

# **ELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS**

**- Desde el punto de vista de las partes -  
(Erik Schäfer, abogado, Düsseldorf)**

„Gau, teurer Freund, ist alle  
Theorie und grün des Lebens  
goldner Baum.“  
(Precioso amigo, toda teoría  
es gris, pero verde el árbol  
dorado de la vida)  
MEPHISTOPHELES en  
Goethe, Faust I

## **I. Introducción**

En todo tipo de arbitraje institucional o *ad hoc* son esenciales la disponibilidad, deontología, y calificación del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral para que las ventajas del procedimiento arbitral tengan efecto y el litis se resuelva con un laudo convincente y justo. Evidentemente, para reunir estos requisitos el procedimiento en si debe satisfacer las expectativas legítimas de todas las partes.

Los árbitros son los garantes de que sean cumplidos o, según el caso, el árbitro único. Por lo tanto la selección de los árbitros no es UN sino **EL** paso central para el futuro desarrollo del arbitraje.

Probablemente la mayoría de las partes concurre lo anteriormente dicho – por lo menos en teoría. Pero – especialmente en casos internacionales con sus diversas culturas – sus percepciones de los requisitos para ‚su‘ árbitro, el árbitro único, o presidente del tribunal, se concretizarán de maneras muy distintas.

A continuación veremos primero de manera general las características del marco legal en que operan las partes al seleccionar y nombrar árbitros. Luego abordaremos aspectos de orden táctico a procesal para concluir con unas reflexiones especulativas acerca de la responsabilidad civil.

## **II. Factores que se deben tomar en consideración al elegir un árbitro**

### **A. Factores legales**

#### **A.1) La jerarquía de las normativas**

La elección de un árbitro se debe efectuar respetando ciertos requisitos de orden legal:

- **Requerimientos estipulados en el compromiso de arbitraje.**

Ciertos compromisos de arbitraje requieren que los árbitros tengan ciertas calificaciones y/o experiencias profesionales. Bien que no es recomendable incluir este tipo de condiciones, es necesario cumplir con ellas al nombrar los árbitros.

- **Exigencias del Reglamento de Arbitraje seleccionado por las partes.**

Según el artículo 7(1) del Reglamento CCI todo árbitro tiene que ser y permanecer independiente de las partes. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI requiere que los árbitros sean ‘imparciales’ e ‘independientes’.

- **Exigencias imperativas (no dispositivas) de las disposiciones aplicables al arbitraje en el país donde el procedimiento tiene su sede.**

Por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje CNUDMI (Artículos. 11(5), 34(2)(a)(iv)) también requiere que los árbitros sean imparciales e independientes. Al faltar uno de estos requisitos el laudo podría ser anulado. Ciertas leyes nacionales todavía aplican estándares idénticos a los aplicables a los jueces nacionales al respecto, otras aplican estándares más amplias y estrictas.

Un problema particular puede ser que ciertos países exigen que los árbitros sean miembros de la barra nacional, es decir abogados. Por ejemplo, el Código Procesal Civil de la República del Paraguay, Libro V, Art. 782 establece que los árbitros sean abogados. En el caso de un árbitro único o presidente deben tener por lo menos diez años de experiencia. El Art. 784 requiere un domicilio en Paraguay, salvo en casos en que tratados internacionales sean aplicables. En tales circunstancias hay que determinar si estas exigencias se aplican únicamente al arbitraje nacional o también a casos internacionales. De todos modos la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) establece en su Artículo 2:

***“El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea éste persona natural o jurídica. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros. ”***

Por lo tanto hay que determinar en cada caso, si requerimientos como los arriba mencionados, se aplican únicamente al arbitraje interno y no a arbitrajes internacionales.

## **A.2 Consecuencias de violaciones de las normativas en general**

Es importante que la persona elegida y luego nombrada como árbitro cumpla con estos requisitos ya que el incumplimiento puede resultar en una recusación y sustitución del árbitro o ser causa de impugnación del laudo.

Por ejemplo, la Ley 60/2003 (Ley de Arbitraje Española – LAE) dispone en su artículo 41 en relación a la anulación del laudo en el sede del arbitraje:

***“1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:***

...

***a) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes .... o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.”***

En muchos países - incluyendo por ejemplo Alemania - las leyes aplicables a arbitrajes con sede en el territorio nacional permiten la anulación del laudo en circunstancias idénticas o similares. Esto es especialmente los países cuyos leyes de arbitraje están basadas en la Ley Modelo CUNDMI.

Según el artículo V de la **CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS 1958** el reconocimiento y la ejecución de un laudo proveniente de otro país pueden ser denegados si

***„(1)(d) la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje, o (2)(d) „ b) .. el reconocimiento o la ejecución de la sentencia [son] contrarios al orden público de ese país.”***

Esta disposición se aplica en todos los países miembros de la Convención. Adicionalmente las leyes de arbitraje nacionales contienen disposiciones semejantes relativas al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

### **A.3 Consecuencias relativas a una falta de independencia y imparcialidad de un árbitro**

La **independencia** y la **imparcialidad** de los árbitros son ciertamente los requisitos fundamentales en el arbitraje internacional.

- **El concepto de independencia** en el ámbito internacional es complejo y no se puede asimilar 1:1 a conceptos aplicables a jueces nacionales que tienden a ser mas limitados en lo que se refiere a las circunstancias relevantes. El concepto es de asegurar que cualquier decisión de los árbitros sea únicamente motivada por los hechos no contestados o probados sometidos a su decisión y no por influencias turbias exteriores.

Esencialmente es requerido que el árbitro no tenga un interés económico o personal en la resolución del litis. Por lo tanto un empleado, el abogado habitual de una parte, un socio, o el/la cónyuge de uno de ellos no son independientes.

Desgraciadamente abundan circunstancias que no son tan claras y que ameritan una evaluación en base a las circunstancias específicas de cada caso. Para manejar este tipo de situaciones ‚ambiguas‘ muchas Leyes de Arbitraje (vea Art. 12.1 de la Ley Modelo CNUDM, el Art. 17.2 LAE, el § 1036(1) ZPO - Ley Alemana, el § 588(2) ZPO – Ley Austriaca, y la mayoría de los países europeos y americanos (sur/centro/norte), así como muchos reglamentos de arbitraje institucional (Art. 7.2 Reglamento CCI; § 16 Reglamento DIS, Art. 5.3 Reglamento LCIA) imponen al árbitro el deber de

informar tanto las partes como a la institución de **hechos que en la percepción de cualquiera de las partes podrían poner en duda su independencia.**

Este requisito tiene dos propósitos. El primero es el de asegurar la transparencia requerida para las partes que de otra forma no podrán gozar. El segundo es asegurar la integridad del procedimiento, ya que la inacción de una parte frente a un hecho relevante conocido por ella durante un plazo corto, se sanciona con la pérdida del derecho de protestar o recusar después de haber transcurrido un corto plazo. Así lo establece la mayoría de las Leyes de Arbitraje (vea Arts. 4, 13.2 Ley Modelo CNUDMI; Arts. 6, 18(2) LAE; §§ 1027, 1037(2) ZPO - Ley Alemana, §§ 579, 589(2) ZPO – Ley Austriaca). Se puede añadir que una preclusión no tendrá únicamente efectos en el sede del arbitraje, sino también en el país de reconocimiento y ejecución del laudo, siempre y cuando las leyes o la jurisprudencia en este país así lo prevén.

- El requisito de **imparcialidad** se refiere a una actitud deontológica ,vivida' durante el proceso arbitral. Su núcleo es el deber del árbitro de tratar a las partes de manera igual y de darles la oportunidad de presentar su caso. Por lo tanto, el Reglamento de Arbitraje CCI establece este deber en forma de regla fundamental de procedimiento (Art. 15.2) y no como requisito igualando él de independencia. Muchas leyes de Arbitraje también distinguen entre los dos conceptos. Otros reglamentos o leyes de arbitraje (vea Art. 12.1-2 Ley Modelo CNUDMI; Art. LAE; §§ 1036(1)-(2) ZPO - Ley Alemana, § 588(1)-(2) ZPO – Ley Austriaca) si lo hacen.

Lo arriba expuesto, relativo al plazo de preclusión, también se aplica al requisito de imparcialidad.

Considerando que la única persona que realmente sabe si es o no imparcial e independiente es el arbitro mismo, el estándar para determinarlo consiste para terceros en una apreciación de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse su independencia e imparcialidad o la falta de estos. Por lo regular la apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro.

Notamos que existe una diferencia entre las circunstancias que debe revelar un arbitro, ya que debe determinar si hay que revelar ciertas circunstancias porque podrían poner en duda su neutralidad (independencia y/o imparcialidad) del punto de vista de una de ellas y las circunstancias que, por su naturaleza, causan dudas objetivamente justificadas. Esto quiere decir que no todo lo que hay que revelar es una causa de recusación. Por otro lado, en ciertas circunstancias el no haber revelado ciertos hechos en sí puede ser considerado como causa de recusación, especialmente si se agregan otros factores.

No queremos detallar más lo antes expuesto, ya que son determinantes no solo los hechos específicos del asunto sino también la practica de la institución, si se

trata de un arbitraje institucional en que la institución decide sobre recusaciones, y / o la ley de arbitraje y – sobre todo – la jurisprudencia en el sede del arbitraje.

Ante esta incertidumbre en el ámbito internacional, la fuente de orientación para partes y árbitros son las “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration” las cuales deberían leerse conjuntamente con la “Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”. Ambos textos están disponibles en el sitio Internet del IBA<sup>1</sup>. Pero no hay que confundir estos ‘principios de orientación’ con reglas de naturaleza legal, ya que algunos puntos son objeto de controversias, y no afectan el orden de las normas aplicables mencionadas arriba, es decir: (i) el convenio de arbitraje; (ii) según los casos el reglamento de arbitraje pactado por las partes, si no viola normas imperativas en la sede del juez competente; (iii) la ley en la sede de arbitraje como es aplicada por los tribunales; (iv) eventualmente la ley en el país de ejecución forzosa del laudo tal como es aplicada por los tribunales.

## **B. Factores de orden de táctica procesal**

La elección de un árbitro único o de un presidente por las partes es distinta a la selección de un coárbitro. No obstante veremos más adelante que ciertas consideraciones se aplican a todo tipo de árbitro. Por lo tanto se va exponer lo relativo a coárbitros primero para luego examinar en que varían las consideraciones a efectuar al escoger a un presidente o a un árbitro único.

### **1) Elección y nombramiento de un coárbitro**

La selección de un coárbitro está subordinada al deseo de ganar el caso de la parte que la nombra.

A primera vista sería entonces deseable nombrar un árbitro parcial que esté – por ejemplo - dispuesto a mantener comunicaciones privadas con su parte. Como hemos visto, un árbitro tal no cumpliría con sus deberes y podría ser justamente recusado en cualquier momento.

La consecuencia será la sustitución del árbitro por otro que resultará en un retraso. A primera vista una parte que teme perder el caso puede tener interés en prolongar y complicar el procedimiento, pero hay también efectos que le serán adversos. No solo puede perder el favor de los árbitros (*plus valet favor in judicio quam lex in codice*), sino que también tendrá que contar con costos adicionales substanciales si pierde el asunto. Especialmente en una fase avanzada del arbitraje, la sustitución de un arbitro trae consigo la cuestión si hay actos de procedimiento que tendrán que repetirse y, según el caso, cuales actos serán. Así lo prevé por ejemplo el Art. 12.4 del Reglamento CCI, pero otros Reglamentos no tratan la cuestión de manera explícita. La cuestión se debe resolver tomando en cuenta también las normas imperativas aplicables al respecto en el lugar del arbitraje. Por ende, la parte que haya nombrado al árbitro recusado y que pierde puede verse expuesta al deber de pagar costos del arbitraje considerablemente aumentados.

---

<sup>1</sup> <http://www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm#Guides>

Pero aún cuando las cosas no lleguen a tal extremo, el nombramiento de este tipo de árbitro puede ser contra productivo y dañar los intereses legítimos de la parte que lo nombró. La razón es que el otro coárbitro y el presidente perciben en la mayoría de los casos, durante las deliberaciones, la parcialidad y el comportamiento ilegítimo. El resultado es que el árbitro en cuestión queda fácilmente marginalizado en el tribunal así como privado de toda posibilidad de convencer a sus colegas.

Por lo tanto hay que optar en favor de una personalidad independiente e imparcial que – no obstante – tenga una actitud positiva y básica en lo que concierne a la situación en que se halla la parte nombrante y sus expectativas legítimas en cuanto al desarrollo del procedimiento. Además la persona escogida debería tener la personalidad necesaria para ser aceptada y oída por los otros árbitros.

Esto quiere decir que el árbitro debería

- comprender y conocer la **cultura procesal** que motiva ciertas actuaciones de la parte que lo nombra;
- comprender y conocer el **‘medio ambiente’** en que dicha parte opera y si es relevante para dirimir la litis;
- tener los **conocimientos lingüísticos** necesarios no solamente para poder seguir el procedimiento sino también para comunicar eficazmente con los otros árbitros y tener acceso al cuerpo del derecho aplicable;
- tener cierta **experiencia en el área del litis**, es decir, a demás de los conocimientos jurídicos necesarios contar también con la experiencia en la práctica en el sector relevante;
- tener al mismo tiempo la **habilidad de cooperar eficazmente** con los otros árbitros, así como la **firmeza y persistencia** necesarias para hacer prevalecer su posición;
- estar dispuesto a adoptar una **actitud activa** y de **dedicar el tiempo necesario** para conocer bien el expediente y participar en la deliberaciones del tribunal.

Evidentemente no es fácil encontrar una persona que reúne todos estos requisitos, especialmente en una etapa del procedimiento en que no se sabe quienes serán los otros árbitros o – por lo menos - el presidente.

El o los árbitros personalmente mejor conocidos no son automáticamente también los mejores para el caso específico. Aquí recomiendo contactar colegas con experiencia y – en primer lugar – instituciones de arbitraje para obtener informaciones adicionales y más amplias.

## 2) Elección y nombramiento de un árbitro único

La elección de un árbitro único por las partes consiste en un proceso de negociación para arribar a una selección que no es una simple solución de compromiso sino la mejor decisión. Naturalmente, la **independencia** y la

**imparcialidad** del árbitro único son tan importantes que otros factores son de importancia subordinada. Igualmente importante es la **capacidad de organizar y dirigir el arbitraje**.

No obstante, ese proceso es muchas veces contaminado por la situación conflictiva en la cual ninguna parte quiere ceder para no mostrar inseguridad o debilidad. Intercambiar nombres de candidatos muchas veces no lleva a un acuerdo.

Una alternativa es el intercambio simultaneo de listas con candidatos. Cada parte ordena la lista recibida de la otra parte por preferencias. Luego se comparan las listas para establecer si hay un acuerdo o si existen por lo menos unos candidatos que todas las partes están dispuestas a considerar seriamente.

### **3) Elección y nombramiento de un presidente**

Lo antes expuesto en relación a la selección del árbitro único se aplica también en la selección del presidente del tribunal arbitral por las partes. Esto requiere que las partes, en su compromiso de arbitraje o al comenzar el procedimiento se hayan puesto de acuerdo en proceder de esta manera.

En el arbitraje *ad hoc* y en aplicación de ciertos reglamentos de arbitraje incumbe a los coárbitros nombrar conjuntamente su presidente. La ventaja de esta solución es la probabilidad de una buena cohesión entre los miembros del tribunal arbitral.

Para las partes es importante informar antes a los coárbitros de los requisitos que, en la opinión de cada una de ellas, debe reunir el presidente.

Independientemente, del punto de vista de las partes, es importante que los coárbitros las consulten de manera informal y transparente antes de tomar su decisión.

En el arbitraje según el Reglamento de Arbitraje CCI, y salvo acuerdo distinto entre las partes, los árbitros únicos son nombrados por la institución si no hay nombramiento por las partes dentro de cierto plazo. El nombramiento del presidente por la CCI es la regla. Otros reglamentos institucionales contienen disposiciones semejantes.

Por lo tanto es altamente recomendable que las partes informen a la Institución en la primera correspondencia o la demanda de arbitraje, o a la primera contestación, de los criterios que en su opinión debería reunir el árbitro único o presidente. A veces es aún mas importante informar a la institución de la existencia de circunstancias que podrían excluir ciertas nacionalidades o grupos de personas de ser elegibles.

### **III. Incumplimiento con los requisitos de ser y permanecer independiente e imparcial**

Las consecuencias de tal incumplimiento en el ámbito internacional (a mi parecer) no han recibido mucha atención, ya que el enfoque es la recusación. No obstante, si nos referimos al ejemplo del arbitraje CCI cabe notar que antes de ser nombrado o confirmado por la Corte Internacional CCI, cada árbitro tiene que firmar una declaración en que se obliga a ser y quedar independiente. Una violación de este deber probablemente no queda exonerada de responsabilidad por el Art. 34 del Reglamento CCI o el § 44(2) del Reglamento DIS, ni por el 'privilegio del juzgador' si existe en la ley de arbitraje aplicable. Por otro lado me parece evidente que el árbitro ha de haber actuado por lo menos negligentemente o con intención. Pero especialmente en el caso del Arbitraje CCI cabe la pregunta quién es el acreedor de dicha obligación: ¿La CCI, cada parte individualmente, o las partes conjuntamente? Estos elementos determinan la responsabilidad contractual civil del árbitro. Considerando que la solución dependerá del contexto jurídico del caso específico, no intento proporcionar cualquier respuesta al lector.

Más importante es la cuestión de la responsabilidad de la parte que en todo conocimiento de los hechos o ignorancia negligente nombra un árbitro. Ni las leyes de Arbitraje que conozco ni los Reglamentos de arbitraje contienen reglas explícitas al respecto. Únicamente las arriba mencionadas "Guidelines" del IBA sugieren imponer un deber de revelar hechos relevantes a la otra parte. Por ende parece existir una laguna que aparentemente en muchos casos deja a salvo la parte que está en el origen del problema. No se si se puede considerar como injusto, pero es un factor que no ayuda a disuadir ciertas partes a nombrar un árbitro independiente e imparcial, ya que no hay gran riesgo pero sí - quizás - algo que ganar.

Ante esta situación se plantea la cuestión si no sería útil incluir en el convenio de arbitraje un apartado que requiera que cada parte nombre un árbitro independiente (este deber está probablemente ya implicado en las normativas arriba mencionadas) y que también exija que cada parte tiene que revelar circunstancias relevantes de la misma manera que el árbitro. El incumplimiento por lo menos negligente un dichos deberes podría entonces resultar en la responsabilidad civil como cualquier otro incumplimiento.

Erik Schäfer  
Rechtsanwalt / Abogado  
COHAUSZ & FLORACK  
Bleichstrasse 14  
D-40211 Düsseldorf  
eschaefer@cohausz-florack.de  
www.cohausz-florack.de  
Tel.: +49 (0) 211 90490-0  
Fax.: +49 (0) 211 90490-49