

Práctica arbitral

Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI

Carlos Alberto MATHEUS LÓPEZ

Catedrático de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal Civil
de la Universidad de San Martín de Porres, de la Pontificia
Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima*

“Impartial, adj. Unable to perceive any promise of personal advantage from espousing either side of a controversy or adopting either of two conflicting opinion”

Ambrose Bierce, *The Devil's Dictionary*

Sumario: I. Introducción. II. Reglas aplicables. 1. Independencia e imparcialidad. 2. Nacionalidad. 3. Obligación de revelación. 4. Recusación de árbitros. 5. Recusación de miembros de comités *ad hoc*. 6. Anulación del laudo. III. Análisis casuístico. 1. *Amco Asia Corporation y otros / Indonesia*: A) Antecedentes; B) Comentarios. 2. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal / Argentina*: A) Antecedentes; B) Comentarios. 3. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. / Argentina (y acumulados)*: A) Antecedentes; B) Comentarios. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

El tema de la independencia e imparcialidad del árbitro por su innegable complejidad y naturaleza esquivada, no es común materia de estudio en el ámbito del Derecho de arbitraje, en general, como tampoco en aquel, específico, del arbitraje en materia de inversiones. Por ello, es objetivo del presente trabajo el plantear diversos criterios normativos y teóricos que permitan una mejor selección y/o recusación de los árbitros que operan al interior del sistema arbitral del Ciadi. Para la consecución de tales objetivos analizamos además diversas decisiones en materia de independencia e imparcialidad, emitidas por diversos tribunales arbitrales y miembros de comités *ad hoc* dentro del sistema arbitral del Ciadi.

II. Reglas aplicables

Procederemos a analizar las normas relativas a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro en el Convenio Ciadi, como también aquellas que resultan relevantes a éstos efectos.

* cmatheus@ulima.com.pe.

1. Independencia e imparcialidad

El art. 14.1º Convenio Ciadi exige a los árbitros –designados para figurar en las listas– “...gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio...”¹. Igualmente, el art. 40.2º Convenio Ciadi exige que “Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el ap. 1º del art. 14”. Observamos así que las partes pueden designar árbitros de la lista o fuera de ella, si bien en ambos casos deben poseer los requisitos establecidos por el art. 14.1º Convenio Ciadi².

Ahora bien, pese a que la existencia de una particular relación –de carácter objetivo– entre el árbitro y las partes, no es expresamente mencionada como incompatible con la designación del primero, si no tan sólo su condición moral e imparcialidad de juicio –de carácter subjetivo–, resulta obvio que un vínculo de orden personal, familiar o de negocios importa, en un caso particular, una barrera para la designación del árbitro³.

Podemos afirmar que el requisito de “*imparcialidad de juicio*” del árbitro, incluye implícitamente a aquellos de independencia e imparcialidad⁴. Observamos así que el Convenio CIADI rechaza la dual distinción terminológica, entre independencia e imparcialidad, optando más bien por un término unitario que comprende a ambos⁵, pues este único término sirve como una no-

¹ Obsérvese que la versión inglesa de la Convención emplea el término “*independent judgment*” (juicio independiente), en tanto la versión francesa usa el sintagma “*garantie d’indépendance*” (garantía de independencia). Asimismo, conviene recordar que el art. 75 del Convenio declara expresamente que las versiones en los tres idiomas –inglés, francés y castellano– son igualmente auténticas.

² Con igual parecer A. Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publ., 1995, p. 279.

³ Con similar parecer C. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 515; con similar parecer L. Malintoppi, “Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 828, nos señala que “para preservar la integridad del proceso arbitral, la relación con una de las partes en el arbitraje, sea financiera o intelectual, debe ser evitada. Para parafrasear el *dictum* de la Cámara de los Lores en el caso Pinochet, los árbitros deben “cuidar no sólo que sus decretos no sean influenciados por sus intereses personales, sino también evitar la apariencia de trabajar bajo tal influencia” (...). Si una persona no debe ser juez en su propio caso, entonces puede esperarse que un abogado que defiende la posición de una de las partes en un arbitraje sea excesivamente influenciado si se sienta como árbitro en otro arbitraje que involucra el mismo, o similares temas, incluso si las partes no son las mismas. En el mejor de los casos, tal situación da lugar a dudas legítimas sobre la imparcialidad”.

⁴ Siendo claro que “Por eso, la independencia e imparcialidad son importantes en la designación de conciliadores y árbitros en las particulares comisiones o tribunales” (C. Schreuer, *op. cit.*, p. 57).

⁵ Con igual parecer T. Clay, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les règles du procès équitable”, *L’impartialité du Juge et de L’arbitre*, Bruselas, Bruylant, 2006, p. 215. En tal forma, el Convenio Ciadi se acerca a la opción tomada por la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado –del 18 de diciembre de 1987– que alude únicamente a la “*independencia*”, pues su art. 180.1º.c) nos señala que “*Un arbitre peut être récusé: (...) lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance*” (Un árbitro puede ser recusado (...) cuando las circunstancias permiten dudar legítimamente de su independencia”, y al Regl. CCI –vigente desde el 1 de enero 1998– que se refiere expresamente, sólo a la “*independencia*”, pues su art. 7.1º nos señala que “Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”.

ción genérica que engloba todas las situaciones donde la independencia y la imparcialidad no estén aseguradas⁶. Ello puede deducirse también del hecho que las versiones inglesa y francesa –igualmente auténticas– del art. 14.1^o Convenio Ciadi aluden a la “*independencia*”⁷. Asimismo, cabe indicar que la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema Ciadi importan uno de los pilares sobre los que pivota la propia legitimación del arbitraje en materia de inversiones⁸.

Por otra parte, todo comportamiento puede apreciarse de dos formas, una objetiva y otra subjetiva. La apreciación subjetiva importa que se busquen las verdaderas intenciones de la persona, siendo una circunstancia comprometedora cuando ella caracteriza un ánimo culpable del infractor. La apreciación objetiva se vincula a las apariencias sin preocuparse de las intenciones de la persona, siendo una circunstancia juzgada como comprometedora en base a que ésta presenta las características habituales. En tal forma, el deber de independencia e imparcialidad del árbitro, puede evaluarse según uno de éstos dos métodos⁹.

En tal forma, podemos señalar que el art. 14.1^o Convenio Ciadi asume un estándar de apreciación subjetivo de la imparcialidad –e independencia– del árbitro, pues al requerir a los árbitros “*inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*” se refiere a una condición íntima y personal, constituyendo ésta una apreciación indudablemente subjetiva. La cual además está basada en “los ojos de las partes”, pues es a éstas a quienes debe “*inspirar plena confianza*”. Ahora, si bien la apreciación aplicable a la imparcialidad es subjetiva en tanto se dirige al estado real de la mente, que es la que determina la conducta del árbitro. Sin embargo, es objetiva en tanto requiere que

⁶ Con similar parecer T. Clay, *loc. cit.*, p. 215.

⁷ En tal forma, acorde al art. 75 Convenio Ciadi, podemos postular que el art. 14.1^o del mismo cuerpo normativo asume a la “*imparcialidad*” e “*independencia*” como términos similares o, mejor aún, como una noción unitaria. Pues, ambos son “conceptos muy similares, y pese a que la terminología es diferente, es muy probable que las palabras posean casi el mismo significado jurídico. Además se observa claramente una parcial coincidencia entre la independencia y la imparcialidad arbitral, o, lo que es lo mismo, estos términos poseen un ámbito común que hace difícil una distinción clara y definitiva. Lo que ha llevado a que algunos derechos nacionales traten a la independencia casi como sinónimo de la imparcialidad, empleándolos de forma intercambiable, pues es probable que estas palabras mágicas se hayan convertido en un pleonismo o, lo que es lo mismo, expresan un concepto híbrido y no dos exigencias distintas y disociables. Esto es, importan dos caras de una misma moneda, que generalmente se emplean como un solo paquete, o, si se quiere, como una expresión técnica conjunta” (C.A. Matheus López, *La independencia e imparcialidad del árbitro*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009, pp. 177–178).

⁸ Con similar parecer S.D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham L. Rev.*, vol. 73, 2005, pp. 1595–1596.

⁹ Asimismo, conviene señalar que lo que resulta trascendente en la distinción planteada, es que la apreciación objetiva es necesariamente más severa que la apreciación subjetiva. Así, los ataques al deber de independencia e imparcialidad serán más frecuentes si se opta por la apreciación objetiva, dado que en ella la buena o mala fe del árbitro importan poco, pues basta que se presenten las circunstancias consideradas por la hipótesis legal como creadoras, bien de una contravención comprobada a la imparcialidad e independencia, o al menos de una apariencia o un riesgo de contravención que justifique una sanción (con similar parecer M. Henry, “Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente”, *Rev. arb.*, 1999, p. 197).

se acredite a través de algún medio externo si una persona razonable consideraría que ese estado de la mente constituye parcialidad, o tendría un temor razonable de que sea así¹⁰.

Finalmente, conviene señalar que la apreciación subjetiva es necesariamente menos severa que la apreciación objetiva. Pues si se optase por esta última los ataques al deber de independencia e imparcialidad serían más frecuentes, dado que en la apreciación objetiva la buena o mala fe del árbitro importa poco, pues basta que se presenten las circunstancias consideradas legalmente como creadoras, bien de una contravención comprobada o al menos de una apariencia o riesgo de infracción a la imparcialidad e independencia del árbitro, que justifique una sanción¹¹.

2. Nacionalidad

Los posibles supuestos de parcialidad o dependencia pueden también ser evitados a través de la exigencia a los árbitros de ciertos requisitos de nacionalidad¹². Pues esta última funge como un elemento de carácter objetivo que permite el requisito de probanza exigido por la apreciación subjetiva de la imparcialidad –e independencia– del árbitro, asumida por el art. 14.1º Convenio Ciadi. Asimismo, las partes y sus consejeros consideran crucial la nacionalidad del presidente del tribunal con respecto a la integridad del arbitraje¹³. En la práctica, este tipo de consideración tiene y seguirá teniendo un papel importante en la psicología de los que tienen que ejercer la facultad de elección¹⁴. Si bien resulta obvio que aquella se desenvuelve en el ámbito del simbolismo y de la apariencia, la confianza de las partes, y consecuentemente el éxito del árbitro, exigen tal precio¹⁵.

El art. 38 Convenio Ciadi establece que “...Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Art. no podrán ser nacionales del Estado Contra-

¹⁰ Con igual parecer L. Trakman, “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 10, n° 4, 2007, pp. 127–128, con similar parecer C. Schreuer, “The ICSID...”, *loc. cit.*, p. 515, nos señala que “Una creencia subjetiva de parte del árbitro, de la parte designante o de la autoridad neutral designante de que el designado será capaz de un fallo independiente e imparcial, no es suficiente. Un conflicto de interés es un criterio objetivo que es independiente del carácter moral del árbitro en cuestión”.

¹¹ Con similar parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 197.

¹² Con igual parecer A. Broches, *op. cit.*, p. 279; de modo similar L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 793.

¹³ Con igual parecer S.D. Franck, “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration” en *Harvard Int'l L.J.*, n° 2, 2009, p. 449; para una mejor comprensión de las implicancias prácticas de la nacionalidad del árbitro *vid.* C.A. Matheus López, *La independencia...*, *op. cit.*, pp. 146–149.

¹⁴ Y ello es así, “Porque la gente tiende a compartir similares sistemas de valor cuando se identifican con el mismo país de origen, muchas partes e instituciones requieren que el árbitro presidente no comparta nacionalidad con ninguna de las partes. El consenso general es que la nacionalidad proporciona una rúbrica fácil y eficaz para medir y prevenir al prejuicio. Esta regla tiene obvio sentido” (C.T. Salomon, “Selecting an International Arbitrator: Five Factors to Consider”, *Mealey's International Arbitration Report*, n° 10, Pennsylvania, Octubre/2002).

¹⁵ En tal forma, si bien “la última noción es más un símbolo que una prueba de la imparcialidad real. Sin embargo, los símbolos son o pueden ser importantes en un campo como el arbitraje, que está basado en la confianza de las partes y la nacionalidad neutral, además, por supuesto que está relacionado con la idea fundamental de la igualdad de las partes” (P. Lalive, “Cultural Difference and International Arbitration”, *Euromoney*, vol. 9, Londres, 1995, p. 14).

tante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia”. A su vez el art. 39 Convenio Ciadi nos señala que “La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal”.

Por su parte, la regla 1, ap. 3 Reglas CIADI nos prescribe que

“La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante, salvo que el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal sean nombrados de común acuerdo por las partes. Cuando el Tribunal se integre de tres miembros, una parte no podrá nombrar como árbitro a un nacional de cualquiera de esos Estados salvo de común acuerdo con la otra parte en la diferencia. Cuando el Tribunal se integre de cinco o más miembros, una parte no podrá nombrar árbitros que sean nacionales de cualquiera de esos Estados si el nombramiento del mismo número de árbitros por la otra parte de cualquiera de esas nacionalidades resultare en una mayoría de árbitros de esas nacionalidades”.

En tal forma, observamos que la mayoría de los árbitros no pueden tener ni la nacionalidad del Estado del que es nacional el inversor ni del Estado que es parte en la controversia¹⁶. Si bien este límite no opera en aquellos casos en que ambas partes, de común acuerdo, designen al árbitro único o a cada uno de los miembros del tribunal¹⁷.

3. Obligación de revelación

La obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos –de recusación y/o de anulación– basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro¹⁸. Pues, para permitir a las partes apreciar la independencia e imparcialidad de este último, es necesario que exista una plena transparencia sobre las relaciones que el árbitro pueda mantener con éstas o con el objeto de la controversia¹⁹.

Asimismo, la obligación de revelación, si bien funcionalmente convergente, no sustituye al deber de independencia e imparcialidad del árbitro²⁰, por lo que en caso de su incumplimiento, no es ésta la que justifica el recurso

¹⁶ En tal forma, “el art. 39 no excluye a los árbitros nacionales. Simplemente establece que no deben formar una mayoría. En un tribunal de tres miembros ello significa que un árbitro puede ser un nacional o con-nacional de una parte, pero no dos” (C. Schreuer, *op. cit.*, p. 502).

¹⁷ Con tal parecer E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 179–180; con igual parecer L. Malintoppi, *loc. cit.*, pp. 793–794.

¹⁸ Con similar parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 223.

¹⁹ *Ibid.*, p. 216.

²⁰ Énfasis del autor. En tal sentido, importa un “deber legal, independiente, que precede al deber distinto según el cual un árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente” (V.V. Veeder, “L’indépendance et L’impartialité de L’arbitre dans L’arbitrage International”, *Médiation et Arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice Alternative ou Alternative à la Justice? Perspectives Comparatives*, París, LexisNexis, 2005, p. 231).

sino más bien la fractura, al deber de independencia e imparcialidad, que el silencio del árbitro podría revelar²¹.

Ahora bien, la Regla 6, ap. 2 Reglas Ciadi, nos señala que

“En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: (...) Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y en los Reglamentos y Reglas adoptados de conformidad con el mismo (...) Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi *imparcialidad de juicio*. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento”²².

Asimismo, el art. 13.2º Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi repite, en lo esencial, el tenor de la Regla 6, ap. 2 Reglas Ciadi²³. Dicha Regla adopta una apreciación subjetiva de la imparcialidad²⁴ —e independencia— del árbitro. Además, al requerir a los árbitros revelar “cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en (...) [su] imparcialidad de juicio”, se observa que el criterio subjetivo de la apreciación del árbitro, respecto a la incidencia del hecho sobre su independencia e imparcialidad, está basado en “los ojos de las partes”²⁵. Ahora, si bien la apreciación subjetiva de la imparcialidad —e independencia— del árbitro está impregnada de una doble subjetividad, pues debe revelar lo que considere que las partes entiendan como una causa de recusación. Y siendo lo peculiar de esta doble creencia que según ella sea rigurosa o benigna, la suma de las dos subjetividades puede llevar a un resultado casi objetivo —si es que se acumulan— o a una solución totalmente subjetiva —si es que anulan entre sí—²⁶. Sin embargo, la Regla 6, ap. 2 Reglas Ciadi elimina esta doble subjetividad al señalar, expresamente, que la aprecia-

²¹ Con similar parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 223.

²² Observamos aquí, nuevamente, que la versión inglesa de las Reglas CIADI emplea el término “*independent judgment*” (juicio independiente), en tanto la versión francesa usa el sintagma “*garantie d’indépendance*” (garantía de independencia).

²³ Conviene recordar que la Regla 6, ap. 2 Reglas Ciadi y el art. 13.2º Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi, son producto de la reforma establecida por el Consejo Administrativo en febrero del 2006, siendo eficaces a partir de abril del mismo año (para una mejor comprensión ver A.R. Parra, “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” en *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, n° 1, 2007, p. 66).

²⁴ Con igual parecer L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 826; de modo similar de A. Lotbinière Mcdougall y A. Santens, “ICSID Amends its Arbitration Rules”, *Int’l Arb. L. Rev.*, n° 4, 2006, p. 120.

²⁵ Debe pues examinar las circunstancias —pasibles de revelación— con los ojos de las partes, y no sólo desde su propia perspectiva, pues son éstas las que necesitan confiar en la imparcialidad e independencia del árbitro y quienes asumirán las consecuencias del laudo. Asimismo, sin una revelación adecuada, que tome en cuenta su perspectiva, las partes no podrían saber si recusar o no al árbitro. En tal forma, la Regla 6, ap. 2, Reglas Ciadi, se aproxima al tenor del art. 7.2º Regl. CCI, el cual nos señala que “Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia”.

²⁶ Con tal parecer T. Clay, *loc. cit.*, p. 221.

ción subjetiva se enfoca en la perspectiva de las partes, o lo que es lo mismo, en “los ojos de las partes”²⁷.

La obligación de revelación del árbitro puede ser limitada en atención a la notoriedad²⁸, antigüedad²⁹, naturaleza³⁰, o a los sujetos de la circunstancia pertinente³¹, si bien todos estos factores deben ser analizados desde “los ojos de las partes”. Asimismo, al decidir que revelar es conveniente que el árbitro informe de todas las posibles circunstancias que puedan generar sospechas sobre su independencia e imparcialidad. Y de tener alguna duda respecto a llevar a cabo una revelación o no, es preferible que opte por revelar la circunstancia peligrosa a las partes³².

Por otra parte, la Regla 6, ap. 2 Reglas Ciadi, establece que la obligación de revelación es de carácter continuo³³. Lo cual resulta correcto, pues la obli-

²⁷ Cabe observar que el problema que se suscita con el criterio subjetivo es la incertidumbre, pues éste puede basarse en la perspectiva de las partes o la de los árbitros. Y si se basa en la perspectiva de las partes, el inconveniente es que puede generar la dilación o interrupción del arbitraje, cuando éstas exijan a los árbitros una excesiva revelación (C.A. Matheus López, *La independencia...*, *op. cit.*, p. 247).

²⁸ Con tal parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 220, nos señala que “el árbitro no debe sólo apreciar el alcance de su deber de revelación respecto a la incidencia previsible de la circunstancia en cuestión sobre su juicio, sino también respecto al grado de notoriedad de esta circunstancia”; con similar criterio Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, p. 352, nos señala que “los tribunales limitan el alcance de esta obligación de información por otro ‘estandar’, igualmente razonable: el árbitro no debe revelar más que lo que es desconocido: ‘la obligación de información se aprecia respecto a la notoriedad de la situación criticada’”. Por nuestra parte, consideramos que la notoriedad importa el conocimiento “general” del hecho y la “certeza” respecto de su existencia. Debiendo ambos factores ser observados en atención a los “ojos de las partes”, lo que cual importará determinar el marco de generalidad cognitiva en atención –por ejemplo– a su difusión mediática amplia (prensa o medios comunes) y/o especializada (prensa o medios jurídicos).

²⁹ Con similar parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 223, nos señala que “El árbitro debería también ser libre de apreciar si ha o no de revelar que ya fue designado como árbitro por el consejero de la parte o por la propia parte en anteriores arbitrajes. La cuestión será diferente cuando el árbitro designado haya sido el abogado habitual de una parte anteriormente. En la medida en que haya sido llevado a representar a esta parte frente a los tribunales, podría presentar el riesgo de una determinada prevención”. Por nuestra parte, creemos que el transcurso del tiempo, si bien aunado a los otros factores, puede limitar la obligación de revelación del árbitro. Imaginemos el caso de un árbitro que dió una consulta a una parte, no vinculada a la controversia, hace más de 16 años. ¿Este hecho debería ser revelado? Sostenemos que no. Asimismo, si bien la fijación cuantitativa de límites temporales resulta discutible –pese a que sea la opción empleada por las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional–, el sentido común nos señala ciertas fronteras temporales, que se evidencian en su relación con los otros factores de análisis.

³⁰ Con tal parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 223, nos señala que “Evidentemente, si un árbitro dio una consulta anteriormente sobre las relaciones contractuales objeto del arbitraje, tal información debería revelarse. Si el árbitro dio una consulta sobre una cuestión ajena al litigio sujeto al arbitraje, el árbitro debería poder libremente apreciar si ha de revelar o no esta información. Del mismo modo, nada debería forzar al árbitro a revelar que él habría anteriormente participado en un arbitraje que plantea cuestiones jurídicas equivalentes a aquéllas que tendría que conocer en el nuevo arbitraje”.

³¹ Cabe señalar en este punto que la obligación de revelación del árbitro debe abordar las circunstancias que involucren tanto a las partes, como a los abogados, a los consejeros y a los demás árbitros, pues no debemos olvidar que el arbitraje está hecho para las partes y no para los árbitros, por lo que deben conocer todas las interacciones en juego (con similar parecer T. Clay, *loc. cit.*, p. 232).

³² Con similar parecer M. Scott Donahey, “The Independence and Neutrality of Arbitrators”, *J. Int'l Arb.*, n° 4, 1992, p. 38.

³³ Con igual parecer L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 828; de igual forma de A. Lotbinière McDougall y A. Santens “ICSID...”, *loc. cit.*, pp. 120–121.

gación de revelación a cargo del árbitro constituye un deber permanente, o de carácter ubicuo, que se inicia antes de la instancia arbitral y se extiende luego a lo largo de todo el arbitraje³⁴. Obsérvese que la obligación de revelación es la precaución más elemental que se puede esperar del árbitro, pues a través de ella éste alertará a las partes sobre los riesgos de ataque a su imparcialidad –e independencia–, inmunizando así al proceso arbitral contra toda acción posterior que se refiera a dichos riesgos aceptados, fungiendo como un seguro de vida del arbitraje. Así, cuando el árbitro revela todos los hechos que podrían afectar a su imparcialidad –e independencia–, y, seguidamente, no se produce recusación alguna por una de las partes. Entonces, toda objeción posterior que se realice durante el proceso arbitral o con ocasión del recurso de anulación del laudo, se haya destinada a fracasar³⁵, pues de conformidad a la Regla 27 Reglas Ciadi se entiende que dicha parte “ha renunciado a su derecho a objetar”.

Finalmente, cabe señalar que los miembros de los comités *ad hoc* encargados de resolver la solicitud de anulación de un laudo arbitral, tienen también a su cargo la obligación de revelación –siéndoles aplicable todo lo antes expuesto–, de conformidad a la Regla 52, ap. 2 Reglas Ciadi, la cual nos señala que “antes de la primera sesión del Comité, o en ella, cada miembro firmará una declaración de acuerdo con lo dispuesto en la Regla 6, ap. 2”.

4. Recusación de árbitros

El art. 57 Convenio Ciadi –concordante con la Regla 9³⁶ Reglas Ciadi– establece que “Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el ap. 1º del art. 14...”. En tal forma, son causales para la recusación del árbitro, su ausente gozo de “amplia consideración moral”, el que no tenga “reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas” y el hecho de no “inspirar plena confianza en su *imparcialidad de juicio*”. Ahora bien, sobre esta última causal debemos recordar que posee un estándar de apre-

³⁴ Con similar parecer Ph. Fouchard, *loc. cit.*, p. 352.

³⁵ *Vid.* C.A. Matheus López, *La independencia...*, *op. cit.*, pp. 246–247.

³⁶ La cual nos señala que “(1) La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el art. 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde. (2) El Secretario General procederá sin dilación: (a) a transmitir la propuesta a los miembros del Tribunal y, si se refiere a un árbitro único o a una mayoría de los miembros del Tribunal, al Presidente del Consejo Administrativo; y (b) a notificar la propuesta a la otra parte. (3) El árbitro a quien se refiera la propuesta podrá sin dilación ofrecer explicaciones al Tribunal o al Presidente, según fuere el caso. (4) Salvo cuando la propuesta se refiera a la mayoría de los miembros del Tribunal, los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto. Si su voto resultare en un empate, notificarán con prontitud al Presidente, a través del Secretario General, la propuesta, la explicación presentada por el árbitro cuya recusación se ha propuesto y el hecho que no lograron tomar una decisión. (5) Siempre que el Presidente deba decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro, hará lo posible para tomar la decisión dentro de 30 días contados desde que haya recibido la propuesta. (6) El procedimiento se suspenderá hasta que se haya tomado una decisión sobre la propuesta”.

ciación subjetivo de la imparcialidad –e independencia–, pues al requerir a los árbitros “*inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*” alude a una condición de orden íntimo y personal.

De otra parte, al exigir el art. 57 Convenio Ciadi que exista una “*carencia manifiesta*” del requisito de imparcialidad de juicio, impone una carga probática no poco pesada a la parte recusante³⁷. Asimismo, nos aclara que el criterio de apreciación subjetivo de la imparcialidad –e independencia– del árbitro requiere que los hechos alegados sean probados de manera objetiva (en tanto “manifiesta”) para efectos de determinar si existe o no un supuesto de descalificación del árbitro. Conviene además recordar que, acorde al art. 14.1º Convenio Ciadi, dicho análisis debe estar basado en los “ojos de las partes”.

Finalmente, la Regla 9, ap. 1 Reglas Ciadi establece que aquel “que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el art. 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General *sin demora* y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde”. Ahora bien, el requisito temporal de “sin demora” importa que la propuesta de recusación se efectúe tan pronto como la parte que la plantea tome conocimiento de los hechos que la sustentan³⁸. Pues, de no hacerlo, de conformidad a la Regla 27 Reglas Ciadi, se entiende que dicha parte renunció “*a su derecho a objetar*” tales hechos posteriormente. Por otro lado, si la causal recién es conocida luego de culminado el procedimiento arbitral, entonces deberá ser planteada a través de la anulación del laudo³⁹ (*vid. infra*, II.6).

5. Recusación de miembros de comités ad hoc

Cabe observar que el Capítulo V del Convenio Ciadi se nomina “Sustitución y recusación de Conciliadores y Árbitros”, esto es, no alude *expressi verbis* a la recusación de miembros de comité *ad hoc*. Asimismo, sus arts. 56 al 58 reiteran la sola referencia a los miembros de una “*Comisión o Tribunal*”. En tanto, la Regla 1 Reglas de Conciliación del Ciadi y la Regla 9 Reglas Ciadi, nos aclaran –respectivamente– que la “*Comisión*” es de conciliadores y el “*Tribunal*” lo es de árbitros, más no de miembros de comité *ad hoc*. Adicionalmente, el art. 52.4º Convenio Ciadi –relativo a la anulación del laudo arbitral– nos señala que “Las disposiciones de los arts. 41–45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante la Comisión [el Comité]”⁴⁰, sin hacer mención alguna al Capítulo V del Convenio Ciadi.

³⁷ Con similar parecer *loc. cit., op. cit.*, p. 796

³⁸ Con igual parecer C. Schreuer, *op. cit.*, p. 1198.

³⁹ Con igual parecer A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, y C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Thomson – Sweet & Maxwell, 2004, p. 210.

⁴⁰ El texto en castellano del art. 52.4º Convenio Ciadi emplea el sintagma “Comisión”, en vez de aquel de “Comité” que es –adecuadamente– utilizado por las Reglas Ciadi. En tal sentido, resultan más claros los textos en inglés y francés (igualmente válidos) del art. 52.4º Convenio Ciadi, los cuales –respectivamente– aluden a “Comitee” y a “Comité”.

Podemos postular que la recusación de los miembros de comités *ad hoc* deviene posible dado que la Regla 53 Reglas Ciadi nos señala que “Estas Reglas [de arbitraje del Ciadi] se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la aclaración, revisión o anulación de un laudo y a la decisión del Tribunal o Comité”. Y consecuentemente, la Regla 9 Reglas Ciadi resulta aplicable a la propuesta de recusación de cualquier miembro de un comité *ad hoc*. Asimismo, consideramos que el Consejo Administrativo al establecer la Regla 53 Reglas Ciadi, lo hizo dentro de la competencia que le atribuye el art. 6.3º Convenio Ciadi, en tanto ésta resulta “necesaria para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio”⁴¹.

6. Anulación del laudo

Cabe primero indicar que la anulación del laudo no es un recurso que posibilite la revisión del fondo del asunto, pues importa un control de la actuación del tribunal arbitral *in procedendo*, pero no *in iudicando*, limitado a las causales taxativamente establecidas en el art. 52.1º Convenio Ciadi⁴². Observamos además en la práctica diaria que un mismo hecho puede sustentar –simultáneamente– diferentes causales de anulación⁴³, esto es, una misma circunstancia puede ser subsumida en más de una de las causales de anulación del art. 52.1º Convenio Ciadi. Por ello, observaremos –seguidamente– las diversas causales vinculadas a la falta de “*imparcialidad de juicio*” del árbitro, si bien con la advertencia de que las causales relativas a los literales a y c del art. 52.1º Convenio Ciadi jamás han sido usadas en ningún caso de anulación de laudo que haya sido publicado⁴⁴.

⁴¹ Este mismo criterio –aunado a otras razones adicionales– es asumido en la “Decisión acerca de la Recusación del Presidente del Comité en el Caso CIADI Nº ARB/97/3 (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal con Argentina)” publicada en *ICSID Review. Foreign Investment L. J.*, vol. 17, nº 1, 2002, pp. 184–188; con similar parecer C. Schreuer, *op. cit.*, pp. 1039–1042.

⁴² Con similar parecer G. Kaufmann–Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there differences?” en *Annulment of ICSID Awards: The Foundation of a New Investment Protection Regime in Treaty Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, , 2004, p. 190, nos señala que “el proceso de anulación no es una apelación. Éste no implica la revisión de los meritos del caso, sea hechos o derecho, y está limitado a las causales listadas en el art. 52(1) del Convenio Ciadi”; asimismo C. Schreuer, “ICSID Annulment Revisited” en *Legal Issues of Economic Integration*, Nº 2, Amsterdam, 2003, p. 104, nos señala que “La anulación es diferente de la apelación. Una apelación puede resultar en la modificación de la decisión. La anulación resulta en la destrucción legal de la decisión original sin reemplazarla”; con similar parecer L. Reed, J. Paulsson y N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law International, 2004, p. 99, nos señalan que “El procedimiento de anulación difiere de la típica apelación judicial en dos aspectos principales. Primero, un pedido de anulación exitoso lleva a la invalidación del laudo (o alguna de sus partes), pero nunca a su enmienda (...) Segundo, un comité ad hoc no tiene de modo alguno la jurisdicción para revisar los fundamentos del laudo original”. Por otra parte, cabe señalar que existen algunos debates sobre la posibilidad de incorporar un recurso de apelación en el Sistema Ciadi (*vid. C.J. Tams, “An appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure” en Essays in Transnational Economic Law*, Nº 57, Halle, Alemania, 2006, pp. 5–47).

⁴³ Con igual parecer C. Schreuer, “The ICSID...”, *loc. cit.*, p. 927.

⁴⁴ Con igual parecer G. Kaufmann–Kohler, Gabrielle, *loc. cit.*, p. 191; de igual modo C. Schreuer, “The ICSID...”, *loc. cit.*, p. 925.

Primero, el art. 52.1º.a) Convenio Ciadi nos señala como causal de anulación el hecho de “*que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente*”. Ahora bien, una de las razones⁴⁵ de la constitución incorrecta del tribunal sería la falta de imparcialidad de juicio de alguno(s) de sus miembros, la cual es exigida a todos los árbitros, conforme a los arts. 14.1º y 40.2º Convenio Ciadi⁴⁶.

Segundo, el art. 52.1º.c) Convenio Ciadi nos señala como causal de anulación el hecho de “*que hubiera habido corrupción de algún miembro del tribunal*”. Siendo evidente que la corrupción importa una conducta impropia del árbitro inducida por una ganancia personal, conducta la cual debe ser establecida objetivamente. En tal forma, la falta de imparcialidad aunada a un pago impropio representa un caso de corrupción⁴⁷.

Conforme a la Regla 6, apartado 2, Reglas Ciadi, “En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: (...) no aceptaré instrucción o *compensación alguna* de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y en los Reglamentos y Reglas adoptados de conformidad con el mismo...”. En tal forma, la aceptación de un pago impropio en conexión con el procedimiento Ciadi crearía una fuerte presunción de corrupción. Ahora, la mera parcialidad o las comunicaciones *ex parte* sin que exista un pago impropio no representan un supuesto de corrupción⁴⁸. Acorde a la Regla 6, ap. 2, Reglas Ciadi, “En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: (...) Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio”. Por ello, una cercana relación del árbitro con una de las partes –por ejemplo, un socio–, de la que derive para éste un beneficio personal en atención al resultado del proceso arbitral, puede crear una presunción de corrupción. Por el contrario, una declaración incompleta o falsa del árbitro no constituye un supuesto de corrupción⁴⁹.

Finalmente, dado que el carácter secreto de la corrupción suele posibilitar su evidencia mucho tiempo después que el usual para las otras causales de anulación, el art. 52.2º Convenio Ciadi nos señala que “Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este art., el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo”.

⁴⁵ Otra razón podría surgir de las exigencias relativas a la nacionalidad de los árbitros, conforme a los arts. 38 y 39 del Convenio Ciadi.

⁴⁶ Con igual parecer C. Schreuer, *op. cit.*, pp. 929–930.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 967.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 967–968.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 968.

Tercero, el art. 52.1º literal d, del Convenio Ciadi nos señala como causal de anulación el hecho de “que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”. Observamos así que esta causal se produce con la fractura de una norma de procedimiento, la cual debe ser “grave” y referida a una norma de carácter “fundamental”⁵⁰, siendo ambos elementos necesarios para la configuración de esta causal⁵¹. Ahora bien, la “imparcialidad de juicio” del árbitro es una norma adjetiva fundamental, por lo cual ante su grave quebrantamiento cabría la anulación del laudo⁵². Además, observamos que este supuesto ha sido utilizado en varios casos de anulación del laudo sustentados en el literal d⁵³, junto con otros casos basados en la violación de la audiencia, en la fractura de las reglas de evidencia y en la ausencia o abuso de deliberación entre los árbitros⁵⁴.

Por último, cabe indicar que estas causales deben ser previa y prontamente objetadas a efectos de que puedan fundar un posterior pedido de anulación, pues de no ser así se produciría una renuncia al derecho a objetar⁵⁵, de conformidad a la regla 27 Reglas Ciadi⁵⁶.

III. Análisis casuístico

A efectos de observar la aplicación práctica de las reglas antes descritas, analizaremos, a continuación, algunos casos paradigmáticos de recusación planteados dentro del sistema del Ciadi.

1. Amco Asia Corporation y otros / Indonesia

A) Antecedentes

En el caso *Amco Asia Corporation y otros*⁵⁷ / *Indonesia* –decisión del 24 de junio de 1982– el árbitro recusado (Edward Rubin) había dado consejo tributario, luego de iniciado el arbitraje, al sujeto que controló a los demandantes en el arbitraje. Además, el bufete de abogados del árbitro y el consejero de los demandantes en el arbitraje tenían un arreglo de participación en los

⁵⁰ Estos requisitos se observan claramente en las versiones inglesa y francesa de este artículo, las cuales nos señalan, respectivamente, “that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure” y que “inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure” (énfasis del autor).

⁵¹ Con igual parecer C. Schreuer, *op. cit.*, p. 970.

⁵² Con igual parecer Reed, Paulsson y Blackaby, *op. cit.*, p. 100, nos señalan que “Una regla es fundamental si va al corazón de la integridad del procedimiento arbitral, como por ejemplo, los principios de equidad, imparcialidad, igualdad y respeto al derecho de audiencia”.

⁵³ Para una observación esquemática de tales supuestos *vid. C. Schreuer*, “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, *Annulment of ICSID Awards*, Nueva York, Juris Publishing, 2004, p. 22.

⁵⁴ Con igual parecer G. Kaufmann-Kohler, *loc. cit.*, p. 191; del mismo modo C. Schreuer, “The ICSID...”, *op. cit.*, p. 972.

⁵⁵ Con igual parecer E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones ...*, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁶ La cual nos señala que “Si una parte que sabiendo, o debiendo haber sabido, que no se ha observado alguna disposición del Reglamento Administrativo y Financiero, de estas Reglas o de cualquier otra regla o algún acuerdo aplicable al procedimiento, o alguna resolución del Tribunal, y no objeto con prontitud dicho incumplimiento, se considerará, salvo respecto de lo dispuesto en el art. 45 del Convenio, que ha renunciado a su derecho a objetar” (énfasis del autor).

⁵⁷ Los otros son Pan American Development Limited y PT Amco Indonesia.

beneficios y una oficina en común. Al momento de la recusación, la participación en los beneficios había terminado, pero continuaron compartiendo oficinas hasta meses antes del inicio del proceso arbitral. La recusación fue decidida por los dos árbitros no recusados (B. Goldman e I. Foighel) en base al Convenio Ciadi y a las reglas y regulaciones existentes⁵⁸.

En este caso los demandantes sostuvieron que la relación entre el árbitro y el consejero de los demandantes era *de minimis* y además que en el caso de un árbitro designado de parte es normal que esta última conozca ya al primero. Por su parte, los árbitros no recusados sostuvieron que respecto a los estándares de imparcialidad aplicables no puede haber distinción entre los árbitros, sin importar su método de designación. Sin embargo, éstos convinieron que un árbitro designado de parte inevitablemente puede tener cierto grado de relación con la parte que lo designa, más en tales casos no puede el árbitro ser descalificado simplemente en base tal relación –cualquiera haya sido su carácter o su extensión– a menos que haya una “*manifiesta*” o “*sumamente probable*” falta de imparcialidad, cosa que no existió en el caso particular⁵⁹, puesto que, en su opinión, una asesoría jurídica (con un honorario de \$ 450 dólares canadienses de 1982) prestada por alguien que nunca había sido “*el consejero regular de la parte que lo nombraba*” era una consideración menor y no tenía efecto alguno sobre la confianza que inspiraba el árbitro. Además, los vínculos entre las dos firmas de abogados tampoco podían “*crear ningún riesgo psicológico de parcialidad*”, por lo cual la alegada falta de imparcialidad del árbitro recusado no era manifiesta y, en su opinión, ni siquiera se percibía de modo razonable⁶⁰. Por todo lo cual desestimaron la recusación planteada⁶¹.

B) Comentarios

Primero, la decisión analizada asume correctamente que el estándar de imparcialidad es idéntico para todos los árbitros sin importar su forma de designación. Ello es correcto, pues la figura del árbitro designado de parte, no requiere formalmente de un estándar distinto a aquel del árbitro único o presidente⁶². Pues si bien es un tema delicado, cualquier tentativa de definir y codificar este concepto complejo, atacaría indudablemente al requisito basilar de imparcialidad –e independencia–. En tal forma, la ausencia de intentos de regular la posición de los árbitros designados de parte, en las reglas

⁵⁸ Con tal parecer L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 794.

⁵⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 795.

⁶⁰ Estos criterios son citados en “Decisión acerca de...”, *op. cit.*, pp. 192–193.

⁶¹ Con tal parecer C. Schreuer, “The ICSID...”, *op. cit.*, p. 1200; con similar criterio R. Rayfuse y E. Lauterpacht, *ICSID Reports*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 380.

⁶² Y asimismo, “dado que el rol de árbitro es el pivote del proceso entero y que las formas del arbitraje comercial son una parte de nuestro sistema de justicia, los más altos estándares de conducta ética deben ser impuestos a todos los árbitros” (C.M. Fairman, “Ethics and Collaborative Lawyering: Why Put Old Hats on New Heads?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, n° 2, 2003, p. 515).

internacionales de arbitraje, refleja probablemente una general satisfacción con la práctica prevaleciente⁶³.

Segundo, la decisión reconoce que un árbitro de parte puede tener cierto grado de relación con la parte que lo designa, más ello por si mismo no es un factor de descalificación en tanto no importe una “*manifiesta*” o “*sumamente probable*” falta de imparcialidad. La cual entiende no se dio en el caso, pues una pequeña asesoría jurídica prestada por un árbitro que no es consejero regular de la parte que lo designa no tiene, al ser una retribución *de minimis*⁶⁴, efecto alguno sobre la imparcialidad de éste. Ahora bien, esta decisión resulta discutible, pues el hecho de que el árbitro preste asesoría jurídica a una de las partes –o sus consejeros o sujetos relacionados a éstas– durante el transcurso del arbitraje, importa un factor de descalificación siempre que exista un interés financiero *significativo* con una parte o sus consejeros en la específica controversia, pues ello permite razonablemente asumir que, en tal caso, el árbitro estará tentado a decidir de acuerdo a ese interés sin importarle el fundamento. En tal forma, cuando es designado como árbitro el consejero de una parte que la esté representando *actualmente*⁶⁵, aún si su actividad de consejo no esté referida a la controversia específica o pese a que el árbitro no haya aconsejado personalmente a dicha parte⁶⁶, éste debe ser descalificado, pues tendrá un interés financiero en que el resultado de la causa no perjudique sus ingresos presentes o futuros a causa de una decisión adversa a dicha parte. Finalmente, debemos reconocer que si bien en el caso no resulta evidente que el interés financiero del árbitro recusado sea “significativo”, sin embargo, si se presenta absolutamente claro el carácter de “actualidad” de la actividad de asesoría legal prestada por éste. Razones las cuales no permiten al árbitro “*inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*” (art. 14.1º Convenio Ciadi), pues evidencian su “*carencia manifiesta*” (art. 57 Convenio Ciadi).

Tercero, la decisión entiende que el previo vínculo –participación en los beneficios y oficina en común– entre la firma de abogados del árbitro y la del consejero de los demandantes no podían “*crear ningún riesgo psicológico de parcialidad*”. Consideramos que esta decisión resulta discutible, pues tal vínculo importa un factor que requiere un atento examen⁶⁷. En tal forma, si

⁶³ Vid. C.A. Matheus López, *La independencia...*, op. cit., pp. 200–201.

⁶⁴ Conviene resaltar que este fallo fija tal criterio –nominado “*de minimis*”– en la jurisprudencia del Ciadi, el cual será asumido por otras decisiones posteriores.

⁶⁵ Este carácter de “actualidad” es observado, en la jurisprudencia francesa, por “el Tribunal de Apelación de París el primero de diciembre de 1995: el árbitro había devenido en el consejero de una parte, pero más de dos años después del pronunciamiento del laudo criticado. Nada demuestra, dice el Tribunal, que los vínculos hayan podido existir en la época de este arbitraje, con miras a que questione la independencia y la imparcialidad de éste” (Ph. Fouchard, “Le statut...”, loc. cit., pp. 344–345).

⁶⁶ En el caso *Hitachi Ltd. / SMS Schloemann*, de la jurisprudencia suiza, el Tribunal Federal señaló que “Para poder juzgar una causa de forma neutra, un juez no debe estar en el campo de influencia de las partes. Según las circunstancias es suficiente que esté en una relación particular, no con la propia parte, sino con su abogado, relación que lo presente objetivamente como prevenido...” (P.Y. Tschanz, “Indépendance des arbitres en droit suisse”, *Rev. arb.*, 2000, p. 531).

⁶⁷ Para una mejor comprensión del tema vid. C.A. Matheus López, *La independencia...*, op. cit., pp. 235–236.

la relación entre las firmas de abogados implica sólo un acuerdo no vinculante para remitirse recíprocamente casos cuando sea factible, o involucra a firmas legales –o abogados– que contratan a abogados externos en casos no vinculados, ello no debe generar su descalificación⁶⁸. Pero, si la relación implica ingresos compartidos, una efectiva asociación o una cercana participación económica en los asuntos de otro, entonces debe ser descalificada⁶⁹. Además, consideramos que debe concurrir el carácter de “actualidad” a fin de que tales relaciones generen la descalificación del árbitro. Ahora bien, el presente caso se subsume en el segundo supuesto explicado, pues implica compartir ingresos y asociación efectiva. Además, su carácter de “actualidad” no resulta muy discutible pues ambas firmas legales tuvieron una oficina común meses antes del inicio arbitraje. Por tales razones, a nuestro entender, el árbitro carecía de forma “*manifiesta*” de “*imparcialidad de juicio*”.

2. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal / Argentina

A) Antecedentes

En el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal / Argentina* –decisión del 3 de octubre 2001– el presidente del comité *ad hoc* (Yves Fortier), nombrado en atención a la solicitud de anulación del laudo planteada por los demandantes, fue recusado por el demandado quien sostenía –sin dudar de su competencia jurídica ni consideración moral– que el trabajo legal realizado por un socio del bufete de abogados del presidente (Ogilvy Renault) para el antecesor de Vivendi (Compagnie Générale des Eaux), consistente en dar asesoría tributaria bajo la legislación de Québec, afectó su capacidad de ejercer un juicio independiente.

He de observarse que el presidente del comité *ad hoc* cumplió con su obligación de revelación –acorde a la regla 6 Reglas Ciadi– y que además éste no había estado involucrado en el tema en cuestión, y que la mayor parte del trabajo se realizó antes de que el arbitraje comenzara –de 1995 a 1999– y se culminó bajo las instrucciones del bufete de abogados de los EE UU que actuaba como consejero principal en el caso. Asimismo, el socio de su bufete de abogados –Ogilvy Renault– suministró información relativa a la naturaleza de la asesoría efectuada y al monto de los honorarios cobrados. En tal forma, se habían facturado aproximadamente US \$ 216.000, de los cuales la gran mayoría –cerca de US \$ 203.000– correspondían al trabajo efectuado de 1995 a 1999. Asimismo, la labor que quedaba pendiente resultaba trivial,

⁶⁸ En el campo de la práctica inglesa, podría tratarse de un *Solicitor* que contrata a un *Barrister* para un caso que no tiene vinculación alguna con la controversia sometida a arbitraje (conviene precisar que, en lo esencial, la diferencia entre ambos radica en el hecho que los *Solicitors* tienen acceso casi exclusivo a los clientes –a los cuales aconsejan y representan–, en tanto los *Barristers* tienen acceso a las Cortes –presentando sus opiniones legales y participando en las audiencias–. En tal forma, el *Solicitor* elige e instruye al *Barrister* respecto a la causa, y a su vez, este último, es el que litiga en las Cortes).

⁶⁹ Con similar parecer D. Bishop y L. Reed, “Practical Guides for Interviewing, Selecting and Challenging Party–Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int'l.*, n° 4, 1998, p. 419.

pues involucraba sólo la liquidación de los arreglos pertinentes e importaba honorarios de no más de US \$ 2.000. Además, el socio del presidente había decidido no aceptar ninguna instrucción más de Vivendi hasta que se completara el mandato del comité *ad hoc*⁷⁰. Respecto al monto de los honorarios recibidos por su bufete de abogados el presidente del comité *ad hoc* señaló que éstos eran *de minimis*, pues resultaban inconsecuentes para la facturación total de su bufete. Por su parte, el demandado señaló que estos honorarios de carácter continuo exceden lo que se puede considerar como *de minimis*⁷¹.

Los dos miembros no recusados (James Crawford y José Carlos Fernández Rozas) del comité *ad hoc* señalaron –comentando otro fallo– que “una relación personal producto de asesoría legal dada por el árbitro a la parte o a una persona relacionada después que haya surgido la diferencia en cuestión, puede justificarse en nuestra opinión sólo bajo la excepción de ser de *minimis*”⁷². Asimismo, rechazaron la recusación, enfatizando la relevancia de los siguientes hechos: (a) que la relación fue inmediatamente y completamente declarada, y se alcanzó la información adicional solicitada; (b) que el presidente recusado no tiene ni ha tenido ninguna relación de abogado a cliente con las demandantes o sus filiales; (c) que el trabajo efectuado por el socio de su bufete no tiene nada que ver con el presente caso; (d) que el trabajo legal concernía a una transacción específica y a un asesoramiento jurídico no general, y que la firma del presidente no fue consejera principal; y (e) que la relación llegaría a su fin con el cierre de la transacción respectiva⁷³.

Por otra parte, los miembros no recusados indicaron, respecto al requisito de “*manifiesta*” de la carencia aludida por el art. 57 del Convenio Ciadi, que

“... el término no puede precluir la consideración de hechos previamente no revelados o desconocidos, siempre que estos se determinen debidamente al tiempo de tomarse la decisión. Por otra parte, el término debe excluir como fundamentos las suposiciones o los argumentos especulativos – por ejemplo, suposiciones basadas en contactos sociales previos y en sí mismos inocuos entre el árbitro recusado y una parte (...) la cuestión nos parece ser si cualquiera de las partes pueda razonablemente aprehender un riesgo verdadero de carencia de imparcialidad sobre la base de tales hechos (y no meramente sobre alguna especulación o inferencia). Si (y sólo si) la respuesta es afirmativa puede decirse que el árbitro no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio. Es decir, las circunstancias efectivamente determinadas (y no meramente supuestas o inferidas) deben negar o poner claramente en duda la apariencia de imparcialidad. Si los hechos llevarían al planteamiento de alguna duda razonable en cuanto a la imparcialidad del árbitro o miembro, la apariencia de seguridad para las partes desaparecería y una recusación hecha por cualquiera de las partes tendría que sostenerse”⁷⁴.

En estas circunstancias, los miembros no recusados del comité sostuvieron que la independencia del presidente no podía entenderse dañada, pues – como indicaron–

⁷⁰ Vid. “Decisión acerca de...”, *loc. cit.*, pp. 189–190.

⁷¹ *Ibid.*, p. 190.

⁷² *Ibid.*, p. 193.

Obsérvese que esta decisión vuelve a asumir el criterio *de minimis* postulado por la decisión del 24 de junio de 1982 relativa al caso *Amco Asia Corporation y otros / Indonesia*.

⁷³ Vid. “Decisión acerca de...”, *loc. cit.*, p. 195; con igual parecer L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 796.

⁷⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 194–195.

“... la mera existencia de alguna relación profesional con una parte no es una base automática para la recusación de un árbitro o miembro de un comité. Todas las circunstancias deben tomarse en cuenta para poder determinar si la relación es suficientemente significativa para justificar la presencia de dudas razonables en cuanto a la capacidad del árbitro o miembro de alcanzar una decisión libre e independientemente”⁷⁵.

B) Comentarios

Primero, la decisión analizada destaca adecuadamente el carácter preventivo de la obligación de revelación, así como su función de transparencia respecto a las relaciones que el árbitro pueda mantener con las partes o con el objeto de la controversia. A nuestro parecer, hubiese sido deseable que esta decisión indique además que, así como el incumplimiento de la obligación de revelación evidencia, con el silencio, una probable fractura al deber de imparcialidad –e independencia– del árbitro, a su vez, su adecuado cumplimiento evidencia su probable respeto.

Segundo, la decisión reconoce que la sola existencia de una relación profesional entre un árbitro, o miembro de un comité *ad hoc*, con una parte no genera automáticamente su recusación, pues deben considerarse todas las circunstancias para determinar si aquella es suficientemente significativa como para poner en duda su apariencia de imparcialidad. Y puesto que los miembros no recusados del comité *ad hoc* entienden que el presidente no tuvo ni tiene ninguna relación de abogado a cliente con las demandantes o sus filiales; que el trabajo efectuado por su socio no tiene relación con el presente caso; que el trabajo realizado concernía a una transacción específica e importaba una asesoría jurídica de igual naturaleza; que el bufete del presidente no fue consejero principal y; que la asesoría concluiría con el cierre de la transacción respectiva. Es que rechazaron la recusación interpuesta. Ahora bien, esta decisión resulta discutible, pues el hecho de que el bufete del presidente preste asesoría jurídica a una de las partes durante el transcurso del arbitraje, importa un factor de descalificación acorde a los criterios que postulamos en el *segundo comentario* del punto 3.1. Por tal razón, podemos asumir que el bufete legal seguirá manteniendo un vínculo de dependencia con la parte designante⁷⁶, y por ello cualquier árbitro, socio o empleado de éste, tendrá un interés financiero en que el resultado de la causa no perjudique los ingresos presentes o futuros del bufete, a causa de una decisión adversa a dicha parte⁷⁷. Asimismo, observamos en el caso que el interés financiero del bufete del presidente es “significativo”, pues se cobraron casi US \$ 216.000⁷⁸, y además se muestra claro el carácter de “actualidad” de la activi-

⁷⁵ *Ibid.*, p. 196.

⁷⁶ Vínculo que no desaparece por el hecho de que el bufete del presidente haya estado sometido a las instrucciones del bufete de los EE UU que actuaba como consejero principal, puesto que el trabajo se realizó para el antecesor de Vivendi y se cobró a éste.

⁷⁷ *Vid.* C.A. Matheus López, *La independencia...*, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁸ A nuestro parecer, se observa una parcial incongruencia en la decisión de los miembros no recusados del comité *ad hoc*, pues en el punto 22 de su decisión nos señalan que un vínculo de asesoría entre el árbitro y una parte, solo puede justificarse en tanto los honorarios sean *de minimis*. Pero luego no emplean dicho criterio en los fundamentos de su decisión, salvo que se entienda –

dad de asesoría legal prestada por éste, la cual se inició en 1995 y se prolongó hasta el presente procedimiento de anulación del laudo⁷⁹. Razones que, a nuestro entender, no permiten al presidente del comité “*inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*” (art. 14.1º Convenio Ciadi), pues evidencian su “*carencia manifiesta*” (art. 57 Convenio Ciadi).

Tercero, la decisión entiende que el carácter “manifiesto” de la carencia aludida por el art. 57 del Convenio Ciadi, importa que cualquiera de las partes en base a los hechos del caso pueda razonablemente aprehender un riesgo verdadero de carencia de imparcialidad y no sólo basada en alguna especulación o inferencia. Esto es, a efectos de sostener una recusación, las circunstancias específicas deben negar o poner claramente en duda la apariencia de imparcialidad del miembro del comité, al plantear una duda razonable en cuanto a ésta. Observamos así que la decisión asume que el carácter de “manifiesto” del art. 57 del Convenio Ciadi es igual al criterio objetivo de apreciación de la imparcialidad –e independencia– del árbitro, basado en el “verdadero peligro de parcialidad” (*the real danger test*), empleado por los tribunales ingleses. Criterio que quedó claramente fijado en el fallo de la Corte de Apelación de Inglaterra, del 15 de mayo del 2000, relativo a *AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. / Saudi Cable Co.*, según el cual la apreciación que se aplicará ante una recusación por parcialidad de un árbitro, es la misma que la aplicada a un juez. Y sin la demostración de un “verdadero peligro de parcialidad”, un árbitro no será removido por las cortes inglesas⁸⁰. Además, este caso nos enseña que un árbitro debe sopesar si su conocimiento de una industria particular está comprometido por su conexión a ciertas compañías de dicho sector⁸¹. Debiendo examinar ello en atención a las partes –esto es, con los ojos de las partes–, y no desde la perspectiva propia o de sus colegas, pues son ellas quienes necesitan confiar en la imparcialidad de un árbitro y quienes asumirán las consecuencias del laudo⁸². Por ello, algunos autores han señalado con razón de que el test de “verdadero peligro de parcialidad”, hoy adoptado por las cortes inglesas, resulta peligroso si no viene acompañado de una apreciación de parcialidad desde los “ojos de las partes”. En otras palabras, se exige una modulación subjetiva del test objetivo de “peligro verdadero de parcialidad”, la cual se introduce a través del criterio de los “ojos de las partes”⁸³. Por otra parte, el vínculo esta-

tácitamente– que éstos asumen que los cerca de US \$ 216.000 que cobró el bufete del presidente, son *de minimis*.

⁷⁹ Hecho el cual no cambia en razón de que la labor de asesoría restante –al inicio del arbitraje– importase un honorario no mayor a US \$ 2.000, ni tampoco porque el socio del presidente haya decidido no aceptar ninguna instrucción más de Vivendi hasta que finalice el procedimiento de anulación de laudo.

⁸⁰ Vid. C.A. Matheus López, *La independencia...*, op. cit., p. 206.

⁸¹ En este caso, el presidente del tribunal era director no ejecutivo de *Nortel* –una compañía competidora de *AT&T Corporation*–, la cual había sido descalificada como postor respecto al contrato que sería materia de arbitraje.

⁸² Con similar parecer Hong–Lin Yuy y L. Shore, “Independence, Impartiality, and Immunity of Arbitrators – US and English Perspectives”, *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 52, 2003, pp. 941–942.

⁸³ Vid. C.A. Matheus López, *La independencia...*, op. cit., p. 209.

blecido –entre “manifiesto” y “verdadero peligro de parcialidad”– por los miembros no recusados suponemos que fue guiado por el hecho de que la *Arbitration Act* de 1996 alude expresamente sólo al requisito de imparcialidad (numerales 1 y 24) al igual que el Convenio y Reglas del Ciadi. Asimismo, más allá de lo discutible que resulta emplear un criterio jurisprudencial ajeno a la regulación propia del Ciadi, deviene positivo el hecho de que la decisión entienda que el análisis de los hechos que sustentan la recusación se haga desde los “ojos de las partes”. Finalmente, consideramos erróneo que la decisión haya empleado un criterio de apreciación objetivo de la imparcialidad –e independencia– del árbitro (“verdadero peligro de parcialidad”), si bien modulado subjetivamente, puesto que el art. 57 del Convenio Ciadi asume un criterio de apreciación subjetivo, y por ende totalmente contrario. En realidad, como lo señalamos en el punto II.4, lo más adecuado hubiera sido un esquema inverso, esto es, una modulación objetiva del criterio subjetivo del art. 57 del Convenio Ciadi, a través del enfoque desde los “ojos de las partes”.

3. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. / Argentina (y acumulados)

A) Antecedentes

En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. / Argentina (y acumulados)*⁸⁴ –decisión del 22 de octubre 2007– el árbitro nombrado por los demandantes (Gabrielle Kaufmann–Kohler) fue recusado por la demandada dada la supuesta existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad, surgida del hecho de que el árbitro recusado había sido miembro de un tribunal del CIADI en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ Argentina*, habiendo dictado un laudo en contra de Argentina el 20 de agosto de 2007, el cual presenta tantos errores, especialmente en cuanto a sus conclusiones sobre los hechos y la evaluación probática, que la participación del árbitro recusado en la elaboración de esa decisión de por sí demuestra “*prima facie* falta de imparcialidad de la mencionada árbitro, manifestándose a través de las inconsistencias más salientes del laudo que generan una plena falta de confianza hacia la Sra. Gabrielle Kaufmann–Kohler”⁸⁵.

La recusación fue decidida por los dos árbitros no recusados (Pedro Nikken y Jeswald W. Salacuse). El caso AWG Group con Argentina se resolvió en base al Regl. Uncitral. En tanto los casos *Suez, Sociedad General de Aguas*

⁸⁴ Los otros dos procedimientos acumulados son: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. / Argentina* y *AWG Group / Argentina* (arbitraje enmarcado en el Regl. Uncitral).

⁸⁵ Vid. “Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral” (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. / Argentina; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. / Argentina; y AWG Group con Argentina*) publicada en www.worldbank.org/icsid, pp. 7–8.

de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. / Argentina y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. / Argentina se resolvieron en base al Convenio Ciadi y demás reglas aplicables⁸⁶.

En el caso *AWG Group / Argentina*, acorde al art. 11.1º Regl Uncitral, la demandada debió recusar al árbitro dentro de los quince días siguientes al conocimiento de las circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Y puesto que éstas últimas surgen del laudo dictado el 20 de agosto de 2007 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. / Argentina*), consecuentemente, el plazo para recusar al árbitro venció el 4 de septiembre de 2007. Y dado que la propuesta de recusación se presentó el 12 de octubre de 2007, ésta deviene en extemporánea, razón por lo cual se rechaza la recusación⁸⁷.

En los casos *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. / Argentina* y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. / Argentina*, conforme a la Regla 9. ap. 1 Reglas Ciadi, la demandada debió presentar su propuesta de recusación “*sin demora*” pues de lo contrario, acorde a la regla 27 Reglas Ciadi, se entiende que “*ha renunciado a su derecho a objetar*”. Y puesto que el pedido de recusación se presentó 53 días después de haber sido dictado el laudo –del 20 de agosto de 2007–, con un texto de sólo 23 páginas y habiéndose podido informar al tribunal de la intención de recusar al árbitro, planteando los argumentos básicos de ello a fin de presentar luego los documentos de apoyo, tal pedido deviene en extemporáneo y, por lo tanto, existe una renuncia al derecho a objetar⁸⁸.

Pese a lo anterior, los árbitros no recusados proceden a analizar los aspectos sustanciales de la recusación. Estableciendo que, conforme a los arts. 14.1º y 57 Convenio Ciadi, se puede recusar a un árbitro cuando carezca de forma “*manifiesta*” de la cualidad de ser una persona que inspire plena confianza en cuanto a su “*imparcialidad de juicio*”. Y dado que la versión en inglés y aquella en castellano del art. 14.1º –ambas igualmente auténticas–, aluden, respectivamente, a “*independencia*” e “*imparcialidad*”, se aplican ambos criterios al caso, como lo hacen también numerosas reglas de arbitraje⁸⁹.

Se señala que los conceptos de

“... independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción. En términos generales, el concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro. Por imparcialidad, en cambio, se entiende la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes (...) Por lo tanto, en ciertas situaciones es posible que un juez o árbitro sea independiente de las partes, pero no imparcial (...) La independencia y la imparcialidad son estados de ánimo (...) Ese estado de ánimo sólo puede inferirse a través de los actos del árbitro en cuestión o de las personas con él

⁸⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 10–13.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 13–14.

vinculadas. Es por esa razón que el art. 57 requiere que la parte recusante pruebe cualquier hecho que indique una carencia manifiesta de imparcialidad o independencia⁹⁰.

Ahora bien, Argentina señala como el único hecho que prueba la manifiesta falta de independencia e imparcialidad del árbitro recusado el que éste participó en el laudo –y lo suscribió– del 20 de agosto de 2007⁹¹. No ofrece tampoco prueba alguna con respecto al comportamiento del árbitro recusado durante el transcurso del proceso arbitral –cuatro años– ni en relación a ningún hecho que pueda cuestionar su independencia o imparcialidad. Por ello, los árbitros no recusados señalan que, acorde al art. 57 Convenio Ciadi, para concluir que el árbitro recusado carece de independencia o imparcialidad se tendría que asumir que su participación en el laudo del 20 de agosto de 2007 prueba de por sí “*manifiestamente*” tal estado de ánimo. Sin embargo, se observa que el referido laudo fue dictado por unanimidad por tres prestigiosos árbitros, uno de los cuales fue designado por la propia demandada⁹². Ahora, si bien Argentina considera que muchas de las conclusiones fácticas y la evaluación probática a las que llegó ese tribunal son erróneas, evidenciando ello –a su criterio– que el árbitro recusado no pudo haber actuado en forma independiente e imparcial. Sin embargo, los árbitros no recusados señalan que

“... una diferencia de opinión sobre una interpretación de un conjunto de hechos no es de por sí prueba de falta de independencia o imparcialidad. Ciertamente es común, en todo el mundo, que los jueces y árbitros, cumpliendo honestamente sus funciones, lleguen a conclusiones de hecho o de derecho con las que discrepe alguna de las partes (...) Aun cuando un órgano de apelación en definitiva revoque esa decisión, esa revocación no constituiría de por sí prueba de falta de imparcialidad o independencia. Un juez o árbitro puede incurrir en un error de derecho o extraer conclusiones equivocadas sobre los hechos, y sin embargo ser independiente e imparcial”⁹³.

Por otra parte, los árbitros no recusados frente a las preguntas de: ¿el hecho de que un árbitro o juez haya adoptado una decisión que la parte de un caso interprete como contraria a sus intereses significa que ese juez o árbitro no puede ser imparcial con respecto a esa parte en otro caso? y ¿el hecho de que un juez o árbitro haya llegado a conclusiones de derecho o de hecho en un caso significa que ese juez no pueda pronunciarse sobre el derecho y los hechos en forma imparcial en otro caso?, consideran que la respuesta es negativa, pues “la conclusión de que un árbitro o un juez carece de imparcialidad requiere pruebas mucho más sólidas que las consistentes en que ese árbitro haya participado en una decisión unánime con otros dos árbitros en un caso en que una parte de ese caso sea actualmente parte en un caso en el

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 14–15.

⁹¹ A este respecto, como bien señala el tribunal, “la recusación de un árbitro formulada por Argentina en este caso difiere de las recusaciones planteadas en muchos otros casos (...) En numerosos casos anteriores del CIADI referentes a recusaciones de árbitros –si es que no en la mayoría de ellos– el fundamento aducido fue una supuesta vinculación profesional o comercial entre el árbitro recusado, o entre alguno de sus asociados, y una parte del caso. Tal situación no existe en el presente caso” (*ibid.*, p. 15).

⁹² *Ibid.*, pp. 16–17.

⁹³ *Ibid.*, p. 17.

que ahora esté entendiendo ese árbitro o juez”⁹⁴. Y además por el hecho de que si bien Argentina es demandada en el caso relativo al laudo del 20 de agosto de 2007 (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. / Argentina*) como también en los casos que conoce el presente Tribunal –todos los cuales se originan en la privatización de sistemas de agua y cloacas en Argentina–, sin embargo las dos situaciones son diferentes. Pues los casos sometidos al presente Tribunal están relacionados a las medidas y actos adoptados por Argentina para hacer frente a la grave crisis que la azotó en el 2001, los cuales no gravitaron en medida alguna en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. / Argentina*, pues este se originó en hechos que ocurrieron cinco años antes. Asimismo, el presente Tribunal debe aplicar los tratados bilaterales de inversiones celebrados por Argentina con España y con el Reino Unido, los cuales no eran aplicables en el caso de *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. / Argentina*⁹⁵.

Por otra parte, si bien la demandada no plantea específicamente el tema en su propuesta de recusación, los árbitros no recusados se preguntan si “al aplicar los estándares del art. 14 del Convenio referentes a recusaciones, debe utilizarse un criterio subjetivo basado en la creencia de la parte reclamante, o un estándar objetivo, basado en una evaluación razonable de la prueba, realizada por un tercero”, frente a lo cual entienden que el Convenio Ciadi exige un estándar objetivo, puesto que

“... un requisito implícito en el art. 57 y en su exigencia de que la parte que recusa alegue un hecho que indique carencia manifiesta de las cualidades que el art. 14 exige de un árbitro, es que esa carencia se pruebe en forma objetiva, y que la mera creencia, por parte de quien formula la recusación, sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro no basta para descalificar al árbitro recusado (...) De hecho, la aplicación de un estándar subjetivo, individual, en lugar de un estándar objetivo, permitiría a cualquiera de las partes de un arbitraje que por cualquier motivo no se sienta satisfecha con el proceso, poner fin a éste en forma discrecional, simplemente sosteniendo que un árbitro no es independiente o imparcial, lo que socavaría, y a decir verdad aniquilaría, el sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados, tan cuidadosamente establecido por los Estados que acordaron el Convenio”⁹⁶.

Por todas estas razones, los árbitros no recusados desestimaron la recusación planteada.

B) Comentarios

Primero, la decisión analizada emplea correctamente el requisito de “*sin demora*” de la recusación, establecido en la regla 27 Reglas Ciadi, y asume también que su vulneración importa una renuncia al “*derecho a objetar*”. Asimismo, estamos de acuerdo que, en el caso, el haber presentado la recusación 53 días después de sucedido el hecho que la motiva (laudo del 20 de agosto de 2007) importa actuar “con demora” y por ende existe una renuncia al derecho a objetar.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 18–19.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 19–21.

Segundo, la decisión asume correctamente que la “*imparcialidad de juicio*” de los arts. 14.1º y 57 Convenio Ciadi, engloba tanto al requisito de independencia como de imparcialidad del árbitro. Ahora bien, hubiese sido deseable que además clarifique el carácter unitario de la aludida imparcialidad, evidenciando el rechazo de la distinción terminológica dual por parte del Convenio Ciadi (ver punto II.1.).

Tercero, la decisión entiende que los conceptos de independencia e imparcialidad, si bien mutuamente relacionados, son –no siempre fácilmente– pasibles de diferenciación. Asimismo, señala la posibilidad de que un árbitro sea independiente pero parcial. Postulando además que la independencia e imparcialidad importan “*estados de ánimo*” los cuales pueden inferirse a través de actos concretos que exigen ser probados. Ahora, si bien la distinción planteada entre independencia e imparcialidad resulta correcta de forma general, cabe precisar que la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos fácticos, mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales⁹⁷. O lo que es lo mismo, la independencia –de carácter objetivo– se refiere a la posición o situación del árbitro, en tanto que la imparcialidad –de carácter subjetivo– viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico⁹⁸. Por lo cual cabe afirmar, que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto a una parte. En tanto la imparcialidad, como noción subjetiva, importa el no ser parcial, esto es, no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso⁹⁹. Por otra parte, la decisión olvida que así como puede haber un árbitro independiente pero parcial, también cabe la posibilidad de que el árbitro sea imparcial pero dependiente. Por último, la decisión califica erradamente a la independencia e imparcialidad como “*estados de ánimo*”, pues ello resulta sólo correcto respecto a la imparcialidad que es de carácter subjetivo –o si se quiere “*ánimico*”– pero no en relación a la independencia que es de carácter objetivo. Sin embargo, destaca correctamente que la ausencia de independencia e imparcialidad se evidencia a través de actos concretos, los cuales requieren ser probados. Debemos recordar que tanto la imparcialidad como la independencia se justifican objetivamente, es decir, su ausencia no puede apreciarse más que de forma objetiva, midiéndose *in abstracto* la consecuencia de los hechos constitutivos del presunto atentado a la imparcialidad y/o independencia, dado que es imposible calcular el efecto psicológico realmente producido por éstos en el “*espíritu*” del árbitro¹⁰⁰.

Cuarto, la decisión postula correctamente que la participación del árbitro recusado en el laudo del 20 de agosto de 2007 no prueba *per se* “*manifiestamente*” su falta de imparcialidad e independencia. Lo cual queda además

⁹⁷ Con este parecer T. Clay, *loc. cit.*, pp. 213–214.

⁹⁸ Con similar parecer P. Lalive, “*Sur L'impartialité de L'arbitre International en Suisse*”, *La Semaine Judiciaire*, vol. 112, 1990, p. 364.

⁹⁹ Con igual parecer M. Henry, *loc. cit.*, p. 195.

¹⁰⁰ *Vid.* C.A. Matheus López, *La independencia...*, *op. cit.*, p. 127.

claro por el hecho de que el laudo fue dictado por unanimidad por los tres árbitros, incluido aquel designado por la propia demandada. Además, en razón de que un árbitro al decidir puede cometer un error de apreciación fáctica o de interpretación jurídica sin dejar por ello de ser independiente e imparcial. A lo cual se suma el hecho que si bien la demandada en el caso relativo al laudo del 20 de agosto de 2007 es la misma que en los casos sometidos al presente tribunal, sin embargo las situaciones son diferentes. Pues los casos del presente tribunal están vinculados a las medidas adoptadas por Argentina para enfrentar la crisis económica que sufrió el 2001, las cuales no gravitaron en medida alguna en el caso relativo al laudo del 20 de agosto de 2007, pues éste se originó en hechos que ocurrieron en 1996. Y además, el presente tribunal debe aplicar los tratados bilaterales de inversiones celebrados por Argentina con España y con el Reino Unido, los cuales no eran aplicables en el caso anterior. Ahora bien, una previa designación del árbitro por una de las partes es un factor que requiere un atento examen para efectos de determinar si genera descalificación o no. En tal forma, cuando el árbitro designado ha servido como tal en un arbitraje anterior que implicaba por lo menos a una de las partes o a temas similares, debemos observar –entre otras cosas– si la decisión anterior prejuzga la responsabilidad de una parte. En tal forma, si la recusación se basa únicamente en el hecho de que un árbitro es designado por la misma parte que lo nombró en un arbitraje previo, ésta debe ser rechazada porque ello sólo evidencia que el árbitro probó su capacidad y experiencia en el primer arbitraje. Asimismo, una determinada posición –sustantiva o procesal– tomada en un arbitraje no debe descalificar al árbitro para posteriores designaciones. Finalmente, resulta claro además que si un árbitro participó en un arbitraje conexo previo que involucraba a una de las partes, y la decisión del tribunal efectivamente prejuzgó el tema de la responsabilidad planteado por o contra una parte que no estuvo implicada en el arbitraje anterior, entonces el árbitro debe ser descalificado¹⁰¹. Por el contrario, en ausencia de toda decisión previa que pueda generar un prejuicio desfavorable del árbitro, su participación en un arbitraje conexo no resulta un factor de descalificación¹⁰².

Quinto, la decisión resulta técnicamente defectuosa y palmariamente *contra textum*, al postular que el estándar de apreciación de la imparcialidad –e independencia– del árbitro asumido por los arts. 14.1º y 57 Convenio Ciadi, resulta objetivo. Asimismo, la decisión analizada no tiene muy claro el contenido y alcances de la apreciación subjetiva de la imparcialidad –e independencia– del árbitro, pues ésta no se basa en la mera “*creencia de la parte reclamante*”, ni impide que la falta de imparcialidad –e independencia– “*se pruebe en forma objetiva*” y tampoco permite que una parte ponga fin al arbitraje “*en forma discrecional, simplemente sosteniendo que un árbitro*

¹⁰¹ Con similar parecer C. Reymond, “Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée – Réflexions sur quelques arrêts récents”, *Rev. arb.*, 1991, p. 11, nos señala que “el hecho de haber participado en una instancia anterior que concierne al mismo contencioso no es, en sí, un motivo de descalificación, excepto si de hecho se ha decidido sobre el segundo litigio”.

¹⁰² Vid. C.A. Matheus López, *La independencia...*, op. cit., pp. 236–237.

no es independiente o imparcial". Ahora bien, primero debemos precisar que la apreciación subjetiva de la imparcialidad –e independencia– importa hallar las verdaderas intenciones del árbitro y no se justifica en la mera creencia de la parte recusante. En segundo lugar, hemos de señalar que la apreciación subjetiva requiere ser probada en forma objetiva, pues es necesario que se acredite a través de un medio externo si una persona razonable consideraría que ese estado de la mente –del árbitro– constituye parcialidad, o tendría un razonable temor de que sea así. Y finalmente, conviene recordar que la apreciación subjetiva es necesariamente menos severa que la apreciación objetiva y no al revés como creen los árbitros no recusados (*vid.* puntos II.1. y II.4.).

IV. Reflexiones finales

Del decurso del presente trabajo el lector atento habrá notado que el ya de por sí difícil tema de la independencia e imparcialidad del árbitro, se agrava aún más gracias al criterio de apreciación subjetivo recogido en el Convenio Ciadi y en las Reglas de Arbitraje. Además, las últimas no aprovecharon la reforma, que en el 2006 el Consejo Administrativo le hizo a su Regla 6, apartado 2, para optar por un criterio de apreciación objetivo de la obligación de revelación del árbitro¹⁰³, que sería más acorde a la regla hoy dominante en el ámbito del arbitraje nacional e internacional, establecida por el art. 12.1º Ley Modelo de la Uncitral, el cual nos señala que "La persona a quien se comunica su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a *dudas justificadas* acerca de su imparcialidad o independencia...". Asimismo, con ocasión de la reforma pudo modificarse la Regla 9, ap. 1, Reglas Ciadi, estableciendo un criterio de apreciación objetivo para la recusación del árbitro, conforme al tenor del art. 12.2º LMU, el cual nos señala que "Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a *dudas justificadas* respecto de su imparcialidad o independencia...".

Huelga señalar que el criterio de apreciación objetivo de la LMU ha sido adoptado por la mayoría de leyes nacionales de América, Europa y Asia¹⁰⁴. E

¹⁰³ Nótese además que, si bien "la nota explicativa que acompaña los cambios sugeridos señala que su propósito es "ampliar el alcance de la revelación de los árbitros para incluir cualquier circunstancia que probablemente pueda dar lugar a dudas justificables en cuanto a la confianza en el juicio independiente del árbitro". Sin embargo, el texto no se refiere a dudas justificables, pareciendo así adoptar una interpretación más amplia de las circunstancias que deben ser reveladas por los posibles árbitros" (L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 826).

¹⁰⁴ Sin ánimo exegético, podemos señalar que han adoptado la LMU, países tales como: Alemania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, Camboya, Canadá, Chile, China (Hong Kong y Macao), Chipre, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovenia, España, EE UU de América (California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas), Estonia, Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenia, Lituania, Madagascar, Malta, Mauricio, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, República de Corea, República Dominicana, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Escocia y las Bermudas), Serbia, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela, Zambia, y Zimbabwe.

incluso su amplia recepción normativa viene confirmada por el hecho de haber sido asumido –para la recusación de árbitros– por el más reciente esfuerzo en materia de conflictos de interés llevado a cabo por la *International Bar Association* (IBA), a través de sus denominadas “Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional” del 22 de mayo del 2004.

Finalmente, sea que la reforma recomendada se lleve a cabo o no¹⁰⁵, en atención a la importancia y a las particularidades del arbitraje en el sistema Ciadi, sería recomendable que el Consejo Administrativo asuma, conforme al art. 6.3º Convenio Ciadi, la tarea de promulgar un código de ética específico para los árbitros del sistema¹⁰⁶, cuyas reglas podrían servir además como una suerte de “directrices” aplicables a cualquier arbitraje de inversión.

¹⁰⁵ Si se reforman las Reglas de Arbitraje estableciéndose un criterio de apreciación objetivo de la imparcialidad e independencia del árbitro, tanto para la recusación como para la obligación de revelación, entonces el Código de Ética serviría para establecer diversos factores de análisis (descalificantes, no descalificantes y que requieran un atento examen) que permitan determinar la presencia de un árbitro prevenido. Y si no se reforman las Reglas de Arbitraje, entonces el Código de Ética servirá, primero, para aclarar la aplicación del criterio de apreciación subjetivo establecido por éstas, sea para la recusación o sea para la obligación de revelación. Y, segundo, servirá para establecer algunos factores de análisis que posibiliten determinar la ausencia de independencia e imparcialidad en el árbitro.

¹⁰⁶ Con similar parecer L. Malintoppi, *loc. cit.*, p. 829.