

La independencia del árbitro: ¿realidad o quimera?*

Francisco VICTORIA-ANDREU**

International Arbitration Advisor – Paris/México

“... si los hombres vivieran según la guía de la razón, cada uno gozaría de este derecho sin daño alguno de otro. Mas como están sometidos a afectos que superan con mucho a la potencia o virtud humana, con frecuencia son arrastrados en distintas direcciones y son contrarios entre sí, siendo así que necesitan de la ayuda mutua” (Spinoza – *La Ética*)

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de independencia. III. La independencia *in tempore*. IV. Medios que garantizan una “cierta” independencia de los árbitros. V. Conclusión

I. Introducción¹

Podemos constatar que hoy en día el arbitraje es el método más usual para resolver los litigios en las relaciones económicas internacionales, ya sea que se trate de litigios resultantes de contratos comerciales entre personas privadas y/o públicas, o de las relaciones entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión. No se trata de una justicia nueva, de reciente utilización, su génesis data de hace más de 3500 años² y día con día ésta denominada “justicia privada”, está en constante evolución.

La ratificación de convenciones internacionales que tratan de alguna forma el arbitraje (*v.gr.*, Convención de Nueva York, Convención de Washington), la firma de más de 2676 Tratados Bilaterales de Inversión³ en el mundo⁴, la diseminación de instituciones arbitrales a lo largo de todo el planeta, proyectos regionales que se han consolidado (*v.gr.*, Mercosur, TLCAN, CAFTA, etc.), y otros que van viendo la luz al final del túnel (*v.gr.*, el proyec-

* Texto modificado de la Conferencia pronunciada en el Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional en La Habana, Cuba, los días 23, 24 y 25 de junio 2010, auspiciado por la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, la Unión Nacional de Juristas de Cuba, y las asociaciones francesas Andrés Bello y ACP Legal.

** Abogado mexicano. Profesor en la Universidad de las Américas (Puebla) México. Profesor invitado Universidad APEC – Rep. Dominicana. Vicepresidente *Association des Juristes Franco-Latino-américains Andrés Bello*. Miembro fundador del *ICC's Latinamerican International Arbitration Group*.

¹ El autor agradece a K. Hernández M. por su colaboración en la investigación que dio lugar a la redacción de este artículo.

² Para adentrarse en los orígenes históricos del arbitraje, se recomienda la lectura de: J. Velissaropoulos Karakostas, “L’arbitrage dans la Grèce Antique. Epoques archaïque et classique”; *Rev. arb.*, 2009.9

³ En algunas latitudes también llamados APPRI (Acuerdos para la Promoción y Protección de las Inversiones).

⁴ *Vid. IIA Monitor*, n° 3 (2009), *International Investment Agreements*, <http://www.unctad.org>.

to de creación del Tribunal de arbitraje del ALBA, el proyecto de armonización del derecho mercantil en la región caribeña que contará con una Corte de Arbitraje Internacional, proyecto denominado OHADAC, etc.) denotan la mencionada evolución, resultado de la constante ebullición tanto en el sector del comercio internacional como en materia de inversiones internacionales.

El éxito del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales es una realidad; como dijera el extinto profesor Fouchard, “la mundialización de la economía dio impulso a la mundialización del arbitraje”⁵. Podríamos decir que esto también se debe en gran medida a las ventajas comparativas que ofrece esta figura frente a la justicia pública. De estas ventajas, las más representativas que habría que mencionar son, por ejemplo, que el arbitraje es una justicia adaptada a los usos y negocios internacionales de hoy en día, otras de sus ventajas son la agilidad, la confidencialidad del procedimiento y la eficacia de los laudos arbitrales (actualmente 145 Estados son miembros de la Convención de Nueva York)⁶, sin dejar de lado que los árbitros deben guardar la independencia necesaria para poder emitir un juicio imparcial.

La independencia, tema en la que se centrará el presente artículo, tiene que ver con la relación entre el árbitro y las partes en el litigio, no así la imparcialidad, que vincula al árbitro con el objeto del litigio. La primera, tiene tintes o matices materiales (económicos), la otra, se inclina hacia la rectitud y a la ética de la persona.

II. El concepto de independencia

En numerosas ocasiones, en mesas redondas, congresos, conferencias internacionales etc., se ha discutido el vago⁷ concepto mas no por ello menos importante de la “independencia” de los árbitros.

El concepto de independencia es una noción muy difícil de definir, no ha habido hasta hoy en materia de arbitraje una definición “internacionalmente aceptada”⁸. Hemos analizado que la noción de independencia del árbitro, por lo menos en el arbitraje internacional (ya sea comercial o en materia de inversiones), va más allá del contexto material (ausencia de vínculos esencialmente económicos entre el árbitro y la parte que lo nomine); este concepto se ha visto relacionado no solo con la independencia material, sino con la “intelectual”⁹ que debe mantener el árbitro para con la parte que lo nomine.

⁵ P. Fouchard, “L’arbitrage et la mondialisation de l’économie”, *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges Gérard Farjat. Frison-Roche*, 1999, p.381.

⁶ Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. Vid. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁷ Craig, Park y Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^a ed., Oceana, par.13.03, p. 210.

⁸ Y. Derains y E. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2^a ed., Kluwer, p. 120.

⁹ Craig, Park y Paulsson, *op. cit.*, para.12.04, p. 212.

Algunas autoridades en la materia han mencionado que, en el arbitraje internacional la independencia de los árbitros depende mucho del cristal con el que se mire y pueden “existir diferentes ángulos”¹⁰ para analizarla: desde el punto de vista de su interpretación en las diferentes instituciones arbitrales, desde el punto de vista de los Tribunales arbitrales y más crítica y compleja aún, desde el punto de vista de los abogados practicantes del arbitraje. Para otros¹¹, “la independencia es una noción espiritual, una búsqueda incesante del rigor impuesto a uno mismo y sobre todo la piedra angular de la función jurisdiccional del árbitro”.

Este concepto se puede confundir con otras nociones que coinciden parcialmente con él, como la imparcialidad, la neutralidad y la objetividad del árbitro, conceptos que no abordaremos en esta ocasión para no desviarnos del punto medular que nos interesa.

Es interesante analizar como la obligación de independencia del árbitro es una condición universal y está protegida jurídicamente a nivel contractual (por la cláusula arbitral), legislativo (por las diferentes leyes nacionales que la contemplan), constitucional (elevado a este rango por la jurisprudencia) e incluso a nivel internacional (por los diferentes reglamentos institucionales existentes).

La independencia, en el marco de la justicia estatal o pública, es una de las exigencias propias al papel del juez. Si bien es cierto, los árbitros no son jueces públicos (investidos del poder que les confiere el Estado mismo), sino que se trata de jueces privados (cuyo poder de juzgar es conferido por voluntad de las partes), por lo tanto el árbitro, como todo juez, debe de cumplir de igual forma con esta exigencia.

El principio de independencia del árbitro, es reconocido por la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales así como las diferentes convenciones y reglamentos internacionales de arbitraje¹².

Por examinar un ejemplo, según el Derecho francés, la independencia del árbitro “es un principio esencial del arbitraje”¹³, la falta de independencia del árbitro es reconocida como una violación del *ordre public international*¹⁴. En la jurisprudencia francesa en múltiples ocasiones se ha sostenido que “la independencia de espíritu es indispensable en el poder jurisdiccional cualquiera que sea su naturaleza... es una de las características esenciales del árbitro”¹⁵.

¹⁰ A. El Koshery y K. Youssef, “L’indépendance des arbitres internationaux: le point de vue d’un arbitre”, *Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI*, 2007, p. 45.

¹¹ *Ibid.*, p. 45.

¹² *Vid.*, v.gr., art. 7.1º Regl. CCI; art. 5.2º Regl. LCIA; art. 17.1º Regl. Cámara de Comercio de Estocolmo; arts 11 a 14 Regl. Uncitral.

¹³ *Vid. Voith Turbo GHBH c/ Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens* – 28 de noviembre de 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 445.

¹⁴ P. Lagarde, “Public Policy”, *International Encyclopedia of Comparative Law*; par. 3–60, vol. III, *Private International Law*, Chap. 11 (Tubinga, 1994).

¹⁵ *Vid. Ury c/ Galerie Lafayette*, *Rev. arb.*, 1975, p. 235 y nota de E. Loquin.

En materia de Convenciones internacionales podemos citar la Convención de Washington de 1965 (CIADI), que de manera muy peculiar, en lo referente a las “cualidades” de los árbitros, trata la “imparcialidad”, mas no así la “independencia”. El art. 14.1^o indica que los árbitros deben “... inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio...”. Podríamos interpretar entonces que según este mecanismo y a manera de pregunta ¿se entendería que la independencia del árbitro no es exigida?

En nuestro entender, la imparcialidad es propia de cada persona y solo se detectaría a la hora de analizar el laudo, más no así la independencia, que como lo hemos adelantado antes, se puede demostrar cuando existen vínculos económicos o materiales entre alguna de las partes y un árbitro. La independencia no trae forzosamente consigo la imparcialidad de la persona; la imparcialidad del árbitro, a nuestro entender hace referencia a una “independencia de espíritu”¹⁶. Adentrarnos en el análisis de la noción de “imparcialidad” en el arbitraje, nos descarriaría del objetivo de este artículo, razón por la que, como lo hemos adelantado antes, no ahondaremos en ese tema¹⁷.

En lo que respecta a los reglamentos arbitrales de las diferentes instituciones internacionales existentes actualmente, podemos citar el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en lo subsiguiente Regl. CCI), que en su art. 7¹⁸ consagra la independencia del árbitro como uno de sus principios básicos del sistema, tan es así que este numeral no puede ser derogado por acuerdo entre las partes.

Es de notarse que dicha exigencia es aplicable en el procedimiento CCI, a todo árbitro o co-árbitro que haya sido designado ya sea por las partes y confirmado por la Corte, o designado enteramente por ésta última. Así mismo, dicha exigencia es aplicada tanto a un árbitro único, como a un co-árbitro o a un presidente del Tribunal

La importancia otorgada a la independencia del árbitro es una constante. Continuando con el ejemplo del procedimiento arbitral CCI y del mismo numeral citado (7.2^o), el árbitro tiene la obligación de presentar una “declaración de aceptación e independencia” por medio de la cual éste debe señalar si acepta su designación para fungir como árbitro y por otra parte de infor-

¹⁶ H. Van Houtte, “Les critères de récusation de l’arbitre”, *Les arbitres internationaux*, Ed. Société de Législation Comparée; Centre Français de Droit Comparé, vol. 8, p. 95.

¹⁷ Para el análisis de la “imparcialidad del árbitro”, se recomienda la lectura de M. Hunter y I. Paulsson, “A Code of Ethics for Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arbitration*, 1985, p. 153.

¹⁸ *Vid.*: Art. 7 Regl. CCI (el énfasis es nuestro): “1. Todo arbitro debe *ser y permanecer independiente* de las partes en el arbitraje. 2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una *declaración de independencia* y dar a conocer por escrito a la Secretaria cualquier hecho o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de *poner en duda su independencia*. La Secretaria deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que estas manifiesten sus comentarios. 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaria como a las partes cualquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que pudieren surgir durante el arbitraje...”

mar si tiene o no interés en el litigio. Así, en caso de aceptar su designación, el árbitro como lo establece dicho Reglamento, debe "... dar a conocer por escrito a la Secretaria cualquier hecho o circunstancia susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia...".

Esta formulación ha sido mantenida y confirmada recientemente en dos interesantes decisiones de la Corte de Casación francesa (*Cour de Cassation*). En uno de los casos¹⁹, el árbitro único al presentar su declaración, reveló que había sido nombrado "en anteriores ocasiones" por la empresa CV (una de las partes en el arbitraje), pero sin especificar el número de veces (había sido nombrado en 51 ocasiones), cuestión por la cual la Corte de Casación interpretó que "el carácter sistemático de la designación del árbitro", la frecuencia de su nombramiento y regularidad durante un largo periodo de tiempo en contratos similares, "crearon condiciones que denotan el mantenimiento de relaciones de negocios entre el árbitro y la parte que lo nombró, situación que debió haber sido revelada en su momento por el árbitro".

En el otro caso²⁰ indicado antes, también de reciente aparición, la Corte de Casación francesa siguiendo la misma lógica descrita en el párrafo anterior, confirmó que "el árbitro debe revelar a las partes toda circunstancia de naturaleza tal que pueda afectar su juicio y provocar en el espíritu de las partes una duda razonable de su independencia e imparcialidad". Al análisis de las decisiones citadas cabe una reflexión, como lo ha sugerido un autor²¹, a manera de pregunta, es que entonces la obligación de independencia del árbitro desaparece a favor de la obligación de revelación.

El énfasis que se le da a la independencia del árbitro en los diferentes ordenamientos y sistemas legales, puede ser explicado en base a la relación existente entre ésta y el principio general de "igualdad de las partes". El hecho de que una de las partes nombre como árbitro a una persona con la que tiene cierta relación, dejaría presumir que ésta tiene una ventaja sobre su oponente, por lo que a efecto de evitar dicha suposición y conservar el equilibrio entre las partes, los diferentes reglamentos arbitrales y la mayoría de disposiciones legales han establecido algunos lineamientos para intentar con ello garantizar cierta independencia del árbitro.

Algunas instituciones, como por ejemplo en el caso del CIADI, cuentan con una lista de árbitros, los cuales los Estados miembros de la Convención de Washington, muchas veces mediante decretos o disposiciones internas, nombran a las personas que van a formar parte de dicha lista para cada periodo. Esta cuestión se ha visto criticada bajo la argumentación que dicha nominación implica, de cierta manera, una dependencia de la persona nombrada como árbitro para con el Estado, argumento que a mi parecer es discutible.

Otro principio que entra en juego en este tema, es el principio de *nemo iudex in re sua* ("el juez no puede ser parte en un proceso"), ya que si un árbi-

¹⁹ *Cour de Cassation, Chambre Civil* 1, 20 de octubre de 2010 (*Somoclest / DV construction*).

²⁰ *Cour de Cassation, Chambre Civil* 1, 4 de noviembre de 2010 (*Tecnimont / Avax*).

²¹ Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009, p. 186.

tro tiene intereses en el proceso, quedaría al descubierto que dicha persona estaría defendiendo de cierta manera su propia causa. El hecho de que el árbitro deba administrar justicia entre las partes, justifica la exigencia de mantener su distancia para con ellas (independencia) y de ser implacable en la toma de decisiones (imparcialidad).

En lo que respecta a la aplicación del principio de independencia en el arbitraje internacional, la práctica nos demuestra que su exigencia es más flexible en este campo que en el sistema jurisdiccional estatal, esto debido a que los árbitros no son jueces estatales, los estrictos parámetros aplicados en el ámbito jurisdiccional estatal no podrían ser aplicados en el arbitraje internacional.

En el arbitraje internacional, los árbitros gozan de una presunción de independencia hasta demostrar lo contrario en base a elementos ciertos y habiendo sido comprobados, elementos que además deben constituir un riesgo claro y evidente para una de las partes.

A este respecto, la jurisprudencia francesa se ha pronunciado en diferentes ocasiones, con el objetivo de establecer los lineamientos que permitan demostrar la falta de independencia de un árbitro, sin que ella pueda ser puesta en duda solo por simples suposiciones.

En el caso *Quatar c/ Creighton Limited*²² la Corte de Apelación francesa estableció que “la independencia del árbitro es la esencia de su función jurisdiccional, en ese sentido, él accede a su estatus de juez sin ningún lazo de dependencia con alguna de las partes, por otra parte, las circunstancias para atacar la independencia del árbitro se debe caracterizar por la existencia de lazos materiales e intelectuales, situación de naturaleza tal que pueda afectar el juicio del árbitro constituyendo un riesgo cierto de previsión para una de las partes del arbitraje”.

Así mismo, en el caso *Voith Turbo GMBH AG et CO c/ SNCFT*, la misma Corte decidió que “la independencia e imparcialidad del árbitro son la esencia de su función jurisdiccional que por naturaleza esta exenta de todo lazo de dependencia con cualquiera de las partes, así como de todo prejuicio. Las circunstancias invocadas para contestar la independencia e imparcialidad deben de caracterizarse, por la existencia de lazos materiales o intelectuales que constituyan un riesgo, una situación que como tal afecte el juicio del árbitro; la obligación de información del árbitro debe apreciarse a su vez tomando en consideración la notoriedad de la situación criticada, así como, la incidencia que ésta pueda tener en el juicio del árbitro...”

En general, las decisiones jurisprudenciales y las disposiciones relativas a las características del árbitro, generalmente se enfocan al análisis de la independencia y, en menos medida a la imparcialidad. Ello se debe a que la imparcialidad, como lo hemos adelantado, es un elemento subjetivo, que requiere una evaluación de la posición subjetiva del árbitro con respecto al litigio en cuestión.

²² *Rev. arb.*, 1999, p. 308.

En materia de arbitraje internacional de inversiones, el tema de la independencia también ha sido controvertido, pues es común encontrar casos donde los abogados llevan a cabo dos funciones simultáneas, en efecto, por un lado pueden estar fungiendo como consejeros en un procedimiento arbitral y al mismo tiempo, estén fungiendo como árbitros en otro caso completamente diferente.

Bajo dichas circunstancias la interrogante no se hace esperar y, nos podemos preguntar de manera automática: ¿hasta qué punto un abogado que tiene dos funciones en dos arbitrajes puede conservar su “independencia”? La pregunta se enfatiza aun más cuando, qué pasaría si el resultado de alguno de estos arbitrajes puede afectar o beneficiar el otro arbitraje en paralelo.

A fin de dar respuesta a esta interrogante, en el arbitraje de inversiones, la independencia del árbitro también es exigida con el objetivo de garantizar la equidad de su decisión y, la apreciación de la misma, también ha dado lugar a diferentes decisiones. Ciertos casos que involucran a Estados han servido para emitir decisiones con respecto a la independencia del árbitro. A manera de ejemplo, tomaremos en consideración algunos de los casos contra la República de Argentina. En uno de ellos un connotado árbitro suizo, cuya independencia fue puesta en tela de juicio por los representantes de la República de Argentina, el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal S.A c. República de Argentina*²³, (el famoso caso *Vivendi*), donde la nación Argentina fue condenada al pago de 105 millones de dólares más sus intereses, los representantes de Argentina intentaron descalificar la independencia del árbitro ya que en efecto, resultaba que éste último fungía como árbitro en tres arbitrajes pendientes en ese momento en contra de dicho país, por lo que los representantes de Argentina argumentaron la falta de *independencia* e *imparcialidad* del árbitro debido a su posición en la decisión del caso *Vivendi*.

A este respecto, el Tribunal arbitral de *Anglian Water Group (AWG) c. Argentina*²⁴, uno de los arbitrajes pendientes en aquel momento, desechó la impugnación del árbitro, al concluir que a falta de prueba de cualquier hecho que indicara la ausencia de independencia o de imparcialidad del árbitro, el simple hecho de que éste haya rendido una decisión en contra de una de las partes, no es prueba suficiente para manifestar la falta de independencia o imparcialidad del mismo.

Otro ejemplo es el caso *National Grid c. República de Argentina*²⁵, en el que los representantes de Argentina presentaron un recurso de recusación en contra del árbitro presidente (de nacionalidad española y antiguo funcionario del Banco Mundial), poniendo en tela de juicio su falta de independencia e imparcialidad ya que éste último fungía como Presidente del Tribunal arbi-

²³ Vid. CIADI, No. ARB/97/03, *C. de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal S.A c. Argentina*, in <http://icsid.worldbank.org/>.

²⁴ Vid. *Anglian Water Group c/ Argentina*, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>.

²⁵ Vid. *National Grid c/ Argentina*, <http://ita.law.uvic.ca/documents/NationalGrid-jurisdiction-sp.pdf>.

tral en otros casos que involucraban a Argentina, se trataba de los casos *Azurix Corporation c. República de Argentina* (en adelante *Azurix*)²⁶ y el caso *Siemens AG c. República de Argentina* (en adelante *Siemens*). En esta ocasión, Argentina basaba sus argumentos en el hecho de que el mencionado árbitro había integrado un despacho de abogados radicado en los Estados Unidos de Norte América.

El hecho consistía en que la firma norte americana (firma en la que, como indicamos antes, trabajaba el mencionado árbitro) era la consejera representante de un inversionista en otro arbitraje CIADI, se trataba del caso *Duke Energy c. Perú* (en adelante *Duke*)²⁷. El problema identificado y argumentado por los representantes de Argentina consistía en que el árbitro nombrado por la firma norte americana en el caso *Duke*, fungía a su vez como consejero de los demandantes en los casos *Azurix* y *Siemens* (donde como hemos de recordar que el presidente del Tribunal de estos dos casos era el mismo árbitro español que indicamos en párrafos anteriores).

En efecto, los representantes de Argentina ponían en duda la independencia del Presidente del Tribunal arbitral en base a la relación existente con la firma de abogados norte americana, basándose para ello en la regla de arbitraje CIADI que requiere que el árbitro tenga completa capacidad para ejercer un juicio “imparcial”.

En el caso *Azurix* el argumento de falta de independencia fue desechado por acuerdo entre los dos árbitros restantes y lamentablemente los argumentos utilizados para llegar a tal decisión no fueron publicados ya que no se contó con la autorización de las partes involucradas en el litigio.

La resolución del caso *Siemens* siguió la misma suerte, pues los argumentos tampoco fueron publicados, pero a diferencia del caso antes mencionado, la impugnación fue llevada hasta el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI sin llegar a resolverse. Por ésta razón la cuestión fue llevada ante la Corte Permanente de Arbitraje (de La Haya), quien posteriormente y como se hace en la práctica, cursó dicha solicitud de recusación a la Corte de Arbitraje de la CCI quien finalmente negó acordarla.

Es interesante remarcar que en el caso de la CCI, el Reglamento de Arbitraje otorga poderes discrecionales ilimitados a la Corte para la toma de sus decisiones, cuestiones que en muchos de los casos (si no es que en todos), no presenta ninguna motivación y por ende tampoco el fundamento de su decisión. Cabe adicionar que en la práctica de la CCI, las recusaciones no son muy frecuentes²⁸, cuestión que se le atribuye al hecho del rigor que aplica el Reglamento de la CCI desde el momento mismo que las personas que han sido nominadas como árbitros, deben “dar a conocer” su independencia suscribiendo obligatoriamente una “declaración”, cuestión que ha sido abordada anteriormente en este trabajo.

²⁶ Vid. *Azurix Co. c/ Argentina*, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>.

²⁷ Vid. *Duke Energy c/ Perú*, <http://tax-arbitration.com/Duke%20v.%20Peru%20SPANISH.pdf>.

²⁸ Sobre esta cuestión se recomienda la lectura de Y. Derains y E. Schwartz, *op. cit.*, p.186-192. Craig, Park y Paulsson, *op. cit.*, para. 13.03, p. 209

III. La independencia *in tempore*

Como hemos visto, la independencia es una característica ampliamente exigida y reconocida en el ámbito del arbitraje internacional, por lo que conviene ahora pasar a analizar el tema concerniente a su “duración”. A este respecto caben las siguientes preguntas: la independencia del árbitro ¿tiene una duración? ¿Acaso se trata solo de un requisito cuyo objetivo es el de lograr la designación de un árbitro? o por el contrario, ¿es una característica que debe conservarse hasta la conclusión del procedimiento arbitral?, o ¿hasta después de concluido el arbitraje? (como podría ser durante la ejecución del laudo).

De manera general, se espera que la independencia del árbitro dure hasta el momento de la emisión de su laudo (misión que le ha sido conferida por las partes). A manera de ejemplo, el reglamento CCI establece en su artículo 7.1^o “que el árbitro debe continuar independiente de las partes en el arbitraje”. Hemos subrayado y puesto de relieve la preposición “en” del numeral señalado, puesto que esto nos da la pauta de interpretar que por el (“en”) en la frase indicada, se trata de que la independencia del árbitro sólo debiera imperar “durante” el arbitraje y no “después” del procedimiento, entendiendo que la constante, según la práctica en muchos países, es que la misión del árbitro termina una vez que ha emitido su laudo, lo que resulta que su independencia debería terminar en ese momento.

Como se ha visto ilustrado por otros autores²⁹ podemos encontrar algunas excepciones a esta constante, por ejemplo, en el Derecho alemán (art.563.1^o, 1056.3^o y 1059.4^o del Código de Procedimiento Civil), en el Derecho inglés (art. 68-3-a, 69-7-c, 70-5 y 71-3 de la *Arbitration Act 1996*) y del Derecho brasileño (art. 33.2^o Ley n^o 9307/96), que prevén en distintas formas, la participación del árbitro después de emitido su laudo.

Entonces, la independencia del árbitro ¿debería o no mantenerse hasta que el laudo sea ejecutado? Hemos encontrado análisis que explican el rol de los árbitros en la ejecución de los laudos y que nos dirigen hacia esta dirección³⁰.

Nuestra reflexión en este aspecto, va más allá de lo que hasta aquí hemos analizado, pues nos hemos preguntado qué pasaría si antes de su ejecución, un laudo es anulado en la jurisdicción de la sede del arbitraje y una de las partes (por supuesto en esta hipótesis se trataría de la parte ganadora), solicita a los árbitros (que según la ley aplicable se entendería que su misión ya ha terminado), que emitan sus observaciones o críticas en relación a la decisión de la institución que anuló el laudo. Si los árbitros se prestaran a pronunciarse de acuerdo a lo solicitado por la parte que los exhortó, podríamos interrogarnos si las observaciones que ellos emitan, que seguramente las

²⁹ Th. Clay, “Le rôle de l’arbitre dans l’exécution de la sentence arbitrale”, *Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI*, vol. 20/1, 2009, pp. 47-53.

³⁰ Th. Clay *supra* nota 21.

formularán en defensa de la posición que reflejaron en su laudo, ¿serían o no arropadas de la necesaria independencia y/o de imparcialidad que se espera de los árbitros? Desde el momento mismo que ellos se permitieran emitir un juicio a petición de solo una de las partes, nos podríamos preguntar si ¿no estarían violentando el principio de independencia?

En este caso hipotético destacan varios planteamientos. Primero, los árbitros al emitir su laudo han concluido con su misión; a pesar de afirmar que éstos no son los propietarios intelectuales ni materiales del laudo³¹, si guardan de alguna forma un vínculo estrecho con él.

En el caso hipotético que nos hemos planteado, la formulación de las opiniones que hicieran los “ex árbitros” en defensa de su decisión, podríamos decir que se trata de un dictamen de “expertos”.

Segundo, el problema que resulta de la hipótesis expuesta, es que la realización de dicho dictamen no se habría elaborado por terceros “ajenos” al procedimiento (como la jurisprudencia francesa lo ha sostenido desde hace mucho tiempo)³², sino por los “ex árbitros” de un procedimiento que estuvo en sus manos y que habría concluido, los cuales en dicho dictamen naturalmente defenderían a capa y espada su posición (pecaríamos de ingenuidad pensar lo contrario).

Tercero, cuál sería el valor de dicho dictamen, tal vez la respuesta sería “ninguno”, por provenir éste de personas involucradas en un procedimiento y que tanto su imparcialidad como su independencia podrían discutirse. La reflexión se centraría no en el valor del dictamen sino en el porqué de su posible existencia.

Cuarto, a nuestro entender esta cuestión va más allá de una posible solución en derecho y que tiene que ver, según nuestro juicio, con la ética profesional de la persona del árbitro, con ese ideal de independencia e imparcialidad que se busca de la justicia arbitral.

IV. Medios que garantizan una “cierta” independencia de los árbitros

Así, una vez establecida la importancia de la independencia del árbitro, solo nos resta saber cuáles son los medios que garantizan la aplicación y respeto de dicho principio.

Los autores clasifican estos medios en dos tipos: medios preventivos y medios punitivos³³. Su aplicación depende del momento en el que se conoce la falta de independencia: antes o después de la nominación del árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso.

³¹ *Ibid.*

³² *Vid.* la jurisprudencia 14 de julio 1828 (Lyon), citada por Th. Clay, *ibid.*

³³ Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 595.

El medio preventivo consiste en la obligación del árbitro en revelar a las partes o a la institución arbitral los hechos o situaciones que podrían generar duda sobre su independencia.

Generalmente, esta obligación puede encontrarse ya sea en las legislaciones nacionales, textos internacionales o reglamentos de arbitraje³⁴.

El Código de Procedimiento Civil francés en su art. 1452³⁵ párrafo 2 prevé la obligación de información por parte del árbitro. Si bien es cierto que esta disposición corresponde al arbitraje interno francés, también lo es que en numerosas ocasiones la jurisprudencia francesa ha retomado dicha disposición en asuntos relativos al arbitraje internacional, haciendo de ella una especie de “regla material” aplicable a esta área.

La LMU en su art. 12.1^o, también prevé la obligación de información por parte del árbitro, bajo los siguientes términos “la persona susceptible a ser nombrada en calidad de árbitro, señala toda circunstancia de naturaleza tal que pueda generar dudas legítimas sobre su imparcialidad o independencia. A partir de la fecha de su nominación y durante todo el procedimiento arbitral, el árbitro señala sin retardo alguno dichas circunstancias a las partes, al menos que ya lo haya hecho”.

Así mismo, la independencia del árbitro ha sido retomada en disposiciones privadas como las reglas de la *International Bar Association* (IBA)³⁶, la cual, interesada por definir criterios uniformes para la revelación de conflicto de intereses por parte de los árbitros en el arbitraje internacional, establece tres diferentes listas: lista verde, lista naranja y lista roja, según el nivel de importancia de la relación árbitro/parte que lo nombró.

Así, el deber de información se ha convertido en una especie de uso internacional sin importar la ley procesal aplicable al caso.

Los dos medios punitivos o sanciones³⁷ que garantizan cierta independencia del árbitro son: la recusación del árbitro y la nulidad de la sentencia arbitral. Ambos comparten dos características en cuanto a su interposición, por un lado, ambos medios son interpuestos después de la designación del árbitro o la constitución del tribunal arbitral, y por el otro, en ambos casos la parte interesada deberá demostrar que no conocía las circunstancias que ponen en duda la independencia del árbitro al momento de la nominación del o de los árbitros.

En caso contrario, es decir si la parte conocía dichas circunstancias y no alegó nada en el momento procesal oportuno, se podrá presumir que implíci-

³⁴ *Vid.* por ejemplo el art. 7.2^o Regl. CCI; art. 5.3^o Regl. LCIA; art. 17 Regl. Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 11 Regl. Uncitral; art. 6 Reg. CIRDÍ y art. 7 Regl. AAA.

³⁵ “...El árbitro que supone en su persona una causa de recusación debe informar a las partes. En ese caso, éste no puede aceptar su misión que solo con el acuerdo de las partes.”

³⁶ Directivas de la IBA sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional, aprobada el 22 de mayo de 2004 por el Consejo de la IBA.

³⁷ Ph. Fouchard, *Ecrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, 2007, pp. 147-177.

tamente hubo aceptación del árbitro por considerarse que su independencia no estaba puesta en tela de juicio.

Si bien es cierto que ambos medios se interponen después de la designación de los árbitros, también lo es que cada uno depende de la emisión de la sentencia, así la recusación tendrá lugar antes de su emisión y el recurso de nulidad tendrá lugar después de emitida la sentencia.

La recusación, como se sabe, tiene lugar cuando una de las partes descubre que uno de los árbitros (el co-árbitro nombrado por la parte adversa y/o el presidente del tribunal arbitral), no cumplen con las condiciones de independencia e imparcialidad necesarias en todo procedimiento arbitral. Las causas de recusación generalmente coinciden con la independencia e imparcialidad del árbitro, pero también puede tratarse por la falta de aptitud especial del árbitro con respecto a lo establecido en la cláusula arbitral.

El procedimiento dependerá del tipo de arbitraje, si se trata de un arbitraje institucional las reglas para interponer dicho recurso serán establecidas en el reglamento³⁸ correspondiente.

La independencia del árbitro puede ser analizada también como un proceso intelectual. Para el árbitro su independencia es generalmente una cuestión de honor personal y de deontología profesional, no solamente una obligación legal.

Así como podríamos decir que no existe la “justicia perfecta”, los árbitros por ser seres terrenales, de carne y hueso, no pueden ser completa o totalmente independientes. Desde el momento mismo que se escoge a alguien para fungir como árbitro, naturalmente siempre se buscarán en él ciertas afinidades culturales, ideológicas o sociales que no se pueden obviar y que pueden ser, porque no, necesarias y muy sanas para la parte que lo nombre.

Es totalmente normal, hasta recomendable, que las partes escojan árbitros con ciertas afinidades culturales, ideológicas, idiomáticas puesto que en realidad el árbitro, como un autor lo ha expuesto, es un “amigo que debe ser suficientemente independiente para poder decidir en contra de la parte que lo nombró si ello en el fondo es justificable, pero que hará lo necesario para que todos los argumentos de la parte que lo nombró sean escuchados y defendidos plenamente y sobre condiciones equitativas.”³⁹

V. Conclusión

Sin duda alguna que la independencia de los árbitros en el arbitraje internacional no terminará jamás de analizarse, de discutirse y más aun de idealizarse, esperando que ésta llegue a ser una verdadera realidad.

³⁸ *Vid.* art. 11 Regl. CCI; art. 10 Regl. LCIA; art. 18. Regl. Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 57 Regl. CIADI; art. 11 Regl. Uncitral.

³⁹ J. Werner, “Editorial. The Independence of Party-Appointed Arbitrators: For a Rule of Reason”, *J. Int'l Arb.* 1990, n° 5.

Como acertadamente ha dicho el juez Mohammed Bedjaoui⁴⁰: “Como todo hombre (refiriéndose al género humano), un árbitro está dotado de una conciencia que lo hace ver el mundo de una forma. No se puede desprender de todos sus vínculos emocionales que, consciente o inconscientemente pueden influenciar sus pensamientos. Cada vez que los hombres son juzgados, incluyendo en el marco de un arbitraje, la imparcialidad se pone en juego. El árbitro no es un ente desencarnado, flotante, desprovisto de orígenes o vínculos étnicos, culturales, religiosos, sociales y otros. Pienso que sería destructor exagerar estas consideraciones pero ingenuos o sospechosos si ignoramos completamente su existencia en algunos de los arbitrajes Norte-Sur o Este-Oeste. Estos son los problemas de la neutralidad arbitral de la dura época en la que nos tocó vivir.

La independencia “total y absoluta” del árbitro resulta entonces difícil de alcanzar⁴¹, depende del cristal con el que se mire⁴², es un mito⁴³. Como podemos sostener que no existe en el mundo en el que vivimos una justicia perfecta, la independencia total y absoluta del árbitro resulta ser el ideal a lo que todos los arbitralistas (abogados de parte y árbitros), aspiramos. Se trata entonces de una verdadera quimera.

La voluntad de un árbitro de ser absoluta y totalmente independiente es, a todas luces, humanamente imposible de sostener. Terrenalmente el hombre nunca podrá desprenderse (completamente) de su personalidad, ni de su moral, ni de sus ideales, ni de sus conceptos, ni de sus inclinaciones, ni de sus gustos, para poderlo así calificar de total y plenamente independiente. Todos estos demonios materiales, intelectuales y morales que de alguna forma se relacionan e interactúan entre sí, seguirán merodeando al ser humano (al árbitro), por los siglos de los siglos...

⁴⁰ Cit. por A. El Kosheri y K. Youssef, *op. cit.*

⁴¹ Y. Derains y E. Schwartz, *op. cit.*

⁴² H. Grigera Naón, “Factors to Consider in Choosing an Effective Arbitrator”, *ICCA Congress Series* n°9, Kluwer, p. 286.

⁴³ Th. Clay, *loc. cit.* nota 21 y A. El Kosheri y K. Youssef, *op. cit.*