



Asamblea General

Distr. general
29 de abril de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

49º período de sesiones

Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2016

Solución de controversias comerciales: posible labor futura sobre la ética en el arbitraje internacional

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	2
II. Concepto de ética y marcos jurídicos existentes sobre ética en el arbitraje internacional	4-19	2
A. Concepto de ética en el arbitraje internacional	4-10	2
1. Normas de conducta	4	2
2. Imparcialidad e independencia	5	2
3. Deber de revelar información	6-8	3
4. Otros deberes relacionados con la ética de los árbitros	9	3
5. Procedimiento de recusación — Incumplimiento de normas de ética	10	4
B. Marcos jurídicos existentes sobre la ética en el arbitraje internacional	11-19	4
1. Legislación nacional	12	4
2. Textos de orientación elaborados por organizaciones internacionales e instituciones arbitrales	13	5
3. Reglamentos de arbitraje	14-16	5
4. Jurisprudencia	17-18	6
5. Códigos de ética en los tratados de inversión	19	7
III. Cuestiones que podrían examinarse en el futuro	20-24	7



I. Introducción

1. En su 48º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión tuvo ante sí una propuesta sobre la labor futura relativa a un código de ética para los árbitros en los arbitrajes de inversiones (A/CN.9/855), en la que se sugería que dicha labor podría referirse a la conducta de los árbitros, su relación con los participantes en el proceso arbitral, y los valores que presuntamente compartían y propugnaban¹.
2. Tras un debate, la Comisión solicitó a la Secretaría que estudiara la cuestión desde una perspectiva amplia, en relación tanto con el arbitraje comercial como con el arbitraje en materia de inversiones, teniendo en cuenta las leyes, reglamentos y demás disposiciones existentes, así como las normas establecidas por otras organizaciones. Se solicitó a la Secretaría que evaluara la viabilidad de la labor en esa esfera e informara a la Comisión en un futuro período de sesiones².
3. En respuesta a esa solicitud, en la presente nota se pretende explorar el concepto de ética en el arbitraje internacional, señalar cuáles son los marcos jurídicos existentes en el ámbito del arbitraje comercial internacional y el arbitraje entre Estados e inversionistas en el marco de un tratado, e indicar cuestiones relacionadas con el tema que la Comisión podría tratar en el futuro³. En la presente nota se trata solamente el tema de la ética de los árbitros, y no la de otras personas que participan en el proceso de arbitraje, como los abogados, los peritos, o los financistas de arbitrajes.

II. Concepto de ética y marcos jurídicos existentes sobre ética en el arbitraje internacional

A. Concepto de ética en el arbitraje internacional

1. Normas de conducta

4. El concepto de ética profesional o ética jurídica se refiere a las reglas y normas de conducta que es aceptable para las profesiones jurídicas, es decir, los deberes del profesional: se considera que una conducta no es ética cuando no se ajusta a ciertas normas morales y deontológicas. En un sentido similar, el concepto de ética en el arbitraje internacional generalmente se refiere a las reglas y normas aplicables a la conducta de los árbitros, como se explica más adelante.

2. Imparcialidad e independencia

5. La imparcialidad y la independencia son los elementos esenciales de la integridad y la conducta ética de los árbitros. Se espera que los árbitros eviten conflictos de interés directos o indirectos. Esos conflictos a menudo se encuadran en una de las dos categorías siguientes: falta de imparcialidad o falta de independencia. Generalmente la imparcialidad y la independencia se distinguen en base a

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/70/17)*, párr. 148.

² *Ibid.*, párr. 151.

³ *Ibid.*, párr. 150.

consideraciones internas, no externas. Imparcialidad significa ausencia de sesgos o de predisposición a favorecer a una de las partes. No habría imparcialidad, por ejemplo, si un árbitro pareciera haber prejuzgado sobre algunas cuestiones. La independencia en general tiene que ver con las relaciones de negocios, financieras o personales que puedan existir entre un árbitro y una de las partes en el arbitraje, y su falta suele ser consecuencia de que las relaciones entre el árbitro y una de las partes o su abogado sean problemáticas. Las normas de ética deóntica en general establecen que su cumplimiento es obligatorio a lo largo de todo el proceso (véase la sección B).

3. Deber de revelar información

6. El deber de actuar con imparcialidad e independencia en general va acompañado de la obligación del árbitro de dar a conocer las circunstancias, pasadas o presentes, que podrían generar dudas justificables respecto de su imparcialidad o independencia. Corresponde entonces al árbitro afirmar que las circunstancias que ha revelado no afectan, en su opinión, su independencia e imparcialidad⁴.

7. En los tratados de inversión pueden figurar otras cuestiones relacionadas con el deber de revelar la información, y especificarse, por ejemplo, que los árbitros están obligados a informar de todo interés financiero que puedan tener en el proceso arbitral o en su resultado, en un proceso administrativo, en un proceso judicial que tramite ante los tribunales de un Estado o en algún otro procedimiento que se celebre ante un panel o comité en que se traten cuestiones sobre las que podría recaer una decisión en el proceso arbitral en relación con el cual se está considerando el árbitro⁵.

8. Las disposiciones sobre ética a veces también establecen requisitos específicos, como que el potencial árbitro deba dar a conocer sus relaciones personales o de negocios con “toda persona que pueda llegar a ser un testigo importante en el proceso de arbitraje”⁶.

4. Otros deberes relacionados con la ética de los árbitros

9. Las disposiciones que establecen el deber de actuar con justicia y diligencia, así como las que se refieren a las cualificaciones del árbitro y a la confidencialidad y que figuran en las legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje establecen en general en lo sustancial que el árbitro: i) deberá desempeñar su cargo con justicia y diligencia, con minuciosidad y celeridad en todo el proceso⁷; y ii)

⁴ Véase, por ejemplo, la declaración modelo de la independencia que figura en el anexo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010) en que se enumeran algunas cuestiones que deberían hacerse públicas: “Adjunto a la presente una declaración efectuada en aplicación del artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI acerca de a) toda relación profesional, comercial o de otra índole, mantenida, en el pasado o en el presente, con alguna de las partes, y de b) toda otra circunstancia que pudiera ser del caso”.

⁵ Véase, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y el Canadá (AECG).

⁶ Véase, por ejemplo, el Código de Ética para el Árbitro, Singapore International Arbitration Centre 2.2 a).

⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 17, párr. 1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), y su anexo (en que se establece que toda parte podrá considerar solicitar que el árbitro formule una declaración del siguiente tenor: “confirmando de acuerdo con la información

deberá mantener la confidencialidad de toda información que no sea pública, y no valerse de ella a los fines de obtener una ventaja personal, o afectar los intereses de los demás.

5. Procedimiento de recusación — Incumplimiento de normas de ética

10. La consecuencia que tiene en general el incumplimiento de las normas de ética tras la designación del árbitro suele ser la renuncia y reemplazo de este⁸. Casi todas las leyes y reglamentos de arbitraje contienen disposiciones sobre procedimientos para recusar a los árbitros que no respetan las normas deontológicas, y en que también se incluyen salvaguardias para impedir que las partes utilicen los procedimientos de recusación de forma abusiva, como táctica dilatoria.

B. Marcos jurídicos existentes sobre la ética en el arbitraje internacional

11. Al recurrirse cada vez más al arbitraje internacional, los Estados, las organizaciones internacionales, las instituciones arbitrales y los colegios de abogados de las distintas jurisdicciones han elaborado una variedad de textos sobre ética. Algunos se han aprobado como textos independientes, en tanto que otros se han incorporado a la legislación nacional, los reglamentos de arbitraje, y más recientemente, los tratados sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (véase el párr. 19). Algunos de esos textos son obligatorios, mientras otros tienen por finalidad proporcionar una orientación general. El examen de las recusaciones a los árbitros que realizan los tribunales de justicia del Estado, así como las impugnaciones de laudos que se presentan con arreglo a las leyes nacionales y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (“Convención de Nueva York”) a menudo constituyen un último recurso para examinar la conducta de los árbitros.

1. Legislación nacional

12. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo sobre Arbitraje”) ha sido incorporada al derecho de un gran número de jurisdicciones y sus artículos 12 y 13, en los que se establecen los motivos de recusación y el procedimiento que debe seguirse, arrojan luz sobre la ética que se espera que tenga un árbitro⁹, al imponer a todos ellos el deber de informar en todo momento a las partes de las circunstancias que puedan generar dudas justificables

de que dispongo en este momento, que puedo dedicar el tiempo necesario para realizar este arbitraje con diligencia y eficacia y respetando los plazos establecidos en el Reglamento.”).

⁸ Véase, por ejemplo, la Regla 6, párrafo 2, de las Reglas de Arbitraje de la CIADI, que establece que “[e]n la primera sesión de la Comisión, o antes, cada conciliador firmará una declaración [...] Se entenderá que ha renunciado el conciliador que no hubiere firmado tal declaración al finalizar la primera sesión de la Comisión”. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también prevé un procedimiento de recusación de los árbitros, para el caso en que no actúen con imparcialidad e independencia.

⁹ Las jurisdicciones que han aprobado legislación basada en la Ley Modelo sobre Arbitraje pueden consultarse en Internet en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

acerca de su imparcialidad o independencia¹⁰. La Ley Modelo sobre Arbitraje también deja en claro que los árbitros no pueden ser recusados por otros motivos que no sean los mencionados en el artículo 12, párrafo 2¹¹.

2. Textos de orientación elaborados por organizaciones internacionales e instituciones arbitrales

13. En consonancia con las disposiciones de las legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje, las normas de ética deóntica que tratan la cuestión del conflicto de intereses en general establecen el principio de que los árbitros tienen el deber de actuar con imparcialidad e independencia en todo momento¹². Por ejemplo, las Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional de la Asociación Internacional de Abogados contienen una enumeración de relaciones aceptables y prohibidas que se subdividen a su vez en relaciones renunciables e irrenunciables. La enumeración no es taxativa y detalla situaciones específicas que, dependiendo de las circunstancias del caso, dan lugar a dudas justificables respecto de la imparcialidad y la independencia del árbitro. Cabe señalar que durante la revisión de las Directrices de la Asociación, “surgió una opinión unánime a favor de efectuar una afirmación general de que las Directrices son de aplicación tanto al arbitraje comercial como al arbitraje de inversión, y tanto a profesionales del derecho como a no profesionales del derecho que actúen como árbitros”¹³.

3. Reglamentos de arbitraje

14. La mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen declaraciones de principio más que disposiciones detalladas sobre la imparcialidad y la independencia de los árbitros, además de disposiciones específicas sobre el procedimiento que debe seguirse para recusar a un árbitro. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010 y 2013), por ejemplo, que se aplica tanto a las controversias entre inversionistas y Estados como a las controversias comerciales trata, en los artículos 11 a 13, del deber de revelar información que pesa sobre los árbitros así como de la recusación de estos. De conformidad con ese Reglamento, a menos que la parte que no ha recusado al árbitro acepte la recusación o que el árbitro renuncie voluntariamente a su cargo, la decisión sobre la recusación

¹⁰ El artículo 12, párrafo 2, de la Ley Modelo sobre Arbitraje establece lo siguiente: “Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”.

¹¹ De los *travaux préparatoires* surge que se formularon propuestas para suprimir la palabra “solo” en el artículo 12, párrafo 2, de la Ley Modelo sobre Arbitraje pero que se consideró preferible mantener esa palabra para dejar en claro que los demás motivos de recusación que se pudieran haber establecido en las legislaciones nacionales no debían aplicarse al arbitraje comercial internacional (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/40/17)*, párrs. 116 a 119).

¹² Por ejemplo, el Código de Ética (Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos), el Código de Conducta Ética y Profesional (Chartered Institute of Arbitrators, de Londres), el Código de Conducta (Unión Europea), las Directrices sobre Conflictos de Intereses (Asociación Internacional de Abogados), la Carta de Ética en el Arbitraje (Federación de Centros de Arbitraje) y el Código de Ética para el Árbitro (Singapore International Arbitration Centre).

¹³ Directrices sobre Conflictos de Intereses, de la Asociación Internacional de Abogados, pág. ii.

será adoptada por la autoridad nominadora correspondiente. Las decisiones que se adopten respecto de la recusación en general están sujetas a la revisión de los tribunales de justicia del Estado de que se trate, con arreglo a la ley de arbitraje aplicable o sujetas a revisión en el marco de la Convención de Nueva York.

15. En los reglamentos de las instituciones arbitrales figuran disposiciones similares, a veces con ligeras variaciones. Por ejemplo, algunos reglamentos arbitrales hacen referencia a “dudas justificables” acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro, en tanto que otros establecen que el árbitro debe ponderar si las circunstancias que resultan cuestionables generarían dudas “a los ojos de las partes”, o hacen referencia a “una presunta falta de imparcialidad o independencia”.

16. En el caso concreto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, el artículo 14 del Convenio del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversores) establece que los árbitros y conciliadores “deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia [...] e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Ese requisito se complementa con el deber de presentar una declaración de independencia al inicio del proceso, establecido en el artículo 6, párrafo 2, del Reglamento del CIADI. El artículo 57 del Convenio del CIADI establece un mecanismo mediante el cual una parte puede proponer la recusación de un árbitro por “la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado 1) del artículo 14”. El artículo 39 de ese Convenio dispone en sentido general que un árbitro no podrá tener la misma nacionalidad que ninguna las partes.

4. Jurisprudencia

17. Como se señaló precedentemente, la Ley Modelo sobre Arbitraje ha sido incorporada al derecho interno en varias jurisdicciones, incluidos sus artículos 12 y 13. Sin embargo, la Ley Modelo no define términos como “dudas justificadas”, “imparcialidad” o “independencia”, y por lo tanto, los tribunales de justicia de los Estados han utilizado sus propias normas para interpretar esos conceptos. En el Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional se presenta un análisis de las resoluciones de los tribunales al respecto¹⁴. Los tribunales han destacado el carácter obligatorio de la imparcialidad y la independencia y han analizado el deber del árbitro de revelar información. En algunas resoluciones se ha destacado que deben darse circunstancias objetivas que generen dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro para que una recusación prospere¹⁵. Por ejemplo, la noción de “duda justificable” a veces se ha interpretado en el sentido de que deben haberse producido hechos objetivos que llevarían a una persona razonable, bien informada, a concluir que el árbitro ha actuado con parcialidad. En algunas jurisdicciones se exige una manifestación real de que ha habido preferencia por una de las partes para que pueda recusarse a un árbitro.

¹⁴ El Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional puede consultarse en: www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html.

¹⁵ Véase el Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 12.

18. También pueden resultar pertinente tener en cuenta lo que han resuelto los tribunales en sus sentencias dictadas en relación con la Convención de Nueva York. Existen causas en que las partes que han intentado oponerse a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros fundándose en la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros. Si bien en general las defensas que se interpusieron para impedir la ejecución se fundaban en el artículo V 2) b) de la Convención de Nueva York, rara vez han sido admitidas. Los tribunales han destacado que la falta de independencia o de imparcialidad de los árbitros no podía considerarse una transgresión a normas de orden público, o que la parte que invocaba esa defensa debía haberla planteado en el curso del proceso arbitral¹⁶.

5. Códigos de ética en los tratados de inversión

19. En algunos tratados de inversión concertados recientemente se establece un código de conducta para los árbitros que intervienen en la solución de controversias entre inversionistas y Estados que puedan surgir a raíz de un tratado¹⁷. En esos códigos a menudo se abordan normas de conducta para árbitros (y otras personas), los deberes de los árbitros en la conducción del arbitraje, el deber de revelar cierta información y el deber de confidencialidad.

III. Cuestiones que podrían examinarse en el futuro

20. A pesar del desarrollo que ha tenido el arbitraje internacional y de la variedad de fuentes y textos existentes sobre ética, no se ha proporcionado orientación acerca del criterio que los árbitros deberían adoptar en muchos casos, por ejemplo, si los árbitros que intervienen en arbitrajes internacionales deberían hacer caso omiso de las disposiciones sobre ética de sus jurisdicciones y aplicar en cambio la normativa establecida en textos internacionales. Como señaló la Comisión en su 48º período de sesiones, los tribunales arbitrales podrían estar obligados a cumplir más de un conjunto de normas deontológicas, en función de su nacionalidad, de sus colegios de abogados y del lugar del arbitraje¹⁸. Por lo tanto, podrían resultar aplicables normas distintas, sin que exista una indicación clara acerca de cuáles deberían prevalecer.

21. La mayor utilización del arbitraje internacional también ha tenido como consecuencia la diversificación de las partes que participan en el proceso arbitral. Por esa razón, las opiniones sobre la ética o la conducta de los árbitros pueden diferir considerablemente y las expectativas propias pueden contraponerse a las expectativas de personas de otra jurisdicción o de la práctica que en general se sigue en materia de arbitraje internacional. La creciente complejidad de las controversias que se han generado recientemente entre múltiples partes sobre operaciones complejas han conducido a que se planteen cuestiones nuevas y más sutiles. Si bien parece haber un acuerdo general sobre las normas fundamentales que deben respetarse en materia de ética en el arbitraje internacional, en la práctica, el examen de si esas normas se respetan puede llevarse a cabo de maneras muy diferentes dependiendo de la normativa que se considere aplicable, y de si quienes realizan la

¹⁶ Las sentencias pueden encontrarse en Internet, en www.newyorkconvention1958.org.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur, anexo 15-B, Código de Conducta para Árbitros y Mediadores.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 150.

evaluación son los propios árbitros, las partes, las instituciones arbitrales o los tribunales nacionales. La mayor regulación y transparencia del proceso arbitral también tiene consecuencias sobre las expectativas de las partes respecto de la conducta ética que deben tener los árbitros.

22. Además, las normas a que se hace referencia en la sección B contienen más bien una declaración de principios acerca de ciertos deberes éticos, y en general no explican sus consecuencias prácticas.

23. A la luz de lo que antecede, tal vez la Comisión desee considerar las siguientes cuestiones:

a) Si es necesario contar con una fuente de peso, armonizada, sobre ética en el arbitraje internacional;

b) Si la finalidad de emprender una labor en la esfera de la ética en el arbitraje internacional sería reducir los casos de incertidumbre e incoherencias que se hubieran encontrado en las normas de ética vigentes y su aplicación; en caso afirmativo, si el nuevo instrumento que se elaborara cubriría algunas o todas las cuestiones siguientes: i) las personas afectadas (además de los árbitros); ii) el contenido de las normas de ética (limitados a la imparcialidad y la independencia, o ampliados para abarcar otras obligaciones); iii) formas de revelar la información y el alcance de esa revelación; iv) procedimientos de impugnación; v) efecto del incumplimiento de normas de ética; y vi) mecanismos de ejecución (¿cómo podría lograrse el cumplimiento de normas de ética y quién debería hacerlo (los árbitros, las partes, las instituciones, terceros))?

c) Si los instrumentos vigentes definen suficientemente el alcance de la revelación de información y el procedimiento de recusación: ¿qué nivel de detalle debería proporcionarse respecto de la información que se revela y del procedimiento para recusar al árbitro? ¿Podrían la imparcialidad y la independencia, entre otras obligaciones, ser renunciables, y en caso afirmativo, bajo qué condiciones?

d) Si las consecuencias de no respetar las normas de ética han sido tratadas con suficiente detalle en los instrumentos vigentes.

24. De los ejemplos que se presentan en la sección II, parecería desprenderse que las normas de ética en el arbitraje entre inversionistas y Estados y en el arbitraje comercial tratan en gran medida los mismos deberes, con algunas variaciones. Quizás la Comisión desee considerar si la labor que se emprenda sobre el tema debería incluir tanto el arbitraje comercial como el arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, o si debería trazarse una distinción que tuviera en cuenta las diferencias obvias que existen entre ambos tipos de arbitraje.