Ética del árbitro

*Por Leandro Caputo**

I. *Presentación del tema*.

El objeto de esta exposición está dado por la ética del árbitro.

Como veremos a lo largo de la misma, la cuestión tiene distintas aristas, pues, en primer lugar debemos conceptualizar qué concretos deberes jurídicos se imponen al árbitro de forma tal de considerar que su actuación es ética, y en segundo lugar, analizar la trascendencia que cabe reconocer a dichas obligaciones.

Para abordar el tema es necesario recurrir tanto a las normas legales (de fuente interna e internacional) como a los reglamentos a los que las partes sujetan la resolución del conflicto, y finalmente, a las recomendaciones y, en cierto modo, recopilaciones de usos, costumbres y prácticas, que proveen las asociaciones internacionales de abogados.

II. *¿Qué implica jurídicamente la ética del árbitro?*

Ni las normas legales argentinas (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ni la Convención de Nueva York) hacen referencia a la ética del árbitro. Tampoco los reglamentos de uso más extendido (CCI, LCIA, UNCITRAL).

No obstante ello, la IBA ha emitido las "Rules of Ethics for International Arbitrators" (las "Reglas"), una suerte de antecesora de sus famosas "Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional" (las "Directrices"); asimismo, se ha confeccionado el "Code of Ethics for Arbitrators in Commercial

Disputes" elaborado por la American Arbitration Association y la American Bar Association (el "Código"). Antes de avanzar en el análisis siguiente, cabe recordar que este tipo de reglas y directrices emitidas por asociaciones internacionales de abogados no constituyen normativa, de modo tal que no son obligatorias ni prevalecen sobre las normas aplicables a las que las partes hayan sometido.

En las Reglas, se eleva al rol de regla fundamental que los árbitros deben proceder de manera diligente y eficiente a brindar a las partes una resolución justa y efectiva de sus disputas, y deben ser y permanecer imparciales ("*free from bias*"). Anteriormente, en sus considerandos, recomiendan que los árbitros internacionales deberían ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos.

Estas menciones nos dan una pauta de primera aproximación a la delimitación de la conducta que debe seguir un árbitro.

Así, podemos sostener que el árbitro debe actuar con diligencia, competencia (en sentido de probidad), eficiencia, independencia e imparcialidad. Veremos más adelante el sentido puntual que cabe asignar a estas dos últimas características.

No terminan aquí, sin embargo, las obligaciones del árbitro, pues éste debe satisfacer otros requisitos, entre los que interesa destacar el tenor de su contacto con las partes. Finalmente, hay otros, de carácter menor, como tener tiempo suficiente para dedicar al proceso arbitral y conocer adecuadamente el idioma en que se desarrollará el arbitraje

III. *Independencia, imparcialidad y neutralidad del árbitro.*

Siguiendo lo ya anticipado, cabe consignar que un árbitro debe actuar con independencia e imparcialidad. Estas notas características

están previstas en las recomendaciones ya referidas, como así también en los reglamentos de la CCI, de UNCITRAL, de la LCIA.

Sin embargo, ninguno de estos reglamentos proporciona una definición sobre dichos conceptos, limitándose a señalar que el árbitro, incluso el designado por la parte, debe reunir dichas características y mantenerlas durante todo el curso del procedimiento.

La experiencia ha permitido delinear la independencia como la ausencia de vínculos entre el árbitro y (i) la parte; (ii) sus abogados; (iii) los otros árbitros que integran el tribunal, y (iv) los expertos que actúen en el proceso.

Es importante señalar que la independencia del árbitro debe ser tal incluso respecto de los abogados que representan a las partes y de los restantes árbitros del panel. Respecto a los abogados, vale destacar que la cuestión debe ser analizada en términos amplios, es decir, debe analizar la relación entre el árbitro y el estudio al cual pertenece con los abogados de la parte y la firma que integran. Ello nos lleva a tener que considerar cuál es alcance que cabe dar al estudio jurídico al cual pertenecen los abogados de la parte, pues puede tratarse de una firma internacional, sea por tener oficinas en diversos países o bien, por ser parte de una red o alianza internacional de firmas legales.

La imparcialidad refiere a no favorecer a una de partes o bien a que el árbitro no tenga ya una posición definida en relación con la materia en disputa.

Finalmente, una característica que ha sido, tal vez, injustamente subestimada es la neutralidad del árbitro. ¿Existe un concepto autónomo de neutralidad, es decir, que imponga obligaciones distintas a la independencia y a la imparcialidad? Puede advertirse, por ejemplo, que

en el Código se establece que ser neutral implica ser independiente e imparcial.

En nuestra opinión, sin embargo, la respuesta a aquella pregunta es afirmativa. La neutralidad implica que el árbitro debe tomar distancia de sus propios valores legales, culturales, religiosos o políticos a la hora de conducir el proceso.

Si bien la neutralidad no está exigida a la par de la independencia y la imparcialidad en los reglamentos, lo cierto es que la disposición contenida en varios reglamentos que, salvo acuerdo de partes, impone que el árbitro único o el presidente del tribunal sean de nacionalidad distinta a las partes refleja precisamente la nota de neutralidad.

Sin embargo, ella no se agota allí.

En la conducción del proceso el árbitro tiene que comprender las razones culturales (en sentido amplio) que motivan las posturas que adoptan las partes. Pensemos, por ejemplo, en una petición de *discovery* formulada en un proceso arbitral en el que intervienen abogados sajones y latinos y un árbitro sajón. Sin duda, éste se verá naturalmente (*culturalmente*) inclinado a aceptarla sin más y con la máxima extensión, tal como es la práctica en los EEUU. Ello puede provocar sorpresa en abogados latinos, en cuyos países, aquella práctica de exhibición de documentos es desconocida. Al momento de resolver la cuestión, el árbitro sajón tendrá que entender bien esta diferencia cultural, pues de lo contrario puede incurrir en un caso de falta de neutralidad y provocar un serio perjuicio a una parte.

En nuestro criterio, la exigencia de neutralidad, puntualmente en lo referente a la distinta nacionalidad del árbitro único o presidente del tribunal, debe concretarse no sólo respecto de las partes, sino también que en ciertos supuestos, también con relación a los abogados. Piénsese

el caso en el cual luego de la designación de un árbitro único de una nacionalidad ajena a los elementos del caso (sede del arbitraje, ley y procedimiento aplicables, lugares de celebración y ejecución del contrato) sobreviene un cambio súbito e injustificado de abogados de una de las partes para designar a una firma de la misma nacionalidad del árbitro. En este caso, el árbitro único deberá ser consciente de las implicaciones de ese cambio de abogados y actuar en consecuencia.

Respecto de las circunstancias que pueden afectar la independencia (en términos genéricos) del árbitro es útil guiarse con los listados proporcionados por las Directrices, con su amplia casuística reflejada en los listados rojo, naranja y verde.

IV. *Ser y permanecer.*

Las características que antes mencionamos, y puntualmente, la independencia, pues en la imparcialidad y en la neutralidad nos parece que la cuestión va de suyo naturalmente, deben ser reunidas por el árbitro al momento de su designación, pero también durante todo el curso del proceso. Piénsese, en este sentido, en que el árbitro puede ser independiente hoy, pero luego puede, involuntariamente y hasta siendo ignorante de ello, perder esa característica. Adviértase que un árbitro puede pertenecer a una firma de abogados con oficinas en distintos países y que la oficina de un país distinto al del árbitro entre a prestar servicios legales a una sociedad vinculada a alguna de las partes en el árbitro. El caso podría demostrar una pérdida de independencia que el árbitro podría desconocer.

V. *¿Cómo se materializa el cumplimiento de estos deberes? La importancia del deber de informar.*

Tanto los reglamentos como las recomendaciones exigen que el árbitro reúna las características apuntadas al momento de su designación como así también durante todo el curso del procedimiento.

En este sentido, adquiere gran importancia en todo momento el deber de revelación a cargo del árbitro que ha ganado un espacio fundamental en los últimos tiempos.

En primer lugar, el potencial árbitro o árbitro ya designado debe agotar todos los medios a su alcance para cerciorarse que cumpla los requisitos aludidos.

Si no está satisfecho luego de esa indagación, es decir, si tiene dudas sobre su independencia, imparcialidad o neutralidad debería declinar su designación.

En segundo lugar, se exige al árbitro que informe, tan pronto le sea posible, de toda circunstancia sobreviniente a su designación que aún no constituyendo una causa de recusación, a los ojos de una persona con buen juicio y con conocimiento del asunto podría llegar a la conclusión de que probablemente la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso. Se ha entendido también que es a los ojos de las partes que el árbitro no debe dejar dudas en cuanto a su independencia, imparcialidad y neutralidad (Directrices de la IBA). Si bien es difícil asignarle una consecuencia práctica derivada de un derecho, debe notarse que es importante mantener la confianza de las partes en el árbitro.

Es por ello que los reglamentos exigen a los árbitros la pronta revelación de cualquier circunstancia que pudiera poner en duda su independencia.

En caso de duda sobre si una circunstancia debe o no revelarse, es deber del árbitro revelarla. Ésto es sumamente importante, por diversas

razones. Por un lado, porque como ya dijimos, los reglamentos tratan la cuestión de manera muy genérica, lo cual no debe ser utilizado como una excusa, sino como un plafón que da suficiente flexibilidad para que se cumpla el objetivo de contar con un árbitro en condiciones. Por otro lado, las características mismas de un arbitraje internacional hacen muy difícil que la parte pueda conocer las circunstancias que hacen a las relaciones del árbitro y a sus antecedentes.

Por lo tanto, aún cuando las Directrices no son normas obligatorias, es muy útil que los potenciales árbitros o árbitros ya designados las tomen en consideración a la hora de realizar su declaración de independencia, y que no se escuden en que la aplicación de ellos no ha sido estipulada por las parte ni exigida por el reglamento al que éstas hayan sometido la resolución de la disputa.

La importancia del deber de revelación quedó de manifiesto con la sentencia que la Justicia Francesa dictó en el caso “Tecnimon” mediante la cual se consideró que el tribunal no había estado bien constituido por cuanto el árbitro había omitido mencionar la existencia de cierta relación que por sí no otorgaba fundamento para recusarlo. No obstante esto último, la omisión de revelación fue considerada en sí misma una falta de suficiente gravedad del deber del árbitro. A igual conclusión había llegado la jurisprudencia norteamericana en el caso *Commonwealth Coatings*.

Como ha dicho importante doctrina francesa hoy en día, el deber de revelación se presenta como más importante aún que las características antes reseñadas, pues incumplido aquél, el arbitraje sería susceptible de ser recusado aun cuando el hecho no informado no diera lugar a ese cuestionamiento.

La omisión de revelar da apariencia de parcialidad.

Cabe señalar que el hecho que el árbitro revele alguna circunstancia no implica que no se considere independiente. Son distintos los tests aplicables a la obligación de informar y a la recusación.

Debe advertirse que la eficacia de los mecanismos de recusación de los árbitros está en cierto punto supeditada al cumplimiento por parte del árbitro de su deber de información.

En cuanto a su alcance, el árbitro o potencial árbitro debe informar sobre cualquier relación actual o pasada de cierta relevancia de naturaleza financiera, de negocios, profesional o personal con las partes, sus abogados y los restantes árbitros.

En resumen, el árbitro independiente que no revela información podría ser recusado por esa sola omisión, mientras que el solo hecho de la revelación no pone al árbitro en posición de ser recusado.

VI. *Consecuencias.*

Bien se ha dicho que los deberes del árbitro no se dirigen sólo hacia las partes, sino también al proceso en sí mismo, como menciona expresamente el Código.

La falta de cumplimiento de los deberes apuntados derivaría en la posibilidad de recusar al árbitro o bien, la nulidad del laudo por indebida constitución del tribunal arbitral. En esta dirección se expidió la Sala C de la CNCom. en la causa “American Restaurants Inc., y otros c. Outbank Steakhouse Int. s. Queja”, al encuadra la indebida constitución del tribunal arbitral como una falta esencial del procedimiento. Ello podría involucrar una cuestión de orden público, como es el respeto al debido proceso adjetivo.

La actuación del árbitro como aspecto trascendente al lado que dicta se vincula con el deber que algunos reglamentos (por ejemplo, el de

la CCI) imponen sobre los árbitros de esforzarse siempre para que el laudo sea ejecutable.

VII. *La comunicación con las partes.*

Se trata de un tema muy delicado, pues es inverosímil sostener que la parte o sus abogados no pueden tener ninguna relación o contacto previo con el árbitro.

De hecho, el potencial árbitro necesita estar en contacto con la parte o sus abogados para analizar correctamente si reúne las características de independencia, imparcialidad y neutralidad.

Asimismo, la parte o sus abogados podrán indagarlo sobre disponibilidad de tiempo y conocimiento del idioma.

Siguiendo las Reglas, algunos árbitros, sobre todo presidentes de tribunales, al ser contactados por una de las partes, requieren el consentimiento de los otros árbitros para llevar adelante ese contacto unilateral con una de las partes.

También es aceptable que el árbitro designado a instancias de una parte se ponga en contacto con ésta para requerirle su opinión sobre la designación del árbitro tercero.

Lo que el árbitro debe evitar es un contacto unilateral con la parte sobre aspectos que hacen al curso del procedimiento o la solución del caso. En las recientes "IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration" (25 de mayo de 2013) su artículo 7 dispone que salvo acuerdo entre las partes, éstas deben evitar contacto unilateral con los árbitros en relación con el proceso arbitral, salvo en las siguientes circunstancias: a) para conocer su experiencia, conocimiento, disponibilidad, voluntad y eventual conflicto de intereses para ser designado árbitro; b) para acordar la designación del tercer árbitro; c) en

caso de acuerdo entre las partes, para conocer los puntos mencionados en a) respecto del tercer árbitro, d) para referirle en términos generales los antecedentes del conflicto, pero sin requerir su opinión.

Finalmente, el árbitro no debería pedir ningún regalo u hospitalidad sustancial directa o indirectamente. Asimismo, los árbitros únicos y presidentes del tribunal, según las Reglas, deberían evitar contacto social significativo con las partes o sus abogados.

VIII. *El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*

El Cpr. no ha prestado, en su antigua y actualmente inapropiada regulación sobre arbitraje estas cuestiones, debida atención a estas cuestiones, pues se ha limitado a reproducir el esquema de recusación judicial, incluso con limitaciones y cuestiones sorprendentes en el caso de los amigables componedores.

Es por ello que en la práctica de los arbitrajes locales podría aprovecharse, enriqueciéndolos, la extensa experiencia desarrollada en el campo del arbitraje internacional para superar las limitadas causales previstas en el ordenamiento ritual argentino, más previstas para la recusación de un juez que para la de un árbitro, situación que presenta una mayor dinámica y complejidad y por lo tanto, un abanico de situaciones muchos más amplia y casuística.

VII. *Otros deberes de los árbitros.*

Otros deberes que se imponen al árbitro son:

i) no arreglar honorarios unilateralmente con la parte que lo propone. Éste es un deber importantísimo en cabeza del árbitro, pues a todos los integrantes del tribunal arbitral deberá pagársele lo mismo, con la leve excepción a favor

del presidente del tribunal, como reconocimiento de la tarea administrativa que despliega en ese rol;

ii) dedicar al proceso arbitral el tiempo necesario en función de la importancia del caso;

iii) mantener la estricta confidencialidad durante las deliberaciones con sus colegas;

iv) permanecer en el tribunal, evitando renuncias convenientes para la parte que lo designó. Es importante que el árbitro no se preste a maniobras para permitir la reconstitución del tribunal una vez que el mismo está constituido, para permitirle a la parte un indebido intento de "acercamiento" al presidente del tribunal;

v) dirigir el proceso de acuerdo a la ley, y

vi) dictar el laudo en término.

Conclusión: el arbitraje vale tanto como vale el árbitro.

**El Dr. Leandro Caputo es abogado, especialista en arbitraje y amicable dispute resolution (ADR), asociado de Brochou, Fernández Madero & Lombardi Abogados.*