aplaudo) su opinión.

## 5. La deliberación

La deliberación es el acto que da lugar al pronunciamiento de una decisión. Es el examen de conciencia y reflexión que propicia decidir algo.<sup>275</sup> Y ello es (citando a dos reconocidos expertos) un arte que requiere prudencia, habilidad y firmeza.<sup>276</sup>

Hay mucho que podría decirse sobre la deliberación. En este contexto deseo resaltar dos aspectos. Primero, la deliberación no exige colegialidad. Una deliberación no es una negociación. Si existe diferencia de opinión en un tribunal no debe negociarse con el disidente para obtener unanimidad.<sup>277</sup>

Segundo, la obligación de deliberación no se limita a la emisión del laudo. Aplica a todo el procedimiento. Ello queda en evidencia si se toma en cuenta que el deber de dar un trato igualitario y debido proceso aplica al tribunal en su totalidad, no sólo al árbitro que presida, aunque sea éste quien habitualmente tenga más peso en cuestiones procesales. Sin embargo, debe tenerse en mente que las decisiones procesales tienen implicaciones importantes: impactan la oportunidad de las partes de hacer valer sus derechos ante el tribunal. Por consiguiente, la experiencia de *todo* el tribunal es, no sólo conveniente, sino importante.

<sup>274</sup> Conferencia sobre “El Buen Árbitro” ante el Comité de Arbitraje, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, noviembre de 2005.

<sup>275</sup> Yves Derains, *La pratique du délibéré arbitral*, en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing, 2005, p. 233.

<sup>276</sup> Poudret, Jean-Francois, y Sébastien Besson, *Droit comparé de L'arbitrage international*, Bruylant, Bruselas, 2002, p. 693. Sus palabras fueron “La conduite du délibéré est un art qui requiert à la fois prudence, doigté et fermeté”.

<sup>277</sup> Derains, *op. cit.*, p. 232.

## 6. Entrevistas con árbitros

Existe una costumbre que, aunque no es preponderante, ha generado debate: entrevistar candidatos antes de su designación como árbitro.

Dicha práctica ha suscitado todo tipo de respuestas. Desde aquellos que consideran que es poco ética, hasta aquellos que consideran que no tiene nada de malo, siempre y cuando se tomen ciertas precauciones, pasando por quienes consideran que es fútil. Dentro de esta postura existen dos vertientes, quienes —dada su futilidad— sugieren que se prohíba y quienes son indiferentes.

Quienes la repudian indican que necesariamente involucrarán argumentos *ex parte*. Los que la aplauden (o toleran) aseveran que mientras que no haya una discusión sobre el fondo, no hay nada de malo en ellas.<sup>278</sup>

Quienes califican de fútil a la práctica hacen observaciones interesantes. Aseveran que, aun suponiendo que durante la entrevista las partes y el árbitro establecieran como lineamiento que el fondo del asunto no sería tratado, con frecuencia se burla dicha pauta al hacer preguntas abstractas que en esencia versan sobre la litis. Y ello encierra una paradoja: en la medida en que la pregunta es abstracta, el árbitro siempre puede cambiar de opinión en las deliberaciones argumentando que su opinión *in abstracto* se transformó *in concreto* dadas las circunstancias particulares del caso. Ante ello, ¿para qué llevar a cabo una conducta fútil que —para bien o para mal— a los ojos de algunos es reprochable?

Al margen de la preferencia que al respecto pueda tenerse, la práctica muestra ventajas y desventajas que vale la pena tomar en cuenta. Las *ventajas* consisten en la posibilidad de que los abogados de parte valoren la pericia del candidato de árbitro y el tipo de persona que es. Después de todo, la designación del árbitro es *el* paso táctico más importante en un procedimiento arbitral. Por ende, el hacerse llegar

<sup>278</sup> Dentro de quienes han repudiado la práctica está (estaba) Andreas F. Lowenfeld, un conocido maestro de la Universidad de Nueva York, quien, después de haber sido un enérgico opositor a las mismas, admite haber cambiado de opinión después de que se le solicitó participar en dichas entrevistas para sondear la posibilidad de actuar en un caso importante. Véase "The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies. Some Reflections", *Texas International Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 1995, pp. 59 y 61.

de la información relevante al respecto puede ser no sólo sensato, sino un paso inherente a los requisitos éticos que diferentes códigos de conducta profesionales establecen sobre la forma de representar a un cliente (sin incurrir en negligencia profesional).

Las *desventajas* residen en que puede infundir el temor en la contraparte de que el caso ha sido litigado en forma *ex parte* ante el árbitro, condicionando (de cierta manera) la respuesta que necesariamente tendrán en deliberaciones, so pena de contradecirse.

La práctica arbitral muestra que la costumbre de entrevistas es seguida y con frecuencia en forma asertiva. Aunque algunos practicantes adoptan precauciones,<sup>279</sup> otros las sostienen sin límite alguno. Algunas entrevistas duran horas, inclusive días, y algunos árbitros viajan distancias importantes, a su costa, para llevar a cabo dichas entrevistas, comportándose de una manera que no puede describirse más que de un concurso de belleza.<sup>280</sup>

En fechas recientes, una destacada institución arbitral (el *Chartered Institute of Arbitrators*) emitió lineamientos sobre el tema, que vale la pena comentar, aunque los mismos carezcan de naturaleza obligatoria. Las recomendaciones que en esencia establece son las siguientes:

1. El fondo del asunto no debe ser tratado. La descripción de la naturaleza de la controversia debe ser *neutral* y *general*. Sólo en forma suficiente como para que el candidato de árbitro evalúe su competencia, haga los sondeos relevantes,<sup>281</sup> y tenga una sensación del tiempo que le comprometerá con la finalidad de sondear su disponibilidad.
2. El árbitro no debe expresar una opinión sobre el fondo (hechos y derecho) del asunto.

<sup>279</sup> Por ejemplo, un practicante experimentado las limita de tres formas. Primero en cuanto al tiempo: no puede durar más de 30 minutos. Segundo en cuanto al número de asistentes: sólo pueden asistir la parte que va a designarlo y su abogado, flanqueado por un colaborador. Finalmente en cuanto al contenido: las preguntas que se le hagan pueden ser sacadas de una lista limitativa de doce preguntas preestablecidas y el fondo del asunto no debe ser nunca abordado. Gerald Aksen, "The Constitution of Arbitral Tribunals. Proper Bounds for Communications between Counsel and Party Arbitrators", Coloquio CCI-CIADI-AAA, Washington, 21 de noviembre de 1997, intervención no publicada.

<sup>280</sup> En un caso la CCI no confirmó la designación de un árbitro propuesto por una parte que lo había entrevistado por 50-60 horas.

<sup>281</sup> Por ejemplo, sobre conflictos de interés.

3. Las partes deben abstenerse de hacer cualquier pregunta sobre la postura que adoptaría el árbitro.
4. Debe dejarse algún registro de la entrevista, sean notas del árbitro o grabación, misma que pueda ser hecha del conocimiento a la otra parte, o la institución designadora lo antes posible. Debe procurarse que se tomen notas de lo sucedido en la entrevista, mismas que serán puestas a la disposición de las partes. Ello debe hacerse del conocimiento de las partes antes de la entrevista. Entre más tiempo dure ésta, más razonable será la suposición de que los límites de lo correcto han sido excedidos. Puede permitirse al árbitro que sea acompañado por un secretario o asistente para que tome nota de la entrevista. Las circunstancias específicas o hechos que den lugar a la controversia, las posiciones o argumentos de las partes y el fondo del asunto no puede ser tratado, sea directa o indirectamente.
5. Al aceptar la entrevista el árbitro debe establecer por escrito cómo tendrá lugar la misma.
6. Debe dejarse claro que la designación no conllevará obligación alguna ante la parte que designa, excepto aquellas obligaciones generales a todos los árbitros.<sup>282</sup>
7. La entrevista debe ser llevada en forma profesional en una ubicación laboral y no durante comida o bebidas.
8. Se debe establecer un tiempo límite para la duración de la entrevista.
9. Cuando se trate de un árbitro único, no debe ser entrevistado excepto por ambas partes conjuntamente. En caso de que una parte desee tener una entrevista y la otra no, a la entrevista debe asistir un representante del segundo como observador. En forma similar puede ser razonable el desear entrevistar al Presidente del Tribunal Arbitral, pero dichas entrevistas deben ser realizadas por las partes conjuntamente o con las partes y un representante de la otra parte.

<sup>282</sup> Por ejemplo, que i) se cuidará la selección del presidente y ii) que el caso de las partes sea entendido y completamente considerado durante las deliberaciones, lo cual es muy distinto a argumentar el caso.

10. Debe comunicarse al árbitro quiénes participarán en la entrevista y quién encabezará la misma, quien es sugerible que sea el abogado líder de dicho equipo.
11. Con la finalidad de sondear la conveniencia de designar a dicho árbitro, los siguientes temas *pueden* ser discutidos:
  - a) Los nombres de las partes en controversia y cualesquier terceros que estén involucrados.
  - b) La naturaleza general de la controversia.
  - c) Detalles que sean suficientes, pero no más que los necesarios, del proyecto para permitir tanto al árbitro como a quien entrevista darse cuenta de la conveniencia de la designación.
  - d) Los tiempos esperados del procedimiento.
  - e) El idioma, derecho aplicable, sede, reglas aplicables al procedimiento, o el hecho de que no han sido designadas.
  - f) La experiencia del árbitro, su pericia y disponibilidad.
12. Al valorar la experiencia y pericia del árbitro las siguientes preguntas pueden ser hechas para probar su entendimiento y conocimientos:
  - a) La naturaleza y tipo del proyecto en cuestión.
  - b) El área específica del derecho sobre la que versa la controversia, derecho arbitral, práctica y procedimiento.

Dichas preguntas deben ser llevadas a cabo en forma general y neutral con la finalidad de sondear los conocimientos del árbitro, pero no para determinar sus puntos de vista sobre cuestiones que deben formar parte del caso. Cuestiones relacionadas con el historial (de existir) de publicaciones del árbitro pueden ser realizadas, sujetas a la misma precaución.
13. En caso de que la entrevista no resulte en nominación, el árbitro podrá ser reembolsado por sus gastos de viaje mas no por el tiempo invertido, salvo casos excepcionales.
14. El árbitro designado no debe ser reembolsado por su tiempo durante la entrevista, sino cuando el tribunal se haya constituido y el procedimiento esté en curso. Es entonces cuando el

árbitro podrá presentar sus gastos de viaje para su pago normal pero separando los gastos relacionados con la entrevista.

Con respecto a la conducta que debe seguir el árbitro, vale la pena transcribir algunas reglas deontológicas que diferentes órganos han emitido:

- a) Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales (*Rules of Ethics for International Arbitrators*) de la *International Bar Association* (1986) requieren que el árbitro prospectivo realice suficientes investigaciones sobre la parte que lo designa para determinar si le puede dar el tiempo y atención necesaria a la controversia, si el árbitro es competente para decidir la controversia, y si existen causales justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. El árbitro prospectivo puede contestar preguntas sobre su disponibilidad y conveniencia como árbitro, pero no debe de tratar el fondo del asunto.
- b) El Código de Ética para Árbitros en Controversias Comerciales del American Bar Association (*Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*) (2004) establece<sup>283</sup> que el árbitro prospectivo puede tomar los siguientes pasos:
  - i) Preguntar sobre la identidad de las partes, la naturaleza general del caso.
  - ii) Responder cualesquiera preguntas de las partes cuyo propósito sea determinar la conveniencia de que él sea designado. Durante dicho diálogo el árbitro prospectivo puede recibir información de la parte que sea de naturaleza general pero no debe permitirle que aboguen por el fondo del caso.
- c) Las AAA/ICDR Reglas Internacionales prohíben las comunicaciones *ex parte* entre una parte o sus abogados y un árbitro prospectivo, excepto para informar al candidato de la natura-

<sup>283</sup> Canon III, párrafo B(1).

leza general de la controversia y los procedimientos que tendrán lugar así como las calificaciones/credenciales, disponibilidad e independencia del árbitro.

Todas las reglas citadas carecen de fuerza obligatoria, por lo que la negativa a seguirlas no puede ser reprochada, y mucho menos motivar una recusación, nulidad o negativa de reconocimiento y ejecución de un laudo. Son útiles como lineamientos prácticos de lo que ha mostrado ser una práctica controvertida. Como en todo, lo conveniente es que el árbitro y las partes ejerzan prudencia y buen juicio al llevar a cabo esta práctica.

### 7. La "Mafia" de árbitros

Se ha dicho que existe una "mafia" de árbitros que se designan entre ellos, a la cual es imposible entrar. La aseveración es posiblemente el resultado de la observación que son pocas personas las que son designadas. Deseo presentar al escéptico una explicación alternativa: ¿no será que, dado lo delicado de la labor de fungir como árbitro, las designaciones obedecen al deseo de los abogados de parte de contar con una persona que sepa lo que está haciendo y cuya solvencia moral sea reconocida? Como lo dice Jan Paulsson, con su habitual tino:<sup>284</sup>

Dada la importancia y delicadeza frecuente involucrada en arbitraje, existen buenas razones para apoyar el surgimiento y reconocimiento de una elite de árbitros internacionales. [...] El reconocimiento mutuo de sus miembros no refleja un sistema de *quid pro quo*, sino deriva de la confianza de los participantes en el proceso.

Cualquiera que reúna los requisitos para ser árbitro es bienvenido. De hecho, existe una importante demanda de los mismos dado el (creciente) déficit ante el (exponencial) crecimiento de asuntos.

<sup>284</sup> Jan Paulsson, "Ethics, Elitism, Eligibility", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, núm. 4, 1997, p. 19. Sus palabras son "Given the high stakes and great sensitivities frequently involved in arbitration, there seems to be a good case for supporting the emergence and recognition of an elite corps of international arbitrators. [...] The mutual recognition of its members does not reflect an unsavoury system of *quid pro quo*, rather it builds the confidence of all participants in the process".

## IX. COMENTARIOS FINALES

El árbitro es una institución jurídica *sui generis*, compleja e importante. *Sui generis* pues comparte elementos con instituciones diversas, lo cual ha llevado a una discusión sobre su naturaleza. *Compleja*, pues el ejercicio de sus facultades, derechos y obligaciones requiere de cuidado. E *importante* pues es un aliado en la procuración del Estado de Derecho.

Es mi sincero deseo que las anteriores líneas sirvan para la comprensión de su (controvertida) naturaleza, el correcto desempeño de su (difícil) labor, con miras que logre su (trascendente y —de esperarse— protagónico) papel.