

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA IMPORTANCIA DE LA SELECCIÓN DEL ÁRBITRO

*Elvira Villalobos Chaparro
Marina Vargas Gómez-Urrutia*

SUMARIO: I. Introducción; II. Importancia del tema; III. La constitución del tribunal arbitral y la selección del árbitro; VI. La responsabilidad del árbitro; V. Reflexiones finales.

«Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras que el juez mira solamente a la ley».

«El arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad».

Aristóteles

I. INTRODUCCIÓN

Nadie discute hoy que el arbitraje, en el ámbito del comercio internacional, ha tomado carta de naturaleza, precisamente porque en virtud de la voluntad expresa de los contratantes el arbitraje permite obtener una solución rápida a los litigios que surjan entre las partes en la interpretación, aplicación o ejecución de sus contratos. Se sustrae así de la jurisdicción nacional ordinaria el conocimiento o la solución de los mismos, y se confía a personas seleccionadas por su independencia y competencia la decisión o pronunciamiento de un laudo final que tiene la autoridad de cosa juzgada entre las partes.

Conociendo las ventajas del arbitraje comercial internacional es obligación del jurista, a la hora de preparar los contratos internacionales, examinar las condiciones mejores para la puesta en marcha de un eventual arbitraje, aconsejando a sus clientes la selección más

acorde con sus intereses, ya sea de un centro de arbitraje institucional o especializado, ya sea de un arbitraje *ad hoc*.

La importancia de esta selección no es cuestión baladí, pues si las partes tienen la posibilidad de escoger el árbitro... entonces ¿cómo hacer la selección más adecuada?, ¿qué criterios deben seguirse?, ¿qué cualidades debe tener el árbitro que conduzca el arbitraje?, y más importante aún: ¿qué calidad moral debe exigírsele?

Y es que, con razón, son muchos los autores que afirman: «el arbitraje vale lo que vale el árbitro»; sin embargo, escoger el árbitro no es una tarea tan fácil puesto que no existe una fórmula o receta que permita llegar a dibujar el perfil del árbitro ideal. De la misma manera que no hay dos arbitrajes iguales, tampoco es posible establecer unas reglas generales que contemplen todas las particularidades que puedan presentarse en cada caso y que evidentemente influirán en la selección del árbitro.

Lo inquietante de estas cuestiones nos ha llevado a realizar la presente investigación. Para ello hemos seguido el método jurídico-teórico; esto es, plantearemos las cuestiones desde una óptica estrictamente formalista y visualizaremos las respuestas a la luz de las fuentes de conocimiento jurídicas, abstracción hecha de los supuestos fácticos que hayan podido dar lugar a las normas.

Para ello haremos una breve referencia a los orígenes del arbitraje, centrándonos especialmente en el arbitraje privado en Roma y en el juramento de los jueces. Después se analizarán los elementos objetivos a tener en cuenta a la hora de la redacción del convenio arbitral, para, seguidamente, referirnos a los elementos subjetivos que deben analizarse ya en el momento del surgimiento del litigio, elementos éstos que apuntan más a las cualidades profesionales, personales y morales del árbitro en concreto. Finalizaremos refiriéndonos a las responsabilidades del árbitro o en su caso del centro administrador del arbitraje, así como a las causas de recusación, revocación y sustitución del árbitro.

Una última precisión se hace necesaria: la exigencia formal de limitación en el contenido y extensión imponen la generalización y el recurso a la exposición breve. Confiamos no obstante, que quede un bosquejo sucinto, pero claro y riguroso, de los puntos más importantes que a nuestro juicio deben tenerse en cuenta en relación con la constitución del tribunal arbitral, y en particular con la selección del árbitro.

II. IMPORTANCIA DEL TEMA

1. El Reconocimiento de la Importancia del Papel del Árbitro

Contrasta el arbitraje con relación a la jurisdicción ordinaria por ser una justicia más rápida, flexible y menos costosa, dirigida por árbitros elegidos por las partes que tienen fe en sus conocimientos y competencias ¹.

Así pues, la importancia de la selección del árbitro estriba para las partes, de un lado, en las características de *confidencialidad* y *discreción* que se le imprimirán a su *litis*, al propio tiempo que ésta será vista por un *especialista*, principio que rige todo procedimiento arbitral y que no ignoran quienes recurren a este procedimiento. De otro lado, el *carácter universal* de esta institución la hace cada vez más atractiva a aquellos que realizan contratos negociados con base en condiciones generales. El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Fondo Europeo para el Desarrollo o el Banco Interamericano de Desarrollo son ejemplos de organismos internacionales que incluyen en sus contratos el arbitraje, sometiéndose a tribunales arbitrales en sus relaciones con los Estados, las empresas públicas y las privadas.

Existe pues una técnica y una cultura del arbitraje que permea hoy toda la práctica comercial internacional, que nace de la autonomía de la voluntad de las partes, que renuncian a acudir a cualquier otra vía

¹ Roca Aymar, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ESIC editorial, ICEX, Madrid, 1994, p.59.

o recurso; que deciden someter sus controversias, tanto presentes como futuras, al arbitraje; que eligen al árbitro de mutuo acuerdo o, en su defecto, éste es designado por la corte de arbitraje competente a la cual se sometieron en el propio contrato.

Hoy el arbitraje es, más que interesante, necesario. Su inclusión en los contratos otorga estabilidad y seguridad ante un posible incumplimiento ².

En México, tras la modificación del Código de Comercio ³, cuyo título IV está especialmente dedicado al procedimiento arbitral, han proliferado las publicaciones, estudios y tesis de evidente mérito por el interés jurídico y doctrinal de las mismas, así como por el decidido empeño de sus autores por divulgar y crear *una cultura* del arbitraje no sólo entre los juristas sino también, necesariamente, entre los empresarios. Además de esta regulación, son fuentes básicas del Derecho de arbitraje en México ⁴:

a) El Derecho convencional Internacional, integrado por:

1. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, también conocida como Convención de Nueva York ⁵;
2. La Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, también denominada como Convención de Panamá ⁶;
3. La Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, conocida como convención de Montevideo ⁷;

² *Ibidem*, p.66.

³ Primera reforma: **Diario Oficial de la Federación** (DOF) de 7 y 13 de octubre de 1989; segunda y principal reforma, 4 de marzo de 1989 y posteriormente, en revisión profunda, 22 de julio de 1993.

⁴ Cfr. Silva, Jorge Alberto, **Arbitraje Comercial Internacional en México**, Péreznieto Editores, México, 1994, p.24.

⁵ Publicada en el **DOF** de 22 de junio de 1971.

⁶ **DOF** de 27 de abril de 1976.

⁷ **DOF** de 28 de agosto de 1987.

4. El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil ⁸;

5. El Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y los Estados Unidos.

b) El Derecho interno legislado, integrado por:

1. El Código de Comercio;
2. El Código Federal de Procedimientos Civiles;
3. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal;
4. Los Códigos de Procedimientos Civiles para cada entidad federativa;
5. La Ley sobre Celebración de Tratados; y,
6. La Ley Orgánica sobre los Tribunales de justicia ⁹.

c) El *Ius Mercatorum*, integrado por:

1. Las Reglas de Procedimiento de los Centros Internacionales de Arbitraje ¹⁰; y,
2. Las Leyes Modelo sobre arbitraje ¹¹.

⁸ **DOF** de 5 de marzo de 1992.

⁹ Cuyos artículos 266 a 276 señalan las cuotas a pagar por el servicio de los árbitros, mientras que el artículo 28 frac. V se refiere a la formación de la lista de árbitros que en su caso pudiera designar el poder judicial. Esta ley es invocable en caso de arbitrajes civiles, pero no en los comerciales. Cfr. Silva, **op.cit.**, pp.31 y 32.

¹⁰ Así, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), aplicables de oficio cuando falte acuerdo entre las partes; las Reglas de la CIADI, las Reglas de la UNCITRAL, las de la Corte de Arbitraje Internacional (CAI), las de la *American Arbitration Association*; o las de la Comisión Permanente de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México. Cfr. Silva, **op.cit.**, p.33

¹¹ La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI (UNCITRAL) fue adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Comercial Internacional el 21 de junio de 1985, la cual fue tomada en consideración por el legislador mexicano para las reformas y adiciones al Código de Comercio de 1988 y 1989. En 1993, dicha Ley Modelo fue incorporada en su totalidad dentro del propio Código de Comercio, con algunas ligeras modificaciones.

A modo de conclusión de este primer apartado podemos afirmar que el arbitraje comercial internacional en México está regulado (nos atreveríamos a decir) vanguardistamente, y sin embargo el recurso al mismo es escasísimo, acaso por desconocimiento de los empresarios, exportadores, agentes o distribuidores comerciales, o de sus propios asesores legales¹². De ahí la necesidad de dar a conocer mejor la institución arbitral desde la óptica del comercio internacional con una proyección menos dogmática, teórica o doctrinal; esto es, haciendo asequible al no jurista la comprensión de las indudables ventajas de este modo alternativo de solución de controversias.

2. Algunas Notas sobre los Orígenes del Arbitraje: Especial Referencia al Arbitraje en el Derecho Romano

Centrándonos en el arbitraje internacional, se tienen como primeras prácticas arbitrales las procedentes del antiguo Oriente¹³, si bien es en la Grecia clásica donde se ve ya el arbitraje como una práctica habitual. Más que de un arbitraje comercial se trataba de un verdadero arbitraje entre Estados y por tanto encuadrado en el ámbito del *ius gentium*.

Pero es en Roma donde el arbitraje privado nace y se desarrolla en todo su esplendor. El genio jurídico romano se manifiesta de modo eminente en la elaboración científica de los juristas, pero también en la forma sencilla y ejemplar en que los romanos concibieron la administración de la justicia. *En Roma el arbitraje privado era la regla, no la excepción*. Y es que no hay mejor manera de asegurar la imparcialidad judicial que

¹² Pese a ello, se aprecia una tendencia favorable en nuestro país, según se desprende de las cifras facilitadas por la CCI sobre el origen de las partes en los arbitrajes CCI pertenecientes a países de América Latina de 1989 a 1994: 16 demandantes y 18 demandados mexicanos; lo que totaliza 34, que es la cifra más alta de la región. En cuanto a la nacionalidad de los árbitros para el mismo periodo, México ha participado con 13 co-árbitros y 11 árbitros, totalizando 24, asimismo el primer lugar en la región. Cfr. *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Suplemento Especial, abril 1995.

¹³ Roca, *op.cit.*, p.67; señala que es conocido un acto de arbitraje en Mesopotamia, 3000 años antes de J.C. (cita del Barón de Taube en su *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*).

la ideada en Roma: el juez debía ser elegido siempre por acuerdo de los litigantes, lo que prueba el profundo carácter arbitral de los litigios romanos. Como sabemos, el proceso formulario del Derecho Romano, sucesor en el tiempo del rígido procedimiento de las acciones de la ley, y así llamado por el papel central que en el mismo asume la fórmula, estaba dividido en dos fases o etapas: la primera, llamada *in iure*, en la cual intervenía el magistrado jurisdiccional (Pretor); y, la otra, llamada *apud iudicem*, que tenía lugar ante uno o varios jueces privados elegidos por las partes, con la misión de recibir y valorar las pruebas aportadas por éstas y, una vez formada su convicción, dictar la sentencia¹⁴. En el proceso romano se distinguía pues claramente entre la *iurisdictio*, que es la facultad del magistrado jurisdiccional de introducir y preparar un proceso, ayudando a fijar los términos del litigio; y la *iudicatio*, que es la facultad del juez o jueces (*arbitrex*) de dictar sentencia. Es pues el magistrado quien tiene la facultad de preparar un *iudicium*, es decir un procedimiento ante el *iudex* o árbitro¹⁵. Merece la pena destacar, por la similitud que ofrece hoy en día este procedimiento con el establecido por la CCI, que las partes en el procedimiento formulario tienen que ponerse de acuerdo para designar al juez o jueces que dirimirán el litigio, y en caso contrario lo nombraba sin más el magistrado mediante sorteo, según una lista de carácter oficial. Además, en el fondo del proceso romano resplandece la *litis contestatio*, momento en que definitivamente quedan fijados los términos de la controversia. Mucha tinta ha corrido sobre la importancia de la *litis contestatio* y su naturaleza jurídica¹⁶, cuya discusión, si bien apasionante, excedería de

¹⁴ Al parecer este procedimiento, que surge en el ámbito de la jurisdicción del pretor peregrino, para dirimir las controversias entre ciudadanos romanos y peregrinos, coexistió con el de las acciones de la ley, llegando luego a sustituirlo definitivamente en virtud de la *Lex Aebutia* del año 130 aproximadamente y de dos *Leges Iulias* de la época de Augusto; cfr. Mikel, Joan, **Curso de Derecho Romano**, Editorial PPU, Madrid, 1992, p.40. En el mismo sentido, ver Iglesias Juan, **Derecho Romano**, Ariel, 1992; García Garrido, Manuel, **Derecho Romano**, Dyckinson, 1994; Briseño Serra, Humberto, **Sobre Arbitraje, Estudios**, Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 1995, p.669.

¹⁵ Mikel, **op.cit.**, p.39.

¹⁶ La moderna romanista ha discutido la impronta publicista de la *litis contestatio*, donde el magistrado tendría un papel relevante en la fijación de la *litis*. En cambio, el austriaco Wlassak, hace hincapié en el fondo convencional del proceso romano, llegando a considerar la *litis contestatio* como un auténtico contrato de arbitraje privado. Mikel, **op.cit.**, p.59.

los objetivos de este trabajo; si bien no resistimos destacar el efecto principal de la *litis contestatio* que es la consumación de la acción, lo que se expresa en los aforismos *bis de eadem re en sit actio o non bis in idem*, es decir: *trabada la litis contestatio no se puede volver a iniciar otro proceso sobre el mismo asunto, y es precisamente sobre este asunto, que se recoge en la fórmula* ¹⁷ *sobre lo que debe decidir el iudex, y sobre lo que deben versar las pruebas (en la fase apud iudicem)*. Vemos pues la gran similitud que existe entre el modo convencional romano de fijar los términos de la *litis* y sus efectos (*litis contestatio y formula*), y la llamada **Acta de Misión** del artículo 13 del Reglamento CCI ¹⁸. Por último, cabe destacar que los jueces del *ordo iudiciorum privatorum* (*iudex* y *arbiter*) ¹⁹, podían excusarse de no fallar el asunto alegando que éste no les resultaba claro a su conciencia (*rem sibi non liquere*).

Por lo que hace a nuestro objeto de estudio (la cualidad de los árbitros), merece recordar en este momento que también en el Derecho Romano la autoridad moral del árbitro incidía sobre la idea de la *fides iudicis*, hasta el punto de que la sentencia de éste era inapelable. *Todo arbitro o iudex procuraría actuar bien a lo largo de la fase apud iudicem, y emitir su opinio, su sentire, su sententia en conciencia, tal y como quisiera que se le juzgara a él si fuera parte en un litigio; y, para que esto sucediera efectivamente así, tanto las partes como el magistrado habrían tenido buen cuidado en elegir a*

¹⁷ La Fórmula es un breve documento escrito que resume los términos en que queda fijada la controversia entre las partes y que, remitida por el magistrado al juez, a modo de instrucción, sirve a éste como pauta de actuación. Mikel, *op.cit.*, p.49.

¹⁸ En el celeberrimo caso de la *Barcelona Traction*, la parte española consultó a dos excelentes romanistas sobre la analogía fundamental entre el proceso formulario romano y el procedimiento ante el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, debido al fondo convencional de ambos tipos de proceso. Citado por Mikel, *op.cit.*, p.59.

¹⁹ La distinción entre un *iudex* y un *arbitro* estriba en la mayor libertad que goza el árbitro respecto del juez. El árbitro juzgaba en los juicios de buena fe, como por ejemplo los juicios divisorios, mientras que el juez juzgaba en los de derecho estricto. Aunque los dos vocablos pervivieron, la diferencia originaria se difuminó paulatinamente hasta confundirse los términos, si bien prevaleció el vocablo *iudex* en el lenguaje de los juristas, mientras que el de *arbiter* quedó más particularmente para designar al mero árbitro, y sobre todo al árbitro compromisorio. Cfr. Javier Paricio, **Sobre la administración de justicia en Roma**, ed. Civitas, Madrid, 1987, p.41.

la persona idónea y de completa integridad personal, a un *bonus vir*, expresión que incluye tanto la idoneidad técnica para el desempeño de su oficio como la integridad moral. Por eso se le exigía además un juramento inexcusable (*iusiurandum*). La fuente jurídica más importante de este juramento se encuentra en una Constitución de Justiniano del año 530, dirigida al prefecto pretorio²⁰. No obstante, ya en la época clásica los jueces juraban actuar con arreglo a lo *aequum et bonum*, que Justiniano, al restaurar el juramento, dice que juraban conforme a la verdad *–veritas–* y a las leyes *–leges–*.

Lo que se quiere decir es que *los jueces juraban actuar sin falsedad y juzgar conforme al derecho vigente en el caso concreto que a ellos se les había confiado*.

El texto más bello que sobre este juramento conservamos aparece en Cicerón, en el libro tercero del **De Officiis**, que por su calidad literaria e importancia para el tema que nos ocupa nos permitimos transcribir íntegramente como corolario de este apartado, si bien señalando previamente que, aunque el texto deba situarse en la época ciceroniana (fines de la República), el contenido del mismo tiene validez para todos los tiempos y puede aplicarse a cualquier árbitro de nuestros días.

Cicerón, **De off.**, 3.10.43-44²¹.

«43. Donde más suelen perturbarse las obligaciones es en las amistades, en las cuales, así por no condescender en lo que buenamente se puede como por condescender con lo que no es justo, se falta a la obligación. Sin embargo hay una regla muy breve y no difícil para todas estas dificultades: nunca deben anteponerse a la amistad las utilidades aparentes como lo son los honores, riquezas, deleites y otras cosas semejantes. Tampoco el hombre de bien, por respeto de su amigo, obrará en contra de la República, del juramento y de la fidelidad, ni aun en caso de hallarse juez de su mismo amigo; porque se desnuda de la persona de amigo cuando representa la de juez. Sólo podrá conceder a la amistad el desear más que su amigo tenga buen pleito y darle para la defensa todo el tiempo que sea permitido por las leyes.

²⁰ **Codex Justiniano**, C. 3.1.14.

²¹ Cicerón, **De los Oficios**, Colección Austral, Editorial Espasa-Calpe, 2ª edición, Argentina, 1946

»44. Mas habiendo de sentenciar juramentado, tenga muy presente que pone a Dios por testigo, esto es (a lo que yo entiendo), su alma y su propia conciencia, que es el don más divino que Dios concedió al hombre. Y así es admirable aquella fórmula que recibimos de nuestros mayores (si la guardáramos como era razón) de pedir a los jueces lo que se pueda dar salva la conciencia, la cual petición se refiere a lo que poco ha dije que puede conceder el juez honestamente a su amigo; porque si se hubiera de hacer todo lo que los amigos quisieran no serían las tales amistades sino conjuraciones».

III. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y LA SELECCIÓN DEL ÁRBITRO

1. Elementos Objetivos

En este punto analizaremos la decisión que deben tomar las partes una vez hayan optado por recurrir al arbitraje, ya sea *ad hoc* ya institucional, de determinar bien un árbitro único o bien uno colegiado, así como la forma de su designación.

1.2. Arbitro único o colegiado

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la práctica refleja la tendencia a designar tribunales arbitrales integrados por tres miembros²². La desventaja que ofrece un tribunal colegiado radica en el aspecto económico habida cuenta del incremento en honorarios y gastos. A veces el lugar del arbitraje es distinto del de la residencia de los árbitros, los cuales con sus múltiples ocupaciones experimentan ciertas dificultades para hacer coincidir las fechas de sus reuniones, lo que se refleja en un incremento de gastos de desplazamiento y viáticos restando rapidez al proceso.

²² El Código de Comercio habla de tribunal arbitral, árbitro o árbitros «designados para decidir una controversia», estableciendo la libertad de las partes para la determinación del número de árbitros, y sólo a falta de acuerdo será un solo árbitro (art. 1426).

Por lo que hace al árbitro único, si bien es más ventajoso en tiempo y gastos, también es cierto que un tribunal de varios miembros ofrece un mejor análisis y discusión de las diferentes cuestiones litigiosas.

De ahí la importancia de pactar en el momento en que se decide recurrir al arbitraje, ya sea mediante cláusula compromisoria, ya mediante compromiso, qué clase de tribunal es el más apropiado para la controversia futura o presente, valorando a tal efecto el monto de la relación contractual, la complejidad del asunto, las características de la relación jurídica entre las partes, etc., sin perder de vista que lo que interesa es que se pronuncie un buen laudo.

2.2. Su designación

En cuanto a la segunda cuestión, si se trata de un tribunal colegiado de tres miembros, lo normal es que cada parte nombre a un árbitro y estos dos designen al tercero. Sin embargo esto no es regla general, por lo que lo aconsejable es que en la cláusula compromisoria se prevea el método para designar y sustituir a los árbitros y no esperar a que surgida la controversia deban ponerse de acuerdo ²³.

En suma, la idea fundamental que debe guiar la de designación de los árbitros es evitar cabos sueltos o callejones sin salida, que puedan comprometer seriamente, o demorar innecesariamente, la constitución del tribunal arbitral ²⁴.

En la práctica algunos centros de arbitraje cuentan con listas de árbitros, que dan mayor agilidad al proceso de selección del árbitro, así como garantía, en especial si se trata de centros de reconocida

²³ La fracción III del artículo 1427 del Código de Comercio prevé que cuando falte acuerdo sobre el procedimiento de designación del árbitro, éste será nombrado por el juez en caso de ser árbitro único, y tratándose de arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán a un tercero; el juez decidirá en el caso de que aun así no se pudieren poner de acuerdo los árbitros.

²⁴ Mantilla, *op.cit.*, p.39. Ver también en el mismo sentido Zamora Pierce, Pedro, *Arbitraje Comercial Internacional*, ed. Numancia, S.A., México, 1992, p.79.

seriedad, puesto que los criterios de selección de los árbitros de la lista son rigurosos y muy claras las bases para la incorporación de árbitros.

3. Elementos Subjetivos

Desde esta perspectiva se analizarán algunos criterios que las partes deben considerar a la hora de elegir el árbitro atendiendo no sólo a los aspectos materiales (nacionalidad, estado de salud, edad, etcétera), sino también a otras condiciones tales como su profesionalismo y sus cualidades morales.

3.1. Condiciones materiales

Hablamos de condiciones materiales para referirnos a tres aspectos que ayudan a garantizar un arbitraje neutral e imparcial: la nacionalidad, la edad y el estado de salud.

La nacionalidad del árbitro es en sí misma importante si se trata de un único árbitro, y aunque pudiera parecer que no es una garantía de imparcialidad, sin embargo, visto desde la óptica de la confianza, lo normal es que las partes se sientan más seguras si saben que la persona que va a decidir el litigio es afín por razón de lengua o idioma, cultura, política, modo de analizar las cuestiones litigiosas y de «entender» la idiosincrasia del o de los interesados, factores todos estos que van ligados a la idea de nacionalidad²⁵.

Sin embargo, no debe olvidarse que a pesar del fuerte vínculo de la nacionalidad, en un momento dado puede ser conveniente que el árbitro sea un no nacional, en particular en caso de tribunal colegiado, siempre que el extranjero esté debidamente experimentado y calificado.

²⁵ El artículo 1427 del Código de Comercio, establece que: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro». En algunos países está incluso prohibido que un extranjero actúe como árbitro en arbitrajes nacionales.

También son importantes los aspectos de salud y edad. Es de destacar que la mayoría de los árbitros son personas de probada experiencia en el manejo del arbitraje, por lo que a la edad va ligada una vasta experiencia profesional y académica. Ello no quiere decir que la juventud sea impedimento para ser un buen árbitro, ya que la inteligencia puede suplir la falta de experiencia, y de otro lado el árbitro debe ser una persona ágil mentalmente, lo que casi siempre se consigue, en condiciones normales, manteniéndose con una importante actividad intelectual. Sin embargo, es aconsejable cerciorarse, discretamente, y antes de designar a la persona en concreto, si ésta goza de buena salud física y mental, a fin de evitar riesgos durante el arbitraje. Por último, algunas personas prefieren que el árbitro sea un varón, ya que todavía hoy la incorporación de la mujer al mundo jurídico, en especial en los países latinoamericanos, es la excepción. En este punto, y salvando aquellos países donde desgraciadamente le está vedado a la mujer el ejercicio de los mismos derechos que a los hombres (por ejemplo en algunos países musulmanes), sostenemos que objetivamente el sexo no es impedimento –ni debe influir– para la determinación de la selección del árbitro. Lamentablemente no es éste el criterio de nuestros países latinos, donde la mujer sigue siendo una *rara avis* en el mundo jurídico en general y en el campo del arbitraje en particular.

3.2. Condiciones profesionales

Al hablar de condiciones profesionales nos referimos a las cualidades del árbitro en cuestiones tales como idiomas, especialización, formación y conocimientos.

La experiencia en materia de arbitraje internacional parece preferir a los técnicos del derecho, a los juristas, sobre otro tipo de expertos (ya sean comerciantes u otros técnicos); nada obsta empero que un árbitro sea un no jurista. Sin embargo, la ventaja de los profesionales del derecho frente a otros técnicos, y en particular si se trata de un arbitraje de derecho, no de equidad, estriba en que en ocasiones el fondo del litigio obliga a dirimir cuestiones tales como el derecho aplicable, o la competencia, o la interpretación de cláusulas contractuales o de otras normas jurídicas

aplicables, por lo que, si se quiere tener un laudo que sea válido tanto en la forma como en el fondo y por ende ejecutable, resulta recomendable elegir a un jurista. Además, no debe olvidarse que el árbitro puede allegarse de información de expertos en cuestiones propiamente técnicas que le permitan dictaminar con mayor precisión los aspectos no-jurídicos controvertidos. Asimismo conviene que el árbitro tenga experiencia en arbitraje internacional, sobre todo si se trata de un arbitraje *ad hoc*, donde no se cuenta con el apoyo o asistencia de un centro administrador, y por lo tanto toda la responsabilidad en la conducción del proceso y en los aspectos administrativos y económicos del mismo recae sobre el árbitro o árbitros exclusivamente. Por lo que hace a los conocimientos jurídicos, como ya se ha apuntado más arriba, conviene que la persona designada conozca el derecho aplicable al fondo del asunto, para evitar situaciones de desventaja frente a los otros árbitros que sí sean abogados. En todo caso la capacidad de juzgar²⁶ es en suma el factor fundamental en el arbitraje y las partes pueden entender que la persona tiene esta cualidad, entendida como la *facultad de dilucidar los hechos y aplicarles la norma adecuada para lograr el resultado más justo*.

En cuanto al idioma es evidente que el conocimiento del idioma o los idiomas en que se llevará a cabo el arbitraje es un factor importantísimo en el arbitraje comercial internacional si se quiere garantizar un entendimiento entre las partes y los mismos árbitros. El idioma común en nuestra área geográfica es el inglés, si bien en el área europea continental el francés y el alemán son idiomas frecuentemente elegidos por las partes como lengua común.

Conviene por último una precisión en cuanto a la capacidad que estamos analizando, y es la importancia de allegarse información sobre las posibles publicaciones del candidato, ya que ello nos ayudará a darnos una idea de su calificación y profesionalismo, así como de su calidad y profundidad en el análisis de temas teóricos. Sin olvidar el aspecto pragmático de conocer cuál es la tesis o postura que adopta

²⁶ Ver Mantilla, *op.cit.*, p.43, citando a Lalive.

frente a algún tema doctrinal debatido, que pueda ser favorable o contrario a los intereses de la parte.

Otras cualidades o atributos necesarios que debe reunir todo árbitro, además de la neutralidad, independencia e imparcialidad, son: la iniciativa, la flexibilidad, la creatividad, la ponderación y la resolución. Y es que el éxito del arbitraje depende de la elección de un buen árbitro; si la neutralidad y la imparcialidad son imprescindibles para evitar posibles recursos de anulación del laudo, la capacidad de iniciativa es igualmente conveniente según se desarrolle el proceso en sus diferentes fases; el ser resolutivo, es decir, con carácter, evita el llamado *juicio por emboscada* (*trial by ambush*), referido a las pruebas documentales o testificales o a cualquier otra audiencia no prevista en una audiencia preliminar del proceso; el ser creativo o imaginativo le permitirá adoptar soluciones que las partes no vislumbran ni plantean a lo largo del desarrollo del proceso; y, en fin, el ser flexible y ponderado permite una más justa apreciación de las alegaciones y pruebas que formulen las partes.

3.3. Condiciones morales

Por lo que atañe a las condiciones morales del árbitro, además de su probidad deben añadirse la independencia y la imparcialidad. Y es que, cualquiera que sea el perfil del árbitro, éste debe comportarse como un juez y ser consciente de lo delicado de su misión.

No existe en nuestro derecho un código ético escrito sobre la conducta que debe observar el árbitro que acepta un arbitraje; sin embargo, y aun a riesgo de generalizar, el árbitro ha de tener un alto grado de integridad intelectual y moral. Así, deberá evitar relaciones comerciales, familiares o personales que puedan afectar a su imparcialidad, e incluso puedan dar la apariencia de que le restarían imparcialidad ²⁷. Como menciona

²⁷ Como advierte Zamora Pierce, el Código de Comercio no señala incompatibilidades en materia de elección de o de los árbitros, por lo que en esta materia debe seguirse lo dispuesto en los artículos 21 a 24 de la Ley Orgánica sobre los Tribunales de Justicia del Distrito Federal, que niega expresamente la posibilidad de que los funcionarios de la administración de justicia desempeñen otro puesto, entre ellos, funcionarios, empleados, árbitros o arbitradores. En cuanto a los impedimentos para el ejercicio del cargo, se señalan causales de recusación, entendiendo la doctrina que los argumentos para recusar a un árbitro son los mismos que para los jueces ordinarios o comunes. *op.cit.*, p.80.

el profesor y árbitro español José Luis Roca Aymar, en su obra ya citada: «*Al igual que la mujer del César, debe [el árbitro], además de ser imparcial, parecerlo*».

A nivel internacional, la Asociación de Colegios de Abogados Internacionales (*International Bar Association*), a través de su Comité de Derechos Comerciales, elaboró en 1987 un Código Deontológico para árbitros internacionales; si bien diez años antes (1977) se había aprobado el primer Código Ético, pero sólo referido al arbitraje nacional en los Estados Unidos. Dicho Código define las distintas relaciones que pueden crear una apariencia de parcialidad entre el árbitro y las partes. Por lo interesante de su contenido señalamos a continuación las obligaciones que el mencionado Código Ético de 1977 establece²⁸:

1. No debe discutir el conflicto con una parte sin informar de ello a la otra.
2. Debe tratar igualitariamente a ambas, en todas las circunstancias y fases del procedimiento.
3. Debe cumplir con el examen y análisis sobre el litigio en cuestión, en forma concienzuda e irreprochable.
4. Debe tratar cortés y pacientemente a las partes, sus abogados, asesores, testigos y demás participantes.
5. Debe otorgar el derecho a los encausados para que se personen y puedan ser oídos, después de haber previsto convenientemente las vistas con la suficiente antelación.
6. Debe autorizar a que se hagan representar las partes, si lo desean, de manera y forma debida.

²⁸ Roca, *op.cit.*, p.104.

7. No deberá continuar el procedimiento por defecto de notificación, excepto cuando se asegurase de que la parte no compareció pese a ser notificada en tiempo y forma debida.

8. Puede plantear cuestiones, llamar a testigos, reclamar en caso de necesidad documentos y cualquier otra prueba.

A modo de corolario de este apartado podemos afirmar que, el árbitro debe asumir lealmente su misión de confianza, no utilizando en su provecho la confidencialidad de las informaciones y, respecto a las personas que participan en el proceso, deberá ser independiente, profesional, eficaz y prudente²⁹.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO

Íntimamente relacionado con la independencia e imparcialidad del árbitro como criterios de selección, se encuentra la cuestión de su responsabilidad, ya sea del propio árbitro, ya de la institución que administra el arbitraje. En este apartado estudiaremos los supuestos que dan lugar a la responsabilidad, y las consecuencias que los mismos producen: la recusación, la revocación y la sustitución.

1. Supuestos de Responsabilidad

El Código de Comercio no señala los supuestos de responsabilidad, limitándose tan sólo a señalar que un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes (artículo 1428, 2º párrafo).

²⁹ La mayoría de las legislaciones, así como de los reglamentos de arbitraje, jurisprudencia y doctrina, consideran como fundamentales en el árbitro la imparcialidad y la independencia. Así por ejemplo, el artículo 1428 del Código de Comercio, que exige al árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento, revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas de su imparcialidad e independencia.

Ahora bien, entendiendo que el encargo que se hace al árbitro está basado en la buena fe y en la confianza depositada en la persona, y que éste es un profesional encargado de prestar un servicio, podría por analogía entenderse que la responsabilidad de los árbitros se centra básicamente en los supuestos de dolo y negligencia inexcusable.

Los supuestos serían pues los mismos que darían lugar a la nulidad del laudo, señalando, a modo enunciativo y no limitativo:

- a) La no aplicación del derecho que debiera, por ignorancia inexcusable o negligencia;
- b) Cuando conculcase reglas procedimentales, poniendo en peligro principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes;
- c) Cuando dictase el laudo fuera del plazo al que se hubieran comprometido las partes o estuviera reglamentariamente determinado;
- d) Cuando se extralimite en los poderes y facultades otorgadas por las partes en la búsqueda de solución al conflicto; y
- e) Cuando el laudo fuera contrario al orden público.

2. Responsabilidad del Organismo Administrador

Análogamente puede hablarse de responsabilidad del órgano administrador del arbitraje si éste fuera institucional.

Así, podría pensarse en el caso de que el organismo se negase sin causa justificada a nombrar un árbitro, o que el nombrado careciese de las cualidades materiales, profesionales y morales exigidas. Asimismo, por omisiones en el procedimiento o acciones que extralimitasen su competencia y función, pudiendo ser en estos casos responsable de las consecuencias perjudiciales que se deriven.

En suma, la responsabilidad dependerá de si la calificación de la acción u omisión da lugar a reparar daños y perjuicios, y de si ésta afecta en forma sustancial, directa, probada y grave al objeto de la controversia.

3. Recusación, Revocación y Sustitución

La recusación está prevista en casi todas las legislaciones, ya que es una de las garantías que tienen las partes para asegurar que la decisión que se emita lo sea por una persona imparcial.

En la legislación mexicana, el Código de Comercio la contempla en sus artículos 1428 y 1429, siguiendo la Ley Modelo UNCITRAL. No establece el Código una lista uniforme de causas de recusación, lo que por otro lado parece imposible, sino que conecta éstas con la controversia de que se trate (por ejemplo, intereses económicos concurrentes). El Código se refiere a *las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de la independencia del árbitro, según cada caso concreto*.

En cuanto al procedimiento, señala el artículo 1429 que será el que las partes acuerden libremente y, en su defecto, la parte que inicie la acción deberá comunicarlo al tribunal arbitral dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento del hecho o circunstancia que dé lugar a la recusación.

En este punto el árbitro recusado podrá renunciar a su cargo, y si no lo hiciere, será el tribunal el que decidirá sobre dicha revocación. Si tampoco la aceptase, la parte recusante podrá, en el término de treinta días, solicitarlo al juez; la decisión de éste será inapelable.

En cuanto a la revocación, se refiere a los casos en que el árbitro se niegue a ejercer sus funciones o sea manifiestamente incapaz de desarrollar su cometido con las debidas garantías. Esta acción está prevista en el artículo 1430 del Código de Comercio, que señala que el árbitro (en estos supuestos) cesará en el cargo si renuncia o si las

partes acuerdan su remoción. En caso de desacuerdo será el juez quien decida, siendo inapelable su decisión.

El artículo 1431, en lógica continuación, tipifica que en los casos anteriores (recusación, renuncia, cese o remoción) se procederá a nombrar un sustituto conforme al mismo procedimiento que se siguió para designar al árbitro que se ha de sustituir.

V. REFLEXIONES FINALES

1. Sería una utopía pensar que existe un árbitro ideal; sin embargo, como toda utopía, merecería tender hacia ella. Los árbitros son seres humanos, que pueden tener actitudes injustas o imprevisibles; una adecuada selección pretende evitar estos riesgos.

2. Si las partes tienen libertad para escoger su propio juez, esta libertad conlleva también la responsabilidad de una selección inteligente.

3. Las cualidades aquí analizadas no son panacea ni receta de éxito, pero sí pretenden recoger los elementos que, a nuestro juicio, las partes deben analizar o considerar a la hora de hacer su selección.

4. Consecuencia de lo anterior es la asunción por las partes de los riesgos y las repercusiones de su decisión libre; es decir, de nombrar para ellas lo que, en palabras de Platón, es:

«el más sagrado de los tribunales, aquel que las mismas partes hayan creado y elegido de común consentimiento».