

CAPÍTULO NOVENO

OBLIGACIONES DEL ÁRBITRO

Después de establecer los actos de negligencia grave y dolo, pero no negligencia leve, habría que discernir las actividades calificadas como negligencia leve y negligencia grave. Previo al análisis de dicho tema, es importante repetir lo que se ha dicho en este estudio. La responsabilidad del árbitro deberá ser analizada siempre en consideración a su función especial. El árbitro no es un servidor de las partes. Tampoco es una simple parte contractual. Su papel va más allá de esas funciones. El árbitro es también juez, cuyas actividades requieren de cierta protección.

La base de su responsabilidad son las reglas generales de responsabilidad contractual, que aplican a todo contrato. El requisito para la responsabilidad es la manifestación de un daño causado por incumplimiento de una obligación.³⁴⁰ Pero en el marco del análisis de la culpa se tiene que discernir si el incumplimiento de la obligación contractual del árbitro fue causado por culpa leve o grave. Otra pregunta sería, si el árbitro debe ser responsable del incumplimiento de terceros. Después de establecer los actos de negligencia grave y dolo, pero no negligencia leve, que pueden causar la responsabilidad del árbitro, es necesario discernir las actividades que califican como negligencia leve o negligencia grave.

Es igualmente necesario cuestionar si el árbitro debe ser responsable por el incumplimiento respecto a terceros. Algunos opinan que las obligaciones del árbitro emanan de su función como tal;³⁴¹ pero esto sería mezclar el nombramiento con la obligación.³⁴² Éstas emanan más bien del contrato junto con la función del árbitro como juez y las leyes aplicables al arbitraje en específico. En el caso de un tribunal colegiado, habría de discernir las obligaciones de cada árbitro. Por un lado, se podría argumentar que todos

³⁴⁰ Mullerat, Ramón y Blanch, Juliet, “The Liability of Arbitrators: A Survey of Current Practice”, *Dispute Resolution International The Journal of the Dispute Resolution Section of the International Bar Association*, International Bar Association, 1, n° 1, June 2007, p. 102.

³⁴¹ Mallarmé, Claude Tribun, “Art. «Arbitrage–Arbitre»”, *Jur. gén.*, núm. 4, 1846, numeral 36, pie de página 1, p. 375.

³⁴² Gal, Jens, *op. cit.*, p. 256.

los árbitros tienen la misma posición y las mismas obligaciones. Esto es cierto, pero al mismo tiempo se puede hacer notar que los tribunales están divididos en un presidente del tribunal y en los otros árbitros. El presidente del tribunal tiene que cumplir con una serie de obligaciones adicionales, porque se encarga del procedimiento, la correspondencia con las partes y la institución arbitral, y, en muchos casos, redacta el laudo. Además, el presidente es quien custodia toda la documentación del caso durante cierto tiempo. Pero lo anterior no justificaría analizar las obligaciones del presidente del tribunal de forma separada o, más aún, adjudicarle un contrato separado de los otros árbitros con las partes.

I. OBLIGACIONES QUE EMANAN DEL CONTRATO ÁRBITRO-PARTES

El incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato entre las partes y el árbitro puede darse por acción u omisión.³⁴³ Para mayor claridad se recomienda reunir las obligaciones en grupos.³⁴⁴ A continuación se analizarán las obligaciones según los grupos sugeridos en la doctrina internacional, sin que se pueda asegurar un repertorio completo de ellos, dado que las obligaciones acordadas en el contrato sólo están sujetas a la iniciativa y negociación de las partes con el árbitro. Nos enfocaremos en las obligaciones más importantes que son inmanentes a la relación árbitro-partes. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, el comportamiento injusto e inequitativo, la obligación de emitir un laudo dentro de un plazo, dilaciones injustificadas, no concluir el encargo, faltas a la confidencialidad, el debido cuidado, diligencia, imparcialidad, negar la ejecución del encargo, renuncia injustificada del árbitro, errores procesales, falta de requisitos en la persona del árbitro, errores en la ejecución de la función, errores en el laudo, motivación del laudo, emitir un laudo ejecutable.

Uno de los principios fundamentales del arbitraje es la independencia del árbitro. Sin ese principio el arbitraje perdería su sentido. Ninguna parte

³⁴³ Franck, S. D., *op. cit.*, pp. 1 y 11.

³⁴⁴ Fouchard, Philippe, *The Status of the Arbitrator—Special Supplement*, ICC Court of International Arbitration, 1995, pp. 12 y 17 y ss; von Mehren, Robert B., “Concluding Remarks”, *The Status of the Arbitrator—Special Supplement*, París, ICC Court of International Arbitration, 1995, p. 126; Mackie, James C. S., “The Grain and Feed Trade Association and Immunity of Arbitrators”, en Lew, Julian D. M., *The Immunity of Arbitrators*, London *et al.*, 1990, p. 111; Sassen-Abfalter, Andrea, *Schiedsrichterhaftung*, tesis de doctorado, Universidad de Viena, Viena, 1996, p. 58.

toleraría un árbitro influenciado o dependiente para decidir la disputa. Al respecto, nota Cremades que la

...independencia arbitral es una de las garantías básicas del arbitraje, necesaria para el desempeño de cualquier órgano que ejerza jurisdicción o lleve a cabo una función equivalente. El árbitro debe permanecer independiente e imparcial respecto a las partes, principio que hoy en día se encuentra aceptado en la mayoría de las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales.

El principio de imparcialidad se establece en el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje española. El árbitro debe permanecer independiente e imparcial, y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. El artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje española (LA) exige al árbitro que revele todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes. Las partes podrán recusar al árbitro cuando concurren en el árbitro circunstancias que pongan en duda su imparcialidad o independencia. Fouchard apunta que la imparcialidad del árbitro es un estado en el que entran en juego parámetros subjetivos. El artículo 17.1, LA, confirma el deber del árbitro de "...permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial..."; no puede "...mantener con las partes relación personal, profesional o comercial". Para garantizar este deber, el artículo 17.2, LA, requiere a la persona que se proponga como árbitro "...revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia..."; y "...en cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes...". Cuando concurren en el árbitro circunstancias que cuestionen su imparcialidad o independencia, éste podrá ser recusado. Mucho se ha analizado por la doctrina sobre la definición y extensión de la independencia y la imparcialidad del árbitro. La primera apunta una situación de hecho susceptible de verificación objetiva. La segunda, sin embargo, alude a un estado mental del árbitro en el que, por lo tanto, entran en juego parámetros subjetivos. La imparcialidad constituye una cualidad esencial de todo juzgador, ya sea árbitro o juez; pero la dificultad de su prueba objetiva requiere la remisión a situaciones de hecho objetivas, como la verificación de independencia respecto a las partes. Los vínculos de dependencia con alguna de las partes proporcionan indicios suficientes de que no se satisfacen las cualidades de imparcialidad que deben ser cumplidas por todo juzgador para asegurar un proceso justo.

El artículo 17, LA, ha optado por requerir al árbitro que sea independiente e imparcial, con carácter general, que “...no es lo mismo que no incurrir en ninguna de las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados, recogidas en... el artículo 219 LOPJ”. Como explica la exposición de motivos de la LA, el legislador español ha optado por una cláusula general sobre independencia e imparcialidad, al considerar que las causas de recusación de jueces y magistrados no siempre son aplicables o adecuadas en materia arbitral. De esta manera, “...no aspira a cerrar y agotar las causas de recusación en un listado, porque son las partes —y no las leyes— las que deben hablar de ello en primer lugar”. Pero el árbitro siempre está sujeto a ciertas influencias y reglas. Por ejemplo, la institución arbitral que administra el arbitraje interfiere en el procedimiento arbitral. Las instituciones de arbitraje han definido obligaciones que los árbitros adscritos a estas instituciones deben seguir, a riesgo de ser vetados de la lista de árbitros o perder su reputación, fundamental para un árbitro. Como establece Sorrente, la decisión imparcial del árbitro forma el punto medular de la pregunta sobre su responsabilidad.³⁴⁵ Dicho de otra forma, la responsabilidad del árbitro se establece muchas veces sobre su falta de independencia. La independencia del árbitro garantiza la integridad del laudo. Pero el árbitro se encuentra por lo general dentro de una estructura que le impone reglas. Por un lado, las instituciones arbitrales le imponen su reglamento. Por el otro, las partes definen el curso a seguir en el arbitraje y, más importante, remuneran al árbitro. El árbitro no se encuentra libre de influencias, pero es fundamental que sea imparcial al rendir el laudo. Resistir a las influencias inherentes al procedimiento arbitral, los intentos de las partes para influir en el árbitro de forma psicológica, con táctica procesal, argumentos jurídicos u otros métodos, quizá hasta moralmente desdeñables o ilegales, requiere probidad e independencia del árbitro.

Por lo tanto, la irresponsabilidad del árbitro se fundará en la falta de cumplimiento de las obligaciones que las partes, mediante el contrato y la institución arbitral, le hayan impuesto, así como de las obligaciones generales inherentes a cualquier arbitraje.

Por lo tanto, es importante describir las obligaciones del árbitro que emanan del contrato con las partes. Estas obligaciones se pueden dividir según Sorrente en dos grupos: las jurisdiccionales o relacionadas con la función de juez, y las contractuales específicas.³⁴⁶ Al aceptar el encargo, el árbitro acepta también cumplir con la totalidad de las obligaciones inherentes

³⁴⁵ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 227.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 233 y 257.

al contrato. Este trabajo no tratará de describir todas las obligaciones existentes, porque el listado no podría ser completo. De acuerdo con el principio de la autonomía contractual de las partes, éstas pueden acordar tantas obligaciones como la imaginación y la negociación les permita. Nos enfocaremos en las más importantes, necesarias para el buen desarrollo de cualquier arbitraje. La definición clara de las obligaciones del árbitro desde un principio es esencial para la toma de decisiones y la aceptación de las partes del laudo. De lo contrario, las partes pueden suponer que la decisión no se tomó de forma independiente. En este contexto, la parte perdedora podría buscar la anulación del laudo y demandar al árbitro por daños y perjuicios.

Como se mencionó previamente, los árbitros no sólo tienen obligaciones frente a las partes, sino también hacia las instituciones arbitrales y sus coárbitros. Las obligaciones se encuentran reguladas principalmente en el contrato entre las partes y el árbitro, pero también en la ley aplicable a dicho contrato, las leyes locales aplicables al procedimiento arbitral, como en el caso mexicano de los artículos 1415 al 1480 del Código de Comercio, el acta de misión, el contrato de arbitraje, y las reglas de las instituciones arbitrales.³⁴⁷ Los reglamentos de las instituciones de arbitraje permiten discernir las obligaciones del árbitro. Así, las partes no tienen que especificarlas individualmente en el contrato. De no establecer claramente las obligaciones, a las partes se les complicará responsabilizar al árbitro. Tendrán que basarse en obligaciones implícitas que acarrearán problemas de definición y evidenciación en un litigio. La regulación mexicana en el Código de Comercio es muy escueta con relación a las obligaciones del árbitro. Tampoco la doctrina mexicana se ha extendido en la dilucidación de las obligaciones del árbitro.³⁴⁸ A diferencia del juez, quien puede atenerse a un sistema claro de responsabilidades y protección de sus funciones, el árbitro está sujeto a un

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 229.

³⁴⁸ Uno de los pocos que han tocado el tema en la doctrina mexicana es González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, *cit.*, pp. 43 y ss.; para Francia: C. cass. 28 oct. 1987, SARL Bureau Qualitas et Conte c/ Viet et Boudy: *Rev. Arb.* 1988, p. 149, note Ch. Jarrosson; Fouchard, Philippe: *Le statut de l'arbitre...*, *cit.*, p. 325, núm. 63-93; Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage...*, *cit.*, núm. 1126-1168; Linant de Bellefonds, Xavier y Hollande, Alain, *L'arbitrage*, Paris, éd. Puf, 1995, p. 60; para Suiza: Hoffet, Franz, *op. cit.*; para Austria: Hausmaninger, Christian, "Rights and Obligations of the Arbitrator with Regard to the Parties and the Arbitral Institution-A Civil Law Viewpoint", *The Status of the Arbitrator, Bulletin Special Supplement*, ICC International Court of Arbitration, 1995, p. 36; para Canadá: Smith, Murray L., *op. cit.*, p. 17; para Inglaterra: Mustill, Lord Michael John y Boyd, Stewart Crauford, *Commercial Arb...*, *cit.*, spec. núm. 17.

sinnúmero de regulaciones, tanto estatales como privadas.³⁴⁹ Por lo tanto, es imperativo que se esclarezcan sus obligaciones mediante el contrato y las leyes aplicables. Esto le proporcionará al árbitro claridad sobre sus límites, y a las partes, seguridad de que el árbitro se manejará dentro de los parámetros legales y contractuales.

El enfoque sobre la base contractual de las obligaciones del árbitro no debe dejar de lado las obligaciones que emanan de la relación no contractual con terceros. En materia de responsabilidad delictiva, la parte que demande al árbitro deberá no sólo comprobar el acto, sino también el daño y la causalidad entre ambos. Tratándose de obligaciones jurisdiccionales, las partes únicamente tendrían que probar la falta sin necesidad de probar un daño. De acuerdo con la Suprema Corte de Alemania, el contrato privado entre las partes y el árbitro sienta las bases para la obligación general del árbitro para llevar el juicio de la mejor forma posible y decidir la disputa de acuerdo con los términos convenidos con las partes dentro de un margen de estado de derecho y de forma expedita.³⁵⁰ Adicionalmente, el árbitro deberá obedecer a una serie de obligaciones pre y postcontractuales, que en su conjunto aseguran un procedimiento justo y equilibrado.³⁵¹ A continuación se describirán las principales obligaciones jurisdiccionales de árbitro.

1. *Conducción del arbitraje*

Mediante el contrato las partes le transfieren al árbitro la facultad de dirimir la controversia y dirigir el arbitraje.³⁵² Este contrato le confiere al árbi-

³⁴⁹ Linsmeau, Jacqueline, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 118 y ss.

³⁵⁰ BGH, Urt. V. 5.5.1986—III ZR 233/84 (Hamburg); BGHZ 98, 32, 34; además, Albers, Jan, “Buch 10 Schiedsrichterliches Verfahren”, en Baumbach, Adolf, Lauterbach, Wolfgang, Albers, Jan, Hartmann, Peter, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, München, 2006, Anhang nach Paragraph 1035, número al margen 5; Geimer, Reinhold, en Zöller, Richard *et al.*, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen-Kommentar*, Köln, Otto Schmidt, 2007, Paragraph 1035, número al margen 29; Henn, Günter, *Schiedsverfahrensrecht-Ein Handbuch*, Heidelberg, Müller Jur. Verl., 1991, número al margen 143.

³⁵¹ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1856.

³⁵² Artículo 1435, párrafo segundo, Código de Comercio: “Artículo 1435.- ... A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas”.

tro poder para tomar decisiones procesales y conducir el procedimiento. El árbitro siempre debe conducirse de acuerdo con la voluntad de las partes. El manejo del arbitraje tiene un efecto sobre el laudo. Una mala conducción puede llevar a la anulación del laudo.³⁵³ Cabe notar que el artículo 1435 del Código de Comercio establece que el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje. En un amparo³⁵⁴ ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se cuestionó la constitucionalidad del artículo. Se argumentó que ese artículo no contenía las formalidades esenciales del procedimiento para el arbitraje, porque no establecía el ofrecimiento y desahogo de pruebas y alegatos. Tampoco contenía reglas sobre la facultad del tribunal para establecer plazos y formas para el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. Así, la norma no les proporcionaba a las partes la posibilidad real de defender sus intereses, porque corresponde al tribunal establecer las reglas del procedimiento arbitral. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que el artículo 1435 del Código de Comercio forma parte de un sistema procesal, y que había que relacionarlo con los demás artículos de ese sistema.³⁵⁵

La constitucionalidad de un precepto que forme parte de un ordenamiento procesal debe analizarse en relación con los diversos numerales del cuerpo jurídico de que se trata, en forma sistemática, acudiendo, inclusive, ante un vacío legal, ya sea a las fuentes de supletoriedad que el respectivo ordenamiento establezca o a su integración, en términos del último párrafo del artículo 14 constitucional; valorando si el referido vacío legal se debe a una omisión del legislador, o si, por el contrario, a su intención expresa... La Sala señaló que, para el caso concreto, sólo la integración legal del sistema procesal que contiene al numeral 1435 del Código de Comercio, pudo llevar a determinar si éste satisfacía o no la garantía de seguridad jurídica, relativa al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, para lo cual fue menester desentrañar el verdadero alcance del Título Cuarto, del Código de Comercio, “del arbitraje comercial” del cual forma parte el multicitado numeral. De esta forma, se concluyó que los argumentos vertidos resultaban infundados, en virtud de que el artículo 1435 del Código de Comercio, no es violatorio del artículo 14 constitucional, pues constriñe —tanto a las partes como al Tribunal de arbitraje— en la sustanciación del procedimiento arbitral, a sujetarse a las disposiciones del Título Cuarto, del Libro Quinto, del mencionado Cód-

³⁵³ Clay, Thomas, *L'arbitre...*, cit., núm. 789.

³⁵⁴ Amparo en Revisión 759/2003, Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (exp. origen: d.a. 528/2002-6856), Primera Sala, sesionado el 12/11/2003.

³⁵⁵ González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 44.

go, apartado que entre sus disposiciones prevé la presentación de la demanda, su contestación, ofrecimiento y desahogo de pruebas, formulación de alegatos y dictado de la resolución, formalidades esenciales del procedimiento exigidas por el artículo 14 constitucional, agregando que el Tribunal de arbitraje no cuenta con facultades omnímodas para dirigir el procedimiento, desde el momento en que tiene que ajustarse, primero al procedimiento pactado por las partes y, en su defecto, al que considere apropiado, pero siempre constriñendo su actuación al citado Título Cuarto, del Libro Quinto, del Código de Comercio. Así se desprende del texto del artículo 1435 del Código de Comercio, pues, conforme a la literalidad del precepto, ante la falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el Título Cuarto, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

Lo anterior se corrobora en el contexto de los artículos 1434, 1435, 1436, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442 y 1443 del Código de Comercio; pues dada su correlación, se infiere que, en lo relativo a la oportunidad de defensa, las partes dentro del procedimiento arbitral cuentan: 1) con la oportunidad de ofrecer las pruebas en que funden su defensa, 2) con los plazos para su ofrecimiento y forma de desahogo, y 3) con la facultad de formular alegatos, 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 Título Cuarto, del Libro Quinto de la referida codificación. De suerte tal que resulta intrascendente, y no para perjuicio de la recurrente, que el legislador no haya establecido, en el artículo 1435 citado, todas las normas procesales necesarias para el desenvolvimiento del procedimiento arbitral, ya que lo relevante es que dicho Título sí establece las formalidades esenciales del procedimiento. 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 la misma 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.³⁵⁶

³⁵⁶ Sánchez, Cordero de García Villegas, Olga, “Dirigir el procedimiento. Primer paso para un pluralismo jurídico y un derecho siempre en construcción”, participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en el desayuno de trabajo de la Comisión de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, Ciudad de México, el 5 de octubre de 2004, pp. 8 y 9.

Establece González de Cossío que, respecto a la legalidad, el ejercicio de esta facultad debe seguir un proceso debido, con un trato igualitario a las partes.³⁵⁷

2. Debido proceso

De acuerdo con González de Cossío, el árbitro debe dar a las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos. El contenido y alcance de este principio varía. Algunos reglamentos hablan de darle “suficiente”³⁵⁸ oportunidad a las partes para que hagan valer sus derechos, mientras que otros mencionan otorgar una oportunidad “razonable”.³⁵⁹ La reglamentación mexicana va más allá, y requiere en su artículo 1434 del Código de Comercio, que el tribunal arbitral debe dar a las partes “plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. El adjetivo “plena” ha sido objeto de discusión doctrinal en cuanto a su alcance. Hay quienes opinan que la palabra “plena” excluye cualquier limitación al derecho de las partes. Otros adoptan un enfoque más circunstancial, es decir, depende de las circunstancias del caso específico, de los demás aspectos del procedimiento, y de que, al optar por el arbitraje, las partes necesariamente quisieron evitar formalismos o retrasos innecesarios si las medidas adoptadas por el tribunal les dieron plena oportunidad a las partes. Es el tribunal arbitral el que decide si se otorgó suficiente espacio para que las partes expresen su caso. Al respecto, sugiere González de Cossío que los árbitros en caso de duda adopten una postura conservadora sobre las medidas/decisiones que pueda parecer que le restan a una parte su derecho a presentar plenamente su caso. Asimismo, se deben documentar con detalle en el laudo los motivos por los cuales el tribunal optó por cierta medida que pudiera parecer que incumple el principio.³⁶⁰ Además, los jueces que conozcan de la posible nulidad del laudo deben considerar que cuando una medida adoptada por un tribunal arbitral parezca no haberle permitido a una parte ejercer sus derechos, debe contrastar con el “hecho que el tribunal es quien tiene mayor conocimiento sobre el caso

³⁵⁷ González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 45.

³⁵⁸ Segundo párrafo del artículo 15(2) del Reglamento CCI: “En todos los casos el Tribunal Arbitral deberá... asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”, citado en *idem*.

³⁵⁹ 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”, citado en *idem*.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 46.

y que tiene la misión de seguir el procedimiento con celeridad y orden, 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”.³⁶¹ Continúa diciendo González de Cossío, que el alcance de lo que debe entenderse por un “debido proceso” varía, pero 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. El tribunal debe permitir a todas las partes, presentar pruebas y demás medios de defensa, y darles la oportunidad de desahogarlos antes de emitir el laudo, siempre que respeten la organización establecida por el tribunal. Adicionalmente, es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes y les permita exponer sus respectivas pretensiones y defensas. El tribunal debe cerciorarse de que ambas partes tengan acceso a toda la información presentada al tribunal. Finalmente, 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.³⁶²

3. Igualdad

Otro principio relacionado con la conducción del procedimiento arbitral es la equidad. El árbitro debe tratar a las partes de idéntica forma. Este principio está consagrado en el artículo 1434 del Código de Comercio, que establece: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. Esto implica que durante todo el procedimiento arbitral 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.³⁶³ Por ejemplo, no se puede permitir a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra. Además, 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.³⁶⁴ En la práctica internacional del arbitraje no parece haber muchas demandas basadas en una mala conducción del procedimiento.³⁶⁵ Las partes suelen demandar cuando

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² *Idem.*

³⁶³ *Ibidem*, p. 47.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 46.

³⁶⁵ Schwarz, Eric A., *op. cit.*, p. 93.

se les niega tanto una prórroga de plazo como la designación de un experto específico o no se respeta una demora.³⁶⁶ Normalmente los árbitros deben conducir el procedimiento de acuerdo con la voluntad de las partes. Pero asimismo el tribunal arbitral dispone, con base en su autoridad jurisdiccional, de prerrogativas propias relativas a la organización del proceso.³⁶⁷ Esto le permite al árbitro evitar aplicar ciertos acuerdos entre las partes que pudieran entorpecer el procedimiento. De todos modos, tanto el árbitro como las partes deben siempre tener en mente la celeridad del proceso y evitar acciones que lo contravengan.³⁶⁸ Pero si tal disposición fue acordada entre las partes antes de que se firmara el contrato, el árbitro deberá aplicarlo; de lo contrario, podría estar sujeto a responsabilidad.³⁶⁹ El árbitro debe tomar en cuenta una serie de detalles al organizar el procedimiento, como las audiencias, presentación de pruebas y testigos, control de documentos, presentación de expertos, entre otros.³⁷⁰ Para facilitar todo este trabajo, los tribunales pueden apoyarse en los servicios de un secretariado, limitado a las tareas administrativas. El secretariado obtiene por ejemplo fechas y lugares tentativos de las partes para audiencias. El árbitro puede concentrarse en la parte jurisdiccional y material del arbitraje y evitar que haya excesivo contacto con las partes; sin embargo, no debe permitir que el secretariado tome totalmente el control del procedimiento; además, vigilará que se limite a tareas administrativas.³⁷¹

³⁶⁶ Bull. civ. I, núm. 462, p. 390; Le Dalloz, 2006. 274, P-Y Gauthier; *Rev. Arb.*, 2006, núm. 1, p. 126, observ. Ch. Jarrosson; J. C. P., ed G., 2006.II. 10066, p. 852; E. Loquin, R. T. D. com., 2006, p. 299.

³⁶⁷ Cass. 1e civ., 8 déc. 1988, *Rev. Arb.*, 1989-482, nota Ch. Jarrosson; artículo 19 de las Reglas de Arbitraje de la CCI de 2012: “Normas aplicables al procedimiento. El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determine ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”; artículo 22, segundo párrafo: “Conducción del arbitraje. Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes”.

³⁶⁸ Artículo 22, primer párrafo, de las Reglas de Arbitraje de la CCI: “Conducción del arbitraje. El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia”.

³⁶⁹ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 234.

³⁷⁰ Paris, 3 déc. 1998, Société ITP Interpipe, *Rev. Arb.*, 1999-601, note Ch. Jarrosson, RDAI, 2000, p. 123, observaciones Ch. Imhoos.

³⁷¹ Paris, 19 mai 1998-3 déc. 1998-19 janv. 1999, *Rev. Arb.*, 1999-601, nota Ch. Jarrosson, Qui tient les rênes de l'arbitrage? Volonté des parties et autorité de l'arbitre; Cass. 1e civ., Eurodif, *Rev. Arb.*, 1989, p. 481; Bolard, G., “L'arbitraire du juge”, *Le juge entre deux millénaires*,

4. *Reacción a la solicitud de árbitro*

Las partes tienen derecho a recibir del árbitro una respuesta rápida sobre su interés y su disposición, porque una dilación puede llevar a complicaciones y costos.³⁷² Claro está que el árbitro, antes de tomar una decisión, deberá tener claro el ámbito y alcance de la disputa. Esto tiene relación con el interés de las partes a una solución rápida de su disputa. El árbitro, al enterarse de su nombramiento, debe inicialmente analizar si tiene capacidad para conducir el arbitraje. En países germánicos la falta en tal sentido acarrea una responsabilidad para el árbitro.³⁷³ De acuerdo con Gal, no se trata de que el árbitro tenga que rechazar el nombramiento por ciertas razones, sino que lo haga de forma expedita si no quiere actuar como árbitro.³⁷⁴ Esta obligación no es contractual, porque no se ha celebrado ningún contrato, ni siquiera oralmente. Apenas las partes le comunicaron al árbitro su solicitud. La obligación a una respuesta expedita resulta del derecho civil general, pero no conlleva una responsabilidad civil del árbitro. La falta de respuesta del árbitro tiene el efecto de que la solicitud de las partes se vuelve obsoleta.³⁷⁵ Además, el árbitro debe tomar consideración de los derechos jurídicos e intereses de las partes.

5. *Corrupción*

Queda claro que el árbitro que se deje prometer cualquier ventaja como contraprestación para su encargo que no fuera parte de la contratación y del acuerdo normal puede incurrir en actos de corrupción penalizados por el Código Penal Federal. Tal es el caso cuando el árbitro le pide a una parte o dicha parte le ofrece al árbitro dinero, una ventaja, un regalo o cualquier otro favor sin informar a la otra parte. También incluye trabajos o encargos remunerados adicionales para el árbitro.³⁷⁶ Si se pueden comprobar las ac-

Mélanges P. Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 245; Mayer, Pierre, "Imperium de l'arbitre et mesures provisoires", *Études de procédure et d'arbitrage*, *Mélanges J-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 437, todos citados en Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 235.

³⁷² Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1855.

³⁷³ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 260.

³⁷⁴ Tessmer, Hugo, *Das Schiedsrichterverfahren nach deutschem Recht: Ein Lehr- und Handbuch für Laien und Juristen*, Leipzig, 1915, p. 176, p. 25; Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1858.

³⁷⁵ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1861.

³⁷⁶ *Ibidem*, número al margen 1870.

ciones delictivas, la otra parte podrá no sólo actuar de forma penal en contra del árbitro, sino también demandarlo por daños y perjuicios que hayan resultado por la dilatación o quizá del fracaso del arbitraje.

6. *Revelación de conflictos de interés*

Las partes tienen interés en elegir al árbitro idóneo. Para ello dependen de la información que proporciona el propio árbitro sobre sí mismo. Los árbitros tienen la obligación de revelar conflictos de interés.³⁷⁷ Por lo general, y especialmente en arbitrajes de demandas cuantiosas, se puede observar un esfuerzo muy importante por las partes para sondear y escoger al mejor árbitro. En algunos casos se hacen estudios sobre las decisiones tomadas y los artículos escritos por los posibles candidatos. Se analiza su forma de tomar decisiones, argumentar, tratando de discernir ciertas tendencias. Se elaboran fichas técnicas sobre posibles candidatos para tomar una decisión informada. Los árbitros deben responder las preguntas de las partes de forma veraz y completa. En caso de conflicto, los árbitros deberán informar sobre las restricciones y, de ser posible, obtener el permiso para revelar la información solicitada. Resulta incompatible con la obligación de revelación proporcionar demasiados datos del caso, ya que las partes podrían distinguir el caso específico. Lo anterior transgrede la obligación de confidencialidad. La obligación incluye revelar cualquier información que no haya sido solicitada, pero que pueda relacionarse con un posible conflicto de interés.³⁷⁸ Esta obligación de revelar conflictos de interés se ve plasmada en el artículo 1428 del Código de Comercio:

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

Esta obligación subsiste por la duración del arbitraje. En caso de que se diera una situación que pudiera provocar un conflicto de interés, el árbitro

³⁷⁷ Hwang, Michael *et al.*, “Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties”, en Rovine, Arthur (ed.), *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*, the Fordham Papers, 2008, p. 226.

³⁷⁸ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1873.

deberá hacerla saber. Las partes son quienes deciden, con base en la información proporcionada por el árbitro, si lo escogen. Es importante que el árbitro no filtre la información que proporcionan. Podría ser que no la considere significativa, pero las partes sí. En primera instancia, el árbitro debe informar a la parte que le pregunte. De acuerdo con algunas opiniones, en el momento que reciba la solicitud de una parte, el árbitro debe revelar a las partes todas las circunstancias relacionadas.³⁷⁹ Sin embargo, mientras no exista un vínculo contractual que una a ambas partes con el árbitro, lo anterior no me parece justificable. Por lo general, cada parte nombra a su árbitro, y la comunicación inicial sólo es entre ellos. Una vez nombrado el árbitro por una parte y aceptado el encargo, la obligación de revelación de información se amplía a todas las partes involucradas.³⁸⁰ Lo previamente expuesto no aplicaría en caso de un solo árbitro, quien sí debería revelar desde un principio a ambas partes las circunstancias. Por lo general, estas circunstancias son reveladas por escrito, aunque el artículo 1428 del Código de Comercio no lo exija. El hecho de que el árbitro haya omitido revelar información puede ser un indicio para dudar de su imparcialidad e independencia,³⁸¹ y podría encausar su responsabilidad.³⁸² En el peor de los casos, el laudo puede ser anulado por falta de revelación de todas las circunstancias. Por lo tanto, es recomendable, con las limitaciones antes mencionadas, que los árbitros revelen circunstancias y hechos. En caso extremo, el árbitro deberá negar el encargo sin proporcionar razones, para no entrar en un conflicto de interés y no revelar información confidencial. En despachos de abogados internacionales es probable que una oficina foránea haya colaborado con la contraparte o con un miembro del grupo comercial en algún momento. El llamado “*Chinese Wall*” no es una excusa para no revelar esta información. Serán la o las partes quienes decidan si le encargan

³⁷⁹ Schütze, Rolf A., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4a. ed., NJW Praxis, München, C. H. Beck, 20016, número al margen 38.

³⁸⁰ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 616.

³⁸¹ Craig, William Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce*, 3a. ed., New York, Oceania Publications Inc., 2000, pp. 215 y ss; Raeschke-Kessler, Hilmar y Berger, Klaus Peter, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3a. ed., Köln, 1999, número al margen 480.

³⁸² Suprema Corte de Austria (OGH), Urteil vom 24.8.1998–1 Ob 253/97 f, BB 1999, Beilage 11, pp. 7, 8 y ss, respecto a la responsabilidad del árbitro de acuerdo con el derecho alemán, la Suprema Corte austriaca negó al árbitro el privilegio de inmunidad del derecho alemán relacionado con la toma de decisión, porque la obligación de revelar las circunstancias no forma parte de la toma de decisión; también invalidó la cláusula de exclusión de responsabilidad en el reglamento de arbitraje como una cláusula inválida de los términos y condiciones; citado en Gal, Jens, *op cit.*

la disputa al árbitro o no.³⁸³ Si el árbitro no revela todas las circunstancias sobre su independencia o las falsifica, será responsable por el daño y perjuicio que cause.³⁸⁴ Resulta interesante analizar si el árbitro debe revelar circunstancias de sus coárbitros, de las que se entere, y que puedan dejar en tela de duda su independencia. Esta información podría surgir dentro de las deliberaciones de los árbitros. Por lo general, estas deliberaciones están protegidas por el secreto judicial. Pero se debe contraponer el derecho de las partes a conocer todas las circunstancias que puedan dejar en duda la independencia del árbitro. Este derecho forma parte del principio fundamental del Estado de derecho y de la legalidad, que es más importante que el secreto de la deliberación por los jueces.³⁸⁵ Lo anterior no implica una obligación de los coárbitros de renunciar a su encargo cuando se enteren de que un colegiado es independiente.³⁸⁶ Las partes están suficientemente protegidas por su derecho de recusación del árbitro. Sin embargo, los coárbitros deberían tener el derecho o la obligación de denunciar al coárbitro. Todo esto permite mantener la legalidad y el Estado de derecho.³⁸⁷

7. *Nombramiento del presidente del tribunal*

El nombramiento de los árbitros puede ser hecho por las partes o por los tribunales ordinarios, y cabe la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que cause.³⁸⁸ El derecho aplicable establece que los árbitros nombrados por ambas partes deberán nombrar al tercer árbitro, presidente del tribunal.³⁸⁹ Los árbitros tienen la obligación de aplicar la prudencia y el cuidado necesario durante el nombramiento, así como observar todas las indicaciones hechas por las partes. Si los dos árbitros no logran ponerse de acuerdo, deberán comunicar este hecho lo antes posible para no obstruir el procedimiento y permitir el nombramiento de otra forma.

³⁸³ BGH, Urteil v. 4.3.1999–III ZR 72/98 (Frankfurt a. M.); en este caso la demanda contra el árbitro fue negada por la Suprema Corte alemana.

³⁸⁴ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1874.

³⁸⁵ OLG Kiel, Urteil v. 18.5.1927–4 U 60/27, JW 1927, 1656.

³⁸⁶ RG, Urteil v. 20.12.1929–VII 235/29 (KG), RGZ 126, pp. 379 y 382.

³⁸⁷ Maier, Hans Jakob, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis*, Herne, Berlin, Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 1979, número al margen 203; Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1875.

³⁸⁸ Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 81.

³⁸⁹ Artículo 1427, CoCom.

También es posible que en el nombramiento los árbitros cometan errores evitables que lleven al nombramiento de un presidente cohibido, sin suficiente experiencia técnica o inadecuado.³⁹⁰ Si los árbitros por negligencia omitieron indagar suficientemente posibles conflictos de interés, habría que analizarse una posible responsabilidad. Cada árbitro, o en su caso terceros o la institución de arbitraje, deberá verificar y comprobar con honradez y en conciencia cuáles son los conocimientos y la experiencia con las que deba cumplir el árbitro presidente para el caso en específico.³⁹¹ Si se toma en cuenta la figura del mandato, habría que tomarse en cuenta que en caso de que el mandatario le encargara el asunto a un tercero, el mandatario sólo es responsable por una culpa en el encargo.³⁹² Sin embargo, no es el caso cuando los árbitros nombran al tercer árbitro, porque no le estarían encomendando su propio encargo. Más bien estarían incluyendo a una tercera persona al arbitraje por encargo de las partes. Esta persona estaría ejerciendo su propia función, tendría sus propias obligaciones y su propio encargo.³⁹³ De esta situación surgió en el derecho alemán una figura jurídica. Quien deba incluir a terceras personas para llevar a cabo una tarea que le fue encomendada es responsable por lo que a la elección se refiere por la debida diligencia y el cuidado que debió haber aplicado en dicha elección.³⁹⁴ Esta figura se conoce como *culpa in eligendo*.³⁹⁵ Los árbitros que no cumplan con esta obligación son responsables por el daño causado con base en la figura de *culpa in eligendo*. Como cualquier responsabilidad del árbitro, es necesario limitarla dentro del margen de la función que ocupa. Por ende, es deseable que una responsabilidad por *culpa in eligendo* se limite a los casos en los cuales el árbitro que no haya sido elegido con la debida diligencia y cuidado, haya sido recusado exitosamente por no cumplir con los requisitos necesarios. Como consecuencia, el arbitraje se debe demorar, o incrementar su costo.³⁹⁶

³⁹⁰ Bucher, Eugen, “Zur Unabhängigkeit des Parteibenannten Schiedsrichters”, en Merz, Hans y Schluep, Walter R. (eds.), *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Bern, 1980, p. 600.

³⁹¹ Raeschke-Kessler, Hilmar y Berger, Klaus Peter, *op. cit.*, nota al margen 514 y ss.

³⁹² La llamada sustitución, artículo 664, párrafo primero, segunda frase, del BGB.

³⁹³ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1879.

³⁹⁴ BGH, Urt. V. 4.6.1987-I ZR 159/85 (Hamburgo), NJW-RR 1987, pp. 1252 y 1253.

³⁹⁵ Fikentscher, Wolfgang, y Heinemann, Andreas, *Schuldrecht*, 10a. ed., Berlín, De Gruyter, 2006, p. 318.

³⁹⁶ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1879; Lachmann admite que la fundamentación dogmática de esta limitación es difícil de argumentar.

8. *Obligación de colaborar y promocionar el arbitraje*

Otra obligación de los árbitros es promover un procedimiento arbitral expedito, siempre tomando en cuenta los principios de legalidad y estado de derecho, que inclinan a las partes a decidir por el arbitraje. El arbitraje no debería tardar más que un procedimiento judicial.³⁹⁷ También la Suprema Corte alemana estableció que los árbitros tienen la obligación de llevar a cabo un procedimiento expedito.³⁹⁸ El árbitro no puede excusarse por exceso de trabajo. Al aceptar el encargo debió haber comprobado que contaba con la infraestructura, equipo, capacidades y tiempo necesarios para llevar a cabo el arbitraje en tiempo y forma.³⁹⁹ Un árbitro que por exceso de trabajo no pueda llevar a cabo el arbitraje en tiempo y forma deberá rechazar el encargo.⁴⁰⁰ Aunque el artículo 1429 Código de Comercio únicamente establece como causa de recusación de un árbitro circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la (i) imparcialidad del árbitro o su (ii) independencia, o si no posee las (iii) cualidades convenidas, podría discutirse si ese catálogo deba ampliarse por demora o dilatación no excusable del procedimiento. Sin embargo, los autores de la ley aplicable resolvieron que el catálogo de causas sólo debería incluir las tres causas antes mencionadas.

9. *Obligación de toma de decisión*

El árbitro debe procurar un procedimiento apegado a derecho que lleve a una decisión correcta. El árbitro tiene la obligación de investigar los hechos, formular las preguntas necesarias y resolver la disputa tomando en cuenta la jurisprudencia y doctrina aplicables. El árbitro no tiene que seguir la opinión de la mayoría de la doctrina o de los tribunales, pero deberá analizar, discutir y argumentarlas. En general, no se le pueden aplicar los mismos estándares de exigencia de una sentencia judicial al laudo,⁴⁰¹ pero el laudo debe cumplir con ciertos requisitos mínimos y analizar las defensas

³⁹⁷ Wieczorek, Bernhard y Schütze, Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar, Band 5 Paragrafen 916–1048*, vol. 5, 4a. ed., Berlin y Boston, De Gruyter Recht, 2013, párrafo 1032, número al margen 11.

³⁹⁸ BGH, Urt. v. 5.5.1986—III ZT 233/84 (Hamburgo), BGHZ 98, pp. 32 y 35.

³⁹⁹ Staudinger, Julius von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Paragrafen 611–615*, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005, párrafo 276, número al margen 49.

⁴⁰⁰ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1880.

⁴⁰¹ RG, Urt. v. 17.6.1889—VI 93/89 (Marienwerder), *RGZ* 23, pp. 432 y 436.

de las partes.⁴⁰² Asimismo, los árbitros, mediante el laudo, deberán analizar y argumentar todos los hechos y las cuestiones jurídicas.

10. *Imparcialidad e independencia del árbitro*

El procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.⁴⁰³ La independencia, la imparcialidad y la percepción de imparcialidad constituyen elementos fundamentales para juzgar la calidad del árbitro y del arbitraje.⁴⁰⁴ Un pilar fundamental del arbitraje es la imparcialidad e independencia de los árbitros. Sin estas dos cualidades, se derrumba la estructura del arbitraje.⁴⁰⁵ La independencia del árbitro es esencial en su rol judicial, pues desde el momento de su designación asume el papel de juez, y se prohíbe cualquier relación de dependencia, particularmente con las partes.⁴⁰⁶ Adicionalmente, las circunstancias por las que se puede cuestionar su independencia deben demostrar la existencia de nexos materiales o intelectuales capaces de afectar la decisión del árbitro, lo que crea un riesgo cierto de parcialidad a favor de una de las partes.⁴⁰⁷ Estos requisitos están consagrados en el artículo 1428 del Código de Comercio:

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

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

⁴⁰² BGH, UrI. v. 29.9.1983—III ZR 213/82 (Braunschweig), *WM* 1983, pp. 1207 y 1208.

⁴⁰³ Sanders, Pieter, *op. cit.*, p. 224.

⁴⁰⁴ Hwang, Michael *et al.*, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁰⁵ Lew, Julian D. M. *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, p. 261.

⁴⁰⁶ Estavillo Castro, Fernando, “Ética en el arbitraje”, en Soto Coaguila, Carlos Alberto y Revoredo Marsano de Mur, Delia (coords.), “Arbitraje internacional pasado, presente y futuro”, *Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, pp. 1117 y 1122.

⁴⁰⁷ Lew, Julian D. M., *The Immunity of Arbitrators*, London, Lloyd’s of London in conjunction with the School of International Arbitration, 1990.

causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

La importancia de este requisito se ve reflejada en que la ley únicamente permite la recusación del árbitro 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.

La doctrina distingue entre un elemento objetivo para la independencia basada en hechos y la imparcialidad que se entiende como un elemento subjetivo.⁴⁰⁸ La independencia está relacionada con la situación del árbitro, y la imparcialidad está ligada a la situación intelectual o psíquica del árbitro.⁴⁰⁹ Para que un árbitro sea imparcial, no deberá depender de parte alguna. Para ser neutral, no deberá dejarse influenciar por opiniones de terceros y no ligados al caso.⁴¹⁰ Un árbitro imparcial es aquel que es neutral, no a favor ni en contra de las partes. El árbitro independiente es uno que no tiene vínculos con las partes; por ejemplo, familiares, amistad, o económicos.⁴¹¹ También incluye que el árbitro haya actuado como asesor a nombre de una parte o haya ejercido una función en una empresa que forma parte de la disputa. La imparcialidad es un estado mental que se puede evidenciar a través de la conducta del árbitro. Por ejemplo, perjuicios en contra de personas, razas, religiones, etcétera.⁴¹² Lew, Mistelis y Kroll establecen que

...[l]a independencia requiere que no exista ni haya existido una relación de dependencia entre las partes y los árbitros que pueda o al menos parezca que pueda afectar la libertad del árbitro para decidir. Mientras la imparcialidad es necesaria para que se pueda hacer justicia, la independencia es necesaria para que se vea que se hace justicia.⁴¹³

⁴⁰⁸ Clay, Thomas, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les règles du procès équitable”, en Compennolle, Jacques van y Giuseppe, Tarzia (eds.), *L’impartialité du juge et de l’arbitre. Étude de droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 2006, pp. 213 y 214.

⁴⁰⁹ Lalive, Pierre, “Sur l’impartialité de l’arbitre International en Suisse”, *La Semaine Judiciaire*, vol. 112, 1990, p. 364.

⁴¹⁰ Henry, Marc, “Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 2, 1999, p. 195.

⁴¹¹ Bishop, Doak y Reed, Lucy, “Practical Guides for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International-The Journal of London Court of International Arbitration*, Londres, vol. 14, núm. 4, diciembre 1998, p. 398.

⁴¹² Trakman, Leon, “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *International Arbitration Law Review*, Londres, vol. 10, núm. 4, 2007, pp. 127 y 128.

⁴¹³ Lew, Julian D. M. et al., *Comparative International...*, cit., p. 261.

Pero es importante mencionar que estos dos conceptos están ligados el uno al otro y se entrelazan. No se pueden tomar como conceptos totalmente separados.⁴¹⁴ La doctrina opina que la imparcialidad es una condición *sine qua non* de la independencia,⁴¹⁵ y están relacionadas; son esenciales para conformar los principios de legalidad y de juridicidad inherentes al Estado de derecho.⁴¹⁶

Escobar-Martínez establece:

De otro lado, la imparcialidad es una garantía procesal y certeza de un proceso justo. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar; un juez parcial no es un juez veraz. La imparcialidad judicial reclama la neutralidad del órgano juzgador, pero sólo en ocasiones su transgresión será una infracción del principio de legalidad, ya que cabe que un juez imparcial opte entre distintas interpretaciones de los preceptos, unas más adecuadas al tenor de la ley que otras. Quiere decir que el juez está constitucional y convencionalmente obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales.⁴¹⁷

Cabe mencionar que la imparcialidad no equivale a justicia en el sentido de justo. Un juez imparcial únicamente aplica el ordenamiento jurídico.⁴¹⁸ De acuerdo con Jiménez-Asensio, la imparcialidad quiere decir desinterés y neutralidad.⁴¹⁹ La imparcialidad, el desinterés y la neutralidad ocurren en relación con la decisión misma, lo cual no significa que la decisión sea objetiva; sigue siendo subjetiva, pero dentro del marco jurídico existente, que prevé incluso las sanciones para aquellos sujetos que lo vulneren y decidan con intereses personalísimos que no realizan los postulados constitucionales y de justicia en última instancia.

⁴¹⁴ Veeder, V. V., “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre dans l’arbitrage international”, en *Médiation et Arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Justice Alternative ou Alternative à la Justice? Perspectives Comparatives*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, p. 228.

⁴¹⁵ Choclán-Montalvo, José Antonio, “La imparcialidad del juez en una perspectiva *ex ante* y *ex post*”, *Actualidad Jurídica*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 1-3.

⁴¹⁶ Requejo-Pagés, Juan Luis, *La jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 116 y ss.

⁴¹⁷ Escobar-Martínez, Lina Marcela, “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, pp. 181 y 188.

⁴¹⁸ Otto y Pardo, Ignacio de, *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 29 y ss.

⁴¹⁹ Jiménez-Asensio, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 71.

Dado que el árbitro ejerce una función cuasijudicial, los principios de independencia e imparcialidad del juez se trasladan al arbitraje.⁴²⁰

Sigue Escobar-Martínez:

Vale la pena aclarar en este punto, que la subjetividad no es equiparable a la arbitrariedad, sino a la discrecionalidad, en la medida en que quien resuelve una controversia, en definitiva, elige entre varias interpretaciones posibles que se deducen o infieren de la disposición, aquella que mejor resuelva la controversia en cuestión, tratándose de casos fáciles; de otro lado, en los casos difíciles, el operador jurídico deduce o infiere del sistema jurídico una norma que le permita resolver el caso. En los dos supuestos anteriores, la subjetividad no puede ser confundida con la arbitrariedad, ya que una decisión —aun siendo objetiva— puede ser arbitraria. La arbitrariedad se configura en toda actuación que desconozca el ordenamiento y el sistema jurídico que constituye el marco de la decisión. Así pues, el derrumbamiento del mito del juez objetivo es el reconocimiento de una verdad por todos sabida y por mucho tiempo ocultada o no reconocida, según la cual el juez, al ser quien dirime un conflicto, lleva una carga implícita, dadas sus condiciones personales y su formación misma como jurista, que le hace valorar los hechos y las disposiciones de una manera especial y diferente a la de otro sujeto; de ahí que hoy se afirme sin temores que no hay una única respuesta correcta para cada controversia.⁴²¹

11. *Obligación del árbitro de arbitrar personalmente*

El árbitro que fue nombrado por las partes no podrá pasar o heredar el encargo a otra persona. El encargo de las partes al árbitro es personal,⁴²² porque las partes escogen al árbitro por sus calificaciones profesionales y personales.⁴²³ Sólo él podrá ejercer el encargo. Sin embargo, eso no limita al árbitro a apoyarse en un equipo o en un asistente para facilitar el trabajo siempre y cuando la labor del equipo o del asistente se limite a lo que el nombre implica: asistir. El asistente podrá, por ejemplo, transcribir el laudo y las comunicaciones, pero el contenido debe ser originario y responsabili-

⁴²⁰ Bonet-Navarro, Ángel, *Perspectivas en la solución heterocompositiva de conflictos laborales ante el proyecto constitucional. El jurado y el arbitraje privado*, Escritos sobre la jurisdicción y su actividad, Zaragoza, Instituto Fernando El Católico, 1981.

⁴²¹ Escobar-Martínez, Lina Marcela, *op. cit.*, pp. 181 y 186.

⁴²² Schlosser, Peter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, *cit.*, párrafo 1042, número al margen 2.

⁴²³ Baumbach, Adolf *et al.*, *Zivilprozessordnung ZPO mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 72a. ed., München, 2014, anexo al párrafo 1035, número al margen 7.

dad del árbitro. Además, podrá el asistente apoyar al árbitro con la investigación de jurisprudencia o doctrina. El árbitro podrá también escuchar la opinión de un experto en cierta materia jurídica. Pero el árbitro debe mantener no sólo las riendas del arbitraje, sino asumir la carga principal del arbitraje, que es la toma de una decisión. Deberá revisar siempre de forma crítica la información que le es propuesta por el asistente y formular su propia opinión. El asistente no debe sustituir al árbitro.⁴²⁴ La justicia alemana ha extendido un poco esta opinión. Los asistentes podrán formular independientemente los laudos siempre y cuando la decisión, el fundamento y la motivación hayan sido establecidos por el árbitro.⁴²⁵ Aquí también juega un papel importante el principio antes descrito de la independencia e imparcialidad del árbitro, que debe protegerse de la influencia que pueda tener el asistente sobre él, tanto respecto de la información e investigación que le presente como en la redacción del laudo y de las comunicaciones.

12. *Confidencialidad de la toma de decisión y el deber de información*

Se acostumbra a considerar que la confidencialidad es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje. No obstante, el derecho interno no responde siempre por igual a la pregunta de saber en qué medida los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso. Además, las partes que hayan convenido en un reglamento de arbitraje o en alguna otra norma que no contemple explícitamente la cuestión de la confidencialidad, no podrán pretender que todos los ordenamientos reconozcan una obligación implícita de confidencialidad. Por otra parte, los participantes en un arbitraje pueden entender de manera distinta el grado de confidencialidad que cabe esperar. Por ello, el tribunal arbitral quizá desee tratar de esta cuestión con las partes y, si lo considera conveniente, tomar nota de todo principio en el que se haya convenido sobre el deber de confidencialidad.⁴²⁶

Valente Girado destaca que la confidencialidad “es una garantía para las partes contendientes”.⁴²⁷ Además, deberá aplicarse a los expertos, testigos, traductores, intérpretes, secretarios, etcétera, que tengan una participación

⁴²⁴ Münch, Joachim, *op. cit.*, antes del párrafo 1034, número al margen 12.

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 18.1.1990—III ZR 269/88 (Hamburgo), *BHGZ* 110, pp. 104 y 107.

⁴²⁶ Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales. Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, punto 31, s.f.

⁴²⁷ Valente Girado, Franca, “La confidencialidad: agente motivador para pactar la cláusula arbitral en los contratos comerciales”, *Legal Advice, Business Venezuela* (VenAmCham), mayo-junio de 2013, p. 18.

en el procedimiento. En definitiva, la confidencialidad implica que los documentos aportados en el proceso (declaraciones de los testigos, pruebas, e inclusive el texto del laudo) cuenten con una protección especial, debiendo su contenido ser utilizado solamente a los fines del propio arbitraje, puesto que comúnmente la información allí revelada incluye prácticas comerciales o estrategias empresariales, que de llegar a los competidores de las sociedades involucradas podría acarrear perniciosas consecuencias. Las cortes alemanas, por ejemplo, asimilan el arbitraje a la justicia, y argumentan que el principio de confidencialidad en la toma de decisiones aplica al arbitraje.⁴²⁸ Los árbitros están ligados con las partes mediante un contrato, y de éste deriva la obligación de informar y rendir cuentas a las partes. Es evidente que puede surgir un conflicto entre el deber de mantener la confidencialidad y la obligación contractual de informar a las partes. De acuerdo con Fernández Rozas, la

...confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo, entre otras cosas, la participación de los denominados amici curiae en las deliberaciones ante los árbitros, dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos. De esta suerte, la evolución del arbitraje de inversiones ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad y, de otro lado, el interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos.⁴²⁹

Aunque las partes podrían contractualmente liberar al árbitro del deber de mantener confidencialidad sobre el proceso de toma de decisión, esto resulta problemático, porque el principio de la confidencialidad tiene como propósito la protección del árbitro.⁴³⁰

El árbitro debe sujetarse al compromiso de confidencialidad sobre el arbitraje⁴³¹ dada la información importante sobre empresas y sus secretos

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 3.7.1975-III ZR 78/73 (Múnich).

⁴²⁹ Fernández Rozas, José Carlos, "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Estudios, Arbitraje II*, núm. 2, 2009, pp. 335-378.

⁴³⁰ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1889.

⁴³¹ Merino Merchán, José Fernando, "Confidencialidad y arbitraje", *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 2, 2008, pp. 75-95; Caivano, Roque J., "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo", *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011-2012, pp. 119-150; Cepeda Altamirano, Carla, "El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad", *Law Review*, vol. 1, núm. 1, enero de 2013, pp. 22-30.

comerciales que constituye un valor económico sustancial. El árbitro no podrá utilizar esa información para sí mismo o para otros, de forma directa o indirecta. Al respecto, expone Fernández Rozas:

Los operadores del arbitraje comercial ponen el acento en la confidencialidad como un rasgo distintivo inherente a una institución que entraña un procedimiento privado acordado por las partes litigantes. Dichos operadores tienen a su cargo una tarea sumamente compleja y delicada, toda vez que su misión es ajustar una situación controvertida que enfrenta a las partes; por ello se entiende que su actuación ha de sujetarse a determinados principios y estándares que garanticen la idoneidad de este mecanismo de arreglo de controversias, entre los que figura la confidencialidad. Concebida ésta como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos. Su justificación responde esencialmente a la salvaguarda de los intereses de las partes y a la continuidad de sus relaciones de negocios.⁴³²

Los árbitros tienen el deber de participar en las deliberaciones y firmar el laudo.⁴³³ El árbitro que se niega a deliberar un caso con sus coárbitros incumple con dicho deber, independientemente de si las reglas aplicables prevean disposiciones para el caso en que un árbitro no participe en las deliberaciones o se niegue a firmar el laudo.⁴³⁴ El propósito de esas reglas no es avalar el incumplimiento, sino limitar el daño que la actitud del árbitro pueda causar. Por ende, el árbitro es responsable del daño que cause con su actitud.⁴³⁵ La negación de deliberar y firmar un laudo causa una demora al procedimiento. Los coárbitros deberán proseguir inmediatamente con el procedimiento si no quieren caer en incumplimiento de su contrato por no fomentar el avance del proceso.

13. *Subordinación del árbitro a las partes*

Cabe mencionar que las obligaciones de los árbitros no sólo se originan del contrato con las partes, de la cláusula arbitral o del derecho aplicable,

⁴³² Fernández Rozas, José Carlos, *op. cit.*, pp. 335-378.

⁴³³ Art. 1448, CoCom.

⁴³⁴ Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. V. 8.12.1960-3 U 98/60, KTS 1961, pp. 174 y 175.

⁴³⁵ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1896.

sino también de lo que disponen las partes. Por ejemplo, las partes pueden, en mutuo acuerdo, decidir que no se llevará a cabo una audiencia que había sido antes acordada. También pueden cambiar la sede del arbitraje o el lugar de una audiencia. Asimismo, pueden suspender el arbitraje por cierto tiempo. Los árbitros deberán acatar estas decisiones posteriores de las partes, porque ellas son las dueñas del proceso.

14. *Laudo*

Los árbitros tienen la obligación de redactar un laudo de tal forma que no sea susceptible de anulación. El laudo deberá ser compatible con los principios de derecho de la sede del arbitraje, su *ordre public* y la constitución aplicable.⁴³⁶ Esto implica que el laudo deberá ser motivado y fundamentado, tomará en cuenta todos los puntos de la disputa, los alegatos de las partes, y aclarará la decisión y la opinión de los árbitros.⁴³⁷ Un laudo absurdo o paradójico evidencia un grave incumplimiento del árbitro. Sin embargo, un árbitro no puede garantizar que el laudo sea ejecutable en todas las jurisdicciones por falta de familiarización. Esto no implica *per se* una violación de su deber de competencia profesional.⁴³⁸

15. *Obligaciones poslaudo*

En términos generales, la función del árbitro termina con la finalización del procedimiento arbitral. Perduran, sin embargo, las principales obligaciones contractuales, como la confidencialidad y la prohibición de utilizar la información del caso. Los árbitros deberán estar disponibles para aclaraciones posteriores y guardar la documentación durante un periodo razonable. En un caso curioso, la Suprema Corte alemana tuvo que decidir si un árbitro debía sujetarse a una evaluación psiquiátrica después de emitir el laudo y terminar el procedimiento porque una parte alegó que el árbitro era legalmente incapaz. La Suprema Corte dio a entender, aunque negó la demanda de la parte, que valora las obligaciones poslaudo como muy importantes.

⁴³⁶ Para el derecho alemán: Urt. V. 25.10.1983–KZR 27/82 (Düsseldorf), BGHZ 88, pp. 314 y 319.

⁴³⁷ Para el derecho alemán: Urt. v. 26.9.1985–III ZR 16/84 (Frankfurt), NJW 1986, pp. 1436 y 1437; Wiczorek, Bernhard y Schütze, Rolf A., *op cit.*, §1041, nota al margen 38.

⁴³⁸ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, pp. 1117 y 1136.

II. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, existen muchas obligaciones que el árbitro debe cumplir. Considero que no es posible enlistarlas todas. Además, no todas las obligaciones tienen el mismo efecto nocivo sobre el arbitraje. Por ello, podría sugerirse categorizarlos en obligaciones importantes y menos importantes, y permitir únicamente que las obligaciones importantes causen responsabilidad del árbitro. Sin embargo, sería complicado enumerar todas las obligaciones importantes sin excluir, por olvido, a algunas de ellas. Asimismo, habría dificultad para definir la importancia de una obligación.

Otro acercamiento de abarcar la limitación de la responsabilidad o, dicho de otra forma, la protección del árbitro, podría ser la limitación de la responsabilidad a actos que no estén relacionados con la actividad judicial y la toma de decisión del árbitro, similar al sistema anglosajón, en especial el de los Estados Unidos. Pero también aquí existen las incertidumbres respecto a qué acto se considera actividad judicial o parte de la toma de decisión. Un listado de actos correría el riesgo de no ser exhaustivo.