

FUNDAMENTOS, CRITERIOS, PROCEDIMIENTO Y CREDIBILIDAD EN LA SELECCIÓN DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

THE SELECTION OF THE ARBITRATORS

Dr. Carlos Alberto Matheus López *
Perú

ABSTRACT

This article addresses the important issue of the selection of the arbitrator. The criticisms that have been raised against the system of party-appointed arbitrator, as well as the foundations of this and the responses to criticism, are analyzed. Then the objective factors of selection are detailed, such as the number of arbitrators, expertise of the arbitrator, nationality, language, availability, among others. Also examine the subjective factors of selection, observing here the tools that allow verifying the compatibility of personalities of the arbitrators. Then we propose some practical steps to select an arbitrator, and some guidelines that should be followed to practice an appropriate pre-appointment interview. Finally, we analyze some mechanisms that allow verifying the truth of the information given by the arbitrator in the interview.

Keywords: Arbitrator, Party-appointed Arbitrator, Selection of an Arbitrator, Objective Factors, Subjective Factors, Practical Steps to Selection , Pre-appointment Interview, Interview and Credibility.

RESUMEN

El presente artículo aborda el trascendental tema de la selección del árbitro. Se analizan así las críticas que se han planteado contra el sistema de designación de parte, como también los fundamentos de éste y las respuestas frente a las críticas. Luego se detallan los criterios objetivos de selección, tales como el número de árbitros, la calificación profesional, la nacionalidad, el idioma, la disponibilidad, entre otros. Seguidamente se abordan los criterios subjetivos de selección, observándose aquí las herramientas que permiten verificar la compatibilidad de personalidades de los árbitros. Postulando luego un procedimiento práctico para llevar a cabo la selección del árbitro. Seguidamente, algunas pautas que deben seguirse para la entrevista de los candidatos. Finalizando con el análisis de algunas herramientas que permiten verificar la veracidad de la información dada por el árbitro en la entrevista.

Palabras claves: Árbitro, Árbitro Designado de Parte, Selección del Árbitro, Factores Objetivos, Factores Subjetivos, Procedimiento de Selección, Entrevista de Candidatos, Entrevista y Credibilidad.

EVALUACIÓN POR PAR ACADÉMICO POSITIVA PARA SU PUBLICACIÓN EN LA REVISTA VASCA DE DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE.

Evaluación recibida el día veinte de marzo de 2018.

* Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Catedrático de Derecho de Arbitraje de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro Profesional y Consultor en Arbitraje - www.cmlarbitration.com

EL PAR ACADÉMICO EVALUADOR HA AUTORIZADO PARA QUE SEA CONOCIDA SU IDENTIDAD.

PAR ACADÉMICO EVALUADOR: Profa. Dra. Rosa Pérez Martell, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

* * *

1. INTRODUCCIÓN

La selección del árbitro es la parte más importante del arbitraje y afecta diversos temas axiales de éste¹. Por ello, bien reza un viejo adagio de origen francófono “Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage”, o lo que es lo mismo en inglés y en castellano, “An arbitration is only as good as the arbitrator”, “el arbitraje vale lo que vale el árbitro”.

Por ello, las partes deben tomarse el tiempo necesario para sopesar adecuadamente todos los factores en juego. No obstante, si bien en el arbitraje *ad hoc*, al ser las partes quienes establecen el plazo en el convenio arbitral, podría contarse con un tiempo adecuado para realizar esta selección, ello no suele suceder comúnmente. Y por su parte, en el arbitraje institucional, la mayoría de reglamentos institucionales establecen límites temporales muy cortos para este importante proceso².

Asimismo, la posición de parte genera una diferencia temporal, pues el demandante, al ser el primero en designar, cuenta con más tiempo para sopesar la selección de su árbitro³, en tanto el demandado, generalmente, está más presionado por el tiempo y debe hacer su selección dentro de un lapso más limitado.

Una de las características del arbitraje es que las partes designan a sus árbitros, lo cual implica diversas ventajas objetivas, tales como posibilitar la selección de alguien con una específica calificación profesional, experiencia, prestigio, manejo idiomático, etc. Además, el hecho de poder las partes designar a sus árbitros, genera en éstas el efecto psicológico de creer que influyen de cierto modo en el futuro laudo arbitral a emitirse, amén de incrementar su confianza en la integridad del proceso⁴.

2. CRÍTICAS AL SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE PARTE

No obstante lo antes señalado, el sistema de designación de parte no ha estado exento de algunas críticas, como las que a continuación detallamos.

En tal sentido, el profesor Jan Paulsson ha señalado que la designación de parte es incompatible con la premisa axial del arbitraje (independencia e imparcialidad de los árbitros), por lo que se debe prohibir o al menos controlar rigurosamente su práctica⁵.

¹ Con similar parecer Carbonneau, Thomas E. “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements” en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volumen 36, Tennessee, 2003, pág. 1209, nos señala que “La selección de los árbitros es quizá el aspecto más crítico de cualquier arbitraje. Elegir a los árbitros correctos es instrumental a la eficiencia y eficacia del arbitraje”.

² Con similar parecer Carter, James H. “The Selection of Arbitrators” en *The American Review of International Arbitration*, Volumen 5, New York, 1994, pág. 84.

³ Con igual parecer Giorgetti, Chiara “Who Decides Who Decides In International Investment Arbitration” en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Volumen 35:2, Philadelphia, 2013, pág. 445.

⁴ Ver Matheus López, Carlos Alberto “La Selección del Árbitro en el Arbitraje Doméstico e Internacional”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014, pág. 7.

⁵ Ver Paulsson, Jan “Moral Hazard in International Dispute Resolution” en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, N° 2, 2010, págs. 339-355.

Igualmente, el profesor Albert Jan Van den Berg, en un estudio que realizó, nos indica que son los árbitros de la parte perdedora quienes emiten opiniones disidentes, siendo la raíz del problema la designación de parte⁶.

Por su parte, el profesor Hans Smit afirma que la designación de parte es una institución perniciosa⁷.

Además de este “sesgo inconsciente” -o parcialidad- del árbitro hacia la parte que lo designó, sostenido -en el fondo- por los previos autores, la profesora Rogers enfoca su preocupación en el denominado “pensamiento grupal”⁸, que operaría en los tribunales arbitrales, e importa que un grupo toma decisiones fallidas porque la propia presión del grupo conduce a sus miembros a una disminución de las habilidades mentales, a un deterioro del juicio moral y a evaluar equivocadamente la realidad ignorando posibles alternativas⁹.

Por otra parte, se sostiene además que la “asimetría informativa” es otro problema que impide una adecuada selección por las partes¹⁰ de un árbitro plenamente independiente e imparcial, dadas las ventajas informativas que poseen los viejos actores del arbitraje frente a los nuevos, las grandes empresas frente a las pequeñas, los inversionistas frente a los estados, y las grandes firmas de abogados frente a las pequeñas¹¹.

3. FUNDAMENTOS -Y SOLUCIONES- DEL SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE PARTE

El sistema de designación de parte, como el arbitraje todo, se fundamenta en la autonomía de voluntad. Y es precisamente esta última, la que permite superar las diversas críticas planteadas. Así, por ejemplo, la independencia e imparcialidad del árbitro, puede fortalecerse a través de la designación conjunta de todos los árbitros, de una designación híbrida de éstos¹², o bien de la aceptación del árbitro no neutral, etc.

Asimismo, el derecho de la parte a designar a su árbitro es uno de los factores -y quizá el más importante¹³- que aporta confianza¹⁴ y le da legitimidad¹⁵ al sistema¹⁶. Siendo

⁶ Ver Jan Van den Ver, Albert “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration” en *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Mahnouth H. Arsanjani, Jacob Katz Cogan, Robert D. Sloane and Siegfried Wiessner editores, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2011, págs. 821-843.

⁷ Ver Smit, Hans “Is the Party-appointed Arbitrator a “Pernicious Institution”” en *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, N° 33, 24 de Diciembre de 2010, págs. 1-3.

⁸ Ver Rogers, Catherine “A Window into the Soul of International Arbitration: Arbitrator Selection, Transparency and Stakeholder Interests” en *Victoria University of Wellington Law Review*, N° 46, Wellington, 2015, pág. 1181.

⁹ Ver Janis, Irving L. “Pensamiento Grupal” en *Revista de Psicología Social*, Volumen 2, 1987, La Coruña, pág. 135.

¹⁰ Ver Greenwood, Lucy “Tipping the Balance – Diversity and Inclusion in International Arbitration” en *Arbitration International*, N° 1, Londres, 2017, págs. 105-106.

¹¹ Con similar parecer Rogers, “A Window...”, ob. cit., pág. 1186.

¹² Como, por ejemplo *e inter alia*, que cada parte alcance una lista de 7 árbitros a la otra, y ésta a su vez designe de aquella a un árbitro de parte. Los cuales a su vez designarán al presidente del tribunal arbitral.

¹³ Con similar parecer Sacerdotti, Giorgio “Is the Party-appointed Arbitrator a “Pernicious Institution”? A Reply to Professor Hans Smit” en *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, N° 35, 15 de Abril de 2011, pág. 2, nos señala que “La capacidad de seleccionar árbitros es preponderante entre los elementos que favorecen el arbitraje, ya que refleja las expectativas de la parte que lo designó con respecto a la nacionalidad, el idioma, los antecedentes culturales y la experiencia jurídica y técnica”.

además un componente de la cultura arbitral, cuya su práctica se encuentra enraizada en el tiempo¹⁷.

Y respecto al “pensamiento grupal”, pues el mismo profesor Janis sugirió la solución al problema, esto es, que uno de los miembros del grupo cumpla el rol de “abogado del diablo”, cuestionando las ideas del grupo, tal rol debe ser rotativo y asignado a los miembros más capaces de éste, a fin de que el *Advocatus Diaboli* presente sus ideas alternativas sin estridencia ni insolencia, pero sí de la forma más clara y convincente posible¹⁸. Y como puede verse, estas características son precisamente las requeridas por un buen árbitro de parte, pues si -por contra- éste actuara de manera abiertamente parcial, el presidente del tribunal arbitral no tardaría en percatarse del hecho y la influencia de aquel en las deliberaciones quedaría ampliamente reducida¹⁹. En tal forma, el árbitro de parte es una importante característica estructural de los tribunales arbitrales, donde la amenaza y la realidad potencial de que se emita un voto disidente es parte del proceso deliberativo y, además, un factor que promueve la responsabilidad²⁰.

Finalmente, la solución al problema de la “asimetría informativa” que existe entre las partes, es facilitar públicamente el acceso a la información sobre los árbitros que nos permita llevar a cabo una verificación, *inter alia*, de su independencia e imparcialidad, posibili-

¹⁴ Con similar parecer Schneider, Michael E. “President’s Message. Forbidding Unilateral Appointments of Arbitrators - A Case of Vicarious Hypochondria?” en *ASA Bulletin*, N° 2, Países Bajos, 2011, págs. 274-275, nos señala que este sistema genera “la confianza de una parte en que, junto al presidente “neutral”, existe al menos un miembro del tribunal que tiene alguna simpatía por ésta (la cual no debería afectar su imparcialidad). Esta consideración de simpatía o afinidad parece ser de gran importancia para muchas partes, en particular en el arbitraje internacional, donde las partes y los tribunales a menudo son de una amplia diversidad cultural”.

¹⁵ Con criterio semejante Sacerdotti, “Is the Party-appointed...”, ob. cit., pág. 2, nos señala que “La aceptación del resultado final (el laudo) por las partes, se ve reforzada por su confianza en el proceso arbitral, donde el consentimiento -incluido el consentimiento respecto del adjudicador- reemplaza a la autoridad judicial”.

¹⁶ Con similar criterio Cleis, Marie Nicole “The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators. Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestion”, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, págs.27-28, nos señala que “Las designaciones de parte persiguen un objetivo legítimo en la medida en que aseguran la aceptación de las partes en un sistema que, de otro modo, estaría plagado de incertidumbre e imprevisibilidad. A los ojos de las partes, su control sobre la designación de los que toman las decisiones atenúa la incertidumbre causada por el alto grado de discreción de los árbitros (...), y a sus variados antecedentes ideológicos, políticos y nacionales. Ello mejora la aceptabilidad de los laudos, ya que las partes están seguras de que sus argumentos fueron escuchados y que la decisión fue tomada por un órgano competente y calificado”.

¹⁷ Con similar parecer Kidane, Won L. “The Culture of International Arbitration”, Oxford University Press, EE.UU., 2017, pág. 7, nos señala que “el rol de la cultura debe ser aún tomado en cuenta, pues ésta podría afectar la selección de los árbitros, la conducción del procedimiento, la determinación de los hechos, la interpretación del derecho, el costo y la eficacia del procedimiento, y aún más importante, la equidad y precisión del resultado del caso de muchas profundas maneras”.

¹⁸ Ver MacDougal, Colin y Baum, Frances “The Devil’s Advocate: A Strategy to Avoid Groupthink and Stimulate Discussion in Focus Group” en *Qualitative Health Research*, N° 4, 1997, Utah, pág. 534-535.

¹⁹ Ver Matheus López, Carlos “Practical Criteria for Selecting International Arbitrators” en *Journal of International Arbitration*, N° 6, Países Bajos, 2014, pág. 799.

²⁰ Con similar parecer Rogers, “A Window...”, ob. cit., pág. 1185.

tando así a ambas partes una adecuada selección de su árbitro²¹. Para ello, el empleo de una plataforma virtual deviene ideal, como es el caso de “Arbitrator Intelligence”²² o, en el caso peruano -para el arbitraje administrativo-, el denominado “Record Arbitral”²³.

4. CRITERIOS OBJETIVOS DE SELECCIÓN

Dentro de los criterios de carácter objetivo que deben tomarse en cuenta para llevar a cabo una adecuada selección del árbitro, tenemos los que a continuación se detallan.

4.1. NÚMERO

Un primer tema a determinar es el número de árbitros que deben ser seleccionados, lo cual suele estar establecido en el convenio arbitral o bien en el reglamento institucional.

En la práctica internacional, los números preponderantes son el 1 y el 3, siendo a su vez la dominante, entre ambas opciones, el tribunal arbitral trino. En razón a que este número permite a cada una de las partes designar a uno de los tres árbitros, lo cual genera que éstas sientan confianza -objetiva y psicológica- en la integridad del sistema²⁴.

Y si bien, como vemos, la regla es que sea impar el número de árbitros que conforman el tribunal, existen algunas regulaciones que permiten los tribunales pares, como es el caso de la Arbitration Act Inglesa de 1996, cuyas secciones 15 y 21 permiten un tribunal par. E igualmente, las secciones 23 y 30 de la Hong Kong Arbitration Ordinance de 2011. Si bien, en ambos casos, en el supuesto de que no se obtenga un voto unánime se recurre a la figura del Umpire.

Cabe observar que el artículo 10, inciso 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI (LMC), no establece como regla la imparidad, permitiendo así los tribunales pares. Como es el caso peruano, cuyo artículo 19 del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (DLA) -tributario de la LMC- nos señala que “*Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros*”²⁵.

4.2. CALIFICACIÓN PROFESIONAL

Un segundo tema a considerar es la calificación profesional del árbitro, pues en atención al tipo de arbitraje -equidad o derecho- y a la materia sustantiva y/o aspectos técnicos de la controversia, deberá designarse a un árbitro que sea técnico o abogado. Ahora, si bien algunos podrían argumentar que los árbitros deben ser siempre abogados, pues los conceptos técnicos los suministrará el perito. Resulta obvio que un técnico dentro del tribunal arbitral podrá explicar estos temas a los otros árbitros mucho mejor que un perito e incluso determinar

²¹ Con similar parecer Greenwood, “Tipping the...”, ob. cit., pág. 107; con similar parecer Rogers, “A Window...”, ob. cit., pág. 1187.

²² Plataforma virtual creada por la profesora Rogers, la cual puede consultarse en www.arbitratorintelligence.org

²³ Plataforma virtual creada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la cual puede consultarse en <http://prodapp2.seace.gob.pe/recordarbitral/>

²⁴ Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., págs. 6-7.

²⁵ Obsérvese su diferencia con el -equivalente- artículo 12 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, el cual nos señala que “*Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro*”.

algún error o insuficiencia contenido en una pericia²⁶. Además, no obstante se elija a un técnico o a un abogado, éste debe contar con un manejo del derecho de arbitraje, pues, en caso contrario, incurriría en diversos errores *-in procedendo-* que podrían acarrear la anulación del laudo arbitral²⁷.

4.3. NACIONALIDAD

Un tercer elemento a tomar en cuenta es la nacionalidad del árbitro. Siendo la regla general que el color del pasaporte de éste no es obstáculo para que se desempeñe como árbitro. Este es el criterio establecido en el artículo 11, inciso 1, de la LMC. Como también en el artículo 20 del DLA -que sigue a la LMC- el cual nos señala que “*Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro*”.

No obstante, podemos encontrar excepciones a esta regla tanto a nivel convencional, legislativo, como institucional.

A nivel convencional, el artículo 39 del Convenio CIADI nos señala que la mayoría de los árbitros no pueden tener la nacionalidad del inversionista, ni del Estado receptor de la inversión.

A nivel legislativo, el artículo 11, incisos 1 y 4, de la Ley de Arbitraje de Irán prescribe que no se puede pactar que los árbitros tengan la misma nacionalidad de la otra parte. Y en caso de designación residual judicial, que el árbitro presidente deberá tener una nacionalidad distinta a la de las partes y el árbitro de la parte renuente no puede ser de la misma nacionalidad de la otra parte.

A nivel institucional, el artículo 6, inciso 1, del Reglamento de Arbitraje de la LCIA establece que cuando las partes sean de nacionalidades diferentes, el árbitro único o el árbitro presidente no pueden tener la misma nacionalidad de alguna de éstas²⁸.

4.4. IDIOMA

Un cuarto tema a considerar es el idioma o los idiomas del arbitraje, establecidos en ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes. Donde la pluralidad idiomática puede ser consecuencia de que uno es el idioma del contrato -francés, por ejemplo-, otro es el del proceso arbitral -por ejemplo, inglés- y uno distinto el de la evidencia -por ejemplo, castellano-²⁹. Deviniendo así necesario que el árbitro posea una adecuada competencia lingüística en éstos.

²⁶ Con similar parecer Peter, Wolfgang “Lawyers vs. Non-lawyers and One vs. Three Arbitrators” en *The Arbitration Process*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pág. 112, nos señala que “ellos son claramente una importante adición al panel si uno piensa en arbitrajes de fusión y adquisiciones, que requieren la comprensión de complejos temas contables, o contratos de construcción y de llave en mano que involucran complicados temas técnicos. El recurso a expertos externos es, por tanto, una sub-óptima solución, en tanto comparada con árbitros con una sólida experiencia en el área específica”.

²⁷ Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., págs. 10-13.

²⁸ Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., págs. 13-23.

²⁹ Con similar parecer Bělohávek, Alexander J. “Subjective and Objective Impartiality of Arbitrators and Appointing Authorities as a Part of Procedural Public Policy (Ordre Public) in Arbitration” en *Czech (& Central European) Year Book of Arbitration*, New York, 2014, pág. 51, nos señala que “las partes suelen exigir frecuentemente que los árbitros posean específicas habilidades lingüísticas. Tales requerimientos son plenamente legítimos y están basados comúnmente en la consideración lógica de las partes en

Este criterio de singularidad o pluralidad lingüística viene establecido en el artículo 22 de la LMC. Como también en el artículo 36 del DLA -tributario de la LMC- el cual nos señala que “*Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales...*”.

4.5. DISPONIBILIDAD

Un quinto elemento a tomar en cuenta es la disponibilidad del árbitro, tema de capital importancia, sobre todo cuando se decide designar a los árbitros más prestigiosos, pues éstos a menudo suelen ser los más ocupados. Además, la disponibilidad debe observarse según la profesión del árbitro, pues, en algunas de ellas, los horarios no son pasibles de fácil interrupción para audiencias arbitrales que se extiendan por varias semanas, o bien éstos permiten ello sólo en ciertos momentos del año. Como puede ser el caso de catedráticos a tiempo completo o de funcionarios públicos. En tal sentido, una persona cuya actividad principal es el ejercicio como árbitro o bien que se encuentre retirada, puede ser una mejor opción que un árbitro eventual perteneciente a una carrera activa. Debiendo además, cuidarse de no escoger árbitros cuya plena disponibilidad se explica únicamente en razón de su avanzada edad, puesto que la enfermedad o la muerte de un árbitro, puede retrasar o truncar considerablemente el proceso arbitral³⁰.

4.6. IMPACTO EN LA SELECCIÓN DEL PRESIDENTE

Un sexto tema a considerar es el impacto en la selección del presidente, siendo necesario meditar seriamente sobre el probable impacto que el árbitro designado de parte pueda tener en la selección del presidente del tribunal. Aquel no sólo influirá en la nacionalidad y cualificación profesional del presidente sino que además posee innegables efectos mecánicos. En tal forma, un catedrático de derecho no aceptará que el tribunal sea presidido por otro profesor, sobre todo si es más joven. Un juez no aceptará a un magistrado de menor jerarquía. Un abogado sólo aceptará a uno de mayor prestigio o a un decano. Resulta pues iluso obviar estas cuestiones de amor propio al momento de la designación del árbitro de parte, pues influirán necesariamente en la elección del presidente del tribunal³¹.

4.7. PROBABLE POSICIÓN SOBRE LA CONTROVERSIA

Un séptimo elemento a tomar en cuenta es la probable posición del árbitro con respecto a la controversia. Así, como decía el profesor Hunter lo que se busca en un árbitro de parte es alguien con la máxima predisposición hacia uno, pero con la mínima apariencia de parcialidad³². Lo cual significa que las partes designarán comúnmente a aquel que comparta no sólo su nacionalidad y origen cultural, sino también una tradición jurídica y la disposición legal a satisfacer su caso.

Ahora bien, las publicaciones y las previas labores como árbitro, o incluso como abogado o consejero, pueden indicar una disposición favorable del árbitro seleccionado. En tal sentido, es posible que éste demuestre una tendencia a interpretar los contratos de forma

relación con la cuestión controvertida, con la complejidad de ésta desde la perspectiva de la evidencia, etc.”.

³⁰ Ver Matheus, “Practical Criteria...”, ob. cit., pág. 798.

³¹ Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., págs. 30-31.

³² Ver Rogers, “A Window...”, ob. cit., pág. 1184.

finalista más que literalmente, lo cual puede satisfacer la posición jurídica de la parte que lo designa³³.

4.8. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Un octavo tema a considerar es la independencia e imparcialidad del árbitro, pues tales condiciones son hoy en día un requerimiento común en la casi totalidad de reglas nacionales y convencionales. La experiencia nos demuestra que la designación de árbitros parciales o dependientes resulta contraproducente, pues el presidente del tribunal arbitral no tardará en percatarse del hecho y la influencia de este árbitro en las deliberaciones quedará ampliamente reducida. Por ello, es una mejor estrategia designar a una persona que si bien en razón de su cultura o antecedentes puede hallarse de acuerdo con el planteamiento que se realizará, es sin embargo estrictamente independiente e imparcial. En tal sentido, la designación de un árbitro que sea claramente parcial hacia la causa de la parte que lo nombró, funciona como una suerte de estampilla de goma adherida a éste, la cual permitirá que los otros árbitros noten lo que está sucediendo, generando que la influencia de éste al interior del tribunal decline rápidamente. Por ello, es preferible designar a alguien que, al compartir el mismo origen legal y cultural, sea probable que simpatice con la posición de la parte que lo designó, pero que será estrictamente imparcial, decidiendo el caso en base a los hechos y el derecho, y de tal forma tendrá una mayor influencia en las deliberaciones privadas del tribunal³⁴.

4.9. PRESTIGIO E INFLUENCIA

Un noveno elemento a tomar en cuenta es el prestigio y la influencia del árbitro. Ahora, si bien el prestigio genera una situación en la que aparecen siempre los mismos nombres, la importancia de los derechos e intereses sometidos al arbitraje, exigen la existencia y el reconocimiento de un cuerpo de élite de árbitros, entendiéndolo a la élite como una meritocracia basada en la habilidad, honradez y experiencia jurídica. Asimismo, es factible creer que la experiencia y el talento se encuentran enfrentados al clientelismo, pues el valor de mercado de estos árbitros no surge de la reputación de ayudar a sus amigos, sino de la de ser rectos y competentes. La reputación en este campo sólo surge por el paulatino incremento de la evidencia de su independencia e imparcialidad, como de su profesionalismo, en los diversos arbitrajes.

Además, el árbitro seleccionado debe tener influencia al interior del órgano arbitral, esto es, debe generar respeto frente a los otros miembros del tribunal, a efectos de resultar persuasivo durante las deliberaciones privadas de éste. Tal influencia puede surgir de su reputación y status en la comunidad jurídica, y en parte depende de su apariencia de independencia absoluta y libertad de criterio.

Finalmente, debemos observar que el prestigio y la influencia del árbitro, es consecuencia del “capital simbólico” que haya logrado obtener en el campo del arbitraje³⁵, el cual

³³ Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., págs. 31-34.

³⁴ Ver Matheus, “Practical Criteria...”, ob. cit., pág. 799.

³⁵ Conviene observar que el capital simbólico -concepto creado por Pierre Bourdieu- “sólo puede generarse dentro de un campo concreto y en relación con los tipos de capital eficientes en él. En cada campo hay formas específicas de capital que actúan como fuerzas y los individuos o los grupos luchan por mantener o alterar la distribución de esos capitales (...) Los innumerables actos de reconocimiento que exigen la inmersión en un campo contribuyen a la creación colectiva de capital simbólico. El peso de los diferentes agentes en cualquier campo depende de su capital simbólico, esto es, del reconocimiento,

importa el reconocimiento, institucionalizado o no, que recibe de los diversos actores de este campo profesional. Y aquel se forma por diversos elementos, tales como el grado académico, las publicaciones especializadas, la experiencia práctica, sus habilidades lingüísticas, y su competencia en aspectos técnicos del arbitraje. Siendo así evidente, que la educación, la experiencia y el origen cultural del árbitro, son factores que deberán tomarse en cuenta para la elección y designación de éste³⁶.

4.10. SEXO

Un décimo factor a ser analizado es el sexo del árbitro. Cabe señalar que hoy casi todos los sistemas legales, tanto del civil law como del common law, reconocen la posibilidad de que el árbitro sea hombre o mujer.

En el caso de los países musulmanes que aplican la Shari'a, siguiendo la doctrina Hanbali u otras doctrinas sunitas, al requerir que el árbitro tenga las mismas capacidades que el juez, exigen que el árbitro sea necesariamente hombre. Por contra, aquellos que siguen la doctrina Hanafita para interpretar Shari'a, permiten que tanto hombres como mujeres sean árbitros.

La Ley de Arbitraje de Arabia Saudita de 2012 es un ejemplo de las regulaciones que siguen la doctrina Hanbali. En tanto, la Ley de Arbitraje en materia Civil y Comercial de Egipto de 1994 es un ejemplo de las normas que siguen la doctrina Hanafita³⁷.

4.11. RELIGIÓN

Un undécimo elemento a tomar en cuenta es la religión del árbitro. Para la mayoría de sistemas legales -civil law o common law- la fe que profese el árbitro es irrelevante a efectos de su designación.

Sin embargo, en el caso de los países musulmanes, debemos distinguir nuevamente dos supuestos. Por un lado, aquellos que aplican la Shari'a siguiendo la doctrina Hanbali u otras doctrinas sunitas, al requerir que el árbitro tenga las mismas capacidades que el juez, requieren que el árbitro sea musulmán. En tanto, aquellos países que siguen la doctrina Hanafita para interpretar la Shari'a, no exigen que el árbitro necesariamente sea musulmán. Entre los primeros encontramos a países como Arabia Saudita y Omán, y entre los segundos tenemos a países como Egipto, Yemen, Irán y los Emiratos Árabes Unidos³⁸.

5. CRITERIOS SUBJETIVOS DE SELECCIÓN

Dado que la designación de un árbitro posee un carácter *intuitu personae*, resulta conveniente elegir a aquellas personalidades que sean adecuadas para la labor arbitral y con quienes sea probable mantener una relación de confianza. Puesto que el árbitro debe ser alguien con un ego y temperamento compatible con el trabajo grupal, coordinado y eficaz.

Ahora bien, existe la común errada presunción psicológica, de que una vez designados los árbitros, sin importar quienes sean y por el solo hecho de ser profesionales, éstos pue-

institucionalizado o no, que reciben de quienes desarrollan el habitus adecuado para participar en el juego e ilusionarse con sus apuestas" (Fernández Fernández, José Manuel "Capital Simbólico, Dominación y Legitimidad. Las Raíces Weberianas de la Sociología de Pierre Bourdieu" en *Papers. Revista de Sociología*, N° 1, Madrid, 2013, pág. 36).

³⁶ Ver Matheus, "La Selección...", ob. cit., págs. 41-43.

³⁷ Ver Matheus, "Practical Criteria...", ob. cit., pág. 800.

³⁸ Ver Matheus, "La Selección...", ob. cit., págs. 56-57.

den trabajar juntos, sin que sus personalidades generen roces que puedan frustrar su recíproca colaboración.

Por todo ello, deviene necesaria una verificación de compatibilidad de la personalidad del árbitro que se pretende designar, con los otros miembros del tribunal arbitral. Y para lograr ello, proponemos el empleo de tres herramientas, que se detallan a continuación.

5.1. EVITAR PERSONALIDADES PATOLÓGICAS

Se ha propuesto que ciertas personalidades deben ser evitadas en la selección, pudiendo observarse, paradigmáticamente, las siguientes:

Primero, el ególatra, el cual probablemente verá al arbitraje en que es designado como una oportunidad de poder sustentar y aplicar sus propios criterios jurídicos o postulados dogmáticos favoritos.

Segundo, el superabogado, quién será incapaz de resistir la tentación de asumir el rol de abogado de una de las partes, o incluso de ambas, olvidando su posicionamiento imparcial.

Tercero, el superjuez, el cual era un matón cuando trabajaba en sede judicial y ha tomado gusto a ello, por lo que a menudo causará que los abogados salten a través de innecesarios aros de su creación.

Cuarto, el caballero blanco, quien en su búsqueda de la justicia y la verdad, decidirá emplear o no el marco procesal aplicable, e incluso querrá abordar cuestiones que las partes ha excluido intencionalmente o decidir en base a temas no discutidos por las partes.

Quinto, el pusilánime, el cual se encuentra poco dispuesto o es incapaz de mantener una mano suficientemente firme en el desarrollo del procedimiento, para hacer que avance ágilmente y sin problemas.

Sexto, el desempleado oportunista, quién si bien puede tener la capacidad sin embargo carece de la voluntad de llevar el procedimiento a su fin con celeridad, pues, en realidad, no tiene nada más interesante o remunerativo que volver a hacer.

No obstante ello, si bien estos arquetipos -que son *numerus apertus*³⁹- pueden ser de utilidad para evitar una personalidad patológica al interior del tribunal arbitral, sin embargo, no permiten verificar la compatibilidad interpersonal⁴⁰.

5.2. EMPLEAR UN TEST DE PERSONALIDAD

Los diversos test de personalidad que pueden emplearse, para verificar la compatibilidad de las personalidades de los árbitros, son el Indicador de Tipo de Myer-Briggs, el Clasificador de Temperamento de Keirsey, el Instrumento Thomas-Kilmann de Manejo de Conflictos y el DISC Clásico⁴¹.

5.3. UTILIZAR TRIBUNALES ARBITRALES PROBADOS.

Dado que los resultados de los test de personalidad no son infalibles y puesto que éstos no eliminan completamente el riesgo de incompatibilidades entre árbitros que no tienen experiencia trabajando juntos. Resulta de sentido común confiar en la experiencia, designando

³⁹ Esto es, pueden adicionarse otros arquetipos, como -por ejemplo y acorde a nuestra experiencia- el árbitro mitómano, el árbitro holgazán, etc.

⁴⁰ Ver Matheus, "Practical Criteria...", ob. cit., págs. 800-801.

⁴¹ Ver Matheus, "La Selección...", ob. cit., págs. 63-72.

íntegramente a un tribunal arbitral, cuyos miembros han demostrado -amén de su compatibilidad- su competencia y habilidad trabajando juntos⁴².

6. PROCEDIMIENTO PRÁCTICO DE SELECCIÓN

Los pasos prácticos para llevar a cabo una adecuada selección del árbitro son los siguientes:

Primero, un paso esencial es la revisión del currículum profesional y la información biográfica relativa al candidato, lo cual nos permitirá verificar su calificación profesional y el prestigio que posea en el campo arbitral.

Segundo, posiblemente el mejor medio de obtener información sobre el candidato es a través del “boca a boca”, pues la información más pertinente con respecto a los árbitros, incluyendo sus calidades personales, es aún obtenida de manera informal preguntando alrededor entre sus colegas y otros involucrados en el arbitraje. Posibilitando conocer no sólo la experiencia práctica del candidato, sino también si es que tiene habilidades gerenciales, si es decisivo, motivado, y con sano juicio⁴³.

Tercero, conviene revisar -si están públicamente disponibles- los laudos anteriores emitidos por el candidato, pues ellos nos pueden dar una indicación de su calidad profesional y probable posición respecto a la controversia.

Cuarto, resulta también importante analizar los artículos, monografías o tratados publicados por el candidato, pues pueden revelarnos su criterio en la gestión de los arbitrajes, su conocimiento de la ley arbitral aplicable, así como también su probable posición jurídica respecto a la causa.

Quinto, otro paso fundamental es verificar que no se presenten circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto a la imparcialidad e independencia del candidato.

Sexto, el único medio de verificar ciertos factores, como el manejo del idioma, la personalidad, la salud física y mental del candidato, o su disponibilidad, es a través de una entrevista personal, la cual debe poseer ciertos límites en lo que respecta a los temas que resultan apropiados de plantear o discutir en ésta⁴⁴.

7. ENTREVISTA DE CANDIDATOS

La entrevista puede ser una herramienta de enorme utilidad para comprobar las aptitudes lingüísticas, la personalidad y la salud psicosomática del candidato a árbitro, factores los cuales no pueden ser determinados correctamente sin un encuentro personal con éste.

Ahora bien, resulta obvio que la entrevista debe ser adecuadamente limitada, no pudiendo servir para explorar las opiniones del candidato respecto a la controversia o para probar los futuros planteamientos fácticos o jurídicos de las partes.

⁴² Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., pág. 72.

⁴³ No obstante ello, “la calidad de la información generada por cualquier pregunta particular varía dependiendo de la identidad de la persona que plantea la pregunta, de aquella que responde ésta y del candidato a árbitro. Las opiniones sobre los árbitros están basadas en percepciones individuales y en experiencias en casos particulares. Éstas son necesariamente subjetivas, más pueden también ser incompletas u obsoletas” (Rogers, Catherine A. “The Selection and Regulation of Arbitrators in Investment Arbitration”, 16th Roundtable on Freedom of Investment, [March 20], Paris, 2012, pág 5).

⁴⁴ Ver Matheus, “Practical Criteria...”, ob. cit., pág. 802.

En tal forma, los temas que resultan apropiados de plantear o discutir, por las partes o sus abogados, en la entrevista con el candidato, son los siguientes:

- a. Las identidades de las partes, de los consejeros y de los testigos.
- b. El tiempo estimado y duración de las audiencias.
- c. Una breve descripción de la naturaleza general del caso suficiente para permitir al candidato determinar si es competente para decidir la controversia, si tiene alguna revelación que hacer y si tiene tiempo para dedicarlo al asunto.
- d. Las calificaciones y el currículum vitae del candidato.
- e. Los artículos, textos y discursos publicados por el candidato.
- f. Cualquier aparición como testigo experto, incluyendo las posiciones tomadas.
- g. Las labores anteriores como árbitro, incluyendo los laudos emitidos, si bien conforme al principio de confidencialidad.
- h. Si existe en sus antecedentes alguna circunstancia que presente dudas justificadas respecto a su independencia o imparcialidad, así como cualquier revelación que el candidato necesitara hacer.
- i. Si el candidato se siente competente para resolver la controversia de las partes.
- j. La disponibilidad del candidato, es decir, si puede dedicar el suficiente tiempo y atención a la controversia de las partes de una manera oportuna.

Por todo ello, a efectos de prevenir que la entrevista de lugar a una recusación del árbitro, ésta se debe limitar terminantemente a los diez temas expuestos. No debiendo bajo ninguna circunstancia, sea directa o indirectamente, entrar las discusiones al fondo del asunto. Para ello, la descripción de la naturaleza del caso y de los temas involucrados debe hacerse de manera neutral y general. Asimismo, las preguntas, incluso aquellas hipotéticas, en cuanto a qué posición tomaría el candidato respecto a cualquiera de las cuestiones en conflicto deben ser evitadas, junto con toda tentativa de probar su caso con el candidato⁴⁵.

Con tal parecer, el Fact Sheet Enhanced Neutral Selection Process for Large Complex Cases de la American Arbitration Association (AAA), nos señala que *“La AAA trabajará con las partes para desarrollar un protocolo de entrevista a fin de que las partes tengan la oportunidad de plantear preguntas a los posibles candidatos a árbitros, ya sea a través de una conferencia telefónica o por escrito. Los temas de preguntas de la entrevista pueden incluir: experiencia en la industria, experiencia respecto a controversias similares, prácticas de manejo procedimental del árbitro y cualquier otra pregunta que las partes consideren útil para el proceso de selección”*.

Por su parte, la International Arbitration Practice Guideline: Interviews for Prospective Arbitrators el Chartered Institute of Arbitrators (CIARB) nos señala en su artículo 1, incisos 3 y 5, que *“(…) los posibles árbitros deben solicitar una copia del convenio arbitral para que se les informe de los nombres de las partes y de la naturaleza general de la posible designación, a fin de verificar si tienen algún conflicto, la experiencia y las calificaciones requeridas y algún conocimiento del idioma en el cual se llevará a cabo el arbitraje (...) Los posibles árbitros no deberían recibir ninguna remuneración o cortesía por aceptar participar en una entrevista”*. En tanto, nos indica en su artículo 2 que *“Los asuntos a ser discutidos en una entrevista deben ser claramente definidos y acordados con una previa agenda acordada. En cualquier caso, el contenido de una entrevista debe limitarse a lo siguiente: i. La previa experiencia en arbitraje internacional y las actitudes hacia la conducción general del procedi-*

⁴⁵ Ver Matheus, “La Selección...”, ob. cit., págs. 76-79.

miento arbitral; ii. La experiencia en el tema materia de la controversia; iii. La disponibilidad, incluido el posible calendario del procedimiento y el tiempo y duración estimada de las audiencias; y/o iv. En los arbitrajes ad hoc, los honorarios razonables del posible árbitro y otras condiciones de designación, en la medida permitida por los reglamentos y/o leyes aplicables". Y finalmente en su artículo 3, nos prescribe que "Los siguientes asuntos no se deben discutir directa o indirectamente: i. Los hechos o circunstancias específicos que dieron lugar a la controversia; ii. Las posiciones o argumentos de las partes; iii. Los méritos del caso; y/o iv. Las opiniones del posible árbitro sobre los méritos, los argumentos y/o las alegaciones de las partes".

Y finalmente, las Notes for Arbitrators de la LCIA nos señalan en su nota 17 que "Antes de la formación del Tribunal Arbitral, y salvo que las partes hayan acordado lo contrario por escrito, cuando se requiera que un candidato o un designado participe en la selección de un árbitro presidente, ese candidato o designado podrá consultar a cualquiera de las partes para obtener la opinión de ésta sobre la idoneidad de alguna persona como árbitro presidente, siempre que el candidato o el designado informe a la Secretaría de la LCIA de tal consulta".

8. ENTREVISTA Y CREDIBILIDAD

A efectos de verificar, durante la entrevista al candidato a árbitro, la veracidad de la información que éste nos proporcione, podemos llevar a cabo un análisis de credibilidad, sea de carácter verbal y/o gestual.

Para el análisis de tipo verbal, puede emplearse el Análisis de Contenidos Basado en Criterios (CBCA), el cual postula que la descripción de eventos que realmente sucedieron difiere en contenido, calidad y expresión, de aquellos imaginados. El procedimiento del CBCA implica la evaluación sistemática de la veracidad de la narración verbal de los acontecimientos por parte de los árbitros. El CBCA emplea 19 criterios en sus evaluaciones. Por ejemplo: la estructura lógica, los detalles y la falta de memoria. La idea en esta evaluación es descubrir la incoherencia entre las narraciones⁴⁶.

Por su parte, para el análisis de tipo gestual, puede emplearse la técnica de detección de mentiras a través de expresiones faciales.

Los estudios conducidos por los profesores Paul Ekman y Wallace V. Friesen ayudaron a descubrir que las emociones humanas se expresan involuntariamente a través de expresiones faciales. El rostro humano puede generar miles de expresiones faciales diferentes. Muchas de éstas pueden durar menos de un segundo y se conocen como micro-expresiones. Los profesores Ekman y Friesen las clasificaron en el Sistema de Codificación de Acción Facial (Facial Action Coding System o FACS). El FACS es un sistema para clasificar los movimientos faciales humanos por su apariencia en el rostro. El FACS ayuda a detectar las emociones básicas, como la ira, el disgusto, el miedo, la felicidad, la tristeza, la sorpresa y el desprecio. Esta herramienta se puede además usar para la detección de mentiras. Según Ekman, las pistas sobre el engaño pueden evidenciarse en un cambio en la expresión de la cara, un movimiento del cuerpo, una inflexión de la voz, una deglución en la garganta, una respiración

⁴⁶ Ver Matheus López, Carlos Alberto "Independence and Impartiality of Arbitrators: A Comparative Perspective" en *China and International Commercial Dispute Resolution*, Brill/Nijhoff, Leiden-Boston, Países Bajos-EE.UU., 2016, págs. 124-125.

muy profunda o superficial, largas pausas entre las palabras, un deslizamiento de la lengua, una micro-expresión facial, o un desliz gestual⁴⁷.

⁴⁷ Ver Matheus, “Independence and...”, ob cit., pág. 125.