

ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE



ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE

**CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS.
DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER
DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS**

CARLOS A. SOTO COAGUILA
Director

José María Alonso
José I. Astigarraga
George A. Bermann
R. Doak Bishop
César Coronel Jones
Bernardo M. Cremades
Fernando de Trazegnies Granda
Yves Derains
José Carlos Fernández Rozas
Antonio Hierro
Martín Hunter
José-Miguel Júdece
Gabrielle Kaufmann-Kohler
Fernando Mantilla-Serrano
Pedro J. Martínez-Fraga
Fabiola Medina

Andrés Mezgravis Hatgi
Alexis Mourre
Felipe Osterling Parodi
Rodrigo Oreamuno
Francisco Orrego Vicuña
Jan Paulsson
Fernando Pelaez-Pier
Delia Revoredo Marsano de Mur
Jorge Sánchez Cordero Dávila
Erik Schäfer
Eduardo Silva Romero
Albert Jan van den Berg
Claus von Wobeser
Arnoldo Wald
Eduardo Zuleta Jaramillo

ASISTENTES

Lizeth Coba Macedo
Magda Castillo Nuñez
Orializ Carla Espinoza Soto
Carla Lizbeth Soto Pérez

Nº 3

LOS MIEMBROS DEL CONSEJO CONSULTIVO Y LA DIRECCIÓN DEL ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE NO COMPARTEN NECESARIAMENTE LAS OPINIONES VERTIDAS POR LOS AUTORES EN EL PRESENTE NÚMERO.

**DERECHOS RESERVADOS
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

© 2014 Anuario Latinoamericano de Arbitraje
© 2014 Instituto Peruano de Arbitraje
© 2014 Carlos A. Soto Coaguila

Edición e Impresión:

JURIVEC E.I.R.L.

Calle Manuel Cuadros N° 164, Cercado, Lima
Telf.: 426-3113
jurivec1@hotmail.com

Año 3, N° 3 - Abril 2014
Tiraje: 500 ejemplares

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2011-12146**

ISSN 2225-0107

Impreso en Perú

Disbribución:

JURIVEC E.I.R.L.

Calle Manuel Cuadros N° 164,
Cercado, Lima
Telf.: 426-3113
jurivec1@hotmail.com

PRESENTACIÓN

Para el tercer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE hemos elegido el interesante tema de los «CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS. DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS».

Una de las innegables ventajas del arbitraje, respecto de un proceso ordinario, es que las partes tienen la libertad de designar a las personas que resolverán su controversia. En tal sentido, los árbitros designados tienen el deber y la obligación de ser los garantes de la validez y eficacia del arbitraje.

En la práctica arbitral es frecuente oír que «*el arbitraje vale lo que valen los árbitros*». El sustento de estas afirmaciones radica en que la capacidad profesional e idoneidad moral de los árbitros serán determinantes para obtener un resultado exitoso, no solo para el caso en particular que resuelven, sino para mantener al arbitraje como una institución confiable. En consecuencia, los árbitros están llamados a actuar con absoluta independencia e imparcialidad en el desempeño de sus funciones, a fin de que el procedimiento arbitral sea fiel reflejo de sus virtudes.

Al respecto, es oportuno considerar que la independencia del árbitro es un concepto objetivo que se puede apreciar a partir de las relaciones del árbitro con las partes; por su parte, la imparcialidad es un concepto subjetivo que se refiere a la actitud o estado mental del árbitro frente a la controversia que se le plantea.

De este modo, en virtud de la independencia del árbitro deberá mantener la libertad y la autonomía en el ejercicio de sus funciones y, conforme a la imparcialidad, no deberá tener ningún tipo de interés en el resultado de la controversia.

Concordante con estos principios, el arbitraje impone a los árbitros dos importantes deberes: el deber de declaración y el deber de revelación. Conforme al primero, los árbitros deben manifestar que tienen pleno conocimiento de la legislación arbitral y que no tienen ningún impedimento para arbitrar en el conflicto que se somete a su consideración.

En virtud del deber de revelación, los árbitros deben manifestar todos los hechos o circunstancias que pudieran dar lugar a una futura recusación, como por ejemplo, la relación de parentesco o dependencia que pudieran tener con alguna de las partes, la

existencia de litigios pendientes o el haber sido abogados o apoderados de alguna de las partes, ostentar determinados cargos públicos, en general, la existencia de circunstancias que pudieran originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Ahora bien, es lamentable que en la práctica suceda (no en todos los casos) que el árbitro designado por una de las partes de la controversia (denominado comúnmente, aunque impropiaemente, «*árbitro de parte*») confunda el encargo que le ha sido encomendado y considere que tiene el deber (o peor la obligación) de velar por los intereses de la parte que lo designó y, por lo tanto, tienda a fallar a su favor; o que, erróneamente, la parte (y/o sus abogados) que designaron a tal árbitro consideren que él se encuentra bajo sus órdenes y, por ende, debe defender sus intereses al interior del tribunal arbitral.

Empero, debemos tener muy claro que el mal llamado *árbitro de parte*, como cualquier otro árbitro del tribunal arbitral, no solo debe ser una persona independiente e imparcial, sino que además debe demostrarlo. Los árbitros no tienen la obligación de rendir cuentas de sus actos a las partes que los designan.

Por ello, en lugar de «*árbitro de parte*» es recomendable utilizar la nomenclatura de «*árbitro designado por una de las partes*». Así, el *árbitro designado por una de las partes* debe ser consciente de que una vez que acepte el encargo de dirimir el conflicto, se debe por completo al arbitraje y que no existe ninguna relación de dependencia entre él y la parte del conflicto que lo designó, pues no representa sus intereses y mucho menos está sometido a su autoridad. Por el contrario, todos los árbitros están obligados a actuar de manera independiente, buscando resolver el conflicto con imparcialidad.

Con la finalidad de ayudar a resolver los conflictos de interés que usualmente se presentan en el arbitraje internacional, la *International Bar Association* - IBA, publicó las «Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional» (*The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*) con el objetivo de ayudar a las partes, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y tribunales estatales a enfrentar los problemas relativos a la imparcialidad e independencia de los árbitros, la obligación del árbitro de revelar hechos y circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia y para resolver las objeciones y recusaciones de árbitros por dichas causas.

El Grupo de Trabajo que redactó las *Directrices* consideró que para una influencia práctica, éstas debían contener situaciones factibles de la práctica arbitral. En este contexto, diseñaron tres *Listas* (roja, naranja y verde) de situaciones que se presentan o pueden presentarse en el arbitraje internacional en materia de conflictos de interés.

Resulta oportuno precisar que el Grupo de Trabajo de la IBA consideró que las líneas que separan las situaciones recogidas en las directrices son muy delgadas; motivo

por el cual, es posible que no siempre se tenga la certeza acerca de si una situación determinada encaja en un listado o en otro; por lo cual, el análisis que se realice debe ser casuístico. Los autores, han afirmado acertadamente que las Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el Derecho nacional aplicable, ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido.

Respecto a la Lista Roja, podemos comentar que ésta contiene una relación, no exhaustiva, de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro; por lo cual, de llegar a presentarse alguno de los hechos o circunstancias enunciados en esta lista, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, consideraría que existe un conflicto de intereses.

La Lista Roja se subdivide en dos grupos, la Lista Roja Irrenunciable y la Lista Roja Renunciable:

- El Listado Rojo Irrenunciable enumera situaciones en las que resulta evidente que no se puede desvirtuar el principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Por consiguiente, inclusive si se revelaran los hechos o circunstancias del caso, no se evitaría el conflicto de intereses.
- El Listado Rojo Renunciable recoge situaciones serias, pero no tan graves como las citadas en el listado rojo irrenunciable. Sin embargo, dada su seriedad, se tendrán por renunciables sólo en caso de que las partes conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro.

La Lista Naranja contiene un listado referencial que incluye algunas situaciones específicas, que dependiendo del análisis del caso en particular, a los ojos de las partes involucradas en el arbitraje podrían crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Cabe destacar que las situaciones descritas en la lista naranja no descalifican automáticamente al árbitro. En consecuencia, el árbitro debe revelar estos hechos y se entiende que las partes aceptan al árbitro si no proceden a objetar su designación dentro del plazo establecido para tal efecto.

La Lista Verde contiene el listado de algunas de las situaciones que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por lo antes expuesto, el árbitro no tiene el deber de revelarlas.

Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional no son vinculantes, pero si han coadyuvado a la solución de conflictos de intereses que se presentan en el arbitraje.

El tercer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE contiene la visión de importantes árbitros nacionales e internacionales que, desde diferentes perspectivas, analizan el deber de revelación y declaración de los árbitros, así como de conflictos de intereses que suelen presentarse en la práctica arbitral, por lo que no dudamos en recomendar su lectura y sana crítica.

Antes de finalizar estas líneas, debemos agradecer a cada uno de los autores del tercer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE por su invaluable contribución académica. Del mismo modo, nuestra gratitud al doctor ALEXIS MOURRE, reconocido árbitro internacional y miembro del Consejo Consultivo del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, que ha tenido la generosidad de prologar el ANUARIO. Y por supuesto a cada una de las firmas de abogados y árbitros independientes que han apoyado la publicación de esta obra.

Lima, enero de 2014

DR. CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI
Miembro de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje
Miembro de la International Academy of Comparative Law

PRÓLOGO

¿El sistema actual de revelación de conflictos funciona? ¿Se debe reformar?

No hay tema de mayor trascendencia para el futuro del arbitraje internacional que el que se discute en la presente obra. Una vez más, al publicar este tercer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, el *Instituto Peruano de Arbitraje* contribuye de manera decisiva al debate en un momento de particular importancia para la comunidad arbitral mundial. Tenemos que agradecer a Carlos Soto y a los redactores de este libro por esta importante contribución a la reflexión sobre los deberes de los árbitros internacionales.

El árbitro es un juez, y como tal tiene el deber de ser y de permanecer imparcial e independiente de todas las partes. Sin embargo es un juez privado, elegido directamente o indirectamente por las mismas partes. No tiene la independencia funcional que le da al juez judicial su incorporación en una orden jurisdiccional y su exclusiva dedicación a las actividades de juzgador. El árbitro ejerce otras actividades, muy frecuentemente la de abogado activo en la práctica del arbitraje, y tiene por tanto regulares y frecuentes contactos profesionales y personales con las partes y su letrados. Esta proximidad entre los árbitros y las partes no es para nada una anomalía del arbitraje; más bien, es exactamente lo que las partes desean al optar por este método alternativo de resolución de controversias. Esta realidad, sin embargo, le da una relevancia transcendental al deber de revelación del árbitro.

La razón de ello es muy sencilla: si para un juez judicial la existencia de unos vínculos o contactos profesionales con las partes será excepcional, para un árbitro será la norma. Siempre o casi siempre hay algo. Algunas de estas circunstancias son públicas o por lo menos conocidas por todas las partes. Otras sin embargo no lo son. Si el árbitro tiene conflictos de interés relevantes, las partes tienen el derecho de objetar su nombramiento; lo contrario sería totalmente incompatible con la naturaleza jurisdiccional de la misión del árbitro, ya que permitiría imponer a las partes un juez que carezca de independencia o que carezca de imparcialidad. De ahí la cuestión que se discute en el presente libro: ¿Existe un deber de revelación de estas circunstancias por parte del árbitro? ¿Cuáles son los límites de este deber? Las dos preguntas, en la realidad, tienen vínculos muy estrechos.

Hay tres puntos de consenso al respecto. El primero es sobre el hecho de que el árbitro tiene el deber de revelar, al principio del arbitraje y durante todo el procedimiento, situaciones de conflictos de interés que no sean notorias y sobre las cuales las partes no tengan conocimiento; la revelación es, en efecto, la condición indispensable para que las partes puedan ejercer su derecho de objetar al nombramiento del árbitro. El segundo es que el deber de revelación se aplica no sólo a vínculos o contactos que pueda tener

directamente el árbitro mismo, sino también indirectamente, por ejemplo a través de sus socios profesionales o parientes. El tercero es que, al momento de cumplir con su deber de revelación, el árbitro tiene el deber de hacer un esfuerzo razonable para investigar estos vínculos.

Mucho menos evidente es el consenso en cuanto al alcance de este deber de revelación. ¿Qué es exactamente lo que se debe revelar? Al respecto, hay dos enfoques posibles.

El primero es objetivo. Consiste en imponerle al árbitro revelar de manera exhaustiva todos sus vínculos o contactos con las partes, sin ejercer ningún juicio en cuanto a la relevancia de estas circunstancias. En esta óptica, la única función de la revelación es permitirle a un tercero, que sea un juez, una institución, o los demás árbitros, tomar una decisión al respecto en caso de que las partes objeten la compatibilidad de la misión jurisdiccional del árbitro con una o más de las circunstancias reveladas. En este sistema, es evidente que la revelación de un hecho no comporta consecuencia alguna en cuanto a la admisión o no de semejante objeción. La revelación tiende a asegurar una perfecta transparencia, a fin de darle a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de objetar. El inconveniente de este sistema es sin embargo evidente: si no se ponen límites, se impone al árbitro revelar circunstancias que carecen manifiestamente de cualquier relevancia, como el hecho de haber estado en la misma escuela que uno de los abogados cuando era niño, o el hecho de tener la misma nacionalidad del abuelo de una de las partes, etc. Ello le impondría al árbitro la carga excesiva de investigar todas las circunstancias que debería revelar, y retrasaría por tanto la revelación, demorando todo el proceso. Además, revelaciones tan amplias podrían incitar objeciones frívolas de las partes, con el objetivo de paralizar el arbitraje. Para que este sistema funcione, se debería por tanto imaginar una norma transnacional objetiva sobre lo que no se debe revelar. En otros términos, un *safe harbour* que funcione como la lista verde de las Guías de la IBA sobre conflictos de interés, pero quizás mucho más desarrollada.

El segundo enfoque posible es de naturaleza subjetiva. Es el enfoque según «el punto de vista de las partes» adoptado por las Guías de la IBA y por muchos reglamentos arbitrales como el de la CCI. En este sistema, el árbitro revela solamente las circunstancias que le parecen susceptibles de crear en las partes una duda razonable sobre su independencia e imparcialidad. La referencia al «punto de vista de las partes» al respecto es impropia. Está claro que no se trata aquí del punto de vista de las partes en la disputa, las cuales ya están en conflicto y tienen por tanto la tendencia natural a sospechar de la independencia e imparcialidad del árbitro nombrado por la otra parte. Aquí se trata del punto de vista de una tercera parte objetiva y razonable.

La ventaja de este sistema subjetivo es evidente: se evita el inconveniente que acabamos de analizar, de revelaciones absurdamente amplias, con sus consecuencias negativas para el procedimiento arbitral. La dificultad no es menos evidente: se le pide al árbitro ejercer un juicio sobre lo que pensaría objetivamente un tercero.

El riesgo, y lo que ocurre en la realidad, es que el árbitro ejercerá su propio juicio sobre lo que es relevante o no. ¿Es esto un problema? Quizás se pueda considerar que no, pues al final será un tercero quien decidirá sobre una eventual objeción. Sin embargo, como hemos dicho, la revelación es una condición para el ejercicio por las partes de su derecho de objetar. Si el árbitro no revela, la parte no puede objetar y no habrá ningún juicio objetivo por parte de este tercero. En el peor de los casos, las partes descubrirán la circunstancia no revelada en el curso del arbitraje o incluso después de que el laudo haya sido pronunciado, con consecuencias devastadoras para las partes y para la credibilidad de todo el sistema arbitral.

De ahí surgen varias dificultades.

La primera es de naturaleza psicológica. El árbitro, en efecto, tendrá una tendencia natural a disminuir la relevancia de sus vínculos con las partes. De manera paradójica, cuanto más intelectualmente imparcial sea el árbitro más fuerte podrá ser esta tendencia, pues sintiéndose totalmente imparcial, el árbitro no verá la necesidad de hacer una comunicación que pueda crear dificultades para las partes. También un árbitro que ejerce su actividad de árbitro de manera muy regular (el cual será generalmente muy imparcial, pues su imparcialidad constituye la base de su capital reputacional) puede tener la tendencia de reducir la relevancia de estas circunstancias, precisamente porque le ocurre de manera muy frecuente encontrarse en este tipo de situación de vínculos o de contactos con las partes y sus letrados, y ello le parecerá perfectamente normal.

Quizás se pueda considerar que esto no es un verdadero problema, pues siendo el árbitro de todas formas completamente imparcial, su juicio no podrá haber sido afectado por la circunstancia no revelada. Una ilustración interesante de este enfoque es la reciente decisión del tribunal de apelación estadounidense en el caso *Abengoa*: al no existir prueba de que la circunstancia no revelada por el árbitro era conocida por él y pudiera haber afectado su imparcialidad, la corte rechazó anular el laudo. En este caso, no había duda alguna de que dicha circunstancia no había afectado el resultado, pues se trataba de un árbitro cuya probidad e imparcialidad es universalmente reconocida.

Sin embargo, y de manera general, ¿cómo puede una parte probar si una circunstancia era o no conocida por el árbitro, y si ha afectado su juicio y en definitiva, alterado el resultado final? ¿Se debería considerar, como hizo el tribunal de apelación de París en el caso *Neoelectra* – cuya decisión fue sucesivamente anulada por el tribunal de casación francés – que la falta de declaración implica por sí misma una irregularidad tal que justifica la anulación del laudo? Semejante solución, sin duda, sería muy peligrosa para al arbitraje, pues conduciría a anulaciones de laudos perfectamente regulares dictados por árbitros totalmente imparciales.

También hay que considerar que una persona que no actúa como árbitro de manera regular podría tener una tendencia a no revelar de manera exhaustiva: un joven podrá tener el temor de perder una oportunidad de actuar como árbitro; un potencial árbitro que no sea un actor de la comunidad arbitral pudiera poner más valor en su relación con la parte que lo ha nombrado que en su reputación en el mundo del arbitraje, etc.

La segunda dificultad es que subsiste un malentendido sobre la verdadera significación de la regla. Muchos árbitros, incluso entre los más experimentados, consideran incompatible el hecho de permanecer en el tribunal arbitral, luego de que una parte haya hecho objeciones como consecuencia de la revelación hecha por el árbitro. El razonamiento consiste aquí en decir que el árbitro, al revelar, admite que la circunstancia pone en duda su independencia e imparcialidad desde la perspectiva de las partes, lo que hace imposible no dirimir en caso de objeción. Este tipo de razonamiento, sin duda, muestra una gran y laudable exigencia ética por parte del árbitro; sin embargo, razonar así implica una modificación de todo el sistema pues transforma el árbitro en el juez de su propia independencia e imparcialidad. Este razonamiento ignora que al criterio del árbitro puede ser diferente del criterio de la parte, y de manera más importante, diferente del criterio que sería adoptado por el órgano que tendría que decidir una eventual recusación. En definitiva, este entendimiento del deber de revelación no crearía dificultades – y podría incluso ser valorado positivamente– siempre que todos los actores –árbitros, partes e institución– tuvieran la misma comprensión de los conceptos de independencia e imparcialidad. En un mundo arbitral globalizado y diversificado, sin embargo, el hecho de no revelar una circunstancia puede ser percibido como una falta de transparencia con el resultado de privar a una parte de su legítimo derecho de recurrir al órgano encargado de decidir sobre una dificultad de constitución del tribunal.

¿Es realmente un problema todo eso? Al fin y al cabo, el sistema funciona de manera satisfactoria, y ciertamente se puede decir que las Guías de la IBA han proporcionado a la comunidad arbitral internacional un *benchmark* suficientemente abierto y flexible, el cual ha llegado a un nivel muy satisfactorio de aceptación internacional. Hay sin embargo razones para considerar que la situación actual no es satisfactoria.

Caben tres reflexiones al respecto.

Primero, la Guías de la IBA sólo son guías. No tienen ningún carácter obligatorio, a menos que las partes las hayan adoptado, lo que ocurre muy raramente. Ciertamente, tanto las instituciones como los jueces se refieren frecuentemente a ellas al decidir sobre demandas de recusación. Sin embargo, lo hacen libremente, y con gran flexibilidad. También los árbitros suelen referirse a las Guías al momento de cumplir con su deber de revelación; sin embargo, no lo hacen en el sentido de reglas obligatorias.

Segundo, no es satisfactorio dejar que la suerte de un laudo en el cual las partes pueden haber invertido años de trabajo y millones de dólares en costas dependa de que un árbitro haya estimado no relevante una situación que sí lo era. El mundo del arbitraje ha cambiado mucho desde que se aprobaron las Guías de la IBA en el 2003; hay más árbitros, más instituciones arbitrales regionales, mas países emergentes como sedes de arbitraje, y más despachos de abogados que se involucran en la práctica de arbitraje. El arbitraje se ha globalizado y diversificado. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, no todos sus actores juegan bajo las mismas reglas; el hecho de que haya una mayor diversidad cultural y geográfica entre los actores del arbitraje hace necesario crear las condiciones necesarias para una mayor seguridad jurídica.

Finalmente, no se puede ignorar el surgimiento de una aspiración a tener mayor transparencia. El tema de los nombramientos pasados por el mismo despacho jurídico es llamativo. Si bien es cierto que los grandes despachos tienen sus propias bases de datos sobre las actuaciones de los árbitros más frecuentemente nombrados, esto no ocurre en los despachos más pequeños de países emergentes. Al respecto, no parece del todo justificado que ciertos árbitros se amparen en la lista naranja para no declarar una información tan sencilla como la de sus pasados nombramientos en el período anterior a los tres años.

Quizás deberíamos tratar de adivinar la situación en el arbitraje dentro de quince o veinte años. ¿Seguirá siendo aceptable entonces el delicadísimo equilibrio que permitió concretar las Guías de la IBA en el 2003? Nadie quiere llegar a una situación de tipo californiano, en la cual el árbitro debería revelar circunstancias como la nacionalidad de su abuelo o el nombre de sus antiguos compañeros de pupitre en la escuela. En la realidad cotidiana del arbitraje, árbitros y abogados se frecuentan, se ven en cenas y almuerzos amistosos, comparten las mismas mesas en conferencias alrededor del mundo, etc. Y hay consenso, justamente, en que todo eso no se debe declarar. Esta situación de proximidad entre practicantes de todo el mundo forma parte de la originalidad y la riqueza del arbitraje, y es un modo de vida que debemos a toda costa preservar. Sin embargo, para que esta proximidad entre árbitros y abogados siga siendo aceptable en el futuro, ¿no deberíamos ser más transparentes y más exigentes en cuanto a la revelación de vínculos profesionales?

Sin duda, el lector encontrará en los artículos contenidos en el presente libro elementos muy útiles para reflexionar sobre todos estos temas. La obra, por cierto, llega en un momento particularmente apropiado. La IBA está trabajando en una revisión de las Guías sobre conflictos, y cualquiera que sea el contenido de las nuevas guías, no hay duda de que el tema de los conflictos y del alcance del deber de revelación captará la atención de todos en los meses y años por venir.

París, Febrero de 2014

DR. ALEXIS MOURRE
Socio de Castaldi Mourre & Partners (París)
Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI
Co-presidente del Comité de Arbitraje de la IBA
Miembro del Consejo Consultivo del Instituto Peruano de Arbitraje

Doctrina

Doctrina




EL TRIBUNAL ARBITRAL. SUS FUNCIONES Y DESEMPEÑO

OSVALDO J. MARZORATI (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Antecedentes internacionales. 3. El Árbitro 4. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje como medio de solución de disputas entre privados y entre Estados o entre ambos fue recibido con los plácemes y esperanza que arrojaba una vieja forma de hacer justicia relanzada en el último cuarto de siglo pasado como expresión superadora de la tradición judicial en manos del Estado. Ello implicaba pasar de un sistema estatal de impartir justicia por jueces independientes a un sistema alternativo fincado en la autonomía de la voluntad. Numerosas instituciones han adoptado el Arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas tanto en el orden interno como en el orden Internacional¹. No obs-

tante el hecho de que el arbitraje fuera lanzado desde Instituciones importantes tanto en el orden interno como internacional no significa automáticamente que haya permeado al nivel del consumidor general, más allá del esfuerzo exitoso de difusión entre las corporaciones y entidades que lo practican sobre todo en el orden internacional donde el arbitraje es monopólico porque no tiene contendiente al no haber una justicia internacional comercial². Aun hoy el común de la gente tiene cierta desconfianza del arbitraje.

Durante mucho tiempo ser árbitro para el común de la gente en Latinoamérica y no me refiero a mi país sino Chile, al Uruguay

(*) Consultor de Allende & Brea, Buenos Aires, Argentina.

¹ En el orden internacional la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA) o la International Center for Dispute Resolution (ICDR) (rama internacional de la American International Association) o el arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo son las más conocidas. Localmente tenemos el CEMA, o el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio o de la Bolsa de Comercio o la Bolsa de Cereales o diferentes tipos de arbitraje creados por los Colegios de Abogados u otras instituciones, la Unión Industrial, la Cámara de Minería, el Mercado Electrónico, entre los más conocidos.

² Así este movimiento de apoyo al arbitraje recibió un espaldarazo con la adopción de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales que de apoco fue ratificada por muchos Estados. Argentina lo hizo recién en los 90 y Brasil hacia el año 2000 bajo el gobierno del Presidente Cardoso. Uncitral dictó reglas de procedimiento en 1998 y las modernizó en el 2010. El London Arbitration Act de 1996. Lejos quedaron el Protocolo de Ginebra de 1928. La constitución del tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional tomó vuelo y de a poco adquirió el nivel de primus inter pares que hoy se le reconoce. Sus reglas fueron modificadas por última vez en el 2012.

al Paraguay, a Bolivia o incluso a Brasil la expresión árbitro era ser árbitro de fútbol y explicar ese nuevo mecanismo en el que una persona es, por acuerdo de vecinos con diferencias legales, erigido en juez de una causa para resolver definitivamente un conflicto, solo reservado para la justicia, como un juez era y aun lo es para muchos un galimatías inexplicable.

El tema pasaba que no era fácil hacer entender que las partes eran libres de organizar la justicia del caso y para el caso que les era confiado en forma paralela a la justicia corriente. Este paso de asumir si bien ocasionalmente la transferencia de una función estatal a una modalidad privada constituía en sí mismo un desafío mental, al principio y durante mucho tiempo fue un obstáculo en los foros de abogados que también tenían una vaga noción del arbitraje, producto de una educación universitaria que privilegiaba los grandes códigos adoptados en la tradición del Código Napoleón y que consiguientemente miraban con desconfianza el sistema arbitral, que tenía un cierto tufillo corporativo del tipo «ancienne regime».

El tema se complicaba cuando se continuaba la explicación acerca de la existencia de dos maneras de llevar adelante un arbitraje. Un modo simple el que llamamos juez árbitro ad hoc, que es el árbitro a quien las partes le confían la resolución de un litigio que no pueden resolver por ellos mismos o de escucharlas y de analizar que mérito tienen las pruebas que cada uno aporta resuelve el caso, basado en su mejor juicio, conforme a la expresión *según su leal saber y entender* y, previa ponderación de la situación, dicta su sentencia inapelable, que las partes deben honrar y si no pagar una multa, cuyo origen se remonta a Roma, donde como no había ac-

ción para ejecutar el laudo, pero si había acción para ejecutar una multa, la *stipulatio*, que era útil para compeler a la parte perdidosa a cumplirlo. Este árbitro que falla en equidad y según su conciencia, no tiene ninguna institución que lo respalde en su menester ni que vigila la administración del proceso que se rige por sus propias normas, aceptadas por las partes, las que confían en su autoridad y honestidad, porque lo conocen. A tal punto es esto así que el laudo fuera de término o fuera del compromiso arbitral es causal de nulidad del laudo.

Por otra parte la segunda fase del arbitraje la del arbitraje institucional en el que una Institución tiene o bien un tribunal de arbitraje permanente, como lo es la Bolsa de Comercio, con su propio reglamento y lista cerrada de árbitros o la bolsa de Cereales, que siguió ese modelo o instituciones como el Mercado Abierto Electrónico (MAE), con lista cerrada para el tercer árbitro, es decir que sólo puede elegirse como tercer árbitro a uno elegido por la Institución, la Cámara de Comercio, de minería de Industria que han creado tribunales arbitrales, que se caracterizan, con la excepción del perteneciente a la Bolsa de comercio por tener un número relativamente pequeños de casos, lo que muestra que en nuestro país no ha llegado aún al gran público ni a la mediana empresa, el concepto del arbitraje privado como parte de la práctica comercial. Esto no debe ser interpretado como que el arbitraje no tiene predicamento entre las grandes compañías locales sus directores de asuntos jurídicos, el mismo Estado y un cuerpo de abogados que se dedican al arbitraje. No obstante el proceso está en marcha y le falta para tener la atención pública una ley de arbitraje, tema sobre el que volveremos más adelante.

2. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

En cambio en el orden internacional desde mucho tiempo atrás se han creado y originado prestigiosos tribunales arbitrales como los administrados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), con sede en París, la Cámara Sueca de Arbitraje con sede en Estocolmo, el London Court of International Arbitration (LCIA), el International Center for Dispute Resolution (ICDR) de la AAA (American Arbitration Association) en los que se procesan muchos casos y donde existen listas de árbitros algunas abiertas y otras cerradas cuyos antecedentes se recopilan y publican, contando con estadísticas sobre arbitraje internacional.³ Estamos hablando de muchos casos y de muchos árbitros, pero como dijo JAN Paulson, árbitro eminente internacional, el arbitraje internacional no es arbitraje común, como un elefante de mar no es igual a un elefante de tierra,⁴ por la sencilla razón que el arbitraje internacional es un producto forzado del mal menor, las partes o sus letrados quieren litigar en su foro nacional, pero su pretensión impide el cierre de un negocio. No existe justicia internacional en lo Comercial y difícilmente podemos intuir que ese mal pueda ocurrir, luego el mal menor es recurrir al arbitraje internacional cuya característica que lo hace valioso a los ojos del negocio es la neutralidad. Y así a mi juicio se gesta un sistema arbitral útil sin duda cabe, con el que tirios y troyanos pueden vivir y que Paulson califica de monopolio, ya que no existe sustituto alguno para el mismo porque no existe

una justicia internacional autónoma para contrastar resultados y sólo el arbitraje internacional le proporciona mayor neutralidad.

Por ende afirmar que en Latinoamérica el arbitraje tiene raíces y ha prendido es verdad pero siempre que se hagan afirmaciones sobre Latinoamérica hay que tener en cuenta la diversidad. De esa manera es dable observar que la planta arbitraje no ha crecido con la misma fuerza, salvo en pocos países en los que la tradición arbitral fue pacientemente apuntalada por normas constitucionales o leyes especiales basadas en la Model Law o súbitamente en Brasil que no reconoció el arbitraje hasta que ratificó la convención de Nueva York en el año 2000, dictó su propia ley y generó un entusiasmo por el arbitraje aun hoy palpable o en países como Chile y Perú que tienen procedimientos arbitrales y de mediación o conciliación previos diseminados en muchos centros para todo tipo de causas y particularmente de pequeña cuantía, que contribuyeron a formar conciencia del arbitramento en muchas partes del país. Pero este fenómeno de interés súbito de los profesionales por el arbitraje no es nuevo y se propaga en toda Europa y particularmente en España donde no solo se dictó una ley de arbitraje sino se creó un centro de arbitraje con pretensiones de ser Iberoamericano.⁵

Es así como es dable verificar en congresos como los que organiza la prestigiosa International Bar Association que el Comité de Arbitraje es de lejos el más numeroso de

³ Un estudio de 2010 que tengo en mis manos indica que en ese orden la instituciones eran más populares o tenían porcentajes de casos con un 35% para la ICC seguida de cerca por la ICDR un 10%, por el LCIA, mientras que luego de ese grupo los porcentajes descienden al 5% o menos para la Cámara de Estocolmo o la Cámara de Singapur o la de la Cámara Suiza de Arbitraje.

⁴ JAN Paulson. International Arbitration is not Arbitration. Arbit Stockholm International Arbitration review *Luris Luris net inc* Stockholm 2008-2, pp. 1-19.

⁵ En Madrid se ha creado una Corte de Arbitraje de Madrid, un Club español de Arbitraje con árbitros extranjeros como miembros al amparo de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid y una Corte Euroamericana de Arbitraje con su propio reglamento, aranceles, etc. que funcionan en la misma sede y ha recibido el entusiasta apoyo de muchos letrados, *avida arbitragem*.

todos los comités de la IBA, contando con más de 1800 miembros activos en la actualidad. Allí, se ha descubierto para muchos profesionales de todo el mundo, el arbitraje en gran escala como método o panacea para superar la lentitud, el costo excesivo y a veces la falta de independencia de jueces estatales pregonando la neutralidad del arbitraje internacional y las virtudes del método arbitral frente al judicial, comparación válida en lo interno, olvidando que no hay justicia internacional comparable con la que puedan comparar, pero puntualizando la rapidez, el bajo costo y la eficiencia profesional de los árbitros como ítems de un marketing del arbitraje frente a los ciertamente largos procedimientos judiciales, pero nos proponemos señalar que la realidad tiene algunas sombras en esas manifestaciones ciertamente convincentes y optimistas.

Un autor español que me merece respeto ha dicho que el arbitraje internacional ha experimentado un autentico éxito, a tal punto y me permito transcribir *verbatim* sus palabras *Pareciera que con el arbitraje, se hubiese descubierto una especie de gallina de los huevos de oro: abogados, peritos árbitros centros de arbitraje, universidades e incluso países se pelean para tener hoy mas arbitrajes y además de Londres, Nueva York, París o Milán, aparecen o se proponen nuevos centros como Miami, Singapur o Estocolmo se postulan como centros de arbitrajes internacionales.⁶

Esto sentado, el autor puntualiza que esta verdadera corrida del arbitraje no ha estado exenta de mercantilismo y ha generado preocupaciones por la calidad del arbitraje, apuntando con estadísticas a las que nos referiremos, a la calidad de los árbitros. Al respecto debo destacar las palabras de Bernardo CREMADES: «asistimos al fenómeno de la globalización donde el árbitro adquiere nuevas dimensiones y el arbitraje internacional es la verdadera respuesta al Derecho de la Globalización de la economía», el arbitraje se pone de moda, los Centros de Arbitraje florecen y la competitividad irrumpe con despachos de abogados que se lanzan al marketing descarado para conseguir clientes y abogados y árbitros nuevos protagonizan la vida diaria del arbitraje y de ese modo personas sin apenas experiencia asumen funciones arbitrales, adquiriendo experiencia para el futuro⁷. En nuestro país y durante bastante tiempo se ha intentado modernizar las normas relativas al arbitraje con diferentes proyectos que hasta ahora no han tenido éxito, pero ha sido la propia justicia que ha puesto una de las vallas más serias al decidir por vía de la Corte Suprema que la última palabra sobre la competencia de un árbitro la tiene la justicia al dirimir problemas de competencia, en virtud de mandatos constitucionales y leyes que le dan a la Corte Suprema federal el ser juez final de las disputas sobre competencia entre diferentes tribunales del país,⁸ incluidos los

⁶ ALONSO PUIG, Jose María. La función del árbitro un ejercicio de Responsabilidad. N 14 de la Revista internacional del arbitraje. Ed. Legis con el apoyo de la Universidad Sergio Arboleda y del Comité Colombiano del arbitraje. Número 14, enero-junio. Bogotá, Colombia, p. 92.

⁷ CREMADES Bernardo, Del arbitraje comercial al arbitraje de inversión. Trabajo presentado al Grupo Latinoamericano de la CCI en París 15/09/06. Texto reproducido en Ward Arnoldo L'arbitrage en France et en Amerique Latine al aube de XXI siecle. Societe de Legislation Compare. París, 2008.

⁸ Caso Nidera S.A. vs Rodriguez de Canale. La Ley 1990 A 419 fallado por la corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina donde sostuvo que le competía a la justicia decidir también no solo en problemas de competencia entre jueces sino entre jueces y árbitros. También en Fallo del 1/11/98 La Nación vs La Razón, dos diarios argentinos, repitió el fallo sobre la base de que la corte debe resolver las cuestiones de competencia entre tribunales por el art. 1285/98 cuando dos tribunales declaran que tienen competencia sobre un único asunto, extendiéndolos a los tribunales arbitrales, lo que ha generado la justa crítica de la doctrina. CAIVANO Roque, Una singular cuestión de competencia, comentando esa jurisprudencia en Revista La Ley 1990 A 419, o RADDZYMINSKI, Alejandro, Conflictos de competencia entre jueces y árbitros. ED 138/288.

arbitrales, con el agravante de que cuando hay conflicto de competencia, ambos jueces suspenderán los procedimientos (art. 12, CPPN). Pero la intervención de la justicia no solo se manifiesta en la regla de que los árbitros no son los jueces de su propia competencia, los tribunales intervienen también en la concesión o denegación de medidas precautorias y por supuesto en la consideración de los recursos de nulidad del laudo y en la ejecución de un laudo arbitral incluyendo el doble exequátur cuando no se aplica la Convención de Nueva York de reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, amen que en algún caso han concedido recursos extraordinarios para revocar sentencias arbitrales por considerar afectado el orden público o incluso con interpretaciones restrictivas.⁹

Se ha señalado que una justicia sin imperium no podía ser equiparada a los fallos de los tribunales estatales porque no bien terminado el proceso arbitral comenzaba el proceso de revisión por nulidad del laudo y su ejecución, como si fuera una sentencia final, está sujeta a las excepciones que dispone el Código de Procedimientos Nada ha cambiado desde entonces a pesar de los múltiples proyectos presentados.¹⁰

Por lo tanto el procedimiento arbitral argentino como el Uruguayo siguen siendo parte del Código Procesal y en caso de la República Argentina un país federal unidos en un pacto federal en el cual cada provincia dicta su propio código de procedimientos, con los que coexisten 24 códigos de procedimiento en el país pertenecientes a las Provincias, que si bien son similares no son iguales. No existe una ley federal de arbitraje sobre la que hay serios reparos constitucionales, ya que la Constitución reserva a las Provincias todo poder no delegado al Gobierno Federal y los movimientos para su sanción durante varios años no han tenido éxito político a pesar de la valía de los proyectos. Particularmente, luego del paso del país por los tribunales internacionales creados por el Tratado de Washington de 1965, la experiencia de ICSID ha frenado todo proyecto de legislación sobre esta¹¹.

En cambio la moderna ley de arbitraje española en su exposición de motivos expresa que uno de sus objetivos es atraer hacia España arbitrajes internacionales o en la feliz exposición de su comentarista ya citado, Dr. Alonso PUIG, en la obra citada en nota 7, *es la primera vez que una ley hace marketing en su exposición de motivos, impulsan-*

⁹ Ver nota de GRIGERA NAÓN, Horacio, El Arbitraje comercial en el derecho argentino interno e internacional privado. La Ley Buenos Aires 1989A sección Doctrina, pp. 1021 y ss. o como apunta la Dra. PIAGGI en su obra sobre derecho comercial contemporáneo, capítulo sobre Arbitraje comercial internacional, Ed. La Ley, Buenos Aires 2001, donde cita un Estudio de FORES quien apunta a que el arbitraje está subutilizado en la Argentina donde no se difunde suficientemente y se practica menos, p. 84.

¹⁰ Proyecto de ley del diputado y publicista Jorge Vanossi presentado en 1991 para tratar un proyecto de ley basada en la ley modelo de Uncitral, trámite 217, pero que no tuvo eco u otro trabajo presentado por distinguidos árbitros. Así, Argentina se ha quedado sola después de la adopción de la ley chilena, la paraguaya, la peruana siguiendo a la ley modelo de UNCITRAL, aunado a la ley colombiana y la brasileña así como la venezolana, nuestros vecinos manteniendo el arbitraje en el Código General del Proceso.

¹¹ Ver una enumeración de los Proyectos en PIAGGI, Ana I Estoup Luis Derecho Mercantil contemporáneo. Ed. La Ley 2002 B 1239. Un proyecto en línea con la ley Modelo de Uncitral fue sancionado en el Senado argentino y tuvo dictamen favorable de la Comisión de Diputados pero no llegó a ser sancionado. El mismo diputado Vanossi volvió a presentar un nuevo proyecto en 2004 en la cámara de diputados pero que contó con la oposición del Ministro de Justicia Dr. Rosatti que se opuso por considerar que el arbitraje debe subordinarse a las disposiciones constitucionales y considerar que su sanción debilitará la posición argentina ante el CIADI, y desde entonces esa idea ha sido una política de Estado no declarada del gobierno argentino.

do así a una fuente de generación de negocios no solo para abogados pero para toda clase de profesionales. Pero este negocio del arbitraje jurídico ha motivado, y lo he comprobado personalmente, una suerte de competencia internacional donde diferentes cámaras arbitrales compiten para atraer arbitrajes internacionales, como Miami para crear un polo de arbitrajes latinoamericanos o incluso la cámara del Piamonte para competir con la de Milán o la misma CAM de Santiago de Chile, lo que aunado a una serie interminable de congresos organizados en todo el mundo sea Asia, África Oceanía, Europa o Latinoamérica donde los nuevos centros compiten para atraer abogados e iniciarlos en el credo del arbitraje.¹²

Todo esto se ha visto potenciado por el Tratado de Washington de 1965, donde se estableció el sistema de un tribunal especial conformado una organización denominada ICSID, o CIADI en español, creó la rápida difusión mediante convenios bilaterales entre países que contemplaron el recurso al CIADI luego de cierto tiempo de espera forzada que pasó de 18 meses a 6 meses, luego de los cuales el inversor afectado podía recurrir al CIADI para dirimir ante el Estado sus diferencias teniendo en cuenta que la ratificación del Tratado habilitaba el consentimiento anticipado de los Estados a someter el diferendo a tribunales internacionales con competencia sobre controversias originadas en inversiones extran-

teras que se desarrollan en Washington bajo la égida del Banco Mundial. Este arbitraje de inversión donde Estados litigan contra particulares y sobre todo a la inversa ha creado tensiones en los arbitrajes entre partes estatales que defienden el interés público frente al interés privado motorizado por el ánimo de lucro proveniente de las inversiones realizadas en países recipiendarios de capital extranjero. Por eso no es posible como bien señala SILVA ROMERO comprender al arbitraje internacional sin antes comprender los propósitos económicos que guían a inversionistas y multinacionales o empresas globales,¹³ siendo su conclusión que el arbitraje internacional se halla entre dos concepciones más o menos opuestas de la justicia el racionalismo que lleva a un modelo de arbitraje internacional deslocalizado e instrumentado en un proceso estandarizado con el fin de llegar a una homogeneidad de las decisiones arbitrales relativas a las controversias en materia de inversión. Frente a ese racionalismo se alza una suerte de nominalismo acerca del rol que en el derecho positivo sigue teniendo la sede del arbitraje y el impacto que ciertas normas locales pueden tener sobre el arbitraje internacional.

Del mismo modo Emmanuel GAILLARD señala que hay dos corrientes en el arbitraje internacional de inversión una basada en el concepto que solo cubre los contratos de inversión entre estado y particulares cuando la

¹² Rápidamente se han hecho estadísticas de esta tendencia siendo los Estados Unidos el principal proveedor de arbitrajes del mundo seguido por Brasil que recién le dio validez al arbitraje en el año 2000. Estudio de White Case preparado por la School of International Arbitration de la Queen Mary University of London, 2010, International Arbitration Survey.

¹³ Eduardo SILVA ROMERO, en libro coordinado por Fernando MANTILLA SERRANO. Legis Bogotá, 2007, capítulo introducción titulado Las tensiones del arbitraje internacional. O XIII y siguientes, y más en detalle en su Artículo *A propos de Linexorable collision de phisologies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage International en Amerique latine*, capítulo del libro del Instituto Brasileño de Derecho Comparado dirigido por Arnoldo Ward, publicado por la Asociación de Derecho Comparado en París, 2008, bajo el título *L arbitraje en france et en amerique latine a l aube de XXI siecle*, donde menciona en particular el efecto nocivo (*perverse*, dice) de la constitucionalización del arbitraje al pretender aplicar la justicia distributiva al arbitraje en lugar de justicia correctiva y conmutativa que el arbitraje internacional tiende a efectivizar, p. 272.

clausula está diseñada en términos amplios y generales mientras que otra visión más restringida, el lenguaje amplio no cubre ni es justificación para la jurisdicción del tribunal arbitral en materia de inversión.¹⁴ Por otra parte la existencia de los BITS o tratados bilaterales sobre inversión, firmados al amparo del tratado de Washington de 1965, en virtud del cual los directores ejecutivos del banco mundial crearon el Centro Internacional de arreglo de diferencias en materia de inversiones, dio pie a una rica jurisprudencia arbitral, que ciertamente no ha sido uniforme¹⁵, es decir que los tribunales bajo reglas CIADI han pasado del modelo racional al modelo nominal para ponerlo en palabra de Silva Romero en función de la interpretación que los árbitros han fijado caso por caso en materia del régimen de inversiones. Nuevamente acá tenemos a los árbitros, y siempre los tendremos y los árbitros tienen ideas propias al respecto. Muchos árbitros son ex jueces retirados o profesionales exitosos que se han sentido atraídos por el protagonismo del árbitro en el procedimiento arbitral. En otros casos profesores de derecho internacional o de los negocios internacionales o de derecho internacional público quienes han aceptado el desafío, han sido propuestos y han sido aceptados para integrar las listas CIADI o las listas abiertas o cerradas de cualquier Centro de arbitraje. No hay una escuela de árbitros, todavía no ha sido creada. Si hay cursos que dictan muchas instituciones internacionales cómo la ICC o la ICDR que es el brazo internacional de la American Arbitration Association, pero ninguna Uni-

versidad da un diploma de árbitro internacional, o de árbitro a secas, sin perjuicio de la gran cantidad de asociaciones, cámaras, colegios y Universidades que dan curso de post grado sobre diferentes facetas del arbitraje nacional e internacional.

Pero la inexistencia de un diploma no ha sido mella para el desarrollo de un interés acerca del arbitraje. Es necesario aclarar. Los árbitros no tienen como misión establecer precedentes en el arbitraje sino resolver un caso aplicando el derecho los hechos de la causa. Por otra parte un gran número de arbitrajes son confidenciales. A pesar de eso GAILLARD en la Introducción del libro del cual es editor general mencionado en la nota 16, señala que cuando se habla de precedentes hay que ser cuidadoso la jurisprudencia de los tribunales generalmente toma diferentes rumbos hasta que se establece a veces porque existe un tribunal superior que tiene ese poder que no existe en el arbitraje. Por ende no debe esperarse necesariamente la consistencia cuando no hay un poder de casación en el arbitraje, pero sorprendentemente cuando uno examina los precedentes sobre ciertas cuestiones dentro de un tribunal uno encuentra que es más fácil determinar precedentes arbitrales y que son más consistentes que los precedentes judiciales, sobre todo en los Estados federales donde los precedentes necesitan muchos años en llegar a ser tales por la intervención de diferentes niveles de cortes, que intervienen antes de alcanzar un línea consistente de autoridad,¹⁶ por ese mismo motivo los primeros tres estudios del libro

¹⁴ GAILLARD, Emmanuelle, en el libro titulado Arbitraje internacional (tensiones actuales), coord. por Fernando MANTILLA SERRANO. Legis Bogotá 2007, pp. 24/25.

¹⁵ Ver *Precedent in International Arbitration*, YAs Banifatemi Editor y Editor General Emmanuel GAILLARD, iuris 2008. En el provocativo capítulo firmado por Gabrielle Kaufmann-Kohler bajo el título *Is consistency a myth*, plantea tres cuestiones: *Do we have consistency in international arbitration* y llega a resultados contradictorios. Allí se plantea: *Do we NEED consistency*, donde recuerda que los casos de inversión son *fact specific* y de allí que la consistencia es difícil, pero concluye que se necesita consistencia para la promoción de la regla de derecho. Ya como conclusión, afirma que la consistencia no es un mito sino una realidad y un objetivo a la vez.

¹⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Op. cit.* en nota 16, p. 26.

tratan sobre el concepto o definición del precedente en arbitraje internacional señalando que existen distintas visiones del precedente según lo usan los abogados en un caso, el tribunal al laudar o el público o los universitarios en general, al conocer un laudo que sorprende por apartarse de lo que se esperaba.

3. EL ÁRBITRO

Deseo señalar como introducción al tema las palabras dichas y repetidas por Bernardo CREMADES que ha señalado que el movimiento pro arbitral de los últimos años ha fortalecido y acaso envalentonado a los árbitros a quienes se achaca por las largas decisiones que están escribiendo, que más que decisiones arbitrales parecen grandes tratados arbitrales producto de que la cantidad de documentación que hoy se maneja y que la enorme complejidad del arbitraje internacional obliga a preguntarse por la eficacia del sistema. No todos los grandes juristas son buenos gerentes de un proceso arbitral y un Presidente de un Tribunal de arbitraje débil o dubitativo impide la agilidad en el desarrollo del procedimiento arbitral.¹⁷

Es lícito preguntarse luego, quién es árbitro elegido, cómo se califica para ser árbitro donde se estudia para ser árbitro. Esas preguntas no tienen ninguna respuesta específica. La formación de un árbitro no es parte de las curriculae de una mayoría de universidades latinoamericanas. Nadie tampoco se preocupa de saber qué estudios realizó sobre el tema, pero si es relevante sus antecedentes en materia arbitral, en cuántos arbitrajes participó y en qué tipo de arbitrajes participó y en qué carácter intervino en dichos arbitrajes, cuál es su

idoneidad sobre el tema objeto de la discusión y cómo se acredita esa idoneidad y, por último, su independencia e imparcialidad frente a las partes, sus letrados o la firma en la que éstos participan.

También nos debemos preguntar en función de las afirmaciones de CREMADES quién elige y cómo eligen a los árbitros. Es cierto que son las partes, pero a ese antecedente le falta el consecuente, que se materializa en la recomendación de sus abogados. Estos son los que eligen árbitros los abogados externos de una empresa con la conformidad del director de asuntos jurídicos de una gran empresa, que también es parte del proceso de selección, ya que le compete seguir un arbitraje y advertir a su empresa sobre las consecuencias de un laudo adverso. Ambos, cuando cuadra, deben justificar que eligieron el arbitraje, en lugar de un proceso judicial que también se gana o se pierde, pero es la justicia del Estado que, en definitiva, debe acatarse mientras la justicia privada no tiene la misma oportunidad.

Además debe, y esto es mucho más complicado, explicar cuál es la probabilidad de éxito ante una justicia estatal, si la opción está abierta, frente a la arbitral para lo cual debe hacer un juicio sobre la previsibilidad de ambas que descansa y descarga sobre su abogado externo. Cuando se pierden todos los recursos judiciales el cliente se resigna, pero cuando su abogado ha elegido un árbitro único o un tribunal y durante varios años ha esperado el fin de un proceso arbitral soportando los costos respectivos y el resultado es un fallo adverso, no se contenta tan fácilmente. Esta afirmación es hija de la práctica. La justicia no tiene rostro, el árbitro es una persona más identificable.

¹⁷ CREMADES, Bernardo. *Op. cit.* pp. 100 y 101.

Sin embargo todos los días en algún lugar del mundo un árbitro acepta su misión conduce un procedimiento arbitral basada en la voluntades las partes que lo nombraron, está obligado a respetar el debido proceso y la igualdad de las partes y se espera que conduzca el procedimiento arbitral con eficacia hasta llegar al laudo que debe ser fundado en derecho si el arbitraje es de derecho. Porque entonces existe una corriente de desfavor del arbitraje, cuestionando la calidad de árbitro independiente que recibe lo que es un mandato de las partes para conducir un proceso arbitral en que se le confía la misión confiada y respetando la igualdad de las partes debe impartir justicia. Parecería que la justicia no se personifica en el juez y en cambio sí es claro quién es el árbitro, como si el árbitro por tomar un caso hubiera dado alguna indicación de que el caso era favorable a las pretensiones de una parte.

Este no es un problema menor pero sí es relevante porque cuando el árbitro es único, el abogado que lo eligió o lo consintió queda en la línea de fuego de su cliente o patrón, como si la elección de árbitro implicara que es una prolongación de los argumentos del abogado. En tal caso ni el abogado ni su cliente o jefe ha entendido

para nada lo que constituye un arbitraje y la designación de un árbitro de parte. El árbitro incluso de parte tiene que ser independiente e imparcial y su decisión se basa en los fundamentos que se debaten en el seno del tribunal. Y esa es la virtud del arbitraje porque elegir un árbitro no es elegir un abogado más que represente un punto de vista de la parte ante el Tribunal. Esta distorsión o falta de perspectiva de lo que es el arbitraje creo que tiene efectos malsanos sobre el conjunto de los arbitrajes, como la que señala con preocupación un autor¹⁸. Pero es el árbitro envalentonado en su función perdiendo contacto con la realidad. Por eso analizaremos cuál es la visión actual del arbitraje.

El contrato de arbitraje (la figura del árbitro en el proyecto de Código Civil Comercial para la República Argentina¹⁹)

Por primera vez en nuestro país se contempla el contrato de arbitraje como contrato en la sección contratos de nuestros códigos, y del mismo se desprende claramente que el contrato de arbitraje es un contrato entre un árbitro y las partes que le encomiendan el arbitraje, tema muy debatido en la doctrina entre contratistas y procesalistas.²⁰ Es decir, queda claro el as-

¹⁸ PUIG., Alonso, *Op. cit.* p. 95, donde indica que el 50% de los entrevistados según un informe del Center for Commercial Law Studies de la Universidad de Londres Queen Mary University expresaron desagrado con la experiencia arbitral pero apuntando a la calidad de los arbitrajes.

¹⁹ Proyecto de Código Civil y Comercial Único elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Argentino en 2012 para su consideración por una comisión bicameral que todavía no se ha expedido.

²⁰ Ver El contrato de Arbitraje. Director académico Eduardo SILVA ROMERO y Coordinador Académico Fabricio MANTILLA ESPINOSA. Editorial Legis, Universidad del Rosario, donde el mismo Director sostiene que es necesario comprender cabalmente la noción contractual de arbitraje para no subordinarlo a su aspecto procesal que es la administración de justicia. El pacto arbitral que comprende la cláusula compromisorio y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Art. 117 del decreto 1818 de 1998. Pero cuando se llega a las normas procesales, la doctrina aparece dividida en cuanto las normas procesales del arbitraje son de orden público, lo que es materia de controversia en Colombia. Primera reimpression Bogotá 2008. Contra Roque J. CAIVANO, Arbitraje Ed. Ad Hoc, p. 98. Los árbitros ejercen jurisdicción y de allí deriva el status jurídico de su función y el mandato que le otorgan los contratantes que le confían la misión es *sui generis*.

pecto contractual que se prioriza²¹ y que pasa a integrar los Códigos de Fondo que le corresponde al Congreso Federal dictar superando la polémica de que el arbitraje es una cuestión procesal y que su lugar está en los códigos o leyes procesales que cada Provincia Argentina tiene derecho a dictar desde el punto de vista constitucional, señalándose la autonomía del contrato de arbitraje del contrato con el que se relaciona y destacándose el principio de que los árbitros salvo convención en contrario, son dueños de decidir sobre su propia competencia. Contrariamente a lo que se ha sostenido en nuestros tribunales como se puntualizó en la Introducción de este trabajo (nota N° 9).

Asimismo, el Proyecto de contrato de arbitraje prevé que las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean, y cuyos reglamentos prevean todo el proceso arbitral.²²

Es interesante destacar que el Proyecto contempla la designación de árbitros, las calidades de los árbitros, que pueden tener limitaciones en función de su nacionalidad, profesión o experiencia y sus obligaciones, así como su recusación y retribución. Resulta interesante destacar la ventaja de que por primera vez se trata al contrato de arbitraje, poniendo relieve su carácter contractual que exige la conformidad de dos partes, y la del árbitro que pretende una remuneración y la de la parte que lo contrata, que obviamente queda obligada a cancelarlo. Por supuesto se han alzado voces en

nuestro país que señalan que esa concepción no es correcta, al igual que en Colombia. A nuestro juicio, sin voluntad de las partes no hay arbitraje y esa voluntad cabe dentro de la amplia definición del Código Civil: *Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.*

Hay contrato entonces contrariando las notas que puso VÉLEZ un concepto muy amplio que perfectamente comprende el arbitraje. El objeto del arbitraje debe ser lícito, no contrariar la ley ni las buenas costumbres, y cuál es el objeto principal del contrato de arbitraje: estipular un procedimiento privado permitido por la ley para arreglar una situación litigiosa entre ambas partes con independencia de los jueces naturales que le corresponden. Esta decisión tiene un efecto constitucional y un efecto legal. Constitucional en cuanto sustrae la competencia de los jueces naturales y legal en cuanto el sistema legal contempla el arbitraje como medio incluso judicial de definir por árbitros un diferendo. Es decir, contienen desde el punto de vista obligacional una obligación de hacer, constituir un tribunal, y otra de no hacer, no recurrir a los jueces naturales. Eso es lícito, sí lo es, y hay múltiples fallos al respecto. Pero creo también que así como las partes han acordado pactar un arbitraje y designar a un árbitro para que éste imparta justicia decidiendo el caso, tal mandato no está regido por el derecho contractual sino por normas procesales, por normas éticas, y porque el objeto es determinar quién tiene razón a través de un verdadero proceso in-

²¹ Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional en base al anteproyecto creado por la comisión nombrado por decreto 191/211, que lo define de la siguiente manera: *hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.*

²² Art. 1657. El Proyecto de contrato dispone que las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

dependiente e imparcial, resolviendo una controversia para afianzar la justicia, del mismo modo que un juez estatal debe decidir un caso pero con reglas de procedimiento diferentes. Ese mandato para administrar justicia es un *tertium genus*. También se puede decir que es similar al que prestan los jueces al jurar su cargo, pero ahí terminan las similitudes. El arbitraje fuera del que sea exigido por la ley, que es forzoso, se basa en un acuerdo de voluntades para acordar un procedimiento privado para resolver las disputas pero que está acotado por la misma ley que le fija qué es arbitrable y qué no y que lo limita porque los árbitros no pueden fallar sobre temas que las partes no le han confiado. Allí están cubriendo una función pública: impartir justicia, y esa función la pueden desempeñar porque la ley se lo permite independientemente del contrato que la generó.

El Árbitro no es un Juez que está obligado a fallar una contienda que constituye su función, su única función, ya que el ejercicio de la magistratura es incompatible, es de tiempo completo y solo permite el ejercicio de la docencia. En cambio el Árbitro no es de tiempo completo es un personaje ocasional o transitorio que por precio, la remuneración pactada, acuerda hacer las funciones de juez en una contienda de tipo judicial, generalmente contractual, aunque puede arbitrarse temas extracontractuales en la medida que exista un daño comprobable.

En cuanto al monopolio mencionado por los autores, la ley de Perú no requiere la profesión de abogado para ser árbitro, pero no abundan las leyes tan amplias en general los abogados tienen un cuasi monopolio de la función de árbitro porque para fallar en derecho es necesario ser abogado, no así en equidad. Tampoco es necesario un abogado en asuntos técnicos complejos sino

un perito técnico que dictamine sobre la calidad o el rendimiento de cierto equipo o más modestamente, como los jueces de mercado de la ciudad de Buenos Aires, que a principios del siglo XX y conforme con esa denominación decidían si una partida de manzanas era de tal o cual clase y su veredicto siempre se cumplía tal era el respeto que se tenía a quien era elegido para desempeñar tal función. El antecedente académico del arbitraje se remonta al Derecho Romano pero la realidad de la idoneidad del árbitro hay que buscarla en las corporaciones de la edad media, en los gremios de constructores, de cambistas, de tejedores, de comerciantes en paños, que tenían sus árbitros especializados en ese ramo para resolver ese tipo de cuestiones comerciales, que en algunos lugares se denominaban incluso cónsules.

Los abogados tienen como parte de su incumbencia profesional conocer y explicar cómo funcionan las leyes y cuándo actúan como árbitros, resolver las consecuencias de ciertos actos o hechos en los que deben respaldar su opinión con informes periciales. Al actuar como árbitros, deben interpretar esas conclusiones periciales y otorgarles fuerza legal para el caso sin estar obligados a hacerlo, pero ningún árbitro desecha un pericia técnicamente sino por otras causales, ya que su función es decir el derecho aplicable a los hechos y laudar. Por haber sido litigantes conocen como manejar a colegas que se descarrían o que pretender prevalecer en las audiencias o intimidar a testigos o descalificar a los hostiles. Esa misión, la de poner coto a los litigantes en sus demasías en el proceso arbitral para ordenarlo y llevarlo a buen puerto desechando pruebas inútiles o declarando inadmisibles pruebas innecesarias o fijando ante el abuso plazos improrrogables es la tarea de un buen árbitro e de interpre-

tar los hechos, requiere de experiencia, pero además una buena dosis de sentido común, que los títulos por sí mismos no garantizan. Finalmente, deben motivar y fundamentar un laudo debidamente razonado.

Un tema interesante es la circunstancia muy común cuando la ley aplicable y la incumbencia profesional de origen del árbitro difieren. Un árbitro doctorado en la ley Argentina muchas veces debe aplicar, como un juez, *lex extranjera* que poco o nada tiene que ver con la suya y sin embargo no se puede negar a laudarlo por esa circunstancia. A esos efectos debe determinarla. Por esa razón todos los arbitrajes internacionales requieren un dictamen a pedido del tribunal sobre el derecho aplicable, pero la calidad del dictamen la aprecia mejor un abogado que un lego. Porque solo un abogado puede requerir con fundamento explicaciones a otro abogado. De eso no hay duda, así como la experiencia de un abogado le permite detectar si un testigo falta o retacea la verdad.

El aspecto procedimental del arbitraje ha absorbido las preocupaciones doctrinarias centrándose sobre la imparcialidad y la independencia como únicos criterios a tener en cuenta o al menos ser los criterios relevantes.

Ello determina el olvido de algunos principios elementales que entiendo debe ser rescatados y que tienen que ver con el objeto de este trabajo, que deseo comentar a continuación, como contribución a superar las críticas de mercantilismo y falta de profesionalidad de los árbitros, cuyos laudos sirven de plataforma para tesis doctrinarias con la diferencia que crean decisiones que pueden ejecutarse en justicia. Los laudos en los arbitrajes tienen ciertos recaudos que se deben cumplir. El fun-

darlo en derecho no debe concluir en una tesis doctrinal sino en decidir un tema con fundamento exacto y preciso.

a) El arbitraje es un servicio prestado para las partes que lo requieren y no para beneficio de los abogados ni de los árbitros que lo practican.

Este punto es de capital importancia porque una de las prácticas que más ha ocasionado problemas es curiosamente hija de la especialización. Las firmas internacionales tienen muchos socios y abogados que se dedican al arbitraje como medio lucrativo de vida, al representar clientes ante tribunales nacionales o internacionales arbitrales. El participar en tales arbitrajes, a personas ya duchos en litigios, le permite ver cómo funciona un tribunal arbitral y les permite apreciar otro aspecto de la profesión de abogado que se limita a asesorar o litigar, la de juzgar, que representa una tentación. El problema nace cuando el árbitro deja su sombrero de árbitro y se vuelve abogado del asunto cuya doctrina ha contribuido a forjar.

Esto es a mi juicio es preocupante cuando es repetido sobre todo cuando el árbitro cambia de toga y se vuelve abogado de parte y su socio en un mismo bufete árbitro en causas similares, donde lo que cambian son las partes y no los argumentos, porque en un estudio las habilidades de ejercer la abogacía arbitral y la de contar con árbitros de experiencia cuentan frente al consumidor de sus servicios. Pero al pasar de árbitro a abogado de parte, en un asunto similar no es aceptable, salvo si es revelado y aceptado por las partes, pero menos lo es volver a pasar en un mismo bufete de abogado a árbitro en un asunto similar. No cabe duda que el procedimiento es eficiente, pero no es ético porque afecta su independencia y su imparcialidad.

El reglamento del CAS ha introducido el requisito de quien figure en la lista de árbitros del CAS, recuerda Alonso Puig no puede actuar como abogado ante el CAS.²³ O se es árbitro o se es abogado.

En igual sentido, pero no con carácter obligatorio se encuentran la llamadas normas de la IBA sobre conflictos de interés. Dichas normas establecen, según sistemas de alarmas designados con colores varios, conductas que pueden constituir conflictos de interés de tres tipos: leves y aceptables, graves y muy graves. Los colores son verdes para conductas o acciones o circunstancias que no ameritan ninguna precaución especial porque no tienen los árbitros obligación de divulgar, como en el art punto 4.1 el haber emitido en público una opinión general sobre una cuestión materia de arbitraje, pero que no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión o porque el árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social ya que normalmente dichas situaciones no involucran ningún conflicto²⁴, el color naranja implica conocer de situaciones que deben ser divulgadas tan pronto como se conocen o antes de aceptar ser árbitro o si son sobrevinientes para ponerlas en conocimiento de las partes que deben ratificar entonces que aceptan dado que son enmarcadas como conductas que tipifican un conflicto de interés, conforme a dichas directrices y finalmente se encuentran el listado rojo Irrenunciable Normas generales 2c y 4b y el listado rojo renunciante (norma 4c). El listado rojo renunciante contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas sus-

ceptibles de crear dudas sobre la imparcialidad o la independencia del árbitro, por ej. por haber aconsejado a una de las partes a una filial de estas o haber emitido un dictamen respecto de la controversia o tener un interés económico directo o indirecto del árbitro en la controversia o tener el árbitro una relación significativa con las partes o con sus abogados, mientras que el listado rojo irrenunciable contiene solo 4 causales, a saber: identidad entre el árbitro y una de las partes o el árbitro es representante legal de una de las partes, o gerente o administrador o ejerce alguna suerte de control sobre una de las partes o el mantener un interés económico significativo con una de las partes o que le importe consecuencias económicas significativas para el árbitro o este asesora con regularidad a una de las partes.

Si cotejamos estas causales con las de un árbitro conforme al reglamento de la cámara de comercio argentina veremos que las Directivas de la IBA son mucho más amplias que el reglamento de la Cámara, ya que éste indica que los árbitros pueden ser recusados por a) amistad íntima con alguna de las partes con frecuencia de trato, b) haber tenido vinculación profesional comercial o haber intervenido en sociedades, directorios, sindicaturas, condominios o estar en alguna forma en relación de dependencia con alguna de las partes que a juicio de del consejo directivo no de la suficiente garantía de imparcialidad en el asunto, enemistad manifiesta o tener interés en el asunto.

b) Los centros de arbitraje son buenos en la medida que sus reglas éticas son rígidas y sobre todo se cumplan, y los árbitros

²³ ALONSO PUIG, J., *Op. cit.* p. 101.

²⁴ Ver contenido de cada lista verde naranja o roja en Las directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el Arbitraje Internacional aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004, que se encuentran en la página web de la IBA.

las observen ya que la existencia de buenos árbitros hablan de las bondades de los procedimientos de selección del centro de arbitraje. Una regla relevante de una institución arbitral o de un centro es la idea de neutralidad en un arbitraje internacional. La otra es la reputación en el mercado arbitral y ésta depende del control del arbitraje y de la severidad con la que juzga una causal de falta de independencia o de parcialidad.²⁵

c) Los arbitrajes no se han hecho en beneficio de los malos deudores sean países o partes privadas, sino que su finalidad es en base al acuerdo de partes dar a cada uno lo suyo o sea administrar justicia, en forma, rápida menos costosa y eficaz, en el sentido de que tiene mayor flexibilidad en el manejo del procedimiento que un tribunal estatal. Inversamente si el arbitraje es tan costoso como un proceso judicial, y más o igual de lento que un proceso judicial sus ventajas se evaporan, o al menos la mayor flexibilidad que depende de los árbitros que integran el tribunal desaparece.

Es cierto que hay arbitrajes que duran años y en eso las partes son al menos culpables, porque se habla de que los árbitros no tiene disponibilidad, pero los abogados tampoco la tienen las audiencias las prorrogas de pruebas son responsabilidad de los letrados de las partes. Todo ello aumenta el costo del arbitraje para los clientes, por ende cuando se achaca que un tribunal tarda dos años para expedirse en un laudo obviamente ello indica que los árbitros no tienen tampoco disponibilidad, pero la sumatoria de ambas faltas de disponibilidad conspiran contra la velocidad del arbitraje

y sus costos. Generalmente, esos costos no aumentan tanto por el lado del tribunal como por el lado de los abogados. En realidad siempre los letrados de las partes cargan honorarios a sus clientes mayores que lo de los árbitros en conjunto al caso, ya que los abogados no están acotados a los honorarios institucionales administrativos que le corresponden a cada árbitro en un arbitraje institucional. Cuando en los congresos se pide a los árbitros un arbitraje más rápido y un laudo más rápido también se les está pidiendo que no permitan a los abogados pedir prorrogas para presentar escritos o testigos o dilatar pericias con incidentes. Mi pregunta al respecto que el régimen horario facilita por un lado el grado de profundidad en el análisis del caso pero también importa un aumento del costo total del honorario. La demora no sería nunca igual si los honorarios se pactaran por un monto cerrado en función del valor que se discute y no por el tiempo que les insume. Porque si esa fueran las reglas del juego parejas para todos, seguramente los arbitrajes serían más rápidos si el precio a pagar por los costos legales fuera invariable cualquiera fuera el tiempo empleado. La culpa que siempre se echa sobre los árbitros débiles o laxos en la producción de la prueba en este caso debe ser compartida.

d) Los árbitros valen por sus condiciones personales de independencia e imparcialidad. Cómo y quién vigila esas condiciones. Este punto se basa en una declaración de los árbitros que se exige normalmente en cualquier arbitraje ad-hoc y que es una norma imperativa tanto en el procedimiento previsto en las Reglas de Uncitral²⁶, como en el

²⁵ Ver conclusión N° 4 del International Arbitration Survey, *Op. cit.* p. 21, que destaca la neutralidad y el internacionalismo como caracteres que buscan las empresas consumidoras del arbitraje destacando la imagen de la ICC, LCIA ICDR frente a la mala percepción que se tiene del CRCICA, DIAC y CIETAC.

²⁶ La regla N° 9 de Uncitral prescribe que un candidato a ser árbitro debe divulgar o revelar a las partes que se reúnan con él en relación con una posible designación. Cualquier circunstancia probable de dar pie a dudas

reglamento de la CCI que se preocupan que el árbitro permanezca imparcial e independiente y que esté obligado a revelar cualquier situación que cree dudas sobre ambas condiciones.

e) Las instituciones arbitrales son tan buenas como los árbitros que conforman sus listas y los arbitrajes que vigilan y administran. Esta famosa frase es repetida pero es absolutamente correcta. No basta a hacer marketing para atraer interesados en arbitrar como tampoco una marca afamada atrae si los productos que vende dejan de ser de calidad. Es una práctica constante que debe buscar la excelencia de los arbitrajes basada en la claridad de los procedimientos, y en la motivación, fundamentos y precisión de los laudos.

f) Cómo se forma un árbitro y que requisitos debe buscarse como patrón para su elección. Hemos hablado al respecto y nos remitimos a lo ya dicho.

Un árbitro no estudia para árbitro, no hay una carrera judicial en la que se va ganando experiencia y ascendiendo en la escala judicial, por eso los primeros árbitros en muchos países fueron los magistra-

dos jubilados que tenían experiencia. Y del mismo modo algunos abogados con talento e imaginación advirtieron o creyeron como Bernardo CREMADES las inmensas posibilidades del arbitraje como medio alternativo de solución de disputas. De a poco comenzaron a crecer instituciones que contribuyeron a difundir el arbitraje, se multiplicaron los encuentros, seminarios conferencias y finalmente congresos. En el orden internacional no ha sido menor la tarea desplegada por la International Bar Association²⁷ y la Asociación Internacional de Abogados que coadyuvaron en el proceso. Es cierto también que hoy han cambiado las circunstancias, se dictan cursos por las instituciones conocidas sobre arbitraje, por los colegios de abogados y la materia arbitraje es una de las tantas materias de posgrado que se enseñan en nuestro país en universidades públicas y privadas. Pero sigue siendo siempre la experiencia de una persona que ha litigado o juzgado o que ha estado expuesto a negociaciones complejas o especialistas en determinadas áreas el mejor indicador, cuando el tema requiere prácticas especiales que no son de manejo corriente al menos para gran número de abogados como la financiación en la construcción, los reaseguros, la energía los recursos natura-

justificables relacionadas con su imparcialidad e independencia. Un árbitro, una vez designado o elegido, debe revelar dichas circunstancias a las partes a menos que ellas haya sido previamente informadas por el mismo sobre esas circunstancias. Asimismo, la regla dispone que cuando cualquier miembro del tribunal arbitral obtiene conocimiento que en el caso ante el tribunal involucra circunstancias que probablemente puedan dar pie a dudas justificables sobre su imparcialidad e independencia, él deberá revelar tales circunstancias al Presidente del Tribunal y si el Presidente lo determina, a las partes litigantes, y si correspondiera, lo descalificará en ese caso. Por su parte, los artículos 10 y 11 permiten a las partes recusar a un árbitro en las mismas circunstancias y una parte puede recusarlo sólo por razones sobrevinientes de las que toma consciencia con posterioridad a su designación. Las normas de la IBA vigentes desde el 1-1-12 en su artículo 11 dispone que todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje. Antes de su nombramiento o confirmación la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe 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, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La secretaría debe comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios, así como dar a conocer inmediatamente a las partes y a la secretaría de cualquier hecho o circunstancia relativos a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje.

²⁷ La primera aprobó varias directivas como las relacionadas con los conflictos de interés de los árbitros, con el modo de tomar audiencias arbitrales y cómo considerar la prueba de expertos.

les, el transporte o las actividades mineras, por poner algunos ejemplos.

g) Cuál es la experiencia concreta de un árbitro como tal. En qué tipos de arbitraje se ha involucrado.

Este es un recaudo que ya se pide normalmente en todo tipo de arbitrajes además de acreditar la disponibilidad, por un lado, y por otro se clasifican los árbitros en función de la experiencia en los casos en que fueron nombrados.

i) Ha sido árbitro de parte o árbitro único.

Como bien dice don José María ALONSO PUIG, el arbitraje tendrá vida y futuro no por mucha publicidad, ni por muchos congresos, sino en tanto goce de credibilidad y la ciudadanía tenga confianza en que la institución para el usuario suministre una justicia de mayor calidad, en menor tiempo y de forma más económicamente conveniente. De lo contrario la institución morirá.

Me han impresionado estas palabras²⁸ abonadas por la cita de un estudio efectuada por una Universidad Londinense, conjuntamente con la firma White & Case, en la que se menciona la disconformidad con la actuación del árbitro en los arbitrajes, serían los árbitros, es decir nosotros, en los que se centra la queja. No en las instituciones, ni en las leyes, ni en los reglamentos por mala calidad de su intervención, falta de conocimiento de la materia o escasa o dudosa motivación de sus laudos o su falta

de disponibilidad y el permitir los retrasos de las partes en las audiencias o la falta de impulso al procedimiento. Pero ese mismo informe indica en un cuadro que la presentación de prueba documental, las presentaciones escritas, y las audiencias constituyen el 74% de las demoras en un arbitraje y la cuarta causa de la demora con un 14% se debe al laudo, en sí mismo, Informe Pág. 32 con cuadro y la última importante es la ejecución del laudo con un 10%. Cuatro cuestiones también motivan discusiones entre las partes: Ley aplicable, Ley del Arbitraje, sede e institución, cuando no es arbitraje UNICITRAL.

Por ende y por ser importantes los motivos que abonan este creciente descontento con los arbitrajes, se hace necesario precisar en primer término cuál es la función del árbitro, la que motiva su selección del árbitro y por la actividad que este debe desarrollar como tal y los que las partes esperan del mismo durante el proceso arbitral, pero todo ello sin descuidar que las partes son también responsables de lo que sucede en un proceso arbitral. Cada una tiene su estrategia que defiende y que lleva delante. Muchas veces se advierte que una parte tiene prisa en llegar al resultado y la otra es más bien renuente aunque en alcanzar ese resultado por más que se enmascare en que no se puede limitar el derecho de defensa.

En el procedimiento judicial los jueces son nombrados luego de sortear concursos y ciertamente las partes no tienen la facultad de elegir a un juez. Si saben con el paso

²⁸ En el congreso de la IBA en Vancouver en el que participé en el año 2010 se presentó un estudio de la Queen Mary University de Londres -centro reconocido de análisis del arbitraje-, en el que se presentó una encuesta entre compañías de peso y algunas públicas en el que se señaló que el 50% de los entrevistados estaban disconformes con su experiencia arbitral. Ese 50% estaba constituido en su mayor parte por ventas de más de 5 billones de dólares. Por lo tanto, deberemos indagar por qué estaban disconformes las partes con los árbitros. Disponible en: <http://www.arbitration.orgonline.org/research/2010/index/html>.

del tiempo cual es la actitud del juez frente a las partes. En cambio los árbitros se eligen por las partes, por conocimiento por reputación y a veces por amistad con los abogados. Ha tenido que decantar mucho la doctrina arbitral y sobre la necesidad de tener imparcialidad, para evitar que el árbitro de parte sea simplemente el abogado de la parte en el tribunal, porque entonces las partes alegan y cada una tiene en la instancia decisoria otro abogado y uno de esos árbitros puede tener algún grado de amistad de uno los árbitros de parte. Esta es la parte más delicada del proceso de selección de árbitros y donde las instituciones miran con mucho cuidado la designación del árbitro tercero, el que tiene que obrar con total transparencia en su gestión y por ende esta aun mas obligado a divulgar cualquier conocimiento que tenga sobre las partes, cualquier interés económico que directa o indirectamente tenga en el resultado del arbitraje y cualquier opinión que hubiera dado sobre el asunto que tiene a su cargo laudar. En general, cualquier duda sobre su independencia o imparcialidad existente o sobreviniente debe ser puesta de inmediato en conocimiento de las partes.

Una excepción a esa regla la contiene la ley de arbitraje inglesa de 1996 que al tratar la recusación de un árbitro exige que se ponga en conocimiento de los demás miembros del tribunal y de la otra parte pero sobre la base de las siguientes causales: a) circunstancias existentes que generan dudas justificables sobre su imparcialidad (repárese que solo habla de im-

parcialidad, no de independencia). La razón es que en los fundamentos de la ley se afirma que se puede ser imparcial pero parcialmente independiente en razón de que los *barristers* son autónomos o cuentapropistas de una misma Cámara que comparten con otros colegas y ambos pueden actuar como *barrister* en representación de una parte de las que reciben sus instrucciones frente a un tribunal arbitral formado por miembros de la misma Cámara o *Chamber* de la referida entidad inglesa, que los agrupa de modo que su independencia en ese caso podría ser impugnada pero no su imparcialidad, ya que la parcialidad debe ser objetiva y no subjetiva.²⁹ Las restantes causales son la no poseer las calificaciones necesarias para ser nombrado de acuerdo con el compromiso, como por ejemplo su calidad de experto en energía nuclear, requerida por el acuerdo arbitral o que fuera física o mentalmente incapaz de llevar adelante el procedimiento o que existan dudas justificadas respecto de su capacidad de hacerlo o se ha negado o fracasado en conducir los procedimientos en forma apropiada o fracasado en conducir con toda la diligencia razonable dichos procedimientos o en laudar.

Por todo eso es que la reputación de honestidad e integridad de un árbitro a través de su trayectoria es lo que más importa a las partes, sea el árbitro único o sea el árbitro presidente, elegido por ambos árbitros o en caso de falta de consenso sobre el tercer candidato,³⁰ por la autoridad nominadora. Tanto

²⁹ The arbitration act of 1996. A commentary 3 ed. Autores: Bruce HARRIS, Rowan PLATEROSE and Jonathan TECKS. Ed. Blackwell, septiembre 1996, p. 141.

³⁰ Existen códigos que no indican cuál ha de ser el número de árbitros. Por ejemplo, el Código General de Procesos uruguayo permite que haya de uno a tres, pero puede haber dos que deben actuar por unanimidad. Asimismo, para el caso de que no haya unanimidad se nombra un tercer árbitro dirimente que no participa del procedimiento, pero que en caso de que las opiniones de ambos difieran el tercer árbitro nominado por quien le corresponda nominarlo, interviene para dirimir la decisión entre los dos árbitros dando su opinión a uno u otro, a pesar de no haber participado en el proceso.

las reglas de Uncitral como las de la ICC o cualquier Institución prevén como se debe decidir la elección del tercer árbitro o árbitro único.³¹

Esta diferencia no es válida sobre el árbitro pesa la responsabilidad de ejercer su ministerio como si fuera un juez.

Al respecto es dable remarcar que el arbitraje como en Panamá o en Colombia goza de protección constitucional y que el artículo de la Constitución que permite investir a una persona transitoriamente en la función judicial ha sido interpretado desde entonces como la consagración del arbitraje como una forma de ejercicio de la función pública de administración de justicia que se encuentra, en forma transitoria y en virtud de la habilitación de las partes, en cabeza de particulares, lo que provocó, probablemente de manera inadvertida la judicialización del arbitraje en Colombia³², ya que se cuestionó la autonomía de la voluntad para elegir el procedimiento arbitral y el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que esa facultad no era disponible para las partes.

En cualquier caso en esta disposición constitucional vemos la diferencia en la naturaleza de la designación. La teoría clásica supone que se trata de un mandato originado en la voluntad de las partes, pero luego de la designación el supuesto mandatario tiene una función institucional la de impartir la justicia del caso como señalamos en este trabajo, y su posición es la de un juez que debe cumplir con su misión. De ahí que se afirme que el juez y el árbitro gozan de inmunidad por el principio universal que quien ejerce la función jurisdiccional es inmune, porque si no tendrían libertad de juzgar y así lo consagran las reglas de la ICC que expresamente lo declaran³³ tanto del tribunal como de la institución en sí misma, atento a que su Corte de Arbitraje tiene una función más administrativa que judicial, ya que revisa los laudos pero en sus aspectos formales. En el derecho anglosajón esa inmunidad, como puntualiza un autor nacional, es casi absoluta y se encuentra sostenida por la función jurisdiccional que es equiparable a la de un juez.³⁴

³¹ Los artículos 12 y 13 de la ICC establecen un protocolo estricto en la designación del tercer árbitro cuando existan reservas por circunstancias de nacionalidad, residencia o aptitud debiéndose confirmar a cada uno de los árbitros incluso al tercer árbitro o cuando debe elegirse a un tercer árbitro. De igual modo los artículos 6 a 11 de las reglas de Uncitral prevén el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo y entonces deben elevar a la autoridad nominadora los antecedentes del caso para designarlo incluyendo sus calificaciones para actuar como árbitro y si la autoridad nominadora es remisa cualquier parte puede pedir que el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya haga la elección del nominador para que designe al tercer árbitro. Las reglas de la ICDR, institución dependiente de la American Arbitration Association para asuntos internacionales contiene iguales reglas sobre imparcialidad e independencia con el agregado en el artículo 7.2 de las reglas que «Ninguna parte o cualquiera actuando en su representación puede tener por sí solo comunicación con un árbitro o cualquier candidato para su designación como árbitro de parte salvo para avisar al candidato de la naturaleza general de la controversia y de procedimientos anticipados así como discutir las calificaciones del candidato, su disponibilidad e independencia con relación a las partes o discutir la procedencia de candidatos para ser seleccionados como terceros árbitros cuando las partes o los árbitros designados por ellas deban participar en tal selección». Ninguna parte o nadie actuando en su representación podrá tener una comunicación en privado relativa al caso con ningún candidato para presidir el Tribunal. Los artículos 19 y 20 del estatuto de la Corte Euroamericana de Arbitraje contienen disposiciones similares.

³² Arbitraje internacional. Coordinador MANTILLA SERRANO. *Op. cit.* legis Bogotá citado por Alberto ZULUETA LONDOÑO.

³³ Artículo 34 Reglamento de la ICC: «Ni los árbitros, ni la corte o sus miembros, ni la ICC o sus empleados, ni los Comités Nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje». Idem Reglamento LCIA artículo 31 e YCDR artículo 35.

³⁴ RIVERA, Julio Cesar, Arbitraje comercial internacional y doméstico. *Lesis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 272/3, quien cita a Clay Thomas que incluye entre el grupo de países que reconocen una inmunidad cuasi absoluta a Estados Unidos, Inglaterra, Escocia, Canadá, India, Sudáfrica y Hong Kong.

Existiría responsabilidad de los árbitros en caso de que hubieran debido revelar circunstancias que tengan por efecto causar una duda justificable sobre su imparcialidad y que de haberse sabido habrían motivado su recusación o remoción por la institución que lo nombro. Esto depende de las circunstancias de hecho de una causa en particular, porque la responsabilidad civil implica que debe existir daño y nexo causal y ponen de relieve una vez más, la diferencia entre un juez y un árbitro. El juez habitualmente debe ser removido por juicio político para que avance un juicio de responsabilidad civil, pero nos da la misma situación con un árbitro que es removido.

En nuestro código de procedimientos civiles aplicable al procedimiento civil y comercial, las causales son específicas: parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad, interés en el pleito o sociedad o comunidad con algunos de los litigantes procuradores o abogados, salvo que la sociedad sea anónima, tener pleito pendiente con las partes o ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes con excepción de los bancos oficiales, ser o haber sido el juez autor de denuncia o querrela contra el recusante o haber sido denunciado o querrellado por éste, haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes, tener el juez enemistad manifiesta odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos o tener con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato.

En cambio en los arbitrajes internacionales hemos visto que no obstante existir normas detalladas por la IBA en general se condensan en los conceptos de imparcialidad o falta de independencia.

Se ha señalado que la independencia no es una virtud sino una condición de la libertad de juicio.³⁵ En dicho trabajo muy interesante, sus autores señalaron que de hecho un árbitro es ante todo un ser humano sometido a todas las imperfecciones de una persona pero cuando se le confiere la misión de juzgar debe tener todas las condiciones necesarias para el ejercicio de esa misión³⁶, recordando que el art 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece: Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal y por ese motivo sostienen que el árbitro está sometido a las mismas exigencias, pero que el deber de independencia difiere de la obligación de imparcialidad, siendo la independencia un criterio objetivo que prohibiría las relaciones entre el árbitro y una de las partes en el procedimiento arbitral, mientras que la imparcialidad es una noción subjetiva, centrada en la ausencia de interés personal con el objeto de la acción a ser juzgada, o aun en la inexistencia de conocimiento anterior o de un juicio previo por parte del árbitro relacionado con la materia litigiosa.

Ya vimos como la ley inglesa de 1996 se concentra en la imparcialidad, por las

³⁵ Jean Denis BREDIN citado por Joao BOSCO LEE y María Claudia DE ASSIS PROCOPIAK, en Arbitraje Internacional, Tensiones actuales. Legis 2007. «La obligación de revelación está matizada por aspectos culturales o existe un verdadero estándar internacional?», p. 255.

³⁶ Bosco-Procopiak. *Op. cit.* pp. 26/258.

razones apuntadas, mientras que la ley suiza establece que el árbitro debe ser y permanecer independiente, por entender que la imparcialidad es un aspecto de la noción más general de la independencia por ser la independencia una noción más objetiva que la imparcialidad, mientras que el Prof. Ives Derains es de la opinión que la misma regla que está en el artículo 7.1 de las reglas de la ICC de 1998 ser y permanecer independientes es un criterio más objetivo y representa la tendencia universal, salvo los ingleses con sus *chambers* en que la independencia no es total (comparten los mismos gastos comunes). Lo cierto es que el pasar de los años la independencia debe ir de la mano de la imparcialidad, y así lo han previsto las nuevas Reglas ICC de 2012.

Pero la pregunta luego de apuntar los precedentes señalados es si hay un criterio universal de independencia e imparcialidad. La respuesta es difícil y no es definitiva, ya que la IBA en sus comentados Guidelines on Conflicts of Interest trató de uniformar directrices y para ello se basó en la necesidad de la revelación. De cualquier circunstancia que cree dudas justificables sobre su imparcialidad o independencia, y esta obligación de revelar (*to disclose*) por cierto no es un recaudo nacional en multitud de países. Lo obligatorio de la ley de la sede es ser imparcial e independiente, o como dice algunos autores neutral y objetivo, pero en definitiva cada árbitro no es un robot proviene de una tradición cultural y por ende es imposible que se pueda abstraer de todas sus vivencias y experiencias pasadas.

Muchas partes prefieren, por esa razón, un árbitro de su misma nacionalidad, por-

que sin duda tienen vivencias comunes y una actitud cultural común una educación común y por ese motivo los abogados de las partes, quienes son los que tienen la última palabra para seleccionar a un árbitro, prefieren un árbitro que pueda entender sus pautas culturales y verificar su honestidad o integridad más fácilmente o la verosimilitud de sus calificaciones. Por esa misma razón, en los arbitrajes del Pacific Rim se busca un árbitro del sudeste asiático y no de las antípodas. Más aun, está el caso de arbitrajes o litigios entre musulmanes o incluso el ya conocido y aun inconcluso caso inglés entre dos ismaelitas que pactaron contractualmente, como residentes londinenses, que el árbitro debía ser de esa religión, pero como una de las partes no nombró su árbitro para dificultar el arbitraje la otra parte recurrió a un tribunal londinense, quien eligió como árbitro de la parte ismaelita renuente a un juez retirado que no tenía esa religión. La parte renuente una vez notificada apeló a la High Court londinense, que en lugar de hacer lugar al pedido lo denegó. Pero no hizo mérito de ningún otro argumento que considerar que la relación entre un árbitro y su mandante es de derecho laboral y por lo tanto el contrato que vinculaba a las partes con sus árbitros era de derecho del trabajo. Dado que las leyes inglesas prohíben discriminar en las relaciones laborales por razones de sexo, edad o religión se consideró que esa designación era violatoria de una ley de orden público y se anuló la decisión reponiéndose al juez retirado.³⁷

Finalmente, está el tema de cómo afecta la imparcialidad de un árbitro el hecho de haber tomado posición en opiniones pre-

³⁷ Decisión *Nurdin Jivraj v Sadruddin Hashwani* (2010) EWCA Civ 7123 citada por ALONSO PUIG. *Op. cit.* La función del árbitro un ejercicio de responsabilidad, p. 98. Se entiende que el asunto es lo suficientemente serio para que la Unión Europea tome nota al respecto en una apelación, circunstancia que fue comentada en un reciente congreso de arbitraje en Lima (nota del autor).

vias publicadas. Nos hemos referido a ellas al considerar la lista verde pero la larga lista naranja sobre conflictos de interés de los árbitros aprobada por la IBA también contiene una variante o excepción a la regla verde en el art. 3.5.2.

El árbitro ha públicamente abogado una posición específica relativa al caso que está siendo arbitrado, sea en un trabajo publicado o en un discurso o de cualquier otra forma.

Curiosamente, el Anexo 2 de la reglas del OMC o WTO que tratan de Reglas de Conducta y Procedimientos que Gobiernan la resolución de disputas del 11 de diciembre de 1996, establece que los panelistas del *Appellate body*, órgano de apelación del procedimiento de la WTO, los árbitros y la Secretaria deben revelar a los restantes miembros y partes d) afirmaciones de opiniones personales en cuestiones relevantes a la disputa en análisis efectuadas en publicaciones, o afirmaciones públicas.

Parecería que el asunto pierde relevancia cuando la opinión es de tipo general y no una afirmación específica del árbitro, porque la Lista Verde los releva de esa obligación de revelar en el art 4.1. Por otra parte, según señala Louis DEGOS³⁸ citando a otros autores como CRIAG, que las expresiones de puntos de vista académicos en publicaciones legales por un jurista no necesariamente le impiden que él pueda decidir un caso de una manera totalmente imparcial, basado en la prueba, argumentos y ley aplicable al caso. Todo esto pone de manifiesto que el tema está lejos de quedar cerrado, ya que al aplicar ciegamente todos los principios de la IBA será necesario ver

las circunstancias del caso y en qué medida una opinión sentada en una obra académica puede invalidar la gestión de un árbitro o provocar su remoción por un tribunal, debiéndose llegar a tal extremo en el caso de que la cuestión a resolver es idéntica o muy similar a la que describió por escrito para sentar su posición.

4. CONCLUSIONES

En resumen hemos considerado útil recapitular los diferentes temas señalados de la siguiente manera:

1) El rol del juez y del árbitro en ejercer una función de impartir justicia en materias comerciales es similar pero dista de ser idéntico. Si bien ambos tienen la función de administrar justicia no son confundibles. El juez tiene un rol permanente y estatal, el árbitro tiene un rol de juez transitorio pero ese carácter es temporal y se debe a que la ley lo permite y le da al objeto del arbitraje si creado por la convención de partes un carácter público como lo es impartir justicia, que ha generado dos escuelas de pensamiento sobre su naturaleza la contractualista y la publicista o procesalista.

2) Por otra parte el árbitro carece de *imperium*, lo que refuerza la tesis contractual, y el juez tiene inmunidad absoluta por ser juez a menos que sea removido por mal ejercicio del cargo, en cambio el árbitro solo tienen ese tipo de inmunidad en los países anglosajones y en las normas de la ICC que lo protegen, pero no está prevista su inmunidad, que en principio la tiene, en cualquier procedimiento y que no es símbolo de impunidad, aunque las causales son de interpre-

³⁸ La recusación con base en opiniones previas del árbitro; hemos abierto «la caja de pandora». Arbitraje Internacional. Tensiones actuales. Bogotá 2007. Fernando MANTILLA SERRANO, coordinador, pp. 274/276.

tación restrictiva, de lo contrario la falta de inmunidad o su limitación para desempeñarse como árbitro haría imposible aceptar esa tarea, por las contingencias que generaría.

3) De todas las condiciones que debe tener un árbitro debe destacarse actuar con imparcialidad e independencia. Los criterios para determinar tanto la independencia y la imparcialidad no son uniformes en el derecho internacional y tampoco en el derecho interno. De a poco la jurisprudencia ira llenando esos claros. Pero por el momento es dable observar que los criterios americanos con sus sistemas de código de ética bajo la American Arbitration Association difieren de la de los Ingleses y las Directrices de la IBA o Guidelines si bien son un trabajo excelente no son todavía parte del derecho consuetudinario internacional y deberán ser objeto de actualizaciones.

4) El arbitraje ha hecho camino sobre el sistema de justicia convencional por ser más flexible, generalmente más económico y rápido que el habitual y previsto de la justicia estatal en el derecho interno. Es cierto que los procesos judiciales han colapsado en muchas jurisdicciones, lo que ha contribuido al desarrollo del arbitraje y su expansión. Uncitral la ICC, la LCIA la YCDR han contribuido al desarrollo formidable que ha tomado el arbitraje internacional pero el arbitraje internacional que ha concitado el interés de las empresas no puede ser contrastado para determinar sus ventajas con un juez internacional porque no existe justicia internacional. Incluso la Corte Permanente Internacional de Justicia y el tribunal permanente de arbitraje internacional tienen jurisdicción voluntaria.

5) Por ende la única comparación que puede hacerse del arbitraje internacional frente a un litigio nacional conveniente para

una de las partes y no para la otra. Por esa razón se ha afirmado que es monopólico porque lo que las partes buscan en un arbitraje internacional es justamente evitar una jurisdicción local la del acreedor o la del deudor, por el temor desembozado a la falta de imparcialidad con la justicia extranjera, ninguna comparación es posible, porque lo que se busca en definitiva es un tribunal neutral y su costo puede ser mayor que el tribunal estatal local y sus procedimientos no son ciertamente breves, pero la única manera de mensurarlos es frente a otro tribunal neutral internacional.

6) Pero este desarrollo del arbitraje ha generado anticuerpos. En lugar de adoptar procedimientos más rápidos ha existido una cierta judicialización del arbitraje, por algunas de las justas críticas reseñadas como débil conducción del proceso o por falta de disponibilidad o por usar el laudo para el lucimiento de doctrinas, como los hay en la justicia estatal, pero los efectos son claros, los arbitrajes internacionales no son muy rápidos excepto en tribunales de la OMPI, cuyo procedimiento es bien diferente. La situación se agrava cuando se encuentran estados involucrados. Hay quejas de la falta de previsibilidad en los laudos arbitrales y en los árbitros. Pero el arbitraje busca la justicia del caso en primer término y por eso de previsibilidad solo puede surgir de una larga serie de casos, sin olvidar que no hay casación en el arbitraje internacional.

7) No ha sido ajeno a este proceso la difusión de los tratados bilaterales de inversión (BITS), donde las sumas en juego han sido multimillonarias y han dado pie a grandes estudios internacionales que patrocinan a importantes empresas transnacionales. Dado que el sistema de los grandes estudios es horario los tiempos de alargue de los arbitrajes han llevado los costos a cifras fuera


de presupuesto de los gerentes de finanzas de las empresas que son las que entienden que el arbitraje no es *cost effective* como lo presentaban. Ello ha generado ciertas desilusiones sobre todo del tipo financiero entre las grandes empresas tanto en materia de contingencias como de costos.

8) No es ajeno tampoco a este aumento de costos y de demoras, perceptibles en las jornadas sobre arbitraje, la difusión de estadísticas que revelan un malhumor de los grandes usuarios del arbitraje comercial y de inversión, es decir de las compañías significativas, en las que el 50% de los entrevistados es crítico de la actuación de los árbitros.

Pero el cargar la tinta sobre los árbitros centrada en tres temas la escasa disponibilidad del árbitro en atender un arbitraje, el largo proceso de producción de la prueba y el excesivo tiempo en laudarse se cargan en la cuenta de una parte que está en la mira sola, cuando debería estar acompañada.

9) En efecto, las estadísticas que contiene el *Queen Mary Survey* a que hemos hecho referencia demuestran que las causas de las demoras están dentro del control de las partes exactamente el 74% contra 14% del tiempo promedio para la emisión

del laudo. Los responsables del planteamiento de la cuestión y de la prueba y su producción son las partes y sus abogados, quienes también tienen problemas de disponibilidad y de sus propias estrategias en demorar un procedimiento, vieja práctica de uso frecuente en litigios desde tiempos inmemoriales. No son los árbitros responsables de esas conductas, ni de las demoras ni de los mayores costos.

10) El arbitraje ha llegado para quedarse, no tiene por misión crear jurisprudencia y sigue siendo básicamente confidencial. Pretender que exista casación cuando se busca la justicia del caso está fuera de la cuestión y de la libertad de juicio de los propios árbitros. Las medidas efectivas tomadas en Uncitral, la ICC, la misma IBA constituyen una respuesta para contestar las críticas que se achacan al arbitraje, pero sin duda las partes y sus letrados tienen que hacer su *mea culpa* en el proceso. Es más fácil cargar el peso de la demora en los árbitros que recordar cuánto incidieron las propias estrategias de defensa o de ataque, en causar dichas demoras. La mira está pues mal enfocada, es bueno que los verdaderos responsables reflexionen sobre el tema, de esa manera los grandes consumidores quedarán mejor informados. 

CONFLICTOS DE INTERÉS Y EL DEBER DE REVELACIÓN. LAS REGLAS APLICABLES EN BÉLGICA BAJO LA NUEVA LEY BELGA DE ARBITRAJE

ERICA STEIN ^(*)
CHARLOTTE VILLENEUVE ^(**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El deber de revelación del árbitro en Bélgica. 2.1. La obligación bajo la Nueva Ley. 2.2. El alcance de la obligación de revelación. 3. Consecuencias de la revelación (o no) de conflictos de interés. 3.1. Recusación del árbitro. 3.2. Anulación del laudo. 4. Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Una de las ventajas del arbitraje es que las partes pueden seleccionar a las personas que resolverán su controversia. Una vez seleccionados, los árbitros deben ser los garantes del valor del arbitraje¹ y, en consecuencia, del valor del laudo que pone fin a la controversia en cuestión. Este valor nace, entre otros, de la seguridad que la controversia entre las partes será tratada por árbitros independientes e imparciales.

Por eso, una persona propuesta como árbitro debe dar a conocer cualquier hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia y su imparcialidad. Esta obligación está integrada en los reglamentos de las instituciones arbitrales, así como

en leyes nacionales de arbitraje. Por medio de esta estructura jurídica se asegura que cualquier conflicto de interés sea revelado tan pronto como posible y que se tomen medidas adecuadas para evitar cualquier riesgo posterior al valor del laudo.

A diferencia de las reglas que existen en muchas jurisdicciones, en Bélgica, la Ley de Arbitraje en vigor durante 41 años, a saber, desde el 4 de julio de 1972 hasta el 31 de agosto de 2013, no trataba directamente la obligación de un árbitro de divulgar sus eventuales conflictos de interés. Era una obligación indirecta, implementada por la posibilidad de una parte de recusar a un árbitro por falta de independencia e imparcialidad. Pero Bélgica cuenta desde el 23 de junio de 2013 con una nueva Ley sobre Arbitraje, en vigor a partir del 1 de septiem-

^(*) Counsel, Hanotiau & van den Berg, Bruselas; ex Consejera de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, París.

^(**) Senior Associate, Hanotiau & van den Berg, Bruselas.

¹ Bernard Hanotiau, «L'arbitre, garant du respect des valeurs de l'arbitrage», en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner 2005, pp. 365 y ss.

bre de 2013, denominada «*Ley modificatoria de la sexta parte del Código judicial relativo al arbitraje*» («la Nueva Ley»)² que aborda directamente el deber de revelación del árbitro.

En la primera parte de este artículo se describe con mayor detalle el deber de revelación bajo la Nueva Ley (II.A), antes de analizar el alcance de este deber mediante un fallo la Corte de Apelaciones de Bruselas (II.B). En la segunda parte de este artículo se explica las consecuencias en Bélgica de revelar (o no) conflictos de interés, en particular lo relativo a la recusación de árbitros (III.A) y la anulación de laudos (III.B). Por último, este artículo concluye con algunas reflexiones sobre el futuro del arbitraje en Bélgica (IV).

2. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO EN BÉLGICA

2.1. La obligación bajo la Nueva Ley

Como se mencionó anteriormente, la ley en vigor en Bélgica hasta el 31 de agosto 2013 no estableció expresamente que el árbitro tenía que revelar eventuales conflictos de interés. Sólo el artículo 1690 §1 del Código judicial se refería a esta obligación por medio de la recusación eventual de árbitros de la siguiente manera: «*Los árbitros pueden ser recusados si existen circunstancias de naturaleza a dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad y su independencia*». Si bien la práctica era de divulgar los conflictos de interés debido a este artículo, recordemos que la práctica no es la ley.

El objetivo de la Nueva Ley ha sido llenar esta laguna. Por ende, ahora se establece el deber de revelación de los árbitros en el nuevo artículo 1686 §1 del Código judicial se la siguiente manera: «*Cuando una persona está abordada por un posible nombramiento como árbitro, señala cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia u imparcialidad. A partir de la fecha de su nombramiento y durante el procedimiento arbitral entero, el árbitro señala a las partes sin demora cualquier nueva circunstancia de esta naturaleza*».

Un árbitro estaría entonces en contravención con este artículo en tres escenarios. Dos de estos tienen un aspecto temporal. Por una parte, un árbitro no cumple con sus obligaciones bajo este artículo cuando, a pesar de haber señalado «*una circunstancia*» al momento de su nombramiento, no revela circunstancias nuevas que surjan durante el procedimiento arbitral. Por otra parte, un árbitro no cumpla con sus obligaciones cuando, aunque en posesión de información, no la divulgue «*sin demora*».

Otra situación más compleja es cuando el árbitro no señala «*cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia u imparcialidad*». Para comprender el alcance esta disposición se puede analizar la jurisprudencia belga. Aunque no existe jurisprudencia bajo la Nueva Ley, se puede analizar la jurisprudencia anterior de los tribunales belgas para informarse sobre el eventual alcance de esta obligación en el futuro.

² La Nueva Ley se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: véase http://www.uncitral.org/pdf/sp_anish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf

2.2.. El alcance de la obligación de revelación

En el fallo de la *República de Polonia c. Eureka BV y Juez Schwebel*, la Corte de Apelaciones de Bruselas dictó en el año 2007 la decisión más importante en Bélgica hasta ahora con respecto a conflictos de interés y el deber de revelación.³

La Corte de Apelaciones tuvo que decidir la recusación solicitada por la República de Polonia contra el Juez Schwebel. La compañía holandesa Eureka BV nombró al Juez Schwebel y el tribunal arbitral dictó un laudo a su favor. Después, se publicó un documento en un sitio web, citando un estrecho vínculo entre el Juez Schwebel y el bufete de abogados Sidley Austin. El Juez Schwebel no se asoció con Sidley Austin, pero mantuvo relaciones con él y se mencionó su nombre en su sitio web. La República de Polonia planteó objeciones contra el Juez Schwebel por falta de independencia e imparcialidad, argumentando que Sidley Austin representó a un tercero (en este caso la sociedad Cargyll) en un arbitraje separado contra la República de Polonia.

La Corte rechazó la recusación y consideró que el hecho de que el Juez Schwebel no revelara su vínculo con el bufete Sidley Austin no daba lugar a su descalificación automática, refiriéndose en este aspecto a las «Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional». Las Directrices identifican contextos creando eventuales conflictos de interés, clasificándolos en tres listas (roja, naranja y verde), según la necesidad de divulgar o no, para guiar a los árbitros a la hora de

revelar circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia.

Siguiendo esta decisión de la Corte de Apelaciones se puede creer que referirse a las Directrices es suficiente para satisfacer el deber de revelación en Bélgica. Sin embargo, algunos autores belgas han llamado a la vigilancia en cuanto al uso de las Directrices por diversas razones; criticándolas, por ejemplo, porque grandes bufetes tuvieron una influencia en su redacción.⁴ Estos mismos autores han señalado que el objetivo de las Directrices es más bien limitar las condiciones conduciendo a un eventual conflicto de interés.⁵ Por eso, es posible que los tribunales belgas no continúen refiriéndose a las Directrices. Así, los árbitros deben utilizar las Directrices de manera indicativa, no obligatoria, divulgando eventuales conflictos de interés con rigor.

3. CONSECUENCIAS DE LA REVELACIÓN (O NO) DE CONFLICTOS DE INTERÉS

3.1. Recusación del árbitro

El artículo 1686 §2 de la Nueva Ley reemplaza el artículo 1690 (mencionado anteriormente) sobre recusaciones. El nuevo artículo 1686 §2 dispone que: «*Un árbitro puede ser recusado solamente si existen circunstancias de naturaleza a dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia u imparcialidad, o si no posee las cualificaciones determinadas por las partes. Una parte puede recusar al árbitro que nominó o en cuyo nombramiento ha participado solamente por una razón que descubrió después de su nombramiento*».

³ Decisión del 29 de octubre 2007, R.G. 2007/AR/70.

⁴ Véase, por ejemplo, Bernard Hanotiau, *Op. cit.* p. 368.

⁵ *Ibid.*

Para predecir cómo los tribunales belgas interpretarán este artículo podemos analizar de nuevo el fallo de la *República de Polonia c. Eureka BV y Juez Schwebel*.

Teniendo en cuenta los hechos enumerados anteriormente, la Corte de Apelaciones de Bruselas consideró, en primer lugar, que el Juez Schwebel era independiente porque no se asoció con el bufete Sidley Austin. Por otra parte, la Corte sostuvo que el estado psicológico de los abogados que actuaban contra la República de Polonia fue propio y no se extendía al Juez Schwebel como árbitro. Así, la Corte de Apelaciones distinguió entre los conceptos de independencia y de imparcialidad para rechazar la recusación.

La Corte de Apelaciones analizó la independencia del Juez Schwebel de manera objetiva, teniendo en cuenta circunstancias concretas, es decir, circunstancias financieras, para evaluar el vínculo eventual entre él y los abogados representantes de Eureka BV. De hecho, la Corte de Apelaciones estimó importante que el Juez Schwebel no fuera socio de Sidley Austin. En contraste, la Corte de Apelaciones analizó la imparcialidad del Juez Schwebel de manera subjetiva, examinando si estaba predispuesto a la posición de Eureka BV debido a las ideas negativas que tenían eventualmente los otros abogados de Sidley Austin contra la República de Polonia.

Es razonable suponer que los tribunales belgas continuarán haciendo esta distinción entre independencia e imparcialidad bajo la Nueva Ley.⁶

En cuanto al procedimiento para decidir recusaciones, bajo la Ley en vigor hasta el 31 de agosto 2013, los tribunales belgas sólo podían decidir sobre la recusación de un árbitro.⁷ Una novedad de la Nueva Ley se encuentra en el hecho de que el juez del estado no es el único facultado para decidir la recusación de árbitros. El nuevo artículo 1687 §1 establece que «[l]as partes pueden convenir del procedimiento de recusación de un árbitro». Por lo tanto, las partes pueden establecer un procedimiento en su contrato o pueden elegir un procedimiento ante una institución arbitral.⁸

Por su parte, el artículo 1687 §2 establece un procedimiento alternativo a falta de acuerdo: «a) La parte que desee recusar a un árbitro deberá declarar por escrito los motivos para la recusación al árbitro en cuestión, a los demás árbitros si el tribunal tiene, y a la parte contraria. Para ser aceptada, esta comunicación se produce dentro de los quince días de la fecha en que la parte reclamante tuvo conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de la fecha en que tuvo conocimiento de las circunstancias referidas en el artículo 1686 § 2».

En el caso de que el árbitro en cuestión, a pesar de las razones expuestas no dimita o la otra parte conteste la recusación, la parte que solicite la recusación debe citar al árbitro y a las otras partes en un plazo prescrito, con pena de inadmisibilidad, ante el presidente de un tribunal de primera instancia. Bajo la Nueva Ley, todos fallos vinculados con el arbitraje están centralizados ante cinco tribunales de primera ins-

⁶ Esta distinción está generalmente aceptada. Véase, por ejemplo, los párrafos 3 y 6 de las Reglas de Conducta del Reglamento de Arbitraje del CEPANI, el centro belga de arbitraje.

⁷ Véase el Artículo 1691 §2 del Código judicial de la ley anterior.

⁸ Por ejemplo, el artículo 16 del nuevo Reglamento de Arbitraje del CEPANI, en vigor desde el 1 de enero de 2013, establece un procedimiento de recusación.

tancia,⁹ de modo que todos los fallos relacionados con el arbitraje se ventilarán ante jueces especializados.

Además, el presidente del tribunal de primera instancia debe decidir como en un procedimiento de urgencia.¹⁰ Su decisión no será más susceptible de ningún recurso,¹¹ y esperando la decisión sobre la recusación, el tribunal arbitral con el árbitro recusado, puede continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo.¹² Por estas medidas, los redactores de la Nueva Ley quisieron claramente que el procedimiento de recusación no demore más el procedimiento arbitral, y que no sea usado más como una táctica dilatoria.

3.2. Anulación del laudo

Hasta ahora, la ley belga restringía la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo en el caso de que se descubriera una circunstancia creando dudas sobre la independencia y la imparcialidad del árbitro después del dictado del laudo. Esta regla se encontró en el artículo 1704 §5 del Código judicial que establecía que «[e]l motivo de descalificación y exclusión de los árbitros de conformidad con las secciones 1690 y 1692 no constituyen causales de anulación en virtud del apartado 2, letra f) de esta sección, a pesar de que se lo supiera después del laudo».

Esta disposición ha sido objeto de muchos comentarios. Algunos autores consideraban en

efecto que esta limitación se aplicaba sólo cuando una parte era consciente de una falta de independencia e imparcialidad, pero no planteó una objeción en ese momento.¹³ Otros consideraban que procedía la anulación del laudo en cualquier caso por una violación de orden público.¹⁴ La Nueva Ley ha eliminado el antiguo artículo 1704 §5 íntegramente.

No obstante, la Nueva Ley contiene todavía un punto débil en este tema. El artículo 1717 §4 establece que: «*una solicitud de anulación no podrá efectuarse después de la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que la parte presentando la solicitud ha recibido la comunicación del laudo*». Por eso, si una parte descubre después de tres meses de dictado del laudo que un árbitro tenía conflictos de interés, perderá la posibilidad de pedir su anulación sobre esta base.¹⁵ Opinamos que este artículo de la Nueva Ley tiene que ser modificado para establecer que una parte tendrá el derecho de solicitar la anulación del laudo dentro en un plazo de tres meses a partir de la fecha en que se descubrió las circunstancias que afectaban la independencia e imparcialidad del árbitro.

Sin embargo, queda otra disposición muy progresista en cuanto a la anulación de laudos. El artículo 1717 § 3(a)(ii) establece que se puede anular un laudo sólo si la parte reclamante «*no ha sido debidamente notificada del nombramiento del árbitro o del procedimiento arbitral, o le*

⁹ Son los tribunales de Amberes, Bruselas, Gante, Mons y Liège. Los tribunales de primera instancia de estas ciudades fueron seleccionados por que son las sedes de las Cortes de Apelaciones.

¹⁰ En francés: «-comme en référé-». Artículo 1680 §2 del Código judicial.

¹¹ Artículo 1687 §2, b) del Código judicial, haciendo referencia al artículo 1680 §2.

¹² Artículo 1687 §2, b) del Código judicial.

¹³ Guy KEUTGEN, «Propos sur le statut de l'arbitre», Mélanges P. Van Ommeslaghe, pp. 921 y ss.

¹⁴ H. BOULARBAH, «Ouvertures à cessation des décisions judiciaires et causes d'annulation des sentences arbitrales : brèves comparaisons sur le contrôle de deux catégories d'actes juridictionnels », en Mélanges John Kirkpatrick, Bruylant, Bruselas, 2003, p. 96, n° 22.

¹⁵ Los motivos de anulación son los mismos establecidos para rechazar el reconocimiento e ejecución de laudos. Véase el artículo 172 de la Nueva ley.

era imposible por otra razón hacer valer sus derechos; en este caso, sin embargo, no se puede anular si se demuestra que la irregularidad no tuvo un impacto en el laudo». En otras palabras, si una parte alega que los conflictos de interés de un árbitro le impidieron hacer valer sus derechos, estas alegaciones no pueden conducir a la anulación del laudo si dichos conflictos no afectaron su resultado final.

4. CONCLUSIÓN

Bélgica ha dado un paso adelante con la Nueva Ley. Los árbitros tienen ahora la

obligación expresa de revelar circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. Además, en el caso de que una revelación (o la falta de ella) condujera a una solicitud para la recusación del árbitro o la anulación del laudo, la Nueva Ley implementa una estructura para asegurar que dichas solicitudes sean tratadas por jueces especializados y con rapidez, pero siempre teniendo en cuenta el valor del laudo.

De esta manera, Bélgica se ha convertido en una de las jurisdicciones más favorables al arbitraje en el mundo.

RELACIONES SOCIALES DE LOS ÁRBITROS Y EL DEBER DE REVELACIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL

FREDERICO JOSÉ STRAUBE (*)
PATRÍCIA SHIGUEMI KOBAYASHI (**)

SUMARIO: *1. Las relaciones sociales de los árbitros y el impacto en el análisis de la imparcialidad. 2. La imparcialidad y la independencia de los árbitros. 3. El deber de revelar. 4. Fundamentos. 5. LCIA court decisions in challenges to arbitrators 5.1. LCIA reference n. 81132, de 15 de noviembre de 2008 5.2. LCIA reference no. 1303 4.3 de 22 de noviembre de 2001. 6. CAM-CCBC y las decisiones proferidas por los comités especiales 6.1. Procedimiento arbitral CAM-CCBC n. 06/2009 6.2. Procedimiento arbitral CAM-CCBC n. 45/2009. 7. Conclusión.*

1. LAS RELACIONES SOCIALES DE LOS ÁRBITROS Y EL IMPACTO EN EL ANÁLISIS DE LA IMPARCIALIDAD

El árbitro, aunque esté en el ejercicio de la actividad de juzgar, no deja de ser un ser humano. Toda su historia, sus relaciones personales y profesionales continuarán con él, sea para contribuir con un bagaje cultural más vasto, ponderando con más sensibilidad la evolución de los hechos, sea para influirlo positivamente o, quizás, en forma negativa, frente a la disputa que se presenta a sus ojos y a sus oídos.

Teniendo en vista todas las dificultades que están involucradas al análisis de las complejas relaciones de una persona, que vive e interacciona intensamente, el asunto que apa-

rece es: ¿Cuál sería la medida de lo que influyan en los árbitros sus respectivas relaciones sociales y académicas? ¿Podría la relación que tenga con profesores que den clases en la misma universidad o los colegas de profesión que contribuyen para la evolución de un área de conocimiento común o los asociados de alguna institución de fines académicos o sociales, comprometer la posición equidistante e imparcial que se le exige en la posición de juez?

Como es sabido, el análisis de independencia e imparcialidad de los árbitros es, en la práctica, mucho más profunda que la que usualmente se hace en relación a un juez estatal. Y la razón de esto es que, el juez estatal recibe la tarea de juzgar a través de un procedimiento de distribución aleatoria de hecho, mientras que el árbitro es indicado por las partes o por sus colegas de arbi-

traje, que personalmente le entregan la difícil tarea de juzgar la disputa.

Hoy existe una cautelosa elección de los árbitros, ponderándose las cualidades profesionales, las conquistas académicas y su reputación en el mercado, todo lo cual hace que estos profesionales sean, en verdad, referencias específicas de sus respectivas áreas de conocimiento. El resultado es que la convivencia entre este restringido grupo intelectual se transforma, muchas veces, en algo usual, frecuente.

La situación tiende a agravarse con el aumento de la exigencia de los que participan de estos procedimientos y también con la inclusión de nuevos *players*, algunas veces dotados de menor experiencia práctica y menor familiaridad con la comunidad y con la técnica que se ha desarrollado.

No se pretende con esto, obviamente, atribuir la responsabilidad de los cuestionamientos discutidos aquí, simplemente al número de los profesionales que actúan como árbitros o los que están habilitados técnicamente para serlo y ni siquiera establecer limitaciones fácticas al crecimiento del arbitraje. Mientras tanto, las cuestiones existentes sobre las relaciones institucionales de los árbitros, es, sin la mínima duda, una demostración que debemos entender mejor cuál es el impacto de las relaciones entre los profesionales de esta área, en lo que se refiere al prestigio y a la confianza que las partes le atribuyen al árbitro.

Finalmente, el tema propuesto en este artículo, es el análisis de las relaciones institucionales de los árbitros y de sus efectos en la imparcialidad e independencia que, si en un primer momento no existía ninguna

razón para tener mayores preocupaciones, han ganado una importancia creciente por las impugnaciones realizadas con base al tema que se pretende tratar.

Enfocados en la evaluación de las relaciones institucionales de los árbitros, dividiremos este asunto en cuatro puntos principales: la imparcialidad e independencia de los árbitros, el deber de la revelación, los fundamentos normativos de nuestro análisis y la descripción de algunos casos que acabaron dándonos la oportunidad de realizar este estudio y que han comprobado por sí mismos, por la opinión que tenemos, de cuál es la importancia de este trabajo.

2. LA IMPARCIALIDAD Y LA INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

De acuerdo con lo expuesto en la introducción de este material, le cabe al árbitro la difícil tarea de solucionar una disputa entre las partes, siendo que para esto, le es delegada la jurisdicción. De esta forma, tal como sucede con los jueces estatales, el árbitro debe ejercer esta función con imparcialidad e independencia.

Los dos conceptos no se confunden, aunque la independencia sea la condición verdadera para que haya imparcialidad. La independencia puede ser entendida como una situación objetivamente verificable, de la ausencia de vínculos entre los árbitros y las partes, que tengan la capacidad de influir en la resolución de la disputa; la imparcialidad es la independencia de carácter en relación a las partes, que se espera del árbitro y que como se procesa dentro de la conciencia del juez y puede depender de su estado de ánimo, etc., es muy difícil de verificarla.¹

¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: Princípios da independência e da imparcialidade*. Ed. LTr. São Paulo: 2001. Traducción libre.

Aún sobre la diferencia entre estos dos conceptos, podemos decir que «*la independencia es definida como el mantenimiento, por parte del árbitro, de un plan de objetividad tal que, en el cumplimiento de su incumbencia, no ceda a presiones ni de terceros ni de las partes. La independencia del árbitro está vinculada a criterios subjetivos y de difícil control y verificación porque se refiere a un estado de espíritu (state of mind)*»²

En general, el análisis de la independencia y de la imparcialidad del árbitro puede aparentar una falsa simplicidad, siendo de difícil determinación inclusive en los casos en que se alega algún tipo de dependencia financiera del árbitro con la parte o con quien solicitó el arbitraje.

El hecho es que actualmente se cuestiona mucho la existencia de una verdadera dependencia financiera cuando un mismo estudio de abogados solicita reiteradamente al mismo árbitro.

Igualmente, el tema que tenemos la intención de analizar es más sencillo que la objetividad de la independencia del árbitro. Trataremos sobre las relaciones institucionales y académicas de los árbitros y su influencia en el «*estado de espíritu*» que se desea de este profesional.

La pregunta es si la relación institucional del árbitro con el abogado o con la parte, sería *per se*, una conexión en que habría un confronto de intereses con la capacidad de comprometer, en forma impropia, el ejercicio de la función atribuida al árbitro. Más objetivamente: si la relación del árbitro con un colega miembro de una

institución en común, con fines académicos o culturales, constituiría *ipso facto* un conflicto de intereses.

Antes de eso, otro deber precisa ser analizado: el deber que tiene ese mismo árbitro de presentar todas las explicaciones formales sobre esa relación.

3. EL DEBER DE REVELAR

El deber de revelar es una obligación reconocida universalmente en el arbitraje, sea doméstica o internacional. Se trata de un compromiso ético del árbitro que, en el momento de su indicación, debe revelar cualquier hecho que pueda alimentar las dudas en lo que se refiere a su imparcialidad e independencia. Tanto como la propia imparcialidad e independencia del árbitro, el deber de revelar acompaña todo el procedimiento arbitral, debiendo ser ejercido todas las veces que sean necesarias.

Los parámetros aceptados internacionalmente para el deber de revelar, van más allá de la mera conciencia del profesional. El árbitro debe colocarse en la posición de la parte y en lo que sería un verdadero ejercicio de empatía, identificarse con sus ansiedades y revelar los hechos que justificarían una explicación sobre la cuestión y las correspondientes circunstancias.

O sea, en principio, cuando es indicado el árbitro, él mismo debe analizar sus relaciones actuales y pasadas y, como garantía de su propia independencia, presentará cualesquiera situaciones que él entienda que son pertinentes. Luego de realizada la debida revelación y en el caso que no haya ninguna objeción por las partes con

² LEMES, Selma Maria Ferreira. «A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação». En: *Revista Brasileira de Arbitragem*. n. 26. São Paulo: IOB, 2010.

la indicación, eventuales impugnaciones del árbitro fundadas en el hecho inicialmente revelado, no serán consideradas.³

De cualquier forma, la revelación indiscriminada no es, con seguridad, la solución y las delimitaciones del ejercicio de este deber son objeto de constante ponderación.

Los ordenamientos jurídicos nacionales, la doctrina y las diversas instituciones internacionales investigan profundamente este asunto, tanto en la ley, en artículos científicos y en las más diversas recomendaciones, en la tentativa de solucionar la difícil ponderación del profesional al depararse con la cuestión de si debe revelar formalmente a las partes o si el asunto solamente podría complicar, sin necesidad, el procedimiento arbitral.

El *International Bar Association (IBA)* publicó en 2004, directrices relacionadas a los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. El trabajo, aprobado el 22 de mayo de 2004 por el Consejo de IBA, tenía como objeto, la armonía del ejercicio del deber de revelación por los árbitros, considerando que por causa de las diferentes culturas de los profesionales en el mundo, se generaba una disparidad significativa en lo que se refiere a los detalles y a la profundidad de las revelaciones.

Por eso, el texto final de las directrices de IBA se divide en dos partes, la primera formada por 7 (siete) principios gene-

rales, seguida por la segunda parte que hace una lista de casos prácticos pero no taxativos, divididos en tres grandes listas: roja, naranja y verde.

La lista roja contiene los casos que podrían suscitar dudas justificables respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro, habiendo conflicto de intereses objetivos bajo el punto de vista razonable de un tercero, dividiéndose en casos irrenunciables y casos renunciabiles. Se trata de casos impeditivos, tal como un árbitro señalado como representante de una de las partes o en casos en que la cuestión podría, eventualmente, ser superada siempre que existiese el consentimiento de ambas partes, tal como un árbitro que estuvo involucrado en el asunto, previamente al caso actual.

La segunda lista, naranja, se concentra en los casos en que, en opinión de las partes, pueden existir dudas justificables en lo que se refiere a la imparcialidad o a la independencia del árbitro, imponiendo al referido árbitro, la obligatoriedad del deber informar la existencia de tales situaciones.

Tanto como en la lista roja renunciabie, la lista naranja describe situaciones en que la aceptación de las partes puede superar la cuestión. Se tratan de casos constatados según la perspectivas de las partes y que, aunque sea el caso de una impugnación, los árbitros podrían proseguir el ejercicio de las incumbencias atribuidas a ellos en el caso que el incidente sea solucionado por autoridad competente.

³ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel e PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009. «4.80 In order to avoid any risk of being declared in violation of the obligation of impartiality and independence, a prospective arbitrator should disclose all the facts that could reasonably be considered to be grounds for disqualification. If he or she does so (and no objection is made), any subsequent challenge during or after the proceedings should be unsuccessful. The right to an independent and impartial arbitrator is deemed to have been waived in respect of objections founded upon facts contained in the disclosure statement.» (grifo), p. 268.

La lista verde tiene situaciones en que no existen conflictos de intereses aparentes o efectivos bajo una óptica objetiva relevante y, por esa razón, no existe el deber de divulgarlas.

Como veremos, la aplicación de estas listas es útil como referencia para la actuación del árbitro y aceptada de esa forma, no siendo, al mismo tiempo, aplicada como regla.⁴

Otras instituciones y cortes estatales ya adoptaron fórmulas objetivas para el análisis de los casos en que la revelación sería espera o no.

Es el caso de la Corte de Apelaciones Francesa, según la cual, por lo menos dos factores son analizados para verificar si un determinado hecho no debería ser revelado:

(i) la publicidad de la información, que transformaría en inútil la revelación y

(ii) el hecho que la revelación no solucione las dudas razonables en lo que se refiere a la independencia del árbitro.⁵

Es importante enfatizar que si un árbitro no divulga algunos hechos o circunstancias, no significa que resulte automáticamente en una situación de parcialidad o falta de independencia por su parte. El hecho o la situación en sí es lo que podría caracterizar una vinculación relevante como para no aceptar al profesional.⁶

Por causa de las observaciones que han sido relatadas anteriormente, debemos realizar breves puntualizaciones sobre los fundamentos legales relacionados con el tema, siguiendo el estudio de algunos casos concretos.

4. FUNDAMENTOS

Como hemos mencionado anteriormente, las fuentes para el análisis sobre la imparcialidad son varias, pasando desde las recomendaciones generales a la legislación local sobre el tema. Inicialmente utilizaremos algunos de los principales parámetros internacionales que abarcan el tema con mayor amplitud, seguidos de ejemplos de los reglamentos de las instituciones arbitrales.

⁴ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel e PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009. Item 4.90, p. 272. «As the chair of the IBA Taskforce on the Guidelines observed, 'they are a useful compendium of the views of international practitioners and internationally accepted practices' and 'the first port of call for many international practitioners' in dealing with arbitrator challenges».

⁵ GAILLARD, Emmanuel and SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. ed. Kluwer Law International, 1999. item 1061, p. 581. «Facts which need not be disclosed should thus satisfy either of the following two conditions: they should either be publicly known, rendering any further disclosure pointless, (106) or they should raise no «reasonable doubt» as to the arbitrator's independence. This double test was used again in a more recent decision of the same Court of Appeals, (107) and arbitrators should apply these two alternative conditions when determining what should be disclosed. It is also the test used by the French courts when considering the personal liability of arbitrators who choose to remain silent and pursue their functions despite the existence of a circumstance or the occurrence of an event which, according to a party, should have been disclosed. (108)».

⁶ «the Court discussed the issue, whether the failure to disclose the above-mentioned circumstances could in itself constitute a ground for challenge. The Court distinguished between failure to disclose circumstances which are likely to give rise to justifiable doubts as to an arbitrator's independence/impartiality, by which a party is effectively deprived of its right to raise a challenge, and failure to disclose circumstances which are not likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's independence/impartiality. While the duty to disclose might include the obligation to disclose circumstances which are not likely to give rise to justifiable doubts, failure to disclose such circumstances does not constitute a ground for challenge in the absence of specific indications of partiality or lack of independence.» disponible en <http://www.dis-arb.de/en/47/datenbanken/rspr/olg-naumburg-az-10-schh-03-01-datum-2001-12-19-id165>, accedido el 18 de agosto de 2013.

La Ley Modelo de UNCITRAL fue desarrollada con la finalidad de auxiliar a los Estados en la reforma y en la modernización de la legislación que dispone sobre los arbitrajes, considerando las particularidades y necesidades del arbitraje comercial internacional. Su texto refleja un consenso sobre los aspectos fundamentales de la práctica de arbitraje internacional de diferentes sistemas legales, habiendo sido adoptado por una pluralidad de países, entre los cuales mencionaremos: Alemania, Australia, Austria, Brasil, Canadá, Hong Kong, India, Irlanda, México y Singapur, entre otros.⁷

Esta Ley, precursora de gran parte de las leyes locales, no trata, específicamente, sobre las relaciones institucionales que mencionamos en este artículo, pero hace referencia a la regla general del Deber de Revelación sobre circunstancias capaces de generar dudas justificables sobre la imparcialidad o independencia del árbitro.⁸

Más específicamente sobre el caso tratado, existen las directrices de IBA ya mencionadas, relativas a los Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, calificando el contacto del árbitro con el abogado en la asociación o en una organización social,

como circunstancia en que no sería necesaria la revelación, en un primer momento.

«4.4. Contactos con otro árbitro o con el consultor jurídico para una de las partes».

4.1. El árbitro posee una relación con otro árbitro o con el consultor jurídico de una de las partes, por pertenecer, ambos, a una misma asociación u organización social»⁹.

El texto de los reglamentos de las organizaciones arbitrales sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, tienen algunas variaciones entre una entidad y otra, estableciendo formas diferentes para juzgar los casos de impugnación, pudiendo ser fundamentados o no, evaluadas por el propio órgano arbitral, por árbitros especialmente nombrados para el hecho, por los demás árbitros.

Otra información importante e tal vez hasta curiosa¹⁰, considerando los parámetros adoptados actualmente, es que algunas reglas no preveían la imparcialidad como prueba para el árbitro; Es el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

⁷ *Arbitration Multi-jurisdictional Guide: Global insight from leading lawyers in comparative guides to the law worldwide*, disponible en http://uk.practicallaw.com/resources/uk-publications/multi-jurisdictional-guides/arbitration-mjg#tab1_tabsdefault, accedido el 18 de agosto de 2013.

⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, accedido el 11 de agosto de 2013. «Article 12. Grounds for challenge (1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him. (2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made».

⁹ Directrices de IBA relativas a Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004 por el Consejo de la *International Bar Association (IBA)*. Disponible en http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest, accedido el 4 de agosto de 2013.

¹⁰ PLC Arbitration tiene una herramienta muy interesante para comparar los reglamentos de ICC de 1998 y 2012, que puede ser verificada en la siguiente dirección de Internet: <http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247569474567&ssbinary=true>. Accedido el 25 de agosto de 2013.

(ICC), cuyo reglamento aprobado en 1998 disponía, simplemente:

Article 11(1) A challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of independence or otherwise, must be made to the Secretariat by written statement.

Está claro que la imparcialidad era indicada como «otherwise», tanto que en sus nuevas versiones, esas reglas pasaron a prever no solamente la independencias como también la imparcialidad, como causa de impugnaciones a los árbitros.

Article 14(1) A challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of

impartiality or independence or otherwise, must be made to the Secretariat by written statement.

Debe evaluarse, también, el proceso decisivo adoptado por la institución y saber a cuál órgano se le atribuirá la tarea de decidir sobre una eventual impugnación de árbitro.

El CAM-CCBC, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá, tiene disposiciones sobre este asunto en su Reglamento vigente a partir de 1 de enero de 2012, en los artículos 5.2 y 5.3 como también en el Código de Ética para Árbitros, vigente desde el 16 de octubre de 2008, en los enunciados 1 y 4.¹¹

¹¹ Reglamento del CAM-CCBC vigente a partir de 1 de enero de 2012, «5.2. No puede ser nombrado árbitro aquél que: (a) sea parte del litigio; (b) haya participado en la solución del litigio como mandante judicial de una de las partes, que haya declarado como testigo, que haya actuado como perito o haya presentado un parecer; (c) sea cónyuge, pariente consanguíneo o afín, en línea directa o colateral hasta el tercer grado, de una de las partes; (d) sea cónyuge, pariente consanguíneo o afín, en línea directa o colateral hasta el segundo grado del abogado o del procurador de una de las partes; (e) participe de órgano de dirección o de administración de alguna persona jurídica que sea parte en el litigio, o que sea accionista o socio; (f) sea amigo íntimo o enemigo de una de las partes; (g) sea acreedor o deudor de una de las partes o de su cónyuge o aún de parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado; (h) sea heredero presuntivo, donante, empleador o empleado de una de las partes; (i) reciba dádivas antes o después de iniciado el litigio, aconsejar a alguna de las partes sobre el objeto de la causa o dar recursos para enfrentar las costas del proceso; (j) esté interesado, directa o indirectamente, en el juicio de la causa, en favor de una de las partes; (k) haya actuado como mediador o conciliador en la controversia, antes de la solicitud a la institución de arbitraje, salvo expresa concordancia entre las partes; (l) tenga interés económico relacionado con cualquiera de las partes o con sus abogados, salvo expresa concordancia de las partes. (...) 5.3. Le corresponde al Árbitro declarar, en cualquier momento, su eventual impedimento y rehusar su nombramiento o presentar renuncia si fuera el caso».

Código de Ética del CAM-CCBC para Árbitros, vigente desde el 16 de octubre de 2008: «Enunciado 1 - Independencia e Imparcialidad. - El primer deber de un árbitro es ser y permanecer independiente e imparcial antes y durante el arbitraje. - La independencia es un pre requisito de la imparcialidad. - Ser y mantenerse imparcial, sin privilegiar una de las partes en detrimento de la otra o mostrar predisposición para determinados aspectos correspondientes al asunto objeto del litigio. - Adoptar la conducta y decidir de acuerdo con su libre convicción racional y fundamentada. Actuar con justicia. - Actuar siempre con independencia y con transparencia, sin cualquier tipo de vinculación o hasta de aproximación con las partes involucradas en la controversia. - Revelar todos los hechos y circunstancias que puedan dar origen a dudas en lo que se refiere a su imparcialidad o independencia, no solamente en relación a sus sentimientos sino que también según la visión de las partes, o sea, debe colocarse en el lugar de las partes y efectuar, consigo mismo, el cuestionamiento que si eventualmente él fuera una de las partes, le gustaría o no conocer determinado hecho. - Es preferible que no mantenga contacto directo ni con las partes ni con sus abogados, hasta el término definitivo del procedimiento. En el caso que sea imprescindible atenderlos personalmente, no será hecho individualmente sino que deberá haber una reunión entre la parte y todos los miembros del Tribunal Arbitral. (...)

Enunciado 4 – Deber de Revelación - El árbitro deberá revelar a las partes, cuando sea nombrado, los intereses o relaciones de cualquier naturaleza (empresarial, profesional o social) que pueda tener o que haya tenido con cualquier una de ellas, con sus abogados o con cualquier persona que pueda ser considerada como testigo potencial de su arbitraje y que pueda, en algún sentido, por causa de su trascendencia, afectar su imparcialidad o su independencia o hasta comprometer su imagen. - Deberá revelar cualquier interés o relación que, potencialmente, pueda afectar su independencia o crear una apariencia de parcialidad o tendencia. - Por parcialidad y tendencia, debe entenderse la situación personal del árbitro frente a las partes y frente a sus abogados o, cuando el asunto objeto del litigio pueda afectar la libertad de su juicio en ese caso concreto. - El deber de revelación es permanente y continúa durante el procedimiento arbitral y cualquier suceso o hechos que puedan surgir o sean descubiertos en ese período, deben ser revelados.

5. LCIA COURT DECISIONS IN CHALLENGES TO ARBITRATORS

En 2011 la London Court of International Arbitration («LCIA») publicó una compilación de las decisiones proferidas en el análisis de la imparcialidad e independencia de los árbitros señalados en sus procedimientos. El texto publicado es un resumen de las decisiones, retirados los eventuales identificadores de los casos y de las partes.¹²

Apenas dos decisiones publicadas tienen referencias específicas sobre el tema de las relaciones institucionales de los árbitros: LCIA Reference No. 1303, de 22 de noviembre de 2001, y

5.1. LCIA Reference n. 81132, de 15 de noviembre de 2008

El caso abarcaba otros temas relacionados con el estudio de abogados que representaba al solicitante. Pero, uno de los tres fundamentos presentados para la impugnación del único árbitro era la relación institucional del árbitro y ese estudio de abogados, ya que ambos eran miembros del *Commercial Fraud Lawyers Association*, que habría sido fundada por el estudio que representaba al querellante. La revelación presentada por el árbitro en el ejercicio del deber de revelación, contenía la relación que dicho árbitro indicado tenía con el estudio de abogados. La decisión entendió sobre el tema específico, que la asociación del árbitro al *Commercial Fraud Lawyers Association*, se trataba de algo normal y usual ya que esa asociación trataba de temas específicos y el hecho de que el estu-

dio de abogados que representa al querellante en este caso, era apenas uno más de los miembros de la asociación involucrada, por lo que se consideraba que no sería una causa suficiente para generar dudas justificadas sobre el árbitro indicado.

5.2. LCIA Reference No. 1303 4.3 de 22 de noviembre de 2001

Este caso involucra la impugnación de un árbitro único, cuya indicación fue realizada por la propia Corte de LCIA, con el fundamento en falla en el deber de revelación del árbitro, sobre su Presidencia en la Cámara de Comercio en la cual el requerido era asociado.

El querellante presentó su impugnación el 6 de septiembre de 2001, seguido por una respuesta del árbitro el 17 del mismo mes, seguida de una manifestación del impugnante. La requerida solamente se manifestó contraria a la impugnación.

Por esta razón, la división responsable analizó si la ausencia de explicaciones sobre la Presidencia de la Cámara de Comercio caracterizaría, de hecho, una falla en el ejercicio del deber de revelación del árbitro y si la relación del árbitro con el requerido, asociado a la Cámara presidida por el árbitro, configuraría razón suficiente para afectar la debida imparcialidad del juez nombrado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.3 y 10.3 del Reglamento de LCIA.

Posteriormente al intercambio de las manifestaciones de todos los involucrados, la división responsable decidió evaluar también, si el árbitro tendría posibilidades de

¹² WALSH, Thomas W. e TEITELBAUM, Ruth. «The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction». In *Arbitration International*. Vol. 27. (2011). pp. 283-313. Disponible en [http://www.kluwerarbitration.com/journals.aspx?journal=Arbitration+International&volume=Volume+27+\(2011\)](http://www.kluwerarbitration.com/journals.aspx?journal=Arbitration+International&volume=Volume+27+(2011)). Accedido el 28 de agosto de 2013.

continuar actuando en el caso, considerando al mismo tiempo, la respuesta presentada por dicho árbitro.

De esta forma, el 22 de noviembre de 2001, se entendió que no había ninguna falla en el deber de revelación del árbitro que no explicó esa situación por estimar que el ser el Presidente de la Cámara de Comercio no era un hecho relevante capaz de generar dudas justificadas en lo que se refiere a su imparcial, especialmente observando que la dirección de la Cámara de Comercio constaba como contacto en sus respuestas.

Además, la división no juzgó la relación pre existente del árbitro con el requerido como suficiente para influir en su equidistancia en relación a las partes.

Al mismo tiempo, se entendió que el desgaste en la relación del árbitro nombrado con el querellante, se transformó evidente en la manifestación del árbitro, por lo que se impidió que el árbitro designado continuara actuando en ese procedimiento.

6. CAM-CCBC Y LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LOS COMITÉS ESPECIALES

El Reglamento de la CAM-CCBC dispone sobre la impugnación de árbitros y su artículo 5.4¹³, con la previsión de constituir un Comité Especial compuesto por tres miembros del Cuerpo de la CAM-CCBC, indicados por el Presidente de la institución.

Hasta la formalización del incidente, las reglas del CAM-CCBC prevén una objeción inicial de la parte seguida por una respuesta del árbitro.¹⁴

Luego de recibida formalmente la impugnación, la Presidencia de la CAM-CCBC nombrará a los integrantes del Comité, concediéndoles un plazo para juzgar la cuestión. Sobre el tema tratado, dos casos fueron analizados por las relaciones sociales de los árbitros:

6.1. Procedimiento arbitral CAM-CCBC n. 06/2009

El 22 de abril de 2010, el comité designado según el artículo 6.4 del Reglamento de la CAM-CCBC, aprobado el 15 de julio de 1998, profirió la decisión en el incidente de rechazo del único árbitro indicado en el procedimiento arbitral n. 06/2009.

Por decisión unánime, el comité entendió que el árbitro no violó el deber de revelación contenido en el artículo 14, inciso I, de la Ley de Arbitraje Brasileña, habiendo actuado con la debida imparcialidad e independencia en el curso del procedimiento. Pero, por causa de un hecho posterior, originado por los argumentos sobre su propia imparcialidad, se decidió por la sustitución del árbitro.

El caso es único y demuestra, cómo en algunas oportunidades es posible constatar el desgaste y los perjuicios que un

¹³ Reglamento del CAM-CCBC, artículo 5.4.: «Las partes podrán impugnar a los árbitros por falta de independencia, imparcialidad, o por motivo justificado, en un plazo de 15 (quince) días desde el conocimiento del hecho, y la impugnación será juzgada por un Comité Especial constituido por 3 (tres) miembros del Cuerpo de Árbitros nombrados por el Presidente de la CAM-CCBC».

¹⁴ Reglamento del CAM-CCBC, artículo 4.8.: «En el caso de manifestación de las partes de objeción relacionada a la independencia, imparcialidad o cualquier asunto relevante referente al árbitro, será concedido un plazo de 10 (diez) días para la manifestación del árbitro involucrado, después de lo cual, las partes tendrán 10 (diez) días para presentar una eventual impugnación que será procesada en los términos del artículo 5.4».

cuestionamiento sobre la imparcialidad puede causar un procedimiento arbitral.

El incidente, instaurado por el querellante, tenía como fundamento la conducción tendenciosa y parcial del procedimiento, que se fundamentaría, básicamente, en la relación social y amistosa del abogado de la requerida con el árbitro. Según el requirente, la parcialidad se revelaba en tres actos del procedimiento (i) la decisión sobre la validez de notificación no entregada; (ii) el rechazo a carear los testigos; e (iii) en la audiencia de un miembro de la administración de la requerida, sin la posibilidad de producción de pruebas por la requirente en contraposición a los documentos de la requerida, en momento posterior al cierre de la instrucción.

El requirente entendió que la relación previa del árbitro con el abogado debería haber sido revelado oportunamente. Según argumentó, el abogado de la requerida y el árbitro serían amigos y colegas de profesión ya que trabajaron juntos en la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y en el IBMEC. El comité enfatizó que era incumbencia de ellos «*evaluar si hay presencia de hechos, analizados con criterios objetivos, que justifiquen la retirada del árbitro único indicado*». La decisión sobre el incidente examinó: (i) la concordancia normativa del impedimento alegado; (ii) el análisis sobre los indicios de imparcialidad; e, frente a las manifestaciones presentadas por el árbitro y las partes en la conducción del incidente de remoción; (iii) la posibilidad de mantener al árbitro.

El Reglamento de la CAM-CCBC vigente en ese momento, preveía, en su artículo 6.2, los impedimentos del árbitro, listando como una de sus hipótesis, las relaciones de amistad o enemistad extremas. La redacción adoptada reproduce el artículo 135, inciso I, del Código de Proceso Civil Brasileño, que trata sobre la sospecha de parcialidad del juez.

«6.2. No puede ser nombrado árbitro aquél que : (...) f) sea amigo íntimo o enemigo de una de las partes;»¹⁵

«Art. 135. Se reputa fundada la sospecha de parcialidad del juez cuando: I - es amigo íntimo o enemigo capital de cualquiera de las partes;»¹⁶

Considerando la interpretación conferida al artículo 135, inciso I, del Código de Proceso Civil, y frente al análisis previo realizado por la doctrina y por el Superior Tribunal de Justicia, más específicamente en Recurso Reglamentario en la Excepción de Sospecha n. 19, con fecha de 9 de junio de 2004, demuestra el comité que la presunción de parcialidad en los casos de amistad íntima, se aplica solamente a aquellos en los que se verifican lazos afectivos que «*suponen la convivencia frecuente, con cierto trato familiar y dádivas que son repetidas y otros datos de vínculos continuados*», esos sí capaces de influir en el juzgamiento de la demanda, aunque sea en forma inconsciente.

Se concluye que la relación establecida por el árbitro con el abogado de la requerida, es meramente profesional y compuesta por encuentros eventuales del socio del

¹⁵ Reglamento del CAM-CCBC, aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá, realizada el 15 de julio de 1998.

¹⁶ Ley N° 5.869, de 11 de enero de 1973. Instituye el Código de Proceso Civil.

estudio que representa al requerido, no tendría la cualidad especificada en la norma. Al mismo tiempo el comité entendió que el árbitro no faltó en su deber de revelación ya que tal relación, mismo según la perspectiva de las partes y según criterios objetivos, no podría generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

En lo que se refiere a la conducción del procedimiento arbitral, el comité entendió que ninguno de los indicios apuntados por el requerido, demostraba tratamiento desigual entre las partes o que, en cualquier momento haya habido impedimento en el derecho de defensa. Al árbitro, como administrador y destino de las pruebas, le incumbe evaluar las cuestiones que le hayan sido presentadas, validando actos cuando fuera necesario y rehusando pruebas que no contribuyan para la solución de la demanda.

Frente a todas las manifestaciones presentadas, sean del árbitro o de las partes, le restó al comité, la ponderación sobre la última cuestión: la posibilidad de que el árbitro permanezca en el procedimiento.

Las discusiones acaloradas y el uso, por el árbitro impugnado, de expresiones valorando la parte impugnante, fueron la causa al impedimento posterior ya que demostraban que el árbitro no estaba en una posición equidistante de las partes.

6.2. Procedimiento arbitral CAM-CCBC N. 45/2009

El incidente de remoción, iniciado el 23 de julio de 2012, fue juzgado por el Comité Especial instituido en los términos del artículo 6.4 del Reglamento de la CAM-CCBC, aprobado el 15 de julio de 1998, en decisión proferida el 3 de octubre de 2012.

La impugnación de los árbitros indicados por ambas partes, estaba fundamentada en 3 (tres) hechos: (i) la integración de los árbitros a la vice presidencia y al consejo director de la institución creada con la finalidad de desarrollar y divulgar temas relacionados al derecho de construcción, presidida por el abogado de la requirente, hecho este que no había sido revelado a la requerida; (ii) la convocatoria de los profesionales para participar en el congreso promovido por esa institución, junto con representantes de la requirente y sus abogados, además de dos testigos técnicos, hechos que tampoco habían sido revelados a la requerida; y (iii) los temas del congreso estarían íntimamente relacionados al procedimiento arbitral en curso.

Por estas razones, la requerida entendió que tales hechos deberían haber sido revelados oportunamente ya que implicarían en dudas fundamentadas con referencia a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Los argumentos de la requerida estaban basados en un concepto de proximidad, cuya omisión en la revelación oportuna configuraría, según el pedido de remoción presentado, falla de carácter ético - funcional y consecuente rompimiento de la confianza de parte de los profesionales.

El procedimiento, tal como lo relató el Comité Especial constituido, se encontraba en fase de liquidación de sentencias y la sentencia arbitral fue proferida por unanimidad, en contra de la requerida, en la proporción de 80%.

A pesar del esfuerzo de la parte perjudicada con la intención de demostrar que los vínculos de los profesionales sería tal que impediría su actuación imparcial en el procedimiento, no tuvieron éxito y el pedido de remoción fue juzgado como improce-

dente en su totalidad, destacándose que, en ningún momento fueron presentados hechos que demostraban la vinculación real e impeditiva de los abogados de la requirente con los árbitros impugnados, y tampoco había fundamentos normativos que apoyaran la pretendida remoción.¹⁷

7. CONCLUSIÓN

Las relaciones institucionales no son, por sí mismas, un fundamento para la au-

sencia de la independencia, ni para la quiebra de la imparcialidad. Sólo la ocurrencia, verificada en cada caso concreto de vínculos personales demostrados a través de convivio constante y otras evidencias de intimidad, podrían ser razones suficientes para determinar el impedimento. A veces es difícil comprender las razones que justifican el rechazo presentado por una de las partes, originado en demostraciones de calidad técnica del árbitro indicado, incluso, en algunos casos por esa misma parte.

¹⁷ Ley N° 5.869, de 11 de enero de 1973. Instituye el Código de Proceso Civil. «Art. 134. Es defeso al juez ejercer sus funciones en el proceso contencioso o voluntario: I - del que sea parte; II - en el que haya intervenido como mandatario de parte, haya oficiado como perito, funcionó como órgano del Ministerio Público o prestó declaraciones como testigo; III - que conoció en primer grado de jurisdicción, habiendo proferido sentencia o decisión; IV - cuando en él esté requiriendo, como abogado de parte, a su cónyuge o cualquier pariente suyo, consanguíneo o afín, en línea directa o en línea colateral hasta el segundo grado; V - cuando es el cónyuge, pariente, consanguíneo o afín, de alguna de las partes, en línea directa o colateral hasta el tercer grado; VI - cuando sea órgano de dirección o de administración de persona jurídica, parte en la causa. Párrafo único. En el caso del N° IV, el impedimento sólo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo la defensa de la causa; está vedado al abogado pleitear en el proceso, con la finalidad de crear el impedimento del juez. Artículo 135. Se reputa fundada la sospecha de parcialidad del juez, cuando: I - amigo íntimo o enemigo capital de cualquiera de las partes; II - alguna de las partes sea acreedora o deudora del juez, de su cónyuge o de parientes de estos, en línea directa o colateral hasta el tercer grado; III - heredero presuntivo, donante o empleador de alguna de las partes; IV - reciba dádivas antes o después de iniciado el proceso; aconsejara alguna de las partes sobre el objeto de la causa o suministrar medios para atender a los gastos del litigio; V - tenga interés en el juicio de la causa en favor de una de las partes. Párrafo único. El juez podrá declararse sospechoso por motivo íntimo».

BREVES APUNTES SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EN LA REALIDAD BRASILEÑA¹

RICARDO DALMASO MARQUES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptos básicos: el deber de revelación de los árbitros. 2.1. La imparcialidad, la independencia y la neutralidad del árbitro. 2.2. Las causas y las finalidades del deber de revelación: la confianza de las partes en la persona del árbitro como elemento básico. 3. Problemática: la extensión del deber de revelación en el ámbito internacional y en la realidad brasileña. 3.1. La especificidad de la figura del árbitro y los hechos y circunstancias que deben ser revelados. 3.2. Las normas existentes: reglamentos, leyes y códigos que tratan del deber de revelación y de su extensión. 3.3. Las nociones de full disclosure y overdisclosure. 4. Una propuesta: la adopción de estándares universales del deber de revelación en la realidad brasileña. 4.1. La posibilidad (o no) del establecimiento de un estándar universal. 4.2. El camino a ser trazado en la realidad brasileña. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha debatido respecto de la usualmente denominada «ética del arbitraje», de donde se busca extraer, principalmente, cuales son las conductas adecuadas

y esperadas de todos los sujetos involucrados en procedimientos arbitrales –sean ellos árbitros, abogados, partes, o representantes de instituciones arbitrales– con el objetivo de potenciar la efectividad de ese medio de resolución de conflictos².

(*) Asociado de Pinheiro Neto - Abogados en São Paulo, Brasil, donde actúa en el grupo de arbitraje y contencioso internacional y doméstico de la empresa y como Secretario de «Tribunales Arbitrales» en diversos procedimientos. Maestría en Derecho Procesal Civil y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo – USP. Cofundador y ex-Director Secretario de la Asociación Brasileña de los Estudiantes de Arbitraje (*Associação Brasileira dos Estudantes de Arbitragem* – ABEArb). Secretario del Capítulo Brasileño del Club Español de Arbitraje - CEA.

¹ Versión de artículo originalmente publicado en la *Revista Brasileira de Arbitragem*: DALMASO MARQUES, Ricardo. Breves apontamentos sobre a extensão do dever de revelação do árbitro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 08, n. 31, pp. 59-84, jul/set. 2011. El autor agradece la ayuda y colaboración de los amigos Víctor Manuel Sánchez Álvarez y Matheus Campanhã Cruz con la traducción del texto a la lengua española y posterior revisión.

² Sobre este tema véase, entre muchos otros: PINTO, José Emilio Nunes. A importância da ética na arbitragem. *Justitex*, Brasília, v. 3, nº 35, p. 62, nov. 2004; BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na arbitragem: árbitros, advogados e partes. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, pp. 14-20, set. 2006; PENTEADO, João Caio Goulart. Ética na arbitragem. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 3, n. 4, pp. 88-102, mar. 2006; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 1010), pp. 413-449; ESTAVILLO-CASTRO, Fernando. Ethics in Arbitration. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, A. Á.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), pp. 387-411.

Entre los temas que vienen siendo abordados, y específicamente en lo referente a la actuación de los árbitros, gana importancia el llamado «deber de revelación del árbitro», previsto en prácticamente todas las legislaciones y reglamentos arbitrales, pero cuya extensión, nacional e internacionalmente, parece permanecer alejada de encontrar delimitación clara.

Aunque ya esté bien diseminada la idea de la existencia de un deber de revelar los hechos que puedan comprometer, de alguna forma, la imparcialidad, independencia y/o neutralidad (dependiendo de la ley aplicable) de un individuo como árbitro, análisis más profundos por lo que a la extensión de su ejercicio se refiere deben y están siendo producidos. La existencia de *soft laws* que tratan la materia parece traer alguna orientación a los aplicadores, pero, por otro lado, conlleva inevitablemente algunas paradojas, incertidumbres y variaciones en lo que atañe al buen empleo - razonable y con propiedad - de esas normas conforme las peculiaridades de los diferentes ordenamientos jurídicos.

En Brasil, la problemática puede ser considerada mayor, no solo por razón de un desconocimiento (cada vez menor, pero aún evidente) de los matices característicos del arbitraje —lo cual crea disparidades relevantes en el momento del ejercicio del deber de revelación caso por caso y en la interpretación hecha por abogados en este respecto³—, pero, también, por la supuesta existencia de un grupo muy reducido de profesionales que actúan en el área, hecho que

conlleva fatales discusiones sobre lo que debe y lo que no debe (o lo que no necesita) ser revelado. Las alegaciones referentes a que la sociedad brasileña diverge de las demás que usualmente son analizadas en el área arbitral acaban por dar un toque aún más intrincado a la cuestión.

De una forma más específica, en el escenario nacional, debido a la reglamentación traída por la Ley N° 9.307/1996 al deber de revelación del árbitro, y utilizándose los nortes internacionales traídos a ese respecto (una vez que Brasil es, cada vez más, una sede del arbitraje internacional), las más importantes cuestiones que han sido planteadas son básicamente las siguientes: (i) ¿qué informaciones deben ser reveladas por los árbitros, aunque estén basadas en criterios subjetivos?; (ii) ¿cuál es el mejor método para reglamentar el ejercicio de ese deber internacionalmente y en el régimen brasileño?; y (iii) ¿las *soft law* existentes son una opción? ¿Si lo son, en qué medida?

De esa manera, dada la indiscutible importancia de esa problemática para el continuo desarrollo del arbitraje - principalmente el arbitraje internacional - en Brasil, el presente trabajo tiene como principal objetivo analizar algunos aspectos de los actuales escenarios internacional y brasileño en lo que se refiere al ejercicio del deber de revelación, y, en la medida de lo posible, establecer premisas y conclusiones con fines prácticos a ese respecto. Más que eso, el objetivo principal consiste, a partir de lo que ya se produjo sobre el tema, en

³ No obstante el arbitraje esté atingiendo niveles cada vez más grandes en el escenario brasileño y temas cada vez más complejos y avanzados vengán siendo tratados también en la realidad nacional, la práctica arbitral en Brasil puede ser considerada aún reciente y muy arraigada a la cultura del proceso judicial, lo que se tiene reflejado principalmente en los arbitrajes domésticos, en los cuales la llamada «procesalización del arbitraje» ha sido objeto de gran preocupación. A ese respecto, véase CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v 6, n 24, pp. 7-21. out/nov/dez 2009.

valorar las principales peculiaridades del deber de revelación como importante instrumento de afirmación del instituto del arbitraje. Se trata de más un estudio cuya intención es mantener a Brasil en el buen camino, ya que se prevé el rumbo hacia su solidificación como una jurisdicción verdaderamente arbitral.

En efecto, la reflexión sobre el tema va enfocada a destacar y resguardar la importancia del debido y adecuado ejercicio del deber de revelación por los árbitros, que es fundado justamente en la necesidad de asegurar a las partes que uno de los elementos más valiosos del arbitraje esté siendo observado: la confianza en el árbitro.

2. CONCEPTOS BÁSICOS: EL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Para que se puedan delimitar los elementos más relevantes del deber de revelación de los árbitros, es importante que se comprenda la propia naturaleza de dicho deber, así como la razón de su íntima aso-

ciación al instituto del arbitraje. Así, incita a platearse los porqués de considerarse actualmente el deber de revelación «*un indisputable principio del arbitraje internacional*»⁴.

2.1. La imparcialidad, la independencia y la neutralidad del árbitro

Imparcialidad, independencia y neutralidad, como ya se ha expuesto en otros excelentes trabajos⁵, son conceptos no uniformes en las legislaciones y reglamentos arbitrales, cuya indispensabilidad también varía de ordenamiento en ordenamiento – esto es, son elementos que sólo ganan solidez y concreción en cada legislación específicamente, conforme las delimitaciones trazadas por la doctrina y la jurisprudencia⁶. En buena parte de los ordenamientos, sin embargo, se entiende por indispensabilidad de los elementos de independencia e imparcialidad como medidas imperiosas de garantía a la justicia del juzgamiento⁷.

Pero más que sus conceptos, sin embargo, es importante que se comprenda

⁴ POUURET, Jean François; BESSON, Sebastien. *Comparative law on international arbitration*. Thomson-Sweet & Maxwell, 2007. p. 361: «*The duty to disclose all facts which might lead to a challenge as provided for by several laws and arbitration rules is an undisputed principle of international arbitral*». Traducción libre.

⁵ Resáltese, por ejemplo, la dificultad en que sean atingidos conceptos seguros de imparcialidad e independencia, una vez que la doctrina tiende, en muchas veces, a establecer diferencias sutiles o mismo tratar ambos los términos bajo el mismo fondo conceptual. Véase, en ese sentido, Selma Maria Ferreira Lemes (*Árbitro: princípios da independência e imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 55) y también Y. Derains y E. A. Schwartz (*A guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2005. p. 120), que reconocen que no hay un concepto internacionalmente admitido para el término «independencia».

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M., Á.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), pp. 414/415: «*The ethical obligations to which arbitrators are subject, according to most arbitration legislation and the regulations established by leading arbitration service providers, are based on the aforementioned basic principles of impartiality and independence with, in some cases, the addition of neutrality*».

⁷ Según João Bosco LEE e Maria Claudia de ASSIS PROCOPIAK, la doble exigencia de imparcialidad e independencia sería inherente a la función jurisdiccional; a la función de juzgar (LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro - Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? *Revista Brasileira de Arbitragem*, a. 4, n. 14, pp. 9-22). Ya Antonio Pinto Leite enumera el derecho a un tribunal independiente e imparcial de entre los derechos fundamentales reconocidos a todos los individuos por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por el Pacto Universal de los Derechos del Hombre y por la Convención Europea de los Derechos del Hombre (LEITE, Antônio Pinto. Independência, imparcialidade e suspeição de árbitro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n° 25, pp. 104-118, jan./fev./mar. 2010).

que tales elementos fueron creados y delimitados para definir cuál es la equidistancia mínima que se debe establecer entre árbitros y partes para que puedan actuar en el procedimiento; para que se alcance, en concreto, la máxima propuesta por LEW, MISTELIS, y KROLL, de que «*todo árbitro está bajo la obligación de asegurar una válida y justa resolución de la disputa*»⁸.

En este sentido, cumple resaltar que el instituto del arbitraje es un sistema normativo que, pese al hecho de que posee conexiones con el ordenamiento procesal judicial, se rige por algunos principios autónomos (a parte de aquellos comunes a la esfera judicial, inherentes al poder jurisdiccional) y que determinan diferencias notables en la forma de tratamiento de la materia.⁹ Y, especialmente respecto a la elección del juzgador, esa diferenciación gana también gran relevancia, pues en el arbitraje se parte de premisa diametralmente opuesta al principio del juez natural. Los árbitros son escogidos por las propias partes (o escogidos por terceros por delegación de las partes), siendo cierto que la investidura en sus funciones y deberes ocurre posteriormente al surgimiento del conflicto¹⁰.

Así, el propio fundamento del impedimento de árbitros y jueces es bastante diferente, ya que la investidura del árbitro¹¹ resulta de un elemento que no existe en la esfera judicial: la elección del juzgador, basada en la autonomía de la voluntad conferida a las partes y esencialmente fundada en la confianza que depositan ellas sobre determinado(s) árbitro(s)¹². Además, como bien acentúa Carlos Alberto CARMONA, un importante elemento del arbitraje consiste en la posibilidad de que las partes confirmen la investidura del árbitro mismo cuando se dan ciertas situaciones que se prevén en la ley procesal como impeditivas de la actuación de juzgador¹³. Predomina, por lo tanto, la autonomía de voluntad de las partes, pues, como afirma Selma Maria FERREIRA LEMES, nada impide que las partes dejen de lado los motivos, ya conocidos, de posible parcialidad o independencia, y acepten el árbitro¹⁴.

A despecho de la consideración de cuáles son los elementos que pueden ser considerados renunciables o disponibles por las partes en el ámbito del arbitraje (lo que conduce, del mismo modo, a grandes y profundas discusiones)¹⁵, la premisa que se busca establecer es que existen caracterís-

⁸ LEW, M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative International Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 265: «*Each arbitrator is under an obligation to ensure a valid and fair resolution of a given dispute*». Traducción libre.

⁹ A ese respecto, véase: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. CARMONA, Carlos Alberto (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹⁰ Mismo en aquellos casos en que ya en la cláusula compromisoria conste la indicación específica de un árbitro, este solamente podrá considerarse nombrado a partir del momento de su aceptación.

¹¹ Sobre el tema, véanse las consideraciones de Selma Maria Ferreira Lemes (*Op. cit.* p. 48 y ss.). Véase también, Luis Fernando GUERRERO (Reflexão sobre a relação entre árbitros e partes: natureza jurídica e necessário afastamento de propostas de regulamentação no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*. 15, pp. 43-53, jul.1 set. 2007).

¹² En ese sentido, João Bosco LEE e Maria Claudia de Assis PROCOPIAK exponen las diferencias importantes que existen entre la situación del árbitro y de los jueces: árbitros no son jueces permanentes, aparte de que son escogidos y remunerados por las partes, aunque no directamente. (LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. *Op. cit.* p. 14).

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. Sao Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

¹⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Op. cit.* p. 144.

¹⁵ A ese respecto, véase: ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no Direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal. *Revista de Mediação e Arbitragem*, n. 7, pp. 109-125.

ticas del arbitraje que hacen que el tratamiento práctico de la materia deba ser sustancialmente diferente del sistema procesal judicial. Como enuncia Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, «*por tratarse de una 'jurisdicción voluntaria, el ethos (mos) institucional del árbitro en el arbitraje no se reduce al del juez togado en el proceso*»¹⁶.

Lo que se puede observar, por lo tanto, es que debe el árbitro mantenerse equidistante en relación al litigio y a las partes, ya sea él el único árbitro, sea árbitro conjunto, o sea el presidente —a partir de los elementos que la ley aplicable prevé como indispensables para la justa resolución del litigio¹⁷. Son condiciones que el árbitro debe poseer no sólo cuando es nombrado, sino también durante todo el procedimiento arbitral, y, para garantizar que eso ocurra, algunos instrumentos normativos se hacen necesarios, entre ellos, el deber de revelación atribuido al juzgador privado.

2.2. Las causas y las finalidades del deber de revelación: la confianza de las partes en la persona del árbitro como elemento básico

Es justo en la peculiaridad del arbitraje de estar formado estructuralmente por la autonomía de la voluntad de las partes donde el deber de revelación impuesto a los

árbitros encuentra sus causas y finalidades. Las situaciones de imposibilidad de actuación del árbitro, siendo diferentes —y hasta más amplias— que aquellas relativas a los jueces estatales, demuestran la importancia y la utilidad del deber de revelación como instrumento. Como enseña Fabiane VERÇOSA, «*a fin de compatibilizarse, de un lado, la libertad de las partes en lo que respecta a la indicación de los árbitros que escogieren con, de otro lado, los deberes de independencia, imparcialidad y neutralidad del árbitro nombrado, se debe echar la mano de otro —no menos importante— deber que permea toda la actividad del árbitro: el deber de revelación, de información (disclosure) [...]*».¹⁸

Nuevamente, sin intención de evaluar si las partes pueden renunciar a la imparcialidad y a la independencia y si son ellas elementos indispensables, a lo que quiere llegarse es a la conclusión de que, debido a que los árbitros poseen relaciones y contactos en mayor número y hasta más relevantes que los jueces togados, y teniendo en cuenta que dichas relaciones y contactos pueden comprometer su equidistancia ante las partes, se creó el deber de revelación como una forma de adecuar esas diferencias a la indispensabilidad de un juicio justo.¹⁹ Más que eso, tal y como observa Selma Maria FERREIRA LEMES, «*el deber de*

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82. Traducción libre.

¹⁷ En ámbito internacional, como se sabe, el derecho de la parte a la indicación de un árbitro viene siendo contestado en algunos foros, bajo el pretexto de que sería uno de los principales motivos por el descrédito que el instituto aún recibe en algunos países. Véase a ese respecto: Ver, a esse respeito: NAON, Horacio A. Grigera. Party-appointed arbitrators: a Latin American perspective? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 3, pp. 75-79, set./dez. 2004; PAULSSON, Jan. *Moral Hazard in International Dispute Resolution*. Inaugural Lecture as holder of Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair, University of Miami School of Law, 29 April 2010. A parte de eso, siendo el árbitro indicado por la parte o por la institución, es inequívoco el derecho de la parte a un árbitro íntegro, de modo que la ética o no de sus actos vienen a aflorarse cada vez más. Y el deber de revelación se insiere en esa lista también.

¹⁸ VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação* a. 1, n. 1. Traducción libre.

¹⁹ En esa línea, enuncia Tércio Sampaio Ferraz Junior que «*el hecho de, al contrario del juez togado, árbitros sean indicados por las partes, el mecanismo de la confianza tiene una relevancia diferente en el proceso judicial y en el proceso arbitral*». FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82. Traducción libre.

revelación está de acuerdo con las obligaciones contemporáneas de información previa y de transparencia, pues la naturaleza de la relación jurídica del árbitro con la parte es de un contrato de investidura (contractual en la fuente y jurisdiccional en el objeto)»²⁰.

Se debe comprender que la principal premisa en que se basa el arbitraje —notablemente en el momento de la indicación de aquel que conocerá y juzgará la causa— es en la confianza de las partes en la persona del árbitro, pues es en ese contexto que está siendo inserido el deber de revelación. Así como el juez, como agente del Estado, es imparcial e independiente ante las partes (hasta que se pruebe lo contrario), lo mismo debe ocurrir con el árbitro. Sin embargo, no siendo el árbitro juzgador permanente y exclusivo para toda y cualquier demanda, no se podría asegurar un juzgamiento equidistante sin que se tuviera acceso a todas las informaciones relevantes respecto de la persona de aquel árbitro indicado.

En otras palabras, la dificultad —o hasta la imposibilidad— de que todos los involucrados en el arbitraje tengan conocimiento de esos contactos y relaciones mantenidos por el árbitro hacen necesario el ejercicio del deber de revelación consisten-

te en conferir a las partes la confianza de la cual todo y cualquier medio de resolución de conflictos debe estar investido, y, hasta en mayor grado, el propio arbitraje²¹.

En efecto, el deber de revelación desempeña un importante papel en la medida en que posibilita a las partes que tengan el debido conocimiento de todas las circunstancias relevantes en lo relativo a la persona del árbitro y que pudieran comprometer su actuación en el procedimiento arbitral y, en base a esas informaciones, reiteren (o no) su confianza en el árbitro indicado²². Mientras el juez togado es investido de una «confianza institucional», fundada en su investidura como agente estatal, el árbitro, indicado para actuar en aquella causa específica, debe demostrar a las partes que es, de hecho, confiable (o, bajo otro enfoque, de que no hay motivo para desconfiar de él), por medio del adecuado ejercicio del deber de revelación²³. Por lo tanto, como asevera Antonio PINTO LEITE, es a partir de la información que las partes construyen o mantienen su confianza en determinado árbitro²⁴.

Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, a este respecto, demuestra que todos los mecanismos sociales se desarrollan por medio de lo que denomina mecanismo de estabilización y, que ese mecanismo, en el arbitraje, pue-

²⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n. 26, p. 27, abr./maio/jun. 2010. Traducción libre.

²¹ Lo que se muestra aún más relevante en arbitrajes internacionales, en que los relacionamientos y la reputación de los árbitros pueden muy bien ser desconocidos por las demás partes de otros países, como apunta Fabiane Verçosa. (*Op. cit.*), mencionando Craig Park y Paulsson.

²² En las palabras de João Bosco LEE y Maria Claudia de Assis PROCOPIAK: «No son las relaciones del árbitro con otras personas que son prohibidas. Si un individuo no es bien relacionado, él jamás será árbitro. Lo que se espera es la revelación de ciertas relaciones». (LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. *Op. cit.* p. 10). Traducción libre.

²³ Conforme asevera Tercio Sampaio Ferraz Junior: «Mientras el Estado juzgador goza de una presunción fuerte de ser un tercero neutral, independiente e imparcial en vista de intereses en conflicto y de la misma presunción goce el arbitraje, la voluntariedad es esa presente, sea por la opción por el procedimiento, sea por escoger a los juzgadores por los que serán juzgados, parece reposar en una expectativa de que la personalización de la institución (función jurisdiccional personalísima), aunque menos apta a abrigar a los atributos del agente estatal, es conducida por mecanismos del ethos social que, justamente al contrario, garantizan hasta más fuertemente aquellos árbitros». (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82). Traducción libre.

²⁴ LEITE, Antonio Pinto. *Op. cit.* pp. 104-118.

de basarse directamente en la confianza. Así, de cara a asegurar la validez de todo arbitraje, el análisis del cumplimiento del deber de revelación fue constituido como antecedente lógico a cualquier otra verificación que se haga sobre el eventual impedimento del árbitro. Esto es, revelada la circunstancia y aceptada por las partes, ya no hay más, en teoría, lo que se cogite acerca del hecho revelado como falta de alguno de los elementos indispensables a su actuación como árbitro. En palabras del mismo autor, «*la confianza [...] aparece como una curiosa combinación de conocimiento e ignorancia: confiamos por lo que conocemos a pesar de lo que ignoramos*»²⁵. La constatación de que el deber de revelar fue adecuadamente ejercitado vuelve innecesario cualquier otro análisis posterior, en la debida aplicación del binomio «ciencia-anuencia»²⁶.

En síntesis, el deber de revelación es utilizado como instrumento que previene que hechos conectados a la persona del árbitro comprometan la regularidad y validez del arbitraje, de modo que posibilite a las partes que, conociendo los hechos relevantes relacionados al árbitro, (i) promuevan su sustitución, cuando sea debida, o (ii) que no puedan suscitar referida cuestión nuevamente («cállense para siempre») ²⁷. La confianza es la base y es lo que asegura que hechos concernientes a la persona del árbitro no comprometan la intención de las par-

tes de someterse a un juzgador privado en detrimento del juez estatal²⁸.

Entre otros, nos parece que dos momentos son cruciales para que se analice y se garantice la confianza en el árbitro: (a) cuando así se indique y (b) en la manifestación de las partes referente a los hechos que fueron por él revelados – lo que significa que el deber de revelación surge como instrumento de reducción de riesgos; una vez se haya declarado equidistante el árbitro en relación a las partes y al litigio se imposibilita que puedan causar algún vicio en el procedimiento arbitral todas las circunstancias reveladas por el árbitro (aparte de aquellas ya conocidas y que no deben ser reveladas) y que podrían ser vistas por las partes como motivos de preocupación.

En otras palabras, el efecto jurídico del deber de revelación consiste en el hecho de que la parte tiene la opción de impugnar al árbitro, siempre que tenga razones para ello, o pueda definitivamente renunciar al derecho de hacerlo posteriormente. Se trata de un verdadero momento de preclusión y de «estabilización» de la constitución del tribunal arbitral²⁹. Y es exactamente por ese importante motivo que el deber de revelar ha sido descrito como la verdadera «póliza de seguro de vida» del arbitraje, en la medida que su no cumplimiento puede llevar a tres consecuencias, de una forma general y

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82. Traducción Libre.

²⁶ ALVES, Rafael Francisco. *Op. cit.* pp. 109-125.

²⁷ Pueden las partes, como tercer alternativa, no solo dejar de impugnar el árbitro, como, en conducta positiva, manifestar expresamente su concordancia con la actuación del árbitro – conducta por veces adoptada en la práctica y que tiene consecuencias hasta más relevantes en lo que toca a su imposibilidad de impugnar el árbitro con base en los hechos revelados o que ya tenían conocimiento.

²⁸ Conforme asevera Selma Maria Ferreira Lemes, «*es del concepto de confianza que se deriva el deber de transparencia del árbitro, el deber de revelar los hechos o circunstancias que puedan abalar la confianza generada en las partes*». (LEMES, Selma Maria Ferreira. A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação, p. 24).

²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82.

dependiendo del ordenamiento jurídico: (i) la impugnación del árbitro, (ii) la anulación de la sentencia arbitral; y/o (iii) la responsabilidad civil del árbitro³⁰.

Sin embargo, para que el deber de revelación produzca los efectos deseados, debe ser ejercido en extensión que transmita a las partes la confianza necesaria. Es recurrente, en la doctrina, la mención al ejemplo de la mujer de Cesar, que no solamente debería ser honesta, pero, sobre todo, debería parecerlo³¹. El ejercicio del deber de revelación por el árbitro es, pues, una forma de demostración objetiva de transparencia; más que ser imparcial e independiente, el árbitro debe parecer ser imparcial e independiente³². Y, para eso, la revelación de los hechos y circunstancias se debe dar en la extensión que le dé a las partes –o en ellas mantenga– la confianza inicialmente puesta. Ese es el mayor problema.

3. PROBLEMÁTICA: LA EXTENSIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN LA REALIDAD BRASILEÑA

El deber de revelación, como se ha expuesto, es una «cuestión central en lo que se refiere a la independencia y a la imparcialidad de los árbitros»³³, porque él es la garantía de esos, notablemente con vistas a asegurar el mantenimiento de la confianza

de las partes, y funciona como verdadero instrumento de estabilización del procedimiento arbitral. No obstante, para que el deber de revelación produzca los efectos ansiados, el contenido de su ejercicio debe estar en consonancia con lo que las partes esperan que sea revelado por el árbitro.

3.1. La especificidad de la figura del árbitro y los hechos y circunstancias que deben ser revelados

La información a ser dada a las partes es de gran importancia para que se verifique el debido ejercicio del deber de revelación. Ese contenido del deber de revelación, sin embargo, no es de fácil determinación. Por lo que refiere a lo que debe y a lo que no debe ser revelado, a partir del análisis de diversas leyes y reglamentos arbitrales³⁴, puede concluirse que no debe el árbitro limitarse a decidir/juzgar sobre lo que él entiende que podría comprometer su imparcialidad e independencia. Lo que debe hacer el árbitro nombrado es colocarse en el lugar de las partes (de allí la jerga «desde el punto de vista de las partes», tratada más adelante) y ponderar cuales serían, bajo el punto de vista de éstas, los hechos que pueden calificarse de importante conocimiento en aquel momento o posteriormente³⁵.

En cuanto a la expresión anteriormente descrita, se trata del doble examen, propuesto por las *IBA Guidelines on Conflict*

³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, Jose Carlos. *Op. cit.* pp. 419-420.

³¹ CLAY, Thomas. *L'arbitre*. París: Éditions Dalloz, 2001. pp. 334-335.

³² VERÇOSA, Fabiane. *Op. cit.* p. 348.

³³ LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. *Op. cit.* p. 10. Se refieren los autores a la gran mayoría de los ordenamientos, los cuáles consideran apenas la imparcialidad y la independencia como indispensables a la actuación del árbitro. Traducción libre.

³⁴ LEW, M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Op. cit.* p. 265.

³⁵ CRIVELLARO, Antônio. The arbitrator's failure to disclose conflicts of interest: is it per se a ground for annulling the award? In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), p. 311.

of *Interest in International Arbitration* («*IBA Guidelines*»), aprobadas en 2004, método por el cual le tocaría al árbitro realizar: (i) un juicio objetivo, según el cual deben ser evaluados los hechos relevantes que pudieran causar dudas a cualquier tercero que comprenda razonablemente («*reasonable third person*»); y (ii) un juicio subjetivo, según el cual deben ser evaluados los hechos y las circunstancias desde el punto de vista de las partes involucradas en aquél específico caso («*in the eyes of the parties*»)³⁶. Como bien resalta THOMAS CLAY, el deber de revelación confiere también a las partes la función de jueces de los posibles impedimentos del árbitro³⁷.

Queda claro, pues, que la cuestión no es de fácil resolución. Como apunta Carlos Alberto CARMONA, «*la subjetividad de este enunciado es inmensa: ¿cómo puede el árbitro saber lo que, desde el punto de vista de las partes, puede comprometer su imparcialidad? Resulta difícil medir la susceptibilidad y la sensibilidad de cada uno*»³⁸. Una serie de cuestiones complican la adecuada comprensión de la materia y, principalmente, la definición de cuáles serían los tratamientos apropiados en la práctica.

Sin embargo, «desde el punto de vista de las partes» no parece ser la única expresión que ha causado dificultades en el ejercicio del deber de revelación. La conjunción «duda justificada», elegida por diver-

sos reglamentos y leyes arbitrales, también es suficientemente subjetiva para plantear dudas a cualquiera que la evalúe. ¿Qué sería, con base en este análisis, liviano y qué podría ser considerado suficiente para que las partes duden justificadamente de la imparcialidad y la independencia del árbitro?

El análisis de los elementos indispensables para la actuación del árbitro (que, como se ha expuesto, en gran parte de los ordenamientos, son su imparcialidad e independencia) es muy complejo y puede causar problemas antes y durante el procedimiento arbitral. Relaciones de amistad, sociales, familiares, académicas y profesionales conllevan a grandes debates relativos a qué informaciones deben ser reveladas, y cuáles de ellas serían, al fin, meras frivolidades³⁹.

La posición de un profesional que actúa normalmente solo (los llamados *sole practitioners*), como, por ejemplo, un abogado que actúa solamente en un área específica, sería, en cierta medida, fácil de ser evaluada. Sin embargo, es muy común que el nombramiento de árbitros recaiga en socios de bancas de abogados de gran porte y de *status* internacional (con filiales y socios por todo el mundo), en profesores cuya carrera académica, como se sabe, remonta a contactos diversos, y en personas que son recurrentemente indicadas como árbitros. En estas situaciones, la dificultad surge del hecho de que la independencia e imparcialidad del árbitro deben ser evaluadas teniendo

³⁶ A ese respecto, véase: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Fifth Edition. Oxford University Press, 2010. p. 268.

³⁷ CLAY, Thomas. *Op. cit.* p. 323.

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8. n. 28, pp. 47-63, jan./mar. 2011. Traducción libre.

³⁹ Fabiane VERÇOSA, por ejemplo, apunta diversas zonas grises que pueden ser encontradas a ese respecto. Entre otros puntos que la autora destaca, por ejemplo, está la existencia de opinión previa del árbitro sobre el caso en disputa. Según la autora, dependiendo de cuán concreta en relación al caso sea la opinión, se configuraría, en algunos casos, verdadera situación de parcialidad. (VERÇOSA, Fabiane. *Op. cit.* p. 346).

do en cuenta las diversas relaciones establecidas en el mundo en que vive el árbitro - tales como la relación del árbitro con sus socios, con los clientes de sus socios, colegas de profesión, etc.

Todo ello sin hablar de la dificultad de que exista un sistema infalible de solución de conflictos. No sólo surge la problemática de lo que se debería revelar, sino además, de los hechos que el árbitro no sabe que existen y, por lo tanto, no revela⁴⁰. Se dice, como regla, que el árbitro posee un deber de investigación mínimo, por el cual debe, al menos, intentar averiguar potenciales conflictos existentes⁴¹. Sin embargo, por mucho que sea el árbitro lo bastante diligente para averiguar qué relaciones posee con las partes involucradas en el conflicto, y que continúe haciéndolo durante el proceso arbitral, hay claramente un límite de revelación y de investigación por el árbitro en ese sentido⁴². El árbitro no debe ser un investigador, ni tampoco revelar todos los matices de su vida, pero sí ser el juzgador⁴³.

Ejemplos extremos parecen ser de determinación más fácil tanto para un lado (como la actuación del árbitro cuando previamente alguna de las partes le había realizado alguna consulta con referencia a la controversia en cuestión), como para el otro (la actuación del árbitro que integra el cuerpo de árbitros en el cual también participa uno de los abogados de las partes). Las

mayores motivadoras de la importancia del deber de revelación son, sin embargo, las situaciones grises, que, a pesar de no estar expresamente reglamentadas (al menos de forma obligatoria), sean capaces de generar en las partes alguna inquietud en cuanto al riesgo de falta de equidistancia por parte del árbitro. Es allí donde reside la mayor inseguridad, pues esa excesiva discrecionalidad conferida a los árbitros no siempre atiende a las expectativas de las partes.

Son esos los límites que son objeto de tanta discusión. Como se verá, la ordenación dada al deber de revelación, a pesar de ser relativamente abundante, es genérica. La fijación de criterios, aunque subjetivos, es más común, pero no parece resolver definitivamente la cuestión. Los pocos textos legales que aportan alguna objetividad (aunque no completa y absoluta) a la cuestión no han ganado, hasta ahora, la fuerza que se pretendía in Brasil o en muchos otros países.

3.2. Las normas existentes: reglamentos, leyes y códigos que tratan del deber de revelación y de su extensión

En general, prácticamente todas las legislaciones y todos los reglamentos arbitrales imponen al árbitro el deber de revelar los hechos y circunstancias que pueden suscitar dudas cuánto a su imparcialidad y a su

⁴⁰ Ejemplo relevante de esa hipótesis es la alteración del control de alguna de las empresas con que se relacionan las partes o los clientes de los árbitros. Si el árbitro no sabía de esa alteración y no la revela, se puede discutir si dicha conducta constituiría una violación al deber de revelación. (CRIVELLARO, Antonio. The arbitrator's failure to disclose conflicts of interest: is it per se a ground for annulling the award? In: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 20101, p. 310).

⁴¹ LEW, M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Op. cit.* p. 263.

⁴² En el mismo sentido, hay discusiones a respecto de cuál sería el deber de investigación de la contraparte, eso es, hasta dónde debería la parte que alega el impedimento haber pesquisado o tratado de tomar conocimiento de determinado hecho. Antonio Pinto Leite coloca esa baliza en el campo de la razonabilidad, como parece de hecho ser debido. (LEITE, António Pinto. *Op. cit.* p. 114).

⁴³ LEW, Mistelis y Kroll defienden que no sería razonable que se exigiese del árbitro, por ejemplo, que realizara la verificación de conflicto con relación a su sociedad anterior o realizar una biografía completa de su vida profesional. (LEW, M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Op. cit.* p. 269).

independencia (u otro elemento que se considere necesario para mantener la equidistancia necesaria cuanto a las partes). Sin embargo, el amplio grado de discrecionalidad que la ley otorga al árbitro es de tal magnitud que dificulta sensiblemente la determinación de la extensión de su tarea.

A pesar de la existencia de varios sistemas diferentes, prácticamente todos los reglamentos arbitrales establecen que la revelación deberá abordar circunstancias que causarían a la parte algún incómodo o que la llevarían, al menos, a considerar la impugnación o no del árbitro. Las *UNCITRAL Arbitration Rules*⁴⁴ y las reglas del AAA – *American Arbitration Association*⁴⁵ prevén justamente la revelación de todas las circunstancias que probablemente levantarían dudas justificadas cuanto a su imparcialidad e independencia, esa última con alguna mención a relaciones específicas, como intereses personales en la causa o relaciones establecidas con cualquier de las partes. El nuevo Reglamento de la CCI⁴⁶, a modo de ejemplo, es aún más incisivo, requiriendo que el árbitro se coloque necesariamente en el lugar de las partes para revelar todo aquello sobre lo que

éstas (nuevamente, «desde el punto de vista de las partes») podrían tener dudas razonables⁴⁷.

En la misma línea de lo que se desprende de la redacción de los reglamentos de las instituciones de arbitraje, la discrecionalidad del árbitro parece ser la misma en las distintas legislaciones arbitrales. La Ley Modelo de la UNICITRAL de 1985, emendada en 2006, prevé que los hechos y circunstancias que deben ser revelados son aquellos que pueden traer dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad y a la independencia del árbitro⁴⁸. Las leyes nacionales, en su gran mayoría, tampoco innovan en ese aspecto, exigiendo básicamente la revelación de aquellos hechos que «puedan dar lugar a dudas por lo que refiere a la independencia del árbitro» o puedan crear la impresión de «*actual bias*»⁴⁹.

En el intento de obtener parámetros más objetivos referentes a diversos aspectos éticos relativos al arbitraje (entre ellos el deber de revelar), fue creado, en el año de 1977 (y revisado en 2004), el «*Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*», de la AAA – *American Arbitration*

⁴⁴ Versión 2010, artículo 11: «*He or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence*».

⁴⁵ Art. R-16: «*Shall disclose to the AAA any circumstance likely to give rise to justifiable doubt as to the arbitrator's impartiality or Independence, including any bias or any financial or personal interest in the result of the arbitration or any past or present relationship with the parties or their representatives*».

⁴⁶ Versión en portugués, 2011. Artículo 11(2): «*Antes da sua nomeação ou confirmação, a pessoa proposta como árbitro deverá assinar declaração de aceitação, disponibilidade, imparcialidade e independência. A pessoa proposta como árbitro deverá revelar por escrito à Secretaria quaisquer fatos ou circunstâncias cuja natureza possa levar ao questionamento da sua independência aos olhos das partes, assim como quaisquer circunstâncias que possam gerar dúvidas razoáveis em relação à sua imparcialidade. A Secretaria deverá comunicar tal informação às partes por escrito e estabelecer um prazo para apresentarem os seus eventuais comentários*».

⁴⁷ En ese sentido: ROOS, Cristian Conejéro; GRION, Renato Stephan. Arbitration in Brazil: law and practice from an ICC perspective. In: *ICC International Court Bulletin*, v. 17, nº 2, p. 26, 2006.

⁴⁸ Artículo 12(I): «*When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him*».

⁴⁹ Análisis hecho por DONAHEY, M. Scott. The independence and neutrality of arbitrators. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1992, v. 9, Issue 4, pp. 36-37.

Association y de la ABA – American Bar Association, el primer código de esa modalidad centrado en el arbitraje comercial, teniendo como objetivo servir como directriz para los practicantes del área del arbitraje internacional. A pesar de haber sido elaborado por la American Arbitration Association – AAA, ese código no es parte de las reglas de esa institución y una de sus principales utilidades es la enumeración de una serie de situaciones que podrían ser consideradas causas necesarias de revelación⁵⁰.

De forma semejante, la International Bar Association también creó, en 1986, un código de ética específico (IBA Rules of Ethics for International Arbitrators), que, en su artículo 4.2., enumera las informaciones que consideraba más relevantes en el momento del ejercicio del deber de revelación⁵¹.

A pesar de las críticas de algunos y teniendo en cuenta su carácter de meras directrices (no necesariamente vinculantes para las partes), y, en esa calidad, ganaron buena aceptación. Muchos autores se posicionaron favorablemente a esas modalidades de «directrices», como WILLIAM W. PARK, que apunta que, «si trabajadas

con inteligencia, esas directrices profesionales presentan una estimativa mucho mejor de cuáles serían las expectativas comunes previas de las partes en comparación con la desenfrenada discrecionalidad de los árbitros excesivamente astutos que tienen en mente sus propias agendas»⁵².

En la línea de esos códigos, pero de forma más detallada, la IBA - International Bar Association desarrolló las ya mencionadas «IBA Guidelines», en su última versión aprobada en 2004, con la intención de dar una solución a los llamados «growing problems of conflicts of interest in international arbitrators»⁵³. Más allá de contener disposiciones generales con reglas éticas a ser adoptadas en el arbitraje, las «Guidelines» también clasificaron una serie de situaciones probables, posibles o de aparentes conflictos de interés en:

(i) *red list* – casos en que habría duda justificada acerca de la independencia o imparcialidad del árbitro; esa lista contiene también algunos casos más serios llamados de «*non-waivable red list*», que describen situaciones en que se considera inviable la renuncia al

⁵⁰ Son ellas: (1) cualquier interés financiero o personal, directo o indirecto, en el resultado del arbitraje; (2) cualquier relación, pasada o futura, de naturaleza financiera, comercial, profesional o personal que pueda razonablemente impactar la imparcialidad y la independencia del árbitro desde el punto de vista de las partes; (3) la naturaleza y la extensión de cualquier conocimiento previo a respecto de la disputa; y (4) cualesquier otras cuestiones, relaciones o intereses que estén a revelar por acuerdo de las partes, por las reglas o prácticas de la institución, o por la ley que regula el deber de revelar.

⁵¹ Como es el caso (a) de las relaciones comerciales y profesionales pasadas y presentes, sean directas o indirectas; (b) de la naturaleza y de la duración de las relaciones sociales substanciales con las partes; (c) de la naturaleza de previos relacionamientos con los demás árbitros, aunque actuando conjuntamente en otro tribunal arbitral previamente; (d) de la extensión de eventual conocimiento previo del litigio; y (e) de la extensión de cualesquier compromisos que puedan comprometer la disponibilidad del árbitro de ejercer sus deberes y funciones.

⁵² PARK, William W. Part III. Chapter 9: Arbitrator Integrity. The Backlash against Investment Arbitration, 2010, pp. 189-251; Michael Waibel, Asha Kaushai et al. (Ed.), p. 226. Traducción libre: «*If crafted with intelligence, professional guidelines present a better guess about the parties ex ante expectations than the unbridled discretion of overly clever arbitrators who pursue their own agendas*». Traducción libre.

⁵³ BALL, Markham. Probity deconstructed: how helpful, really, are the New international Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest In International Arbitration?, *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2005, v. 21, Issue 3, p. 324.

impedimento, bajo el principio de que nadie podría ser el juzgador de su propia causa;

(ii) «*orange list*» – situaciones en que, desde el punto de vista de las partes, podría surgir alguna duda justificada en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro; esas son situaciones que deben ser reveladas y, en caso de no ser objetadas, llevan a la renuncia por la parte de alegarlas posteriormente; y

(iii) «*green list*» – situaciones en que no se verifica conflicto de interés, bajo una perspectiva objetiva, y, por lo tanto, en relación a las cuáles no habría deber de revelación.

Hay también las *Recomendaciones relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros* del Club Español de Arbitraje - CEA, publicadas en 2006 y revisadas en 2008, que prevén una serie de situaciones que se entiende que deberían ser reveladas, tales como: (i) publicaciones hechas en relación al tema controvertido en el arbitraje, (ii) participaciones societarias poseídas por los árbitros en alguna empresa litigante o relacionada con ésta, (iii) actuaciones previas en arbitrajes con alguna de las partes, (iv) actuaciones profesionales ya mantenidas y (v) las relaciones sociales establecidas, entre otros.

Es evidente que, igual que en las *soft law*, la discrecionalidad aún existe princi-

palmente en lo relativo a la evaluación de la ocurrencia o no de alguna de las situaciones listadas y a la ponderación de que, en el caso de que concurren, puedan considerarse insignificantes hasta el punto de no necesitar ser reveladas. No hay dudas, por otro lado, de que los criterios adoptados por esas directivas llegan, en alguna medida, a colaborar de forma más efectiva para la resolución de la cuestión, pues traen parámetros más concretos a ser ponderados por los árbitros.

La aplicación de esas directrices, sin embargo, no es de rigor en prácticamente ningún lugar en el mundo y llega, en verdad, a ser rechazada en muchas jurisdicciones⁵⁴. Hay muchas voces en sentido contrario, que suscitan cada vez más la imposibilidad de adoptarse en determinadas jurisdicciones directivas elaboradas en base a sistemas totalmente diversos⁵⁵.

De una forma general, las legislaciones y reglamentos arbitrales tratan, en la medida de lo posible, de establecer reglas relativas al deber de revelación, pero aún de forma conservadora. Una solución un poco más objetiva traída por las *soft law*, al detallar algunas situaciones específicas en que la revelación sería necesaria, no aporta seguridad plena a las partes, dado que la utilización de dichas normas se muestra corriente en apenas algunas jurisdicciones.

⁵⁴ Importante observar que la solución de establecerse reglas específicas de revelación fue en cierto nivel rechazada por la gran mayoría de las instituciones arbitrales, como es el caso de la CCI, de la ICDR y de la LCIA (BLACKABY, Nigel; PASTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Op. cit.* p. 269).

⁵⁵ João Bosco LEE y María Claudia de Assis PROCOPIAK aún resaltan el importante hecho de que el ambiente cultural y jurídico hace variar bastante el alcance de situaciones que se entiende que deben ser reveladas o no. De acuerdo con los referidos autores, un árbitro inserido en el sistema del *common law* tendería a ejercer más ampliamente el *disclosure* que un árbitro oriundo de un régimen de *civil law*. Por lo tanto, sería muy difícil llegarse al resultado de aproximación universal que buscan las *IBA Guidelines* imprimir, principalmente porque, en el momento en que el tema es puesto a prueba, en acción de nulidad propuesta en algún poder judicial local, el juez aplicará sus propios padrones, formados de acuerdo con el contexto de donde está inserido y, por lo tanto, «no estarían exentos de una nacionalización» (LEE, João Bosco; PROCOPIAK, María Claudia de Assis. *Op. cit.* p. 21). Traducción libre.

En materia de ordenación, la situación de Brasil no parece diferir tanto de la práctica internacional. La Ley Brasileña de Arbitraje, en su artículo 14, §1º, también utiliza terminología abierta y subjetiva, demandando que los árbitros revelen «*cualquier hecho que denota duda justificada cuánto a la imparcialidad e independencia*».

Tratándose de arbitrajes sujetos al derecho brasileño, a propósito, es más natural que ocurra la revelación a las partes caso se configure alguna de las hipótesis de sospecha o impedimento previstas en el Código Procesal Civil, una vez que es la baliza que la ley, en el *caput* del art. 14⁵⁶, confiere para precisarse los elementos necesarios a la actuación del árbitro. La complementación necesaria viene del §3º del art 16⁵⁷, que establece también los elementos de imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción – aparte de la ya muy difundida confianza, reforzada en el *caput* del art. 13⁵⁸.

El deber de revelación, obviamente, no queda limitado a los casos expresamente previstos en la ley. Por la propia dicción del §1º del artículo 14, queda claro que cabe que la persona indicada revele cualquier hecho que pueda suscitar en las partes dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia. Y, tal y como ocurre en ámbito internacional, la ordenación genérica acaba dando pie a diversos equívocos y disparidades.

Los reglamentos de arbitraje nacionales siguen también los modelos internacionales. La Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje⁵⁹ y la Cámara de Arbitraje Empresarial – Brasil («Camarb»)⁶⁰, por ejemplo, adoptan el término «duda razonable» para retratar lo que debe ser revelado. Ya el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)⁶¹, en su reglamento anterior, y la Cámara de Mediación, Conciliación y Arbitraje de São Paulo (Ciesp/Fiesp)⁶² ni siquiera poseen disposición específica relativa al deber de revelación, pero exigen, de

⁵⁶ «Artículo 14. Están impedidos de funcionar como árbitros las personas que tengan, con las partes o con el litigio que les fue sometido, algunas de las relaciones que caracterizan los casos de impedimento o sospecha de jueces, aplicándose, en lo que caber, los mismos deberes y responsabilidades conforme previsto en el Código de Proceso Civil». Traducción libre.

⁵⁷ «§6º en el desempeño de su función, el árbitro deberá proceder con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción». Traducción libre.

⁵⁸ «Artículo 13. Puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes». Traducción libre.

⁵⁹ «Artículo 33 [...] §2º Cuando de su indicación, deberán los árbitros llevar al conocimiento de la Cámara FGV cualquier circunstancia que pueda ser considerada como susceptible de comprometerles la independencia. De dicha comunicación la Cámara FGV dará ciencia a las partes para que se manifiesten en el plazo de 5 (cinco) días, y al fin, con o sin la manifestación de las partes, el Director Ejecutivo de la Cámara FGV, oída la Comisión de Arbitraje, decidirá sobre la existencia o no de impedimento. Reconocida la existencia de impedimento, se procederá a la indicación del sustituto por el mismo procedimiento utilizado en la indicación del sustituto». Traducción libre.

⁶⁰ «Artículo 4.2 La(s) persona(s) nombrada(s) para actuar como árbitro(s) suscribirá(n) declaración, bajo las penas de la ley, de no estar incurso(s) en las hipótesis de impedimento o sospecha cuanto a su imparcialidad o independencia, en relación a las partes o a la controversia sometida a su apreciación, bien cómo declarar por escrito que poseen la competencia técnica y la disponibilidad necesarias para conducir el arbitraje dentro del plazo estipulado». Traducción libre.

⁶¹ «Artículo 5.4 [...] Aprobados serán los árbitros instados a manifestar su aceptación, firmando el Término de Independencia, con el cual se dará por instituido e iniciado el proceso arbitral, con la intimación de las partes para la elaboración del Término de Arbitraje». Traducción libre.

⁶² «Artículo 2.4 [...] Aprobados serán los árbitros instados a manifestar su aceptación, firmando el Término de Independencia, instituyendo e iniciando al arbitraje, intimándose las partes para la elaboración del Término de Arbitraje, en el plazo de 10 días». Traducción libre.

los árbitros, que firmen el llamado «*término de independencia*», por medio del cual deben revelar las informaciones relevantes respecto su imparcialidad e independencia.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) adoptó dos medidas que se pueden considerar más avanzadas. En primer lugar, en su nuevo reglamento aplicable a partir de 2012, enumeró algunas situaciones más específicas que configurarían el impedimento del árbitro⁶³, y, en segundo lugar, estableció un código de ética propio, que, entre algunas directivas, establece, en su Enunciado N° 4, la forma y el contenido del deber de revelación⁶⁴ - aunque, como el propio documento resalta, «*en calidad de código deontológico*», y que sus enunciados consistirían solamente en «*normas orientativas de recomendada observación por los árbitros*».

A pesar de que la jurisprudencia nacional relativa a casos en los que se dis-

cute el deber de revelación del árbitro y su extensión es bastante escasa,⁶⁵ la práctica del día a día hará necesario que la comunidad arbitral esté preparada para una serie de situaciones típicas que, tarde o temprano, llegarán a los tribunales nacionales y para las cuales la comunidad arbitral deberá estar preparada. Si la extensión del deber de revelación está íntimamente vinculada a la identidad cultural del árbitro⁶⁶, es necesario precisar dónde se sitúa Brasil en ese sentido.

Además de que se trate de un tema cuya relevancia se percibe en aumento en materia de arbitraje internacional, no se debe olvidar que es de debida aplicación tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, ya que tal y como apunta JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, se trata de una obligación presentada como principio fundamental del arbitraje en ambos dichos escenarios y es consecuencia directa del principio de buena fe⁶⁷.

⁶³ «5.2. No puede ser nombrado árbitro aquel que: (i) sea parte del litigio; (b) tenga participado en la resolución del litigio, como mandatario judicial de una de las partes, prestado deposición como testigo, funcionada como perito, o presentado parecer; (c) sea cónyuge, familiar, consanguíneo o afín, en línea recta o colateral, hasta el tercer grado de una de las partes; (d), sea cónyuge familiar, consanguíneo o afín, en línea recta o colateral, hasta el segundo grado del abogado o procurador de una de las partes; (e) participar de órgano de dirección o administración de persona jurídica parte en el litigio o que sea accionista o socio; (f) sea amigo íntimo o enemigo de una de las partes; (g) sea creador o deudor de una de las partes o de su cónyuge, o aún de familiares, en línea recta o colateral, hasta el tercer grado; (h) sea heredero presuntivo, donatario, empleador, empleado de una de las partes; (i) recibir dádivas antes o después de iniciado el litigio, aconsejar alguna de las partes directa o indirectamente, en el juzgamiento de la causa, en favor de una de las partes; (k) haber actuado como mediador o conciliador, en la controversia, antes de la institución del arbitraje, salvo la expresa concordancia de las partes; (l) tenga interés económico relacionado con cualquier de las partes o sus abogados, salvo por expresa concordancia de las partes. 5.3 Compítese al árbitro declarar, a cualquier momento, su eventual impedimento y rechazar su nombramiento, o presentar renuncia». Traducción libre.

⁶⁴ «El árbitro deberá revelar a las partes, frente a su nombramiento, interés o relacionamiento de cualquier naturaleza (negocios, profesional o social) que pueda tener o que haiga tenido con cualquiera de ellas, con sus abogados, o con cualquier persona que pueda ser considerada como testigo potencial en el arbitraje, y que pueda, de alguna forma, en razón de su sustancialidad, afectar su imparcialidad o si independencia o comprometer su imagen. Revelar cualquier interés o relacionamiento que potencialmente pueda afectar su independencia o crear una apariencia de parcialidad o tendencia. Por parcialidad y tendencia se entiende la situación personal del árbitro frente a las partes y sus abogados o, cuanto a la materia objeto del litigio, pueda afectar la exención de su juzgamiento en el caso concreto. El deber de revelación es continuo durante el procedimiento arbitral y cualesquier ocurrencias o hechos que puedan surgir o ser descubiertos en ese periodo, deben ser revelados». Traducción libre.

⁶⁵ Conforme retrata Selma Maria Ferreira Lemes (Op. cit. p. 23).

⁶⁶ LEE, João Bosco. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. Op. cit. pp. 16-22.

⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, Jose Carlos. Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators In: FERNÁNDEZ-BALESTEROS, M.A.; ARIAS. David (Ed.) *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), p. 410.

De este modo, vemos que la problemática de las informaciones y circunstancias que deben ser reveladas en arbitrajes cuya ley aplicable es la brasileña todavía es de difícil definición y resolución en Brasil. La norma de interpretación subjetiva existente en la Ley N° 9.307/1996, que establece las causas del impedimento del árbitro en comparación con aquellas aplicables a los jueces, así como algunas dificultades de comprensión de las peculiaridades de la figura del árbitro, vienen causando grave inseguridad a las partes – a pesar de algunas previsiones reglamentarias y de las que aparecen códigos de conducta más específicas.

3.3. Las nociones de *full disclosure* e *overdisclosure*

Precisamente debido al exceso de discrecionalidad que se da al árbitro por las legislaciones y reglamentos arbitrales, y a causa de la incertidumbre en la aplicación de las únicas reglamentaciones que traen alguna objetividad a la materia, la cuestión parece no tener una definición simple, principalmente teniendo en cuenta las diversas opiniones que pueden encontrarse a ese respecto.

Las propuestas más comunes son aquellas en las que se sugiere al árbitro que revele el máximo de información posible, tal y como aseveran FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, según quienes todos los hechos deben ser revelados a menos que (i) sean públicamente conocidos, tornando innecesaria

la revelación, y (ii) no generen duda razonable en cuanto a la independencia del árbitro⁶⁸. En otras palabras, al decidir por qué revelar, se debería tender a exagerar más bien por el lado de la revelación, y no por el contrario⁶⁹. La defensa predominante es por un verdadero *full disclosure*⁷⁰. En este sentido, THOMAS CLAY se posiciona por defender radicalmente que la revelación parcial consistiría también en ocultación parcial⁷¹.

Por otro lado, la extensión del deber de revelar depende también de las consecuencias que pueda acarrear su cumplimiento exagerado al procedimiento arbitral – el llamado «*overdisclosure*»⁷². La dificultad deriva del hecho de que dicha conducta lleva, en gran parte de las situaciones, a la presentación de impugnaciones innecesarias e incita a que se produzcan discusiones que traban y complican sensiblemente el arbitraje, y, lo que es todavía más grave, abren a la parte derrotada la vía del Poder Judicial para tratar de invalidar la sentencia arbitral.

Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR retrata esa preocupación cuando afirma que «*las revelaciones innecesarias pueden levantar dudas sobre la influencia de hechos y circunstancias que, por irrazonables, acaban por levantar implicaciones desproporcionadas para la confianza fiduciaria y minan la credibilidad de la institución*»⁷³. LEW, MISTELIS y KROLL, por ejemplo, defienden que la regla de que, «*ante la duda,*

⁶⁸ FOUCHARD, Gaillard. *Goldman on International Commercial Arbitration*. Emmanuel Gaillard; John Savage. A. Haia, Kluwer Law International, 1999, pp. 29 y 581.

⁶⁹ DONAHEY, M. Scott. The independence and neutrality of arbitration. *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 1992, v. 9. Issue 4, p. 37.

⁷⁰ VERCOSA, Fabiane. *Op. cit.* p. 348.

⁷¹ CLAY, Thomas. *Op. cit.* p. 277.

⁷² En ese sentido: CARDENAS, E.; RIVKIN, D. W., A Growing Challenge for Ethics in International Arbitration. In: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. París: ICC Publishing, 2005. p. 197.

⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82. Traducción libre.

revélese» no siempre es apropiada, a la vez que afirman que, actuando de este modo, se estaría confirmando a la contraparte la posibilidad de retrasar el procedimiento mediante la impugnación del árbitro y mediante la creación de una causa de conflicto a ser ventilada, eventualmente, en vía de acción de invalidación de la sentencia⁷⁴.

En este mismo sentido, la manifestación de Carlos Alberto CARMONA resalta el riesgo de la exigencia de una revelación absoluta de informaciones, dado que posibilitaría que la parte pudiese impugnar la validez del procedimiento arbitral ante la falta de revelación de cualquier información, por poco importante que fuera. Según el mismo autor, adoptar la posición de revelación total haría que los árbitros tuvieran que realizar «*verdaderas due diligences antes de aceptar el encargo*»⁷⁵.

Hay quien considera, sin embargo, que el riesgo del que hablan los autores anteriormente citados es real, pero que no puede sobreponerse al deber de revelación que tiene todo árbitro. Y es por este hecho que, en el caso de que una parte conozca la falta de revelación de información por parte del árbitro, solamente de manera fundamentada presentar su rechazo. Es decir, como resalta Pedro BATISTA MARTINS, «*la respuesta negativa de la parte, aunque es relevante, no tiene carácter obligatorio*»⁷⁶, y no necesariamente llevará al alejamiento del árbitro, que, en teoría, tornaría falsa la problemática del llamado *overdisclosure*. Hay

que tener en cuenta, sin embargo, que, en la práctica, son pocos los árbitros que se someten a un procedimiento de impugnación, por más inmotivado que sea y la impugnación, aparte de poder ser utilizada como táctica procesal para complicar y retrasar el procedimiento, muchas veces lleva a la renuncia de pronto del árbitro indicado⁷⁷. La problemática, de hecho, no puede ser considerada falsa.

Los términos «*desde el punto de vista de las partes*» y «*duda justificable*», por lo tanto, provocan grandes discusiones doctrinales acerca de su aplicabilidad. La subjetividad de esos términos y la falta de directivas más concretas, en la práctica, pueden causar diversos problemas. Ninguna de las posiciones extremas parece conferir la seguridad y la confianza que, como se ha expuesto, deben ser la base del deber de revelación. Algunas soluciones, aunque con algún resquicio de subjetividad precedente de países de cultura predominantemente de *common law* (donde hay mayor sensibilidad por ese tipo de preocupación)⁷⁸, pueden, a nuestro ver, ser tenidas en consideración.

4. UNA PROPUESTA: LA ADOPCIÓN DE ESTÁNDARES UNIVERSALES DEL DEBER DE REVELACIÓN EN LA REALIDAD BRASILEÑA

Conforme a lo expuesto anteriormente, la confianza de las partes desempeña un papel importantísimo en el momento de indi-

⁷⁴ LEW, M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Op. cit.* p. 268.

⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro, pp. 47-63. Traducción libre.

⁷⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à Lei no 9.307/1996*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 205. Traducción libre.

⁷⁷ BALL, Markham. Probit Deconstructed: How Helpful, Really, are the New International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in international Arbitration? *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2005, v. 21, Issue 3, p. 325.

⁷⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators. In: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 20101, p. 424).

cación del árbitro. Un tema que viene ganando importancia, en esa línea, es la integridad y la confianza en el arbitraje como un todo, que depende, obviamente, del cumplimiento de cada uno de esos elementos por parte de los árbitros que son indicados⁷⁹.

El deber de revelación, en ese contexto, desempeña un papel de los más relevantes. Como conducta ética que su ejercicio configura –y considerando los impactos relevantes que su ejercicio causa sobre el procedimiento como un todo–, es imprescindible que la extensión de ese deber sea discutida tanto en el escenario internacional como en cada jurisdicción específicamente. A partir de todo lo anteriormente expuesto, se concluye que, si las legislaciones y reglamentos arbitrales no traen la suficiente seguridad (y no pueden tener este objetivo) a las partes a ese respecto, las *soft law* parecen ser, al menos, una buena iniciativa en ese sentido.

Sin embargo, dos parecen ser las mayores críticas a ese tipo de instrucción, que son las alegadas imposibilidades: (a) de establecer reglas de naturaleza internacional y universal; y (b) de aplicarse, en determinadas jurisdicciones, directivas posiblemente incompatibles con la cultura en que (y para la cual) esas normas fueron

creadas. No nos parece, a pesar de ello, que estos factores sean realmente impedimentos insuperables.

4.1. La posibilidad (o no) del establecimiento de un estándar universal

En lo relativo al establecimiento de reglas universales, teniendo en cuenta las razones y las finalidades para las cuales son creadas, no parece ser imposible la creación de una reglamentación universal que auxilie en la uniformización de lo que se considera ético a la conducta apropiada en el arbitraje como un todo. Conforme sustenta Peter PHILIPS, existen claras diferencias culturales y los dictámenes éticos no pueden ser trazados en minuciosos detalles. Pero eso no significa, por ejemplo, que no haya una conducta mínima esperada de los árbitros, y que estas conductas universales no pueden colaborar para que se logre la seguridad jurídica en concreto⁸⁰.

Debe reconocerse que las críticas a instrucciones y líneas indicativas de carácter transnacional parecen aún más fuertes. Muchos argumentan que la solución a problemas de naturaleza ética vendrían naturalmente con el tiempo; otros, que solamente las particularidades culturales de cada país deberían definir los dictámenes éticos⁸¹. De

⁷⁹ ESTAVILLO-CASTRO, Fernando. Ethics in Arbitration. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; ARIAS, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), pp. 387/411; PARK, William W. Part III Chapter 9: Arbitrator Integrity. In: Michael Waibel. Asha Kaushal et al. (Ed.). *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, pp. 189-251.

⁸⁰ PETERS, Phillip. Can I do this? Arbitrator's Ethics. *Kluwer Arbitration Blog*. 09.11.2010: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/11/09/can-i-do-this-%2%80%93-arbitrator%e2%8099s-ethics/>>

⁸¹ Tercio Sampaio Ferraz Junior, en ese sentido, asevera que «*las listas crean una gradación de situaciones más y menos graves, lo que indica, al mínimo, la dificultad de reglamentar, cognitivamente, una confianza de estructura fiduciaria*» (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* pp. 65-82. Traducción libre). En ese sentido, como aseveran LEW, Mistelis y Kroll, es difícil, de hecho, que se establezca un examen que sea uniforme y aceptable en todos los ambientes culturales, una vez que las razones para impugnación del árbitro también poseen sensibles influencias en la extensión de lo que debe o no ser revelado. Mencionan los referidos autores el ejemplo de que, no obstante en los Estados Unidos el posicionamiento prevalente (apoyado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI) es de que deben ser reveladas relaciones pasadas y presentes con las partes y sus abogados, esa idea no es bien recibida en Europa Continental (LEW, M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Op. cit.* p. 269).

todos modos, incluso ante estas complicaciones, nos parece que no se debe ignorar que algunas reglas poseen carácter transnacional y, así, pueden, guardadas las debidas proporciones, ser aceptadas aun que como directrices no vinculantes. La necesidad de patrones nacionales e internacionales de actos considerados éticos y de mejores prácticas de árbitros debe ser reconocida y, por lo menos, considerada⁸².

Se debe comprender que la intención de esas *soft law* es establecer una serie de principios comunes relativos a situaciones concretas y que, así, evitarían de alguna forma el riesgo de que árbitros de diferentes culturas usen patrones radicalmente diferentes de revelación al ser indicados. No obstante, aunque esos códigos y directrices no traigan a las causas de revelación un criterio enteramente objetivo, no hay modo de negar que las recomendaciones tornan concretos algunos parámetros que las legislaciones y los reglamentos arbitrales dejan amplios al punto de tornarlos peligrosamente vagos.

Inevitablemente, cualquier tentativa de concluir una lista de circunstancias precisas sufrirá críticas por falta de precisión o por ser incompletas. Esa es la dificultad principal en la aplicación de esas normas.

Lo que se defiende es que justamente la referencia a hechos precisos y específicos es lo que acaba, en la medida de lo posible, con la necesidad de un análisis subjetivo – el cuál puede llevar (y tiene en muchos casos llevado) a discrecionalidades indebidas.

En efecto, REDFERN y HUNTER aseveran que la mayor preocupación por razón de la cual las referidas reglas fueron creadas consiste exactamente en la probabilidad –alta, y que mucho asusta– de que las revelaciones hechas por los integrantes del tribunal arbitral no estén siendo hechas a partir de las mismas premisas. Defienden los autores, en esa misma línea, que una forma de abordar la cuestión, y evitar ese tipo de situación, es establecer directivas específicas de las mejores prácticas respecto de lo que debe ser revelado y de lo que es frívolo⁸³.

En esta línea, es importante atenerse al hecho de que las *IBA Guidelines*, por ejemplo, poseen importante aceptación en el ámbito que pretenden regular⁸⁴. Lo mismo sirve para otros textos análogos, y para los propios códigos de conducta creados por las instituciones arbitrales. Aunque no sean estas regulaciones absolutamente precisas (y no lo serán en ninguna jurisdicción), la consolidación de algunas directrices éticas y de conductas adecuadas para los árbitros

⁸² Selma María Ferreira LEMES relata que muchas discusiones son también trabadas acerca de la posibilidad (o no) de que un cuerpo de reglas de origen privada substituya normas relativas a la imparcialidad y a la independencia de árbitros – normas esas muchas veces de carácter mandatorio. LEMES, Selma María Ferreira. *Op. cit.* p. 29).

⁸³ Mencionan los referidos autores una situación en que un co-árbitro americano presentó una lista de tres Páginas como *disclosure*, revelando, inclusive, la presencia en conferencias de las cuáles había participado con el abogado de una de las partes; mientras el otro árbitro, europeo, no entendió relevante siquiera revelar a las partes que había pasado la mayoría de sus vacaciones de verano con el abogado de la parte que lo indicó. Los prejuicios de esa disparidad son claros para los interesados en el deslinde del procedimiento arbitral en que dichos hechos ocurrieron. (BLACKABY, Nigel; PASTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Op. cit.* p. 269).

⁸⁴ En un informe preparado en el año de 2009, la IBA concluyó que, después de 5 años de práctica, gran parte de los árbitros internacionales al menos consultaron las *IBA Guidelines* cuando entendían necesario para evaluar si deberían o no revelar determinado hecho, y que la mención expresa a sus previsiones habían sido cada vez más recurrentes. *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009*. The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee. *Dispute Resolution international*, v. 4, n.º 1, May, 2010.

parece ser una receta que puede ayudar a reducir el número de instancias en que las partes acaban por encontrarse en un estado de verdadera «*resaca arbitral*»⁸⁵.

A pesar de que se defienda que la elucidación del tema solamente ocurrirá con el tiempo, a partir del desarrollo caso por caso y país por país, nos parece ser correcta la afirmación de MARKHAM BALL, según quien las *Guidelines* son una buena sugerencia, pero nada más que eso⁸⁶. Se debe tener en mente que, aunque no se lleguen a establecer reglas claras y vinculantes para todos, el establecimiento de parámetros iniciales es un paso adelante que, a nuestro entender, es preferible a no dar paso alguno. La seguridad jurídica en cada jurisdicción debe ser el mayor objetivo.

4.2. El camino a ser trazado en la realidad brasileña

Si la discusión relativa al establecimiento de estándares universales dista de haber encontrado una respuesta definitiva, la aplicación de directrices como las *IBA Guidelines* en el escenario brasileño puede ser considerada aún más controvertida. A

pesar de las importantes consideraciones mencionadas arriba sobre las reservas con las que deben ser transportadas esas normas para la realidad brasileña, entendemos, de la misma forma, que en el rechazo por completo de sus términos no se encuentra la solución adecuada.

En primer lugar, alguna consideración debe hacerse sobre el argumento de que la comunidad brasileña presenta grandes divergencias respecto de aquellas que hoy pueden ser consideradas como tradicionales en materia de arbitraje y/o que participaron de la elaboración de ese tipo de regla. En ese contexto, es preciso observar que THOMAS CLAY, a partir de un análisis empírico del arbitraje, esclarece que la comunidad arbitral en general es diminuta hasta el punto de que los mismos profesionales acaban por relacionarse constante y habitualmente, como árbitros o abogados⁸⁷. No nos parece válida, por lo tanto, la premisa de que la realidad nacional sea así tan divergente de aquella en que las *IBA Guidelines* fueron elaboradas, por ejemplo.

De todas formas, aunque se considere que la comunidad brasileña poco se parece

⁸⁵ PETERS, Phillip. Can I do this? Arbitrator's Ethics. *Kluwer Arbitration Blog*, 09.11.2010: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/11/09/can-i-do-this-%2%80%93-arbitrator%e2%8099s-ethics/>>

⁸⁶ BALL, Markham. Probita Deconstructed: How Helpful, Really, are the New International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration? *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2005, v. 21, Issue 3, p. 339.

⁸⁷ CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, a. 2, p. 117, jul./set. 2005: «La existencia de ese grupo [grupo de árbitros internacionales] a la parte no se constata en las reglas no escritas en que gobiernan el mundo del arbitraje internacional. Ese mundo es, con efecto, constituido por un número reducido de personas que se conocen y que se reconocen, que se designan como árbitro o presidente de tribunal arbitral, que permutan casos en la existencia de conflicto de intereses, que siempre recurren a los mismos abogados (unos cincuenta), a los mismo abogados ante el *Consel de'Étac* y la *Cour de Cassation* (una media docena), a los mismos apoderados (dos o tres), un mundo que tiene sus códigos, sus puntos de encuentro, sus cocktails, un mundo que tiene también sus revistas donde todo se leen y donde hasta mismo se escriben por medio de publicaciones interpuestas, un mundo que tiene su lista de difusión en internet, un mundo que, en fin, algunas veces agracia nuevos electos porque es necesario – mismo que muy doloroso para algunos. La cuestión de la llegada de nuevos electos en esta cofradía es, de hecho, muy sensible, si no la más sensible. ¿Algunos novatos son ciertamente admitidos, pero y aquellos que no conocen los códigos y los lugares dónde es necesario estar y donde las candidaturas informales se hace y deshacen? Sin hablar de aquellos que descubren las reglas no escritas, pero son, a pesar de eso, rechazados de ese medio bien resguardado». Traducción libre.

con aquellas que hoy pueden ser consideradas ya las más clásicas en materia de arbitraje, no entendemos como apropiada la represión total de las normas que buscan traer alguna razonabilidad a la cuestión, teniendo en cuenta, principalmente, la intención de que se desarrolle la jurisdicción brasileña cada vez más como simpática al arbitraje. Por el contrario, la realidad brasileña mucho se parece a aquella retratada por R. DOAK BISHOP y MARGRETE STEVENS al referirse al arbitraje internacional como un todo, en el cual el clásico «*club de árbitros*» está dando lugar constantemente a nuevas caras – lo que potencia la necesidad de reglas éticas más claras, que ya no pueden ser dejadas de lado⁸⁸.

El escenario actual brasileño, además, parece ajustarse cada día más a aquél retratado en el texto introductorio de las *IBA Guidelines*, en el cual se verifican: (i) problemas constantes de conflictos de interés, (ii) confusión en los árbitros de cuales los hechos deban ser revelados, (iii) incongruencias sobre revelaciones hechas en situaciones análogas, (iv) crecimiento en el mercado internacional, estrechando los lazos corporativos y ampliando las bancas de actuación internacional, (v) prácticas reiteradas de las partes tratando de utilizar impugnaciones de árbitros como forma de retrasar o torpedear el procedimiento, entre otros factores.

No se propone, obviamente, que se torne ninguna *soft law* como aplicable obligatoriamente en Brasil (como ni siquiera son en la gran mayoría de las jurisdicciones) y, tampoco, que sean tomadas como causa para poder decidir por jueces togados o por las instituciones arbitrales en frente de impugnaciones a árbitros. No se puede dejar que ellas sean aplicadas en exceso y sin criterio, pues son una fuente como cualquier otra y, más que eso, no son de aplicación obligatoria.

Se sugiere, solamente, que sean al menos tomadas en cuenta como un buen parámetro⁸⁹. Además, la propia naturaleza no vinculante de esas reglas demuestra que la cuestión es delicada, y así es que debe ser tratada⁹⁰. El propósito es claro, pues tales normas no traían una solución *per se*, sino discusiones, desarrollo y refinamiento de la práctica arbitral. La realidad en la práctica nacional no es exactamente que deban aplicarse, de forma amplia e irrestricta, las instrucciones dadas, que se apliquen solamente a las disposiciones con las cuales la comunidad más se adecue. De cierto, no hay como tomarse como leyes directivas preparadas con base en sistemas totalmente diversos de lo brasileño, pero también no parece haber motivo para que sean ellas refutadas por completo.

La solución, nos parece, pasa por un análisis cauteloso de aquello que proponen

⁸⁸ BISHOP: R. Doak; STEVENS, Margrete. *Advocacy and Ethics in International Arbitration: The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy*. In: Albert Jan van den Berg (Ed.). *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2010 Rio, v. 15, Kluwer Law International, 2011, p. 393.

⁸⁹ Lo que parece ya haber sido iniciado por las cámaras arbitrales brasileñas, como relata Selma Maria Ferreira Lemes (*Op. cit.* p. 29).

⁹⁰ Además, resáltese que, mismo en donde las *IBA Guidelines* fueron más bien recibidas, la aceptación ocurrió meramente como una gama de principios no obligatorios y que no vinculan a las partes –a no ser que ajustado en sentido contrario. Redfern y Hunter relatan que, a pesar de las instituciones arbitrales llevaren en cuenta, de hecho, sus disposiciones en el momento de apreciar impugnaciones a árbitros, esas reglas no llegan, de forma alguna, a ser exclusivas y únicas en la decisión. (BLACKABY, Nigel; PASTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Op. cit.* p. 272).

las *soft law*. Como afirma CARLOS ALBERTO CARMONA, esas reglas no resuelven, y no podrían resolver, la cuestión definitivamente⁹¹. Además, realmente no es el propósito de las *IBA Guidelines* una resolución definitiva, pues las propias reglas, en su introducción, enuncian que son más un principio que un fin⁹².

Lo que parece no ser la solución más apropiada es dejar la cuestión mal resuelta. Como asevera AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA, «*es de creer que la ausencia de reglas claras sobre las obligaciones de revelación (disclosure) de los árbitros tiene favorecido los casos en que la causa de sospecha es suscitada. De allí la necesidad de establecer criterios rigurosos para la determinación de la existencia de falta de independencia o de imparcialidad*»⁹³. Y, específicamente en lo relativo al deber de revelación, las directrices existentes son muy útiles para aquello que se buscaba con los términos «desde el punto de vista de las partes» y «dudas justificables».

Una salida que se muestra mucho menos favorable, y que choca con la confianza que legitima la institución del arbitraje –y su propia seguridad jurídica–, es dejar que la figura del árbitro caiga en descrédito, bajo la alegación de que la comunidad arbitral brasileña es diferente y no puede sujetarse a ese tipo de instrucciones. Si cada norma tiene su aplicabilidad con vistas al derecho a la seguridad, y si hay la posibilidad de que se importen determinadas reglas en la medida en que sean convenientes y

aplicables, parece no existir razón para que así no se haga.

Es en falta de reglamentación, aunque sea simplemente orientativa, que las mayores irregularidades son cometidas. Y, en la línea que defiende William W. PARK, a partir de normas preexistentes, los árbitros tendrán menor margen para elegir las reglas que lleven al resultado más favorable sus predisposiciones subjetivas⁹⁴. La confianza en el árbitro y, por lo tanto, en el instituto del arbitraje, debe ser el punto de equilibrio.

5. CONCLUSIÓN

Se ha pretendido demostrar que el deber de revelación es originado precisamente por las diferencias existentes entre el arbitraje y la esfera judicial como distintos sistemas de resolución de conflictos. Mientras, en esta última, la confianza en el juzgador surge de un vínculo institucional y previo al litigio (principio del juez natural), en el arbitraje, la confianza en el juzgador es originada por las partes y, como medio de seguridad del instituto en sí, debe ser mantenida hasta el final del procedimiento –siendo el deber de revelación instrumento indispensable en este sentido.

En efecto, el deber de revelación tiene como elemento base y como finalidad la confianza de las partes en la persona del árbitro, al proveerlas de las informaciones necesarias para que esa credibilidad se mantenga durante todo el arbitraje y, así,

⁹¹ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno del árbitro (*Op. cit.*).

⁹² «*The IBA and the Working Group view these Guidelines as a beginning, rather than an end, of the process*» (p. 5).

⁹³ MIRANDA, Agostinho Pereira de. O estatuto deontológico do arbitro - Passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 7, n. 26, pp. 116-128, jul./set. 2010. Traducción libre.

⁹⁴ PARK, William W. Part III. Chapter 9: Arbitrator Integrity. *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, pp. 189-251; Michael Waibel, Asha Katishal et al. (Ed.), p. 226: «*Arbitrators who interpret preexisting norms have less leeway to pick rules that will lead to the outcome favored by their respective predispositions*».

afiance la seguridad del instituto como un todo. Se trata, en esa línea, de un mecanismo de estabilización fundamental del arbitraje.

Sin embargo, aunque el deber de revelación sea fuertemente aceptado como principio íntimamente conectado al arbitraje, las determinaciones de la extensión en que debe ser ejercido, caso por caso, no son de fácil definición. La reglamentación dada a lo que debe y a lo que no debe (o a lo que no necesita) ser revelado, de una forma general, parece no haber alcanzado la especificidad necesaria para que se atinja la seguridad por la que el deber de revelación fue instituido.

Legislaciones y reglamentos arbitrales, ya sea en el escenario internacional o brasileño, confieren gran discrecionalidad a los árbitros en el sentido de que el ejercicio del deber de revelación acaba por no asegurar, como debería, la equidistancia necesaria del árbitro en relación a las partes. En este sentido, la adopción de las llamadas *soft law*, mismo que en jurisdicciones diferentes de aquellas que efectivamente participaron de su elaboración, parece ser una primera so-

lución a ser considerada, siempre teniendo en cuenta las debidas reservas y ponderaciones. Un estándar universal referente a la ética o conducta apropiada del árbitro podrá nunca ser atingido, pero la seguridad jurídica en cada jurisdicción, basada en los preceptos universalmente aceptados como válidos (y no necesariamente vinculantes), es un objetivo plenamente alcanzable.

En Brasil específicamente, el completo rechazo de reglas como las *IBA Guidelines* no nos parece una solución adecuada y tampoco concordante con el considerable desarrollo reciente de la jurisdicción brasileña como favorable y simpática al arbitraje. Precisamente, éstas deben ser recibidas – como es, de hecho, su propósito – como buenos parámetros, admitiendo siempre las reservas que sean necesarias, que solo pueden establecerse después de un estudio apropiado. Alegaciones relativas a diferencias culturales y sociales no parecen ser procedentes al punto de impedir que se realice una evaluación pormenorizada de esas proporciones, que, aunque no resuelvan la cuestión, auxilian considerablemente que se dé un paso adelante, en vez de ningún paso.

**EL DEBER DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE
LOS ÁRBITROS EN LA NUEVA LEY COLOMBIANA DE
ARBITRAJE.
LA NECESIDAD DE DARLE CONTENIDO Y CONTEXTO
A UN NOVEL RÉGIMEN LEGAL.**

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO (*)
JULIO CÉSAR GONZÁLEZ ARANGO (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Las directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional. 3. Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

En materia de arbitraje internacional debemos comenzar por decir que hasta hace muy poco Colombia no contaba con una legislación actual y moderna que pudiera responder con propiedad y de manera adecuada a los retos y a las realidades de un instrumento legal que, como el arbitraje internacional, está forzosamente en constante evolución.

La Ley 315 de 1996 tímidamente y con considerables insuficiencias definió durante casi 16 años - de 1996 a 2012 - el marco legal del arbitraje internacional en Colombia. Por supuesto que un régimen legal que contaba con tan sólo cinco (5) artículos dejaba sin regulación muchos aspectos esenciales del arbitraje internacional. A lo anterior debe

agregarse que además de estos vacíos legislativos ciertas decisiones de las autoridades jurisdiccionales colombianas – por cierto, muy controvertidas - poco ayudaron en la definición de parámetros claros en esta materia.

Esta ausencia de un régimen normativo que definiera la institución arbitral de manera clara y, sobre todo, ajustada a la realidad del contexto internacional, provocó que diversos sectores y actores del arbitraje en Colombia unieran esfuerzos para expedir un marco legal que desarrollara de manera adecuada esta institución jurídica. Después de varias iniciativas fallidas, este esfuerzo finalmente pudo concretarse con la expedición de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 que en su «Sección Tercera» desarrolló el capítulo correspondiente al arbitraje internacional.

(*) Socio de Prietocarrizosa Abogados, Bogotá, Colombia.

(**) Socio de Prietocarrizosa Abogados, Bogotá, Colombia.

A nuestro modo de ver hay que reconocer el acierto del legislador colombiano al definir y fijar las reglas del arbitraje internacional inspirado en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su versión enmendada en 2006 - La Ley Modelo -.

Como se sabe, son muchas las bondades probadas de la Ley Modelo¹ y por ello con buen tino se ha dicho por reconocidos expertos en la materia que la Ley Modelo «se ha convertido en uno de los puntos de referencia para cualquier ley moderna en materia de arbitraje»².

El contexto internacional evidencia que las nuevas leyes expedidas en materia de arbitraje internacional buscan acoger una creciente tendencia dirigida a la unificación del procedimiento arbitral y, en ello, la Ley Modelo juega un papel incuestionable si se tiene en cuenta que ésta «se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje»³, pues «La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basó en la comprobación de que las leyes nacionales solían ser particularmente inadecuadas para regular los casos internacionales»⁴.

No obstante lo anterior, hay que anotar que en la búsqueda de esta finalidad los distintos ordenamientos jurídicos propenden también, en determinados casos, por acoger una regulación normativa bastante flexible al contener estándares procesales *abiertos* que se adapten fácilmente a la cultura jurídica de cada nación.

Lo anterior encuentra su explicación en el hecho que, a diferencia de las reglas específicas de contenido taxativo, el contenido y alcance del estándar como norma de derecho se materializa por medio de la aplicación de su postulado general por parte de los respectivos operadores jurídicos y, por su parte, la jurisprudencia se encarga de establecer de forma particular, a través de sus precedentes, la concreción del enunciado general de la ley⁵ de acuerdo a la perspectiva *ius-filosofica* específica del Estado en donde se revisa y define el parámetro legal en cuestión.

Pues bien, de conformidad con la tendencia predominante arriba descrita, bien puede decirse que en lo que atañe al deber de imparcialidad e independencia de los árbitros en procedimientos arbitrales de naturaleza internacional, hay más o menos un consenso en las legislaciones modernas de los distintos países latinoamericanos dirigido a implementar ordenamientos lega-

¹ En su Nota Explicativa sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (versión enmendada en 2006) la Secretaría de la CNUDMI señala que: «10. Los principios y soluciones adoptados en la Ley Modelo tienen por objeto reducir o eliminar los problemas y dificultades indicados. Como respuesta a las deficiencias y disparidades de las leyes nacionales, la Ley Modelo establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no afecta a ningún tratado pertinente en vigor en el Estado que la adopta. Si bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes».

² REDFERN, Alan y otros, «Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional». 4ª edición. Thomson Aranzadi. p. 467.

³ Numeral 5 de la Nota Explicativa sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (versión enmendada en 2006) de la Secretaría de la CNUDMI.

⁴ *Ibid.*

⁵ KAPLOW, Louis. «Rules Versus Standards: An Economic Analysis». En Revista Duke Law Journal Vol. 42: 557, 1992.

les que fijen estándares generales de conducta en lugar de predeterminedar reglas específicas caracterizadas por un excesivo rigor casuístico⁶.

Dicho lo anterior, conviene cuestionarse: ¿Qué pasa con Colombia y su nueva Ley de Arbitraje? ¿Seguimos la tendencia atrás descrita? La respuesta es, sí.

El artículo 64 de la Ley 1563 de 2012 prevé que:

«En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran». (subrayado como énfasis)

Por su parte, el numeral 7 del artículo 73 de la Ley 1563 impone a la autoridad judicial – cuando debe intervenir en la designación de los árbitros – la obligación de tomar «*las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de una persona independiente e imparcial*». Aproximación que se ve replicada en el artículo 75 de la misma ley según el cual:

«La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro

deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará oportunamente tales circunstancias a las partes.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calidades convenidas por las partes.

Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de hecha la designación».

Como puede apreciarse de las normas transcritas, el legislador colombiano optó por fijar unos estándares de contenido abierto en lugar de fijar reglas específicas y taxativas. Así las cosas, siendo una de las diferencias esenciales entre una regla y un estándar de conducta el que el contenido de la primera se da *ex ante* mientras que para la segunda es *ex post*, la forzosa pregunta que uno debe hacerse en esta materia al amparo de la Ley 1563 de 2012 es: ¿cuáles parámetros deben tenerse en cuenta para delinear de manera clara y concreta los estándares que definen los criterios de *independencia e imparcialidad* exigidos a los árbitros?. ¿Cómo se le da contenido y contexto a estos estándares de conducta?

⁶ En este sentido, el Artículo 104 de la Ley 26.572 de Perú, los Artículos 15 y 25 de la Ley 1770 de Bolivia, el Artículo 12 de la Ley 19.971 de Chile, y el Artículo 1428 del Código de Comercio de México han acogido todos una regulación por medio de estándares, inspirada en el artículo 12 de la Ley Modelo de Arbitraje elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

Siendo la Ley 1563, como efectivamente lo es, una norma de reciente expedición y, por ello, aún escasamente probada o sometida a un juicioso escrutinio por parte de los actores jurídicos pertinentes tanto del país como del exterior, son muchas las hipótesis y aproximaciones que se pueden plantear para dar respuestas a las anteriores preguntas.

Por nuestra parte, y después de la necesaria reflexión a la que obliga un asunto de tanta importancia, consideramos que un buen marco de referencia en esta materia se encuentra en las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. No sobra advertir que esta aproximación nada tiene de novedosa u original pues muchos han sido los actores del arbitraje internacional que con anterioridad han fijado su posición, la cual coincide con la nuestra. Dicho lo anterior, a continuación nos proponemos hacer algunas reflexiones sobre la materia.

2. LAS DIRECTRICES DE LA IBA SOBRE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En el año 2004 la IBA elaboró un documento denominado «*Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*» – en adelante también «las Directrices» – con la finalidad de prestar un soporte en la gestión de conflictos sobre el deber de imparcialidad e independencia de los árbitros en procedimientos arbitrales de naturaleza internacional. Para dar continuidad y hacer seguimiento a esta iniciativa, en el año 2005 la misma

institución conformó un grupo de trabajo con el propósito de monitorear el uso de las Directrices y recibir comentarios tendientes a un mejoramiento de su contenido.

Hay que decir que en sus inicios las Directrices generaron cierto grado de escepticismo pues, como bien se anotó en su momento, «*Todavía queda por verse si los lineamientos lograrán aceptación de la comunidad más amplia del arbitraje internacional. Para su eficacia es necesario que reciban la aprobación general de las instituciones arbitrales y los tribunales nacionales al momento de analizar las recusaciones de los árbitros. También es importante que se hagan merecedores del respeto de los abogados de las partes y los árbitros en el marco de los arbitrajes ad-hoc*»⁷.

El tiempo probó que las Directrices constituyen una herramienta muy útil para resolver los diferentes problemas que se presentan en torno a las condiciones de imparcialidad e independencia de los árbitros, al punto que su popularidad y amplio uso en la actualidad son incuestionables. Pero ello no fue gratuito.

Para la elaboración de las Directrices, la IBA conformó un grupo de 19 expertos de distintas nacionalidades que presentaron informes sobre cómo se manejaba el tema de conflicto de intereses en distintas jurisdicciones y, además, recibió el apoyo de prestigiosos centros de arbitraje internacional como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Instituto Alemán de Arbitraje (DIS), la Asociación Suiza de Arbitraje (ASA), la Corte de Arbitraje Interna-

⁷ REDFERN, Alan y otros. «Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacionall», 4ª edición. Thomson Aranzadi, p. 310.

cional de Londres (LCIA), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), el Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional (ACICA), el Centro Belga de Mediación y Arbitraje (CEPINA) y el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR)⁸.

En el reporte del Grupo de Trabajo publicado en el 2010 fue evaluado el uso de las Directrices en sus primeros años de existencia. Luego de haber realizado diversas encuestas a practicantes de todo el mundo, así como después de realizar una juiciosa investigación sobre la incidencia de las Directrices en varios reglamentos y revisar su presencia en decisiones arbitrales y judiciales en la materia a nivel global, el Grupo de Trabajo concluyó que «después de cinco años de diseminación de las Directrices, la mayoría de los árbitros internacionales consultan las Directrices cuandoquiera que deban ejercitar su juicio en lo referente a revelar circunstancias que podrían ser percibidas como conflictos»⁹.

Actualmente las Directrices se componen de grandes rasgos de dos secciones. La primera fija criterios generales de buenas prácticas en cuanto a la imparcialidad y la independencia, y la segunda se encarga de presentar una serie de situaciones no exhaustivas que representan una

aplicación práctica de las normas generales y que se encuentran catalogadas, según la gravedad del conflicto de intereses, en una lista roja, otra naranja y una tercera verde.

En el fondo, la primera sección adopta un grupo de lineamientos conductuales – estándares – que no obstante su naturaleza gozan de un grado de especificidad considerablemente mayor en comparación al estándar incorporado normalmente en la legislación nacional, y por ende, su utilidad práctica en la orientación del operador jurídico se verifica al poder fraccionar el estándar unitario de la ley local en siete «Normas Generales» que, además, contienen cada una su respectiva nota explicativa de forma individual.

En la segunda sección se encuentran las situaciones catalogadas dentro de las distintas listas mencionadas anteriormente. La primera de ellas es la Lista Roja, que a su vez presenta una división entre «situaciones no renunciables» y «situaciones renunciables». En el primer grupo de situaciones – las no renunciables – de la Lista Roja, el árbitro debe declinar de forma incontestable su participación en el tribunal de arbitramento como consecuencia de su evidente falta de imparcialidad o independencia¹⁰. En lo referido a las «situaciones renunciables», el árbitro tan solo podrá actuar si las partes manifiestan expre-

⁸ DE WITT WIJNEN, Otto LO. VOSSER, Nathalie y REO, Neomi. «Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration». En Revista Business Law International Vol. 5, 2004.

⁹ SHERER, Matthias y otros. «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009». [Traducción libre] En Revista Dispute Resolution International, Vol 4, 2010: «Five years after the dissemination of the Guidelines, most international arbitrators consult the Guidelines whenever they must exercise their judgment on whether to disclose circumstances that might be viewed as conflicts».

¹⁰ En el listado se encuentran las siguientes situaciones: (i) Existir identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje; (ii) el árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje; (iii) el árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejadas consecuencias económicas significativas para el árbitro; (iv) el árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

samente que se encuentran de acuerdo con su participación en el proceso arbitral a pesar de haberse proveído completa e integralmente la información sobre el potencial conflicto de intereses¹¹.

Posteriormente las Directrices presentan un grupo de situaciones enmarcadas dentro la denominada Lista Naranja. Las situaciones definidas en esta lista obligan al árbitro a revelar toda la información a las partes respecto a los hechos eventualmente generadores de conflictos de intereses, y las partes a su vez serán quienes deban decidir si efectivamente existe o no una afectación a la independencia o imparcialidad del árbitro que amerite su recusación según las reglas procedimentales aplicables al arbitraje¹².

Finalmente, existen varias situaciones que se incluyen dentro de la denominada Lista Verde¹³, según la cual, el suministro de información por parte del árbitro no es forzosamente necesario, y no existe infracción en este sentido por parte del miembro del tribunal arbitral en el caso en que no sea revelada a las partes, pues objetivamente no levanta dudas sobre la independencia o imparcialidad del mismo.

Nótese que el elemento más importante que las Directrices asocian a los criterios de imparcialidad e independencia es la revelación de información que deben hacer los árbitros. Este es un requisito que no se agota en un solo acto, por el contrario, el deber de revelación tiene la vocación de perdurar a lo largo del arbitraje.

2. Listado Rojo Renunciable

2.1. Relación del árbitro con la controversia

2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.

2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.

2.2. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia

2.2.1 El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.

2.2.2 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.

2.2.3 El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.

2.3. Relación del árbitro con las partes o sus abogados

2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

2.3.3 Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

2.3.4 El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre la filial de una de las partes y dicha filial interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.

2.3.5 Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.

2.3.6 El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

2.3.8 El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.

2.3.9 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.

¹² Son cinco los criterios que desarrollan las Directrices en relación con la Lista Naranja definidos de la siguiente manera: (i) Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso; (ii) Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad; (iii) Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado; (iv) Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje; (v) Otras circunstancias.

¹³ Esta lista está orientada por los siguientes criterios: (i) Dictámenes anteriores al arbitraje; (ii) Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes; (iii) Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes; (iv) Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes; (v) Contactos entre un árbitro y una de las partes.

Para precisar este deber de revelación se ha discutido si dicho deber tiene que ser valorado y calificado desde un criterio *objetivo*, en virtud del cual los hechos materia de revelación pueden resultar censurables o generar dudas frente a los ojos de un tercero objetivo y razonable o, si por el contrario, el criterio aplicable debe ser el *subjetivo*, caso en el cual la legitimación para calificar los hechos estaría en cabeza de las partes vinculadas al arbitraje.

La discusión originada por esta disparidad de criterios ha quedado zanjada en las Directrices que toman partido por el criterio *subjetivo*. Las notas explicativas a la edición del año 2004 de las Directrices – Explicación de la Norma General 3 – precisan que:

«[d]ebido a las diversas consideraciones relativas a la revelación de información, la norma correcta para esta última puede ser diferente. Existe un criterio puramente objetivo para la revelación de información en la mayoría de las jurisdicciones analizadas y en la Ley Modelo de la CNUDMI. No obstante, el Grupo de Trabajo reconoce que las partes tienen interés en ser plenamente informadas de cualesquiera circunstancias que a su parecer puedan ser relevantes. Debido a la firme posición de varias instituciones arbitrales (tal como lo reflejan sus reglamentos y los comentarios realizados al Grupo de Trabajo) que sostienen que el criterio de revelación de información debería reflejar la

perspectiva de las partes, el Grupo de Trabajo en principio aceptó, tras intensas deliberaciones, un enfoque subjetivo en lo que respecta a la revelación de información; y adaptó el texto del artículo 7(2) del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para la redacción de esta norma».

De conformidad con lo anterior consideramos que las Directrices fijan un marco que le permite al intérprete contar con unos criterios claros y concretos para definir los estándares de conducta relativos a la imparcialidad e independencia del árbitro fijados por la Ley 1563.

Ahora bien, hay que precisar que la intención de la IBA al momento de crear las Directrices no fue la de pretender que los árbitros se alejaran de las leyes nacionales aplicables al caso, ni tampoco del reglamento de arbitraje destinado a regir en la controversia presentada ante aquéllos, pero sí lo fue la de crear una guía que pudiese complementar las zonas grises encontradas en las distintas legislaciones y en los reglamentos arbitrales más utilizados a nivel mundial desde una perspectiva eminentemente internacional¹⁴.

En relación con la aplicación de las Directrices por parte de cortes nacionales, resulta interesante el ejemplo analizado por SHERER en lo atinente a una decisión de la Corte Comercial de Viena¹⁵ donde una de las partes propuso la recusación de un árbitro fundamentándose en el parágrafo

¹⁴ DE WITT WIJNEN, Otto LO. VOSSER, Nathalie y REO, Neomi. «Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration». En Revista Buissines Law International, Vol. 5, 2004.

¹⁵ CORTE COMERCIAL DE VIENA, Sentencia del 24 de julio 2007, Caso No 16 Nc 2/07w, en SCHERER, Matthias. «New Case Law From Austria, Switzerland and Germany Regarding the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration» [En línea] Consultado el 22 de junio de 2013. Disponible en: http://www.lalive.ch/files/Scherer-IBA_Guidelines-case_law.pdf

3.1.3. de la Lista Naranja de las Directrices, el cual establece que puede haber un conflicto de intereses cuando «dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas».

El 24 de julio de 2007, la Corte Comercial de Viena determinó que no existía conflicto de intereses en la situación planteada anteriormente y que las Directrices no debían ser tenidas en cuenta toda vez que en la ley austriaca no existía provisión alguna que afirmara que la interpretación de sus normas, en materia de arbitraje, tuviera que realizarse en atención a los usos y la doctrina de autoridades reconocidas en la materia a nivel internacional.

El anterior ejemplo resulta de utilidad para dar contexto al caso colombiano pues a diferencia del ordenamiento austriaco, en la ley nacional sí existe un claro mandato del legislador de interpretar el estatuto de arbitraje internacional de conformidad con su carácter internacional. Reiteramos que el artículo 64 de la Ley 1563 de 2012 dispone que:

«En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se

resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran».

Otro caso que vale la pena mencionar, acompañado de una amable invitación para que nuestras cortes locales lo tomen como ejemplo, es el de la aplicación que se ha dado por parte de las autoridades judiciales en Suiza, donde la Corte Federal Suprema de la Confederación Helvética se refirió a las Directrices afirmando que son «un valioso instrumento de trabajo que contribuye a la armonización y unificación de estándares en el área de conflictos de intereses del arbitraje internacional. Este instrumento no debe dejar de impactar la práctica de las cortes y las instituciones que administren procedimientos de arbitraje»¹⁶.

Es importante mencionar que a pesar de que Suiza no adoptó la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI dentro de su regulación normativa en lo relevante para el procedimiento de arbitraje internacional, lo cierto es que esta jurisdicción se ha caracterizado por adoptar una posición vanguardista en el tema en tanto que su jurisprudencia ha sabido mantenerse en armonía con las directrices arbitrales del mundo globalizado.

En el reporte del Grupo de Trabajo de 2010, además de los dos casos reseñados previamente, fueron mencionadas varias controversias en las que la aplicación de las Directrices ha sido objeto de debate por parte de tribunales de arbitramento, así como también, de autoridades judiciales de diversas jurisdicciones, demostrando que la

¹⁶ CORTE FEDERAL SUPREMA DE SUIZA. Sentencia del 20 de marzo del 2008. Caso No. 4A_506/2007. [Traducción libre]: «un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts (Berger/Kellerhals, op cit, n° 734 in fine), lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux (Kaufmann-Kohler/Rigozzi, Op. cit. n° 374)».

relevancia de las mismas en temas de arbitraje internacional es cada vez más sólida.

En relación con la importancia que han tenido las Directrices en la configuración de reglamentos arbitrales de prestigiosas instituciones alrededor del mundo, se han reportado como ejemplos el reglamento de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC) y el de la Comisión de Arbitraje de Beijing (BAC)¹⁷.

Adicionalmente, organizaciones como el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán, y el Instituto de Arbitraje y Mediación de Nueva Zelanda (AMINZ) han promovido activamente el uso de las Directrices. En el caso del AMINZ particularmente, observamos inclusive que por medio de Resolución del 6 de diciembre de 2004, este centro de arbitraje adoptó las Directrices como criterio a ser tenido en cuenta cuando dicha institución esté actuando como autoridad nominadora.

La innegable utilidad de las Directrices para proveer contenido a las normas nacionales sobre los conceptos de imparcialidad e independencia de los árbitros, nos permiten concluir que las Directrices bien pueden ser tenidas en cuenta en los arbitrajes internacionales con sede en Colombia pues, frente a la ausencia de desarrollo legal de las premisas fijadas en el artículo 75 de la Ley 1563 de 2012, las reglas contenidas en las Directrices aportan un marco razonable a la definición de estos criterios.

Así, a manera de ejemplo, consideremos un escenario en el que un árbitro de-

signado de común acuerdo por las partes se encuentra en una de las circunstancias previstas en el «Listado Rojo Renunciable» o en el «Listado Naranja» de las Directrices.

Al amparo de los principios y postulados que orientan las Directrices, no cabe la menor duda que tal circunstancia impone al árbitro en cuestión la obligación de revelarla para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 75 de la Ley 1563 de 2012 – deber de revelación de todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia –.

Imaginemos el mismo árbitro pero en este caso se trata de un árbitro parte que se abstiene de hacer la revelación correspondiente y la parte litigante contraria acaba de enterarse de las circunstancias atrás anotadas. En este caso, igualmente, las Directrices sin duda constituirán una herramienta esencial para que esa parte pueda fundamentar con argumentos serios y sólidos la respectiva recusación.

Los anteriores ejemplos, que pueden ser parte de una muy amplia gama de escenarios posibles, evidencian la utilidad y gran servicio que las Directrices pueden prestar para llenar vacíos o superar discusiones sobre las condiciones o circunstancias que puedan afectar la independencia e imparcialidad del árbitro.

3. CONCLUSIONES

En razón a la reciente expedición de la Ley 1563 de 2012 todavía queda un largo camino por recorrer antes de que los criterios de *independencia e imparcialidad*

¹⁷ GILL, Judith. «The IBA Conflicts Guidelines - Who's Using Them and How?» En Revista Dispute Resolution International, Vol. 1, 2007.

que la ley exige a los árbitros puedan ser definidos de manera clara y precisa.

No obstante lo anterior, existen instrumentos de *soft law* que resultan muy útiles para darle contenido y forma a estos estándares de conducta de suerte que su aplicación no sea objeto de ligeras o amañadas interpretaciones. Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional constituye un valioso instrumento que ofrece a los actores del arbitraje en Colombia criterios ponderados y razonables para resolver muchas de las dudas y vicisitudes que se pueden presentar en este tipo de situaciones.

A falta de normas locales que regulen la materia – que francamente no se necesitan si se respeta el espíritu de la Ley Modelo que a su vez sirvió de inspiración a la Ley 1563 de 2012 – y la ausencia de desa-

rrrollo jurisprudencial de las Cortes Colombianas en estos temas, la observancia de las Directrices para darle contenido a los criterios de independencia e imparcialidad tantas veces citados, compagina plenamente con nuestro sistema jurídico y salvaguarda la integridad normativa garantizando con ello trámites arbitrales internacionales adelantados en Colombia con árbitros imparciales e independientes.

Por supuesto, tal y como podrá haber concluido también el lector, el elemento universal de la buena fe constituye el pilar para la aplicación de estas normas. Es así como un conflicto revelado puede determinar la renuncia de las partes a obtener el retiro del árbitro mientras que un evidente conflicto no revelado resultaría a todas luces imperdonable. Para estos efectos, la conducta del árbitro postulado y/o elegido es la que determina su buena o mala fe.

EL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

CAROLINA POSADA ISAACS (*)

MARIA ALEJANDRA ARBOLEDA GONZÁLEZ (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Regulación del deber de revelación de los árbitros. 3. Perspectiva jurisprudencial del deber de revelación de los árbitros. 3.1. Un caso colombiano. 3.2. Un caso suizo. 3.3. Un caso francés. 4. Problemas prácticos. 4.1. La institución arbitral elegida por las partes debe nombrar a los árbitros y así lo hace. Los árbitros deben aceptar o rechazar su nombramiento dentro de los 5 días siguientes (en el caso colombiano ese es el plazo legal para que confirmen o no su nombramiento). 4.2. Las partes nombran a los árbitros de común acuerdo y éstas aceptan el cargo; admitida la demanda, el convocado formula llamamiento en garantía a un tercero, figura posible bajo la ley colombiana. 5. Consideraciones finales.*



1. INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que cuando las partes suscriben un pacto arbitral, no pretenden cosa distinta a que su controversia, presente o futura, sea resuelta de manera final, definitiva y vinculante, por un tribunal arbitral imparcial e independiente.

Y para garantizar ese resultado nada mejor que imponer a los árbitros el deber de informar a las partes cualquier relación que sostengan con cada una de ellas, o cualquier circunstancia que de alguna manera pudiera afectar su imparcialidad y/o independencia.

Por ello el primer deber de los árbitros, al conocer su designación, habrá de consistir en informar si existen circunstancias que generen dudas sobre dicha imparcialidad; dudas que deberán ser serias a juicio de las partes o de «una tercera persona objetiva»¹ y no a juicio del árbitro designado, pues si el árbitro no se considera a sí mismo imparcial e independiente lo procedente sería la declinación al cargo, más que cualquier otra cosa.

Y habrá de permanecer imparcial e independiente durante todo el arbitraje, de suerte que este deber no se extingue con la

(*) Socia de Posse Herrera Ruiz. Su práctica profesional se concentra en resolución de conflictos, participando en arbitramentos nacionales e internacionales, así como en litigios ante las jurisdicciones Ordinaria y de lo Contencioso Administrativo. Es abogada de la Universidad de La Sabana y tiene una especialización en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia.

(**) Asociada en Posse Herrera Ruiz. Su práctica profesional se concentra en resolución de conflictos. Es abogada de la Universidad del Rosario.

¹ IBA. Guías sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional. Guía 2. (c)

revelación inicial, sino que impone al árbitro la obligación de manifestar cualquier circunstancia sobreviniente que genere dudas serias y justificadas sobre su imparcialidad y/o independencia.

El deber de revelación se erige entonces como un tema que merece especial cuidado y atención por las comisiones reguladoras que se encargan de revisar los reglamentos de arbitraje de las instituciones administradoras de procesos arbitrales, así como de los legisladores nacionales al momento de determinar su alcance. Especialmente porque del cumplimiento o no por parte de los árbitros, se pueden derivar consecuencias que van desde la recusación hasta la anulación del laudo, sin dejar de lado en algunos casos, la propia responsabilidad del árbitro.

2. REGULACIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

En varios reglamentos internacionales, como el Reglamento de Arbitraje de la CCI 2012, el reglamento ICDR y la Ley Modelo de la CNUDMI, la revelación se concibe como el deber del árbitro de declarar cualquier circunstancia que pudiere poner en duda su imparcialidad o independencia.

En relación con Colombia debe decirse que hasta octubre de 2012 no existía una obligación ni un deber legal de revelar, más allá de aquellas circunstancias que dejaban a los árbitros incurso en una causal de impedimento de aquellas reguladas por el Código de Procedimiento Civil²: «*Siempre que exista o sobrevenga causal de impe-*

dimento, el árbitro deberá ponerla en conocimiento de los demás y se abstendrá, mientras tanto, de aceptar el nombramiento o de continuar conociendo del asunto»³.

A su turno, el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá – la principal institución arbitral del país – establece la misma obligación que traía el Decreto 1818 para los árbitros.

En esos términos, y hasta antes de la expedición del nuevo estatuto arbitral (Ley 1563 de 2012) se tenía que los árbitros eran equiparados, a efectos de determinar su imparcialidad e independencia, a los jueces nacionales y por ende sólo se consideraban impedidos para resolver una controversia determinada, por las mismas causales que aquellos.

Lo anterior sin embargo no resultaba del todo adecuado, ni menos aún suficiente, en la medida en que si bien los árbitros en Colombia son considerados verdaderos jueces, éstos no se encuentran en su mayoría dedicados exclusivamente a fungir como árbitros y por el contrario, ejercen su profesión desde su práctica privada.

Así las cosas, las causales de impedimento de los jueces, taxativas y restringidas, se quedaban cortas respecto de situaciones usuales para los árbitros y ciertamente inconcebibles para los jueces.

De acuerdo con la regulación anterior, en Colombia los árbitros estaban obligados a revelar si ellos, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero

² Decreto 1818 de 1998, artículo 130: «*Impedimentos y recusaciones. Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces*».

³ Decreto 1818 de 1998, artículo 133, inciso 1°.

civil: (i) tiene interés directo o indirecto en el proceso, (ii) conoció del proceso en instancia anterior, (iii) si es cónyuge o pariente de alguna de las partes, su presentante o apoderado, (iv) es guardador de alguna de las partes, (v) si una de las partes, representante o apoderado es su dependiente, mandatario o administrador de sus negocios; (vi) si existe pleito pendiente contra alguna de las partes o apoderado, (vii) si las partes o su apoderados han formulado denuncia penal en su contra o viceversa, (viii) si existe enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia o amistad íntima con las partes o su apoderado; (ix) si es acreedor o deudor de alguna de las partes o su apoderado, (x) si es socio de alguna de las partes o su apoderado en sociedad de personas, (xi) haber aconsejado o dado concepto fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones del proceso, o haber intervenido como apoderado agente del ministerio Público, perito o testigo, (xii) es legatario o heredero de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso, o (xiii) tiene pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que debe fallar.

¿Pero qué pasaba entonces si uno de los árbitros era contraparte del apoderado de una de las partes en otro trámite judicial o incluso arbitral? Siendo que el Juez no puede ejercer la abogacía en calidad de abogado de parte, dicha situación no estaba ni está aún hoy contemplada como una causal de impedimento ni de recusación de los jueces, pues resulta totalmente inverosímil. Sin embargo, respecto de la actividad arbitral esto se presenta con una gran frecuencia, en especial en sociedades donde los profesionales dedicados al arbitraje son muy pocos.

En el caso anterior nadie se atrevería a afirmar que so pretexto de la inexistencia

de obligación legal, el árbitro incurso en la situación descrita no debería revelar dicha circunstancia, conocida por demás por el apoderado que funge como su contraparte. Y más aún, que incluso debería abstenerse de aceptar. Sin embargo, se insiste, a la luz de la legislación aplicable hasta entonces esa circunstancia no constituía impedimento alguno.

Y así muchas otras situaciones ajenas a los jueces, como que el árbitro sea miembro de la junta directiva del competidor de una de las partes y ese competidor tenga procesos vigentes en contra de una de las partes; que el árbitro haya estado refiriendo clientes de manera constante al abogado de la parte que lo nombró como árbitro; o que el árbitro sea el abogado de un tercero que está buscando comprar la compañía que actúa como parte, entre otros.

Ante dichas situaciones era evidente la necesidad de regular el deber de revelación de manera específica para los árbitros, y no por la mera remisión a unas causales que cada vez más no encajaban en la actividad arbitral.

Así las cosas, el 12 de octubre de 2012 entró en vigencia el estatuto arbitral colombiano que introdujo dicho deber en cabeza de los árbitros; sin embargo, como no hay universo perfecto, se pasó de la ausencia total del mismo, a la obligación de revelar circunstancias que francamente parecen exceder la finalidad y el objeto de tal deber.

Establece el artículo 15 de la Ley 1563:

«Deber de información. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coin-

cide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años».

Sin embargo, el artículo continúa así:

«Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados» (énfasis añadido).

Es comprensible que el árbitro deba revelar si coincide en algún proceso con las partes o sus apoderados, o si ha coincidido en los dos últimos años. Incluso si algún miembro de su oficina lo ha hecho. Pero «cualquier otro asunto profesional», ya parece demasiado amplio. ¿Acaso si el árbitro coincidió, por razones profesionales, en un panel con una de las partes o su abogado, debe revelar esa situación? Si no parece razonable que dicha situación afecte la imparcialidad o independencia del árbitro, ¿Cuál sería la razón para revelarla? Máximo si es posible que por la timidez del asunto lo haya olvidado.

Y ni qué decir de la obligación de revelar cualquier relación de carácter familiar o personal, expresión esta última que se presta para cualquier tipo de interpretaciones.

En efecto, ¿Qué se entiende por una relación personal?

Si vamos al significado literal de la expresión tenemos que relación es una «2. *Conexión, correspondiente de algo con otra cosa.* 3. *Conexión, correspondencia, trato, comunicación de alguien con otra persona*»⁴, de suerte que bajo una exégesis literal de este inciso, que no indicó limitación temporal alguna, el árbitro estaría obligado a revelar si conoció a la parte cuando tenían 5 años y compartían clases de natación, por ejemplo. O que una sobrina suya está casada con un primo del apoderado de una de las partes, y que en el cumpleaños de sus hijos, lo cual naturalmente ocurre cada año, comparten una tarde juntos.

Nadie medianamente sensato consideraría que ese es el espíritu y el fin del deber de revelación, ¿Verdad?

Parece que esas situaciones no ponen en riesgo la imparcialidad o independencia del árbitro como para obligarlo a revelarlas, y por el contrario constituyen información que a las partes no les interesa o al menos no debería interesarles para efectos de su trámite arbitral.

Pero peor aún, ¿Qué ocurre si entre tantas relaciones de carácter personal que pudiere llegar a considerarse tiene el árbitro con las partes y con sus apoderados, olvida mencionar algo, como por ejemplo que una de sus cuñadas sostiene una relación sentimental con quien hace 5 años se desempeñó como representante legal de la parte convocante, razón por la cual jugó golf un par de oportunidades con dicha persona ¿Es posible solicitar la anulación del laudo por la indebida conformación del tribunal arbitral por ese sólo hecho? Parecería un sinsentido.

La finalidad del deber de revelación no es otra que informar a las partes de las

⁴ RAE. Relación. <http://lema.rae.es/drae/?val=relaci%C3%B3n>

circunstancias relevantes que podrían poner en duda la imparcialidad o independencia del árbitro. Es esa la interpretación que debe dársele al artículo mencionado. Y en ese sentido, obligar al árbitro a revelar cualquier relación familiar o personal con las partes, o sus apoderados no parece cumplir dicho propósito y por el contrario podría invadir ámbitos de su privacidad ajenos a su actividad arbitral.

Lo anterior con mayor razón si se tiene que de conformidad con la ley colombiana, si el árbitro llegare a olvidar revelar algo, – lo cual dada la extensión de la obligación es muy posible – quedará impedido por ese sólo hecho:

«Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados»⁵.

En resumen, a pesar de la amplitud de la norma en cuestión, deberá interpretarse que sólo aquellas situaciones relevantes, determinantes o que justificada o razonablemente parecieren ser susceptibles de afectar la imparcialidad del árbitro son las que deberán ser reveladas; sin olvidar, claro está, que en caso de duda es mejor revelar.

Es importante mencionar que en el caso colombiano la ley arbitral dejó en manos de las partes la valoración –que no la decisión– de las circunstancias reveladas, permitiendo que sean éstas quienes una vez

conocidas las mismas manifiesten si les generan dudas justificadas, a efectos de remplazar el árbitro:

Si dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y su deseo de relevar al árbitro con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros. (Énfasis añadido)

Finalmente se destaca que en el arbitraje doméstico *«ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a éstas»⁶*, circunstancia ésta que también deberá ser informada.

Teniendo en cuenta que en Colombia existe una ley de arbitraje dualista, el deber de revelación en los términos analizados sólo aplica para los arbitrajes domésticos; tratándose de arbitraje internacional, cuya regulación se hizo con base en la Ley Modelo de la CNUDMI, los árbitros deben

⁵ Ley 1563/2012, artículo 15, inciso 3.

⁶ Ley 1563/2012, artículo 8, inciso 2.

manifestar «*todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia*». Deber que como se manifestó inicialmente, inicia al momento de su nombramiento y se extiende durante todas las actuaciones arbitrales.

Si bien no se definió en qué consiste una duda justificada, consideramos muy apropiado el concepto desarrollado por la *International Bar Association* en sus guías sobre conflictos de interés en materia de arbitraje internacional, según las cuales una duda es justificada si una tercera persona razonable y debidamente informada concluiría que existe la probabilidad de que el árbitro pueda ser influenciado por factores distintos de los méritos del caso como fue presentado por las partes, al momento de tomar una decisión.⁷

3. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

3.1. Un caso colombiano

Dentro del trámite arbitral convocado por un distribuidor contra una compañía de telefonía móvil, uno de los apoderados presentó recusación contra dos de los árbitros que fueron sorteados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cumplimiento del pacto arbitral, por considerar que aquellos no cumplían con las condiciones y requisitos señalados en el reglamento de dicho Centro, así:

Al árbitro uno, por cuanto había sido árbitro en un proceso en el cual el abogado

de la compañía de telefonía móvil había actuado como apoderado de una de las partes. El proceso terminó de forma anormal y la otra parte denunció penalmente a todos los miembros del tribunal por un tema relacionado con los honorarios.

Al árbitro dos porque había sido apoderado de algunos distribuidores de la compañía de telefonía móvil y como tal había adelantado reclamaciones contra ella.

La recusación fue resuelta por el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, quien la rechazó por considerar que no había lugar a la misma.

Ante dicha decisión el apoderado interpuso acción de tutela, la cual fue resuelta negativamente por el Tribunal Superior de Bogotá, y confirmada por la Corte Suprema de Justicia, quien en sede de tutela manifestó:

Para negar la recusación el juzgado consideró:

«Véase cómo, en relación con la causal 1º, no hay elemento de juicio en el paginario que permita colegir que siquiera uno de los árbitros que componen el Tribunal de Arbitramento aquí designado mantiene un claro interés, bien sea directo o indirecto, respecto de la suerte final del proceso, resultando insuficiente para obtener una conclusión de esa magnitud el hecho de que los árbitros recusados hubieren emitido un pronunciamiento en un trámite que otrora se instauró en un contexto semejante.

⁷ *Doubts are justifiable if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision*

Puesto en otras palabras, esos hechos externos y ajenos al pleito que ahora nos ocupa, como lo fue el laudo proferido en otra causa o la condición de representante legal que ostenta dentro de un trámite arbitral distinto a la de las partes aquí intervinientes, en manera alguna pueden reflejar un particular interés que comprometa seriamente el desempeño objetivo del Juez dentro del proceso arbitral de la referencia, descartándose por esta senda la presencia de la causal anunciada.

(...) no se acreditó que en los procesos en los que surgió confrontación entre el apoderado de la convocada y el árbitro - en su calidad de representante de los distribuidores de la misma - haya habido alguna decisión que marcara consecuencias en contra de la parte que representa el ahora recusante.

‘En esa forma la expectativa del recusante, su temor contra los árbitros recusados, de la presunta actuación imparcial y las consecuencias que de los anteriores antecedentes se quieren derivar no pueden constituir motivo suficiente para separar a los árbitros recusados del conocimiento de este trámite, por lo que los fundamentos en que se abrigan los motivos alegados reflejan solo una visión un tanto prevenida del recusante. (...)

«donde el inconforme ve desventaja por haber conocido el Tribunal de Arbitramento un caso análogo, considere este Despacho que esa particulari-

dad no es tal cosa, pues el conocimiento y examen precedente de una situación litigiosa parecida, ciertamente brindará al sentenciador herramientas adicionales que redundarán en una clara y mejor apreciación de las piezas procesales y, por contera, en una sólida y certera definición del caso. De otro lado tampoco estaría atado al caso anterior, pues el criterio plasmado en tal decisión no lo vincula intelectualmente, pudiendo separarse del enfoque precedente cuando advierta la equívoca posición planteada.(...)

«Es por todo lo anterior, que se infiere sin hesitación alguna que la recusación formulada, no tiene posibilidad de éxito, toda vez que no se demostró circunstancia alguna que permitiera pensar que se encuentra afectado el sano juicio de los árbitros integrantes del Tribunal de Arbitramento censurado como tampoco que existan serias dudas respecto del principio de imparcialidad inherente a la administración de justicia, conclusión sobre la que es necesario agregar, que pese a la decadencia del trámite propuesto, este juzgador no advierte que su proposición concite un proceder temerario por parte de quien lo alegó, lo que conlleva a desestimar la petición sancionatoria formulada en tal sentido» (el resaltado en nuestro, folios 2 a 8)»⁸.

3.2. Un caso suizo

El Tribunal Supremo Federal Suizo tramitó una recusación donde se alegaba la parcialidad del presidente del tribunal y del árbi-

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de mayo de 2010, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

tro elegido por la contraparte, porque ambos, junto con el abogado de la contraparte, pertenecían a la asociación «Rex Sport».

Ninguno de los árbitros reveló esa situación. El Tribunal Supremo encontró que la demandante había realizado una debida diligencia cuando conoció la identidad de los árbitros y consideró que la situación de la membresía a «Rex Sport» no debió haber sido revelada por los árbitros.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluyó, en su decisión del 20 de marzo de 2008, que la relación basada en la membresía a una asociación profesional o social entre un árbitro y el abogado de una de las partes, es una situación descrita en el listado verde de las Directrices IBA, pár. 4.1.1, y por tanto esa relación no es suficiente para recurrir a los árbitros.

3.3. Un caso francés

El 12 de febrero de 2009, la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo CCI dictado el 10 de diciembre de 2007. En dicho caso, el presidente del tribunal manifestó que otras oficinas pertenecientes a su firma habían asistido a Edison, la casa matriz de Tecnimont (parte en el proceso) en un caso que ya había terminado. Su designación fue confirmada.

Durante el proceso, Avax (parte en el proceso) se enteró de la posible existencia de otros nexos adicionales entre Tecnimont y la firma a la que pertenecía el presidente del tribunal. Avax solicitó información adicional al presidente y, con fundamento en dicha información, inició un proceso de recusación ante

la CCI, el cual fue desestimado por la Corte de la CCI el 26 de octubre de 2007.

Finalmente Avax formuló un recurso de anulación contra el laudo, con fundamento en el conflicto de intereses del presidente y el incumplimiento de su deber de revelación, por cuanto en la información suministrada en 2007 y 2008 aparecía que la firma del presidente del tribunal trabajaba en un caso desde el 2002 representando a Edison, fecha anterior a la presentación de la demanda; y que había empezado a asesorar a Sofregaz, una filiar de Tecnimont, en 3 caso más.

«[l]a Corte de Apelación, inscribiéndose en la solución constantemente consagrada por la jurisprudencia francesa, reafirmó que corresponde al árbitro «revelar a las partes toda circunstancia susceptible de afectar la imparcialidad de su juicio o capaz de implantar en ellas una duda razonable en lo que respecta a su carácter de imparcialidad e independencia». Respecto a las circunstancias del caso, era improbable que la Corte no anulase el laudo. En efecto, todos los criterios establecidos por la jurisprudencia se encontraban satisfechos. Así:

- Una falta de declaración o al menos una declaración incompleta;
- Una situación desconocida por la recurrente y que no era notoria;
- Una retención susceptible de implantar en las partes una duda razonable en lo que respecta a su carácter de imparcialidad e independencia como lo admitió el Presidente del tribunal arbitral cuando presentó su dimisión».⁹

⁹ Alexandra MUÑOZ and Thomas PARIGOT, Note - 12 February 2009, Corte de Apelación de París (1.a Sala, Sección C) in Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS and David ARIAS (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2009 Volume 2009 Issue 6) pp. 159-164.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de París anuló el laudo.

4. PROBLEMAS PRÁCTICOS

Finalmente, una vez revisada la regulación del deber de revelación de los árbitros, se traen a continuación algunos interrogantes que pueden presentarse en el escenario de un proceso arbitral doméstico colombiano de acuerdo con la legislación vigente:

4.1. La institución arbitral elegida por las partes debe nombrar a los árbitros y así lo hace. Los árbitros deben aceptar o rechazar su nombramiento dentro de los 5 días siguientes (en el caso colombiano ese es el plazo legal para que confirmen o no su nombramiento)

En ese momento los árbitros solo conocen quiénes son las partes y quién el apoderado de la convocante. Lo más probable es que aún no conozcan quién es el apoderado de la parte convocada, pues es posible que aún no haya sido designado; menos aún se ha presentado contestación de la demanda.

Con la información disponible, los árbitros aceptan su nombramiento y se convoca audiencia de instalación.

Al momento de la instalación, o posteriormente si la convocada asiste sin apoderado o sencillamente no asiste – lo cual es posible –, resulta que el apoderado del convocado ha sido contraparte frecuente de uno de los árbitros. En ese caso ¿de quién debería ser el deber de revelación y quién debería declinar su cargo? ¿El árbitro nombrado con anterioridad a la designación del apoderado, o el apoderado de parte?

Recuérdese que el deber de revelación está radicado en cabeza de los árbitros y

no de las partes, pues son estos y no aquellas quienes deben ser imparciales e independientes. Sin embargo no puede dejar de preguntarse si esta práctica puede convertirse en un mecanismo para forzar la renuncia de un árbitro legítimamente nombrado, a través de un impedimento sobreviniente.

4.2. Las partes nombran a los árbitros de común acuerdo y éstos aceptan el cargo; admitida la demanda, el convocado formula llamamiento en garantía a un tercero, figura posible bajo la ley colombiana

Bajo la ley colombiana y en especial para llamamientos en garantía con fundamento en contratos suscritos antes del 12 de octubre de 2012, el llamado en garantía tiene la facultad de adherir o no al pacto arbitral, caso este último en que el proceso continúa sin su intervención.

Pues bien, ese llamado en garantía tiene un conflicto de interés con alguno de los árbitros.

¿Debe el árbitro, desde el mismo momento en que el convocado formula el llamamiento en garantía, manifestar su relación con el tercero? ¿Debe hacerlo y no participar en la decisión de aceptar el llamamiento, a la espera de renunciar sólo si el tercero decide intervenir en el trámite? ¿Debe renunciar desde el mismo momento en que conoce de la solicitud de intervención, aun cuando a la postre el llamado en garantía decida no participar en el proceso y el conflicto posiblemente no se materialice?

5. CONSIDERACIONES FINALES

Las distintas regulaciones del deber de revelación de los árbitros, las deci-

siones jurisprudenciales citadas y los casos hipotéticos que se han puesto de ejemplo reflejan la complejidad que dicho deber de los árbitros representa en la práctica.

En el caso colombiano y dada la no-

vedad del tema, tenderemos que esperar el desarrollo jurisprudencial de este asunto, para saber con certeza el alcance que habrá de dársele a esta obligación, que constituye sin duda uno de los pilares del arbitraje, nacional e internacional.

REFLEXIONES SOBRE EL ISSUE CONFLICT (O LA PRESENTACIÓN DEL ISSUE BIAS)

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*)

SUMARIO: *1. Introducción: El sistema actual de nombramiento de árbitros. 2. Definición de Issue Conflict y diferencia con otros dilemas. 2.1. Aspecto sustantivo. 2.2. Aspecto formal. 3. Tratamiento del Issue Conflict. 3.1. Regulación normativa. 3.2. Jurisprudencia: la Decisión Urbaser. 4. Conclusión.*

Es de perogrullo anotar que toda discusión relacionada con la independencia e imparcialidad de los árbitros es esencial para la credibilidad del sistema de arbitraje internacional. Es por esta razón, sin duda, que existe vasta literatura y discusión sobre el tema y las diferentes aristas que de él emanan. A través de ciertas preguntas elementales, estas notas pretenden aportar a los debates que se suscitan sobre un asunto muy específico dentro del universo de la independencia e imparcialidad de los árbitros, el *issue conflict*, o la predisposición doctrinal¹.

A modo de introducción se describe el diseño del sistema de arbitraje internacional que impera en la actualidad, en particular en lo concerniente al nombramiento de árbitros (1). Posteriormente se plantean dos interrogantes:

qué es *issue conflict* y cómo se diferencia de otros dilemas relacionados con el requisito de imparcialidad (2); y, a partir de ello, cuál es el tratamiento que se le da al *issue conflict* en las normas y la jurisprudencia (3). Tras hilar las respuestas a las anteriores preguntas, surge la última duda: el *issue conflict*, ¿mina la credibilidad del sistema? (4). Como quedará establecido, la respuesta es que no, y que el término «*issue conflict*» debería ser reemplazado por «*issue bias*».

1. INTRODUCCIÓN: EL SISTEMA ACTUAL DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

Recientemente se generó un interesante debate provocado por el Profesor Jan PAULSSON, quien planteó la necesidad de

(*) Profesora de Arbitraje de la Universidad de Chile. Abogada y árbitro, Miembro fundadora de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la ICC; miembro del Instituto de Arbitraje Internacional (IAI).

¹ Se utiliza la terminología inglesa por ser ampliamente conocida por la comunidad arbitral. Se utiliza indistintamente la traducción del jurista español Manuel CONTHE, «predisposición doctrinal», la cual es más precisa. Véase blog de Manuel CONTHE «El Sueño de Jardiel», en <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2012/08/14/issue-conflict.html> [Página visitada el día 02.02.2013, a las 18:00 horas].

modificar el sistema que permite los nombramientos de árbitros unilateralmente por cada una de las partes y migrar hacia uno de nombramientos puramente institucionales². La preocupación subyacente de su postura es el riesgo a la pérdida de credibilidad del sistema, puesto que existirían indicios que apuntan a una falta de imparcialidad de los árbitros designados unilateralmente por las partes. Al lado opuesto de la discusión, se planteó la necesidad de proteger la facultad de las partes para designar a los árbitros como un elemento del sistema actual del arbitraje internacional³.

Esta polémica pone de manifiesto la tensión que existe entre la credibilidad del arbitraje como un mecanismo privado de justicia impartida por juzgadores imparciales, por un lado, y la efectividad del mecanismo, creado por y para sus usuarios⁴ al amparo de tratados, leyes y contratos, por el otro. En efecto, el sistema de arbitraje internacional actual pretende proteger la autonomía de la voluntad en materia de constitución del tribunal arbitral y, a la vez, garantizarla imparcialidad y la independencia de los árbitros. Aun cuando la propues-

ta del Profesor Paulsson no trate de erradicar por completo la designación de los árbitros por las partes –sino solamente los nombramientos unilaterales–, pareciera inclinarse excesivamente en la dirección del segundo propósito enunciado, en detrimento del primero; es probablemente por esta razón que, como él mismo admite, está bastante aislado en su postura⁵.

En esa dirección pareciera apuntar el estudio realizado por el School of International Arbitration Queen Mary, de la Universidad de Londres, «2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process». Uno de sus resultados arroja que el 76% de los usuarios sostiene que es «muy importante» que las partes puedan designar los árbitros que van a conocer de las controversias que ellas someten a arbitraje⁶. En su respuesta al Profesor Paulsson, ya Alexis Mourre había anotado que más del 50% de los usuarios en arbitrajes administrados por la ICC y por la LCIA en el año 2009 prefirieron que los presidentes de los tribunales arbitrales fueran designados por las partes, directa o indirectamente (esto es, por los coárbitros por ellas designados), y no por la institución⁷.

² PAULSSON, Jan, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010. Véase en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf. [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:10 horas].

³ MOURRE, Alexis, «Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration», Véase en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moral-hazard-in-international-arbitration/> [página visitada el día 21.02.2013, a las 20.00 horas].

⁴ Es de anotar que en la referencia a «usuarios» se incluye tanto el Estado que firmó un tratado como el privado que celebró un contrato y el Estado que suscribió un contrato, ya que en definitiva, todos ellos crean consensualmente las reglas de constitución del tribunal arbitral, sea en los tratados o en los contratos pertinentes. Por esta razón, las reflexiones que se plantean son válidas para el arbitraje comercial y el arbitraje en materia de inversión.

⁵ PAULSSON, Jan, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010. Véase en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf. [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:10 horas].

⁶ Véase en <http://www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/Arbitration/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf>, p. 5. [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:10 horas].

⁷ Véase en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moral-hazard-in-international-arbitration/> [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:00 horas].

Si bien las estadísticas no conciernen específicamente los nombramientos unilaterales, no es osado concluir que, tanto conceptualmente como en la práctica, hay una preferencia por parte de la mayoría de los usuarios por conservar esta facultad. Ahora bien, ¿constituye el nombramiento unilateral un derecho inalienable? Si bien es discutible, lo cierto es que la generalidad de las legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje no solo no lo proscriben sino que lo establecen como el mecanismo operativo a falta de un acuerdo en contrario⁸. Los tribunales judiciales no parecen cuestionarlo tampoco, siempre que se resguarde la igualdad entre las partes en el ejercicio de dicha potestad⁹. Por último, la observación empírica sugiere que es ínfimo el número de cláusulas arbitrales en las cuales las partes voluntariamente renuncian a efectuar designaciones unilaterales.

La relevancia de la discusión iniciada por el Profesor PAULSSON para el tema de *issue conflict* es absoluta, ya que uno de los aspectos que las partes sopesan al momento de identificar el árbitro que van a designar es precisamente una predisposición doctrinal favorable a sus respectivas posturas. El siguiente intercambio en el blog de KluwerArbitration.com es revelador:

«[Post de Katherine A. Rogers del 9 de agosto de 2012]:

-[...] Research [carried out to identify a suitable party-appointed arbitrator] also includes scouring academic works, judicial opinions that might be authored by (or comment on) an arbitrator, and those rarely published arbitral awards to glean insights about the arbitrator's decisional history, temperament, or intellectual orientation on particular issues.[...]

[Post de Dominik Steghöfer del 26 de agosto de 2012]:

-I cannot help but wonder: Do we really want a system in which it is cheap and easy to predict with some degree of certainty where an arbitrator will come down on a specific legal issue? Wouldn't partisanship in party-nominated arbitrators become even worse of a problem if more than the current anecdotal evidence of potential arbitrators' leanings would be available?». ¹⁰

Este último comentario se refiere específicamente al *issue conflict* y lo califica como una manifestación de parcialidad. Pero, ¿qué es exactamente el *issue conflict*?

⁸ Véanse: Art. 11.3 de la Ley Modelo CNUDMI, Art. 179.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, Art. 5 del Federal Arbitration Act, Art. 16.4, 16.5 y 16.6 del 1996 Arbitration Act de Inglaterra, Art. 1508 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, Art. 13 de la Ley de Arbitraje de Brasil; Véanse también, Regla 3 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, Art. 12.4 del Reglamento de Arbitraje de la ICC, Art. 5.6 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, Art. 6.3 del Reglamento de Arbitraje del ICDR y Art. 8.1 y 8.2 del Reglamento Suizo de Arbitraje; por último, art. 9.1 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI.

⁹ El caso emblemático es el caso Dutco v. KTM del 7 de enero de 1992, en el cual la *Cour de cassation* francesa elevó a carácter de orden público la igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral, en una situación de pluralidad de partes. Otro caso de pluralidad de partes, decidido por la Alta Corte Regional de Frankfurt, Alemania el 16 de septiembre de 2010 (rol no. 26 SchH 5/10), generó un interesante comentario sobre la necesidad de limitar la autonomía de la voluntad de las partes. Véase en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/15/siemens-%E2%80%93-dutco-revisited-balancing-party-autonomy-and-equality-of-the-parties-in-the-appointment-process-in-multiparty-cases/> [página visitada el día 21.02.2013 a las 20:00 horas].

¹⁰ Véase el texto original de los mensajes en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/09/the-international-arbitrator-information-project-an-idea-whose-time-has-come/> [página visitada el día 03.02.2013, a las 10:10 horas].

¿Constituye realmente una expresión de falta imparcialidad?

2. DEFINICIÓN DE *ISSUE CONFLICT* Y DIFERENCIA CON OTROS DILEMAS

En esta sección se pretende formular una definición acabada de ‘predisposición doctrinal’. Para ello, se identifican dos aspectos: el sustantivo, esto es, el asunto sobre el cual se tiene una predisposición (2.1) y el formal, es decir, la manera en que se manifiesta la predisposición (2.2). Una definición así estructurada contribuye a diferenciar la con claridad de otras situaciones que podrían constituir violaciones al deber de imparcialidad.

El siguiente enunciado se usará como punto de partida: «El *issue conflict* consiste en haber manifestado una posición sobre la materia o las materias que son objeto de un arbitraje para el cual se le ha designado como árbitro».

2.1. Aspecto sustantivo

Se trata de opiniones manifiestas respecto de materias que son objeto del arbitraje en cuestión. El concepto es sumamente amplio, ya que en un solo arbitraje se puede ventilar más de un asunto, como por ejemplo el alcance de la cláusula arbitral, la terminación anticipada de un contrato o la operatividad de la cláusula penal. Además, las partes a menudo disputan no solo materias sustantivas sino también procesales. A esto deben agregarse cuestiones que

no son puramente jurídicas, como temas de naturaleza técnica y los métodos de valoración que se aplicarán en el cálculo de los daños reclamados por una u/y otra. Por último, y aunque no es lo más común, también debe ser considerado que las materias objeto de un arbitraje pueden cambiar a lo largo del proceso.

Así, el *issue conflict* puede darse respecto de cualquier materia que se disputa entre las partes, porque si un árbitro ha manifestado una posición respecto de una o varias de ellas, va a tener una predisposición a favor de la parte cuya posición coincide con la suya. En consecuencia, no sería riguroso aplicar el concepto de predisposición doctrinal solamente a las materias principales o exclusivamente al tema jurídico de fondo, por ejemplo.

Por otro lado, se debe distinguir la predisposición doctrinal del conflicto de interés que se puede producir por la duplicidad de funciones de una misma persona -como árbitro y como representante o asesor de parte- en arbitrajes relacionados. Así, tomando el caso de Telekom Malaysia v. Ghana¹¹ como ejemplo, el dilema que se presentó tenía que ver con la «incompatibilidad»¹² entre las funciones que cumplía una misma persona, el Profesor Emmanuel GAILLARD, como árbitro del Comité *Ad Hoc* del caso Telekom Malaysia v. Ghana y, simultáneamente, como abogado del demandante en el caso RFCC v. Marruecos. En ese segundo caso, Marruecos invocaba el laudo en el caso Ghana como parte de su defensa y, para Ghana, ese doble rol presentaba problemas de aparente falta de im-

¹¹ Véase en http://juris.prod.advomatic.com/files/free_pdfs/Telekom%20v%20Ghana%20-%20District%20Court%20of%20the%20Hague.pdf [página visitada el día 03.02.2013, a las 12:10 horas].

¹² En el fallo se hace referencia a que «*The petitioner takes the view that that prof Gaillard's role as counsel to the RFCC consortium in the reversal proceedings of the RFCC/Morocco judgment is incompatible with the role he has undertaken as an impartial and unbiased arbitrator in the action between the respondent and the petitioner*».

parcialidad por parte del Profesor GAILLARD, por lo que lo recusó. Tanto el tribunal arbitral como posteriormente la Corte Permanente de Arbitraje rechazaron las recusaciones pero, en su tercer intento, Ghana logró que los tribunales de La Haya invitaran al Profesor GAILLARD a elegir entre las dos funciones. Ante ello el Profesor Gaillard renunció como abogado de parte en el caso marroquí.

Este caso tampoco presenta las condiciones necesarias para ser caracterizado como *issue conflict*, ya que la persona no manifestó su parecer respecto del objeto del litigio en el cual era árbitro. Lo que ocurría más bien era que los intereses a que servía en sus roles eran discordantes, con lo cual era difícil, sino imposible, actuar debidamente en una u otra función. En efecto, el tribunal de La Haya no apartó al árbitro en cuestión del comité *ad hoc*, sino que lo invitó a elegir entre los dos roles. Es más, la segunda recusación presentada ante la misma corte local de La Haya por Ghana, después de que el Profesor GAILLARD había dejado de ser abogado de la parte demandante en el caso en contra de Marruecos, fue rechazada.

Otra distinción que se debe hacer, aunque parezca obvia, es entre el *issue conflict* y la predisposición respecto de una persona o grupo de personas. La situación que se presentó en el caso Perenco Limited

c. República de Ecuador¹³ puede servir como ilustración. Uno de los árbitros en ese caso, el Juez Charles Brower, fue recusado por la parte demandada luego de la publicación de una entrevista que se le hizo sobre el arbitraje internacional en general. El dilema se presentó porque, ante la pregunta sobre cuáles eran los desafíos del arbitraje internacional, el Juez Brower manifestó que uno de ellos era la reticencia a consentir al arbitraje por parte de ciertos estados, mencionando a Ecuador como ejemplo y calificándolo indirectamente como un estado que realiza actos expropiatorios contra los inversionistas¹⁴.

De conformidad con el acuerdo de las partes en ese caso, la Corte Permanente de Arbitraje, aplicando las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional (las «Directrices»), admitió la recusación. Sin embargo, se hizo sobre la base de una aparente falta de imparcialidad en contra de la demandada y un aparente prejuzgamiento de una cuestión objeto del conflicto¹⁵, no sobre la base de un *issue conflict*.

Habiendo delimitado el concepto, es crucial determinar cómo se manifiesta el *issue conflict* para, una vez más, diferenciarlo de otros dilemas que se pueden presentar en el ejercicio de la función del árbitro.

¹³ Véase en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PerencovEcuador-Challenge.pdf> [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:00 hrs].

¹⁴ «Ecuador currently is expressly declining to comply with the orders of two ICSID tribunals with very stiff interim provisional measures, but they just say they have to enforce their national law and the orders don't make any difference. But when recalcitrant host countries find out that claimants are going to act like those who were expropriated in Libya, start bringing hot oil litigation and chasing cargos, doing detective work looking for people who will invoke cross-default clauses in loan agreements, etc., the politics may change. After a certain point, no one will invest without having something to rely on». Véase la entrevista completa en: <http://www.metrocorpocounsel.com/articles/11566/aworld-class-international-arbitrator-speaks> [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:50 hrs].

¹⁵ Véanse los párrafos 52 y 58 de la decisión, en: <http://italaw.com/documents/PerencovEcuador-Challenge.pdf> [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:00 hrs].

2.2. Aspecto formal

Como resultado de lo indicado más arriba, para que se produzca una predisposición doctrinal, es necesario que el árbitro o árbitro potencial manifieste una postura sobre el tema. En efecto, describir dilemas, plantear preguntas, provocar debates, sin expresar una posición respecto de su objeto de dichos planteamientos, no puede resultar en un *issue conflict*. Adicionalmente, la expresión de la postura debe estar precedida de un análisis doctrinario o académico ponderado, de manera tal que sea claro que el árbitro o el árbitro potencial efectivamente tiene una opinión relativa a la materia en cuestión¹⁶.

La expresión puede ser tanto escrita como verbal, y en consecuencia se puede manifestar en publicaciones, clases, conferencias o entrevistas especializadas; lo relevante es que sea posible asociar a la persona específica con la opinión manifestada. Ahora bien, para que surja un *issue conflict*, ¿puede la opinión expresarse en un laudo o una opinión disidente/concurrente? En los casos en que la opinión —vertida en un laudo¹⁷ o en una opinión disidente/concurrente— es expresada como una posición doctrinal propia de su autor y es hecha con el fin de ser consecuente con anteriores posturas, se podría llegar a hablar de predisposición doctrinal.

En vista de lo anterior, no puede constituir *issue conflict* una opinión específica del caso en cuestión. Cuando el árbitro o árbitro potencial incluye en sus plantea-

mientos consideraciones de hecho específicas al caso en el cual sirve o servirá como árbitro, no hay una mera predisposición, sino que una de dos situaciones incompatibles con la función de árbitro: conflicto de interés o prejuzgamiento. En efecto, para que una persona pueda manifestar posturas sobre un caso específico, necesariamente tiene o tuvo acceso privilegiado al caso, como por ejemplo haber sido experto o asesor en el mismo caso o en un caso virtualmente idéntico. En ese caso, se produce un conflicto de interés. Por otro lado, cuando las manifestaciones las hace una persona que ha sido árbitro o es árbitro en el caso o un caso virtualmente idéntico, constituye prejuzgamiento.

3. TRATAMIENTO DEL *ISSUE CONFLICT*

Se ha anotado la necesidad de regular el tema de *issue conflict* para orientar a los usuarios respecto de potenciales problemas de falta de imparcialidad por parte de los árbitros¹⁸. Tomando como punto de partida la definición que se desarrolla arriba, se analizará cómo está regulada la predisposición doctrinal en las normas de arbitraje internacional (3.1.) y cómo ha sido interpretada en la jurisprudencia (3.2.).

3.1. Regulación normativa

La definición de predisposición doctrinal como se describe arriba solamente se encuentra normada en las Directrices. Lo anterior es natural, puesto que las Directrices se crearon, entre otras razones, preci-

¹⁶ Para ello, es más plausible que las predisposiciones doctrinales surjan respecto de temas que no son pacíficos en la doctrina o que susciten un mínimo debate.

¹⁷ Se trataría aquí de un árbitro único, ya que en los casos de los tribunales colegiados el requisito de asociar la opinión a la persona no se cumpliría.

¹⁸ BRUBAKER JOSEPH, «The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts In International Adjudication», Berkeley Journal of International Arbitration, 2008, Vol. 26.1, p. 128.

samente por la falta de regulación detallada en materia de los deberes de revelación de los árbitros antes de su nombramiento y durante el transcurso de sus funciones¹⁹.

La Regla 4.1 de las Directrices establece que el árbitro no está obligado u obligada a revelar la siguiente circunstancia:

«4.1. Opiniones doctrinales manifestadas con anterioridad.

4.1.1. Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión que también surge en el arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión)».²⁰

El aspecto sustantivo de la situación descrita coincide con el aspecto sustantivo de la definición propuesta más arriba, puesto que, al referirse a «una cuestión» que surja en el arbitraje, necesariamente contempla un espectro amplio de materias. En cuanto al aspecto formal, a primera vista pareciera ser más estrecho, ya que se incluye entre paréntesis la mención de «en una revista o en una conferencia abierta al público». Sin embargo, ya el paréntesis es indicativo de que el aspecto formal es accesorio y, por otro lado, los párrafos introductorios de la Parte II de las Directrices dejan claro que lo establecido en las Reglas son ejemplos.

Así, las Directrices establecen que, en principio, un *issue conflict* no riñe con la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Distinto es el tratamiento previsto para otras situaciones que sí pueden generar una apariencia de falta de imparcialidad, como prejuzgamiento o conflicto de interés. Así, por un lado, la Regla 3.5.2 establece que el árbitro o árbitro potencial debe informar a las partes:

«[Si ha] manifestado públicamente una posición específica respecto del caso en cuestión, mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma».²¹

Al estar incluida en el Listado Naranja, si cualquier parte guarda silencio dentro de los 30 días siguientes a la revelación, se dará por renunciado su derecho a objetar al nombramiento (o a recusar) por esa circunstancia.

Por su lado, la Regla 2.1 del Listado Rojo Renunciable establece que todo árbitro o árbitro potencial debe revelar si en el pasado ha emitido un dictamen respecto de la controversia a instancia de alguna de las partes o sus filiales. En ese caso, solamente con la expresa anuencia de todas las partes podría la persona actuar como árbitro. Al requerirse la renuncia expresa, se resguarda el derecho de las partes de contar con árbitros independientes e imparciales pero se deja un margen para que puedan optar por personas que cuenten con conocimientos acabados del caso. En la práctica, salvo si ambos coárbitros tienen ese perfil o si se requiere un árbitro único con un perfil sumamente específico, es improbable que las partes acepten la designación de una persona que haya emitido un parecer sobre la controversia.

¹⁹ Véase la Introducción de las Directrices, pp. 4-7.

²⁰ La traducción de la versión en español de las Directrices no es acertada y por ello se utiliza una traducción libre.

²¹ La traducción de la versión en español de las Directrices no es acertada y por ello se utiliza una traducción libre.

Dependiendo de los hechos del caso en cuestión, la primera circunstancia podría pasar bien como una opinión ligera basada en hechos de conocimiento público o bien como prejuzgamiento con base en conocimientos más acabados del caso²², mientras que la segunda constituye prejuzgamiento o conflicto de interés. En cualquier caso, ambas difieren del *issue conflict*, puesto que las opiniones vertidas se tienen que referir al caso en cuestión, dejando de ser generales.

3.2. Jurisprudencia: la Decisión Urbaser

Una revisión de la jurisprudencia en el arbitraje internacional reveló solamente una decisión en que se abordó específicamente el tema de *issue conflict* tal como se ha definido en estas notas: la Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell MacLaghlán, Árbitro, presentada por las Demandantes, del 12 de agosto de 2010 (la «Decisión Urbaser»)²³, en el caso Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v Argentina.

En la Decisión Urbaser, el presidente del tribunal y el árbitro nombrado por las partes demandantes tuvieron que decidir sobre una recusación planteada en contra del árbitro nombrado por la parte demandada. El fundamento de la recusación constituye las «[...] opiniones expresadas por el

Profesor MACLAGHLAN en sus publicaciones como académico del derecho sobre dos cuestiones que las Demandantes consideran fundamentales para el presente arbitraje».²⁴

Las opiniones objeto de la recusación se pueden sintetizar de la manera que sigue. El primer tema se refiere a la cláusula de nación más favorecida («NMF»), el cual el Profesor MACLAGHLAN aborda en un libro que co-escribió sobre arbitraje en materia de inversión en el año 2007. En su capítulo 7º (redactado por él) se critica la decisión en el caso Mafezzini c. el Reino de España, en la cual se aplicó la cláusula NMF al aspecto procesal de los tratados en cuestión (en particular, a los requisitos para gatillar el arbitraje), y se prefiere la solución en el caso Plama Consortium Ltd. c. la República de Bulgaria, ya que, salvo acuerdo en contrario, la cláusula NMF no alcanza las disposiciones relativas a la solución de controversias.

El segundo tema tiene que ver con el estado de necesidad, como defensa ante la acusación de incumplimiento del tratado bilateral de inversiones, por parte de la República de Argentina. En un artículo de su autoría publicado en 2008 en una revista trimestral, el Profesor MACLAGHLAN critica duramente la posición tomada por los tribunales en los casos CMS, Enron y Sempra, todos contra Argentina, al recha-

²² Se puede pensar en las manifestaciones de una persona que colaboró en el caso en el pasado. Ramón Mullerat propone que la circunstancia de la Regla 3.5.2 sea elevada a la Lista Roja Irrenunciable o a la Lista Roja Renunciable. Al contar con el supuesto más específico de la Regla 2.1, ello no parece necesario. MULLERAT, RAMÓN. Consideraciones sobre la independencia y la imparcialidad de los árbitros en el arbitraje internacional (con un comentario sobre las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional y su reforma). Véase el artículo en: <http://www.acaderc.org.ar/academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/relatoponenciasarbitraleinter.pdf> [página visitada el día 19.02.2013 a las 16:15 hrs.]

²³ Véase el texto completo de la Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell MacLaghlán, Árbitro, presentada por las Demandantes en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1690_Sp&caseId=C255 [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:00 hrs].

²⁴ Véase la p. 5, párrafo 20 de la Decisión Urbaser.

zar la defensa y constatar un incumplimiento por parte de la demandada. En particular, en su publicación, el Profesor MacLaghlan se manifiesta a favor de la interpretación propuesta por el Comité de Anulación del caso CMS, según la cual el tratado bilateral pertinente prevalece sobre el artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados («Convenio de Washington»).

Mediante una carta, el Profesor MacLaghlan presentó su posición ante la recusación, indicando, entre otras cosas, que la función del árbitro es distinta a la función del académico. Así, comentó que es virtualmente imposible predecir cuál será la postura del autor de una posición doctrinal en el ejercicio posterior de la función de árbitro en un caso determinado: «Todas las personas somos susceptibles de cambiar de opinión o de manifestar posturas doctrinarias de las cuales posteriormente nos apartemos»²⁵. En su misiva, el árbitro en cuestión también garantizó a las partes su imparcialidad e independencia en el arbitraje.

Los árbitros rechazaron la recusación. Para ello, en una primera instancia descartaron la aplicación de las Directrices:

«[...] , si bien estos textos constituyen, sin dudas, una valiosa fuente de inspiración, no son parte de una base legal sobre la cual se funde la decisión emitida respecto de la Propuesta de las Demandantes. Esta Decisión se funda en las disposiciones del Convenio del

CIADI, citadas *ut supra*, que deben interpretarse en el contexto más amplio de los objetivos y el funcionamiento de los procedimientos de arbitraje regulados por este instrumento».²⁶

Así, la Decisión Urbaser se basa exclusivamente en una interpretación de los artículos 57 y 14.1 del Convenio de Washington. El primero establece la posibilidad de recusar a un árbitro por carecer manifiestamente alguna de las cualidades establecidas en el artículo 14.1. El segundo reza como sigue:

«Las personas designadas para figurar en las Listas deberán 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. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros».

En este contexto, los árbitros se propusieron verificar si los dichos del árbitro recusado le impedían ejercer un juicio independiente e imparcial en el caso particular²⁷. Así, los árbitros procedieron a evaluar detalladamente las manifestaciones del Profesor MacLaghlan. Tras ello, concluyeron que «[l]as declaraciones del Profesor McLachlan no contienen ningún elemento que indique, desde la perspectiva de un tercero razonable, que no podrá prestar su total atención y consideración a las posturas desarrolladas por cada una de las Par-

²⁵ Ver párrafo 31 de la Decisión Urbaser. Un ejemplo de este cambio de opinión lo encontramos en el libro de Francisco GONZÁLEZ DE COSSIO, «El Arbitraje» (Ed. Porrúa, 2004), al manifestar que ha cambiado de opinión respecto del estándar de revelación de los árbitros. Véase la p. 204.

²⁶ Véase la p. 12, párrafo 37 de la Decisión Urbaser.

²⁷ Véase la p. 17, párrafo 52 de la Decisión Urbaser.

tes involucradas en el presente caso tal como se relacionan con las cuestiones legales que ha analizado previamente²⁸».

La Decisión Urbaser no solo resolvió el dilema específico, sino que agregó un condimento de *policy*, al declarar que:

«... [si] se admitiera la objeción de las Demandantes sobre la base del cuestionamiento de las declaraciones del Prof. McLachlan, casi todos los árbitros que han expresado una opinión sobre una cuestión relacionada específicamente con un arbitraje del CIADI estarían en riesgo de ser recusados. Tal enfoque llevaría a la recusación de muchos árbitros, incluyendo en especial aquéllos que han adquirido la mayor experiencia, lo que llevaría a la parálisis del proceso arbitral del CIADI. Esta perspectiva no puede ser siquiera un resultado implícito de la decisión que deben tomar los Dos Miembros de este Tribunal»²⁹.

Cabe plantear las siguientes preguntas. Primero, si los árbitros hubiesen aplicado el estándar de «aparente falta de imparcialidad» de las Directrices, tal como fue aplicado en la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje en el caso Perenco Ltd.C. Ecuador³⁰, ¿habrían llegado a la misma conclusión? Segundo, si el Prof. Maclaghlan hubiese sido el presidente del tribunal y no un coárbitro, ¿se hubiese llegado a idéntico resultado?

La especulación da mucho de sí, pero no es imposible pensar que también se habría denegado la recusación bajo ambos supuestos. En efecto, en cuanto a la primera pregunta, si bien los árbitros aludieron al estándar de la «manifiesta» falta de imparcialidad³¹, lo cierto es que también consideraron el estándar de la «apariencia»: «[...] las opiniones académicas del Profesor McLACHLAN no cumplen con el umbral de apariencia de que no está preparado para escuchar y considerar las posiciones de las Partes con plena independencia e imparcialidad»³². En cuanto a la segunda cuestión, más allá del estándar aplicado, en rigor, una recusación —y aún más un recurso de nulidad— sobre la única base de manifestaciones académicas de un árbitro, cualquiera que sea, debiese ser rechazada *per se*. Las razones se dan a continuación.

4. CONCLUSIÓN

El *issue conflict*, o la predisposición doctrinal, no puede constituir base para la aceptación de una recusación ni, mucho menos, para la nulidad de un laudo, puesto que no constituye una falta de imparcialidad. Lo anterior se demuestra en tres tiempos.

En primer lugar, las normas de revelación de información son impracticables. Si bien es un deber generalmente reconocido del árbitro revelar cualquier circunstancia que pueda poner en duda justificada su imparcialidad, sería imponer una carga exce-

²⁸ Véase la p. 18, párrafo 54 de la Decisión Urbaser.

²⁹ Véase la p. 18, párrafo 54 de la Decisión Urbaser.

³⁰ El mismo estándar de apariencia se impone en la Ley Modelo CNUDMI.

³¹ Véanse: p. 11, párrafos 34, 35; p. 12, párrafo 40; y, p. 19, párrafo 59 de la Decisión Urbaser.

³² Véase p. 19, párrafo 58 de la Decisión Urbaser. Si bien el grupo de trabajo que elaboró las Directrices concluyó que los estándares aplicables a la independencia e imparcialidad de los árbitros deben ser los mismos para todo tipo de arbitrajes (ver párrafo 5 de la Introducción de las Directrices), la diferencia en la aplicación del estándar sí podría haber llevado a un resultado distinto en el caso Perenco Ltd. C. Ecuador, pero eso es tema de otra discusión.

siva no solo al árbitro, sino a las partes, el requerir revelaciones en el tema que nos ocupa. ¿Qué exactamente debiera revelar una persona que está siendo propuesta como árbitro en un caso? ¿Cómo podría la persona en cuestión identificar las materias que serán objeto del arbitraje, para verificar si ha manifestado una postura respecto de ellas? ¿Cómo podrían las partes estudiar todas las publicaciones y manifestaciones del o los árbitros potenciales en un lapso de, a lo sumo, 30 días? Aun si fuera posible, sería excesivo esperar que puedan identificar los puntos de supuesto conflicto con el caso que los atañe en una etapa temprana del arbitraje.

En segundo lugar, los estándares de imparcialidad no se pueden aplicar a los asuntos doctrinarios, ya que la imparcialidad requerida de los árbitros es una imparcialidad relativa, esto es, una imparcialidad respecto de un caso determinado, no todos los casos o potenciales casos de arbitraje. A diferencia del árbitro, quien cumple un mandato específico, el académico está dirigido a un público general, difuso. Por lo tanto, salvo que se compruebe dolo —y quizá falta grave— la aplicación del estándar de imparcialidad a un potencial árbitro por sus publicaciones supondría una desnaturalización del estándar.

En ese sentido, si una profesional manifiesta su posición respecto de, por ejemplo, la validez de la teoría de la imprevisión

en el derecho de determinada jurisdicción y posteriormente se le designa como árbitro en un asunto en el cual se discutirá la teoría de la imprevisión, no significa que necesariamente favorecerá a una de las partes. Significa más bien que dentro de su bagaje de conocimiento tiene una predisposición a favor de una postura doctrinal pero que perfectamente puede no ser aplicable al caso en cuestión, puede ser modificada o puede no ser acogida por los demás árbitros miembros del tribunal. Por esta razón, es más correcto decir que lo que se busca es «[...] asegurar que el árbitro en cuestión sea apto para decidir en forma justa y desinteresada una controversia»³³ que evitar que el árbitro en cuestión sea influenciado por aspectos distintos a los méritos de la disputa³⁴. Los árbitros no llegan al caso con la cabeza hueca, o por lo menos eso es lo que en general esperan las partes.

Lo anterior nos lleva al tercer tiempo: el sistema no solo permite la predisposición doctrinal, sino que la promueve. En efecto, como se indicó al inicio, uno de los atractivos del sistema de arbitraje internacional es la posibilidad que tienen las partes de designar a los árbitros, en particular, a uno de ellos de manera unilateral³⁵.

Esa facultad permite asegurar, entre otras cosas, que el árbitro en cuestión goce de cierto *expertise*³⁶. El contar con árbitros especializados en muchos casos se puede traducir en reducción de los costos y la du-

³³ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. México D.F. Editorial Porrúa (2004), p. 191.

³⁴ GEARING, Matthew y SINCLAIR, Anthony. Partiality and Issue Conflicts TDM Vol. 5, issue 4 July 2008, p. 1.

³⁵ Este último aspecto naturalmente se aplica a los árbitros designados unilateralmente por las partes y no a los árbitros designados conjuntamente por ellas, directa o indirectamente, o por las instituciones u otra autoridad. En esos casos, si se presenta un dilema de *issue bias*, se tendría que hablar de la debilidad estratégica de una de las partes (que aceptó la designación de una persona cuyas opiniones doctrinarias generales no concuerdan con su posición específica para el caso) o de un error involuntario de la autoridad nominadora.

³⁶ Lucent Technologies: «a principal attraction of arbitration is the expertise of those who decide the controversy» cita el caso Andros Compañía Marítima, S.A. v. Marc Rich & Co., 579 F.2d 691, 700 (2d Cir.1978) at 701. También destaca el requisito del artículo 14.1 del Convenio de Washington, según el cual los árbitros deben «tener reconocida competencia en el campo del Derecho».

ración del proceso, así como en una mayor solidez de la decisión. Una de las maneras en que se manifiesta dicho *expertise* es las publicaciones académicas, los comentarios en revistas científicas y, entre otras, las presentaciones en conferencias. Generalmente, entre más especializada es la persona, mayor probabilidad existe que tenga posiciones sobre las materias de su interés.

Correlativamente, entre más polémicos sean los temas objeto del arbitraje, mayor incentivo tendrán las partes para designar a árbitros que justamente hayan manifestado posturas que apoyen las suyas. Lo paradójico de esto, es que esos nombramientos son al fin de cuentas meras apuestas, ya que las personas pueden cambiar de opinión o pueden preferir concurrir con la mayoría, por ejemplo. Por otro lado, el tema polémico que aparentaba ser crucial al principio del arbitraje puede resultar menos determinante en la decisión de los árbitros.

Lo anterior es tan válido en materia de inversiones como en materia de comercio internacional. El sistema de nombramiento


de árbitros es similar –si no idéntico³⁷– en ambos tipos de arbitraje, por lo que las expectativas de las partes son similares. Si bien los temas jurídicos suelen ser más limitados en el arbitraje de inversión, el mismo razonamiento debe aplicarse al análisis del *issue conflict* en materia comercial, sobre todo tomando en cuenta el aspecto de imparcialidad relativa apuntado más arriba.

Por lo anteriormente expresado, tratar el *issue conflict* como los verdaderos dilemas de independencia e imparcialidad sería un grave error y tendría consecuencias negativas para el sistema. Por un lado, incentivaría el uso instrumental de las publicaciones académicas y, a la vez, desmotivaría a los profesionales que actúan también como árbitros a publicar sus ideas, con el consecuente desmedro para el desarrollo del arbitraje internacional y del derecho internacional. Para evitar cualquier tentación, se propone dejar de utilizar la terminología *issue conflict* en inglés y en su lugar adoptar el término *issue bias*, ya que la palabra «conflict» tiene una connotación negativa.

³⁷ Muchos arbitrajes en materia de inversiones se tramitan de conformidad con reglamentos creados para el arbitraje comercial internacional, como por ejemplo el Reglamento de la CNUDMI, el Reglamento de la Cámara de Estocolmo o el de la ICC.

LOS CONFLICTOS DE INTERÉS Y EL DEBER DE DECLARACIÓN EN LOS ARBITRAJE EN CHILE

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (*)

SUMARIO: *1. Explicación introductoria. 2. La regulación en el derecho arbitral chileno 2.1. En el arbitraje ad hoc 2.2. En el arbitraje institucional 2.3. En el arbitraje comercial internacional 3. Algunos problemas no resueltos en la práctica arbitral chilena 4. La propuesta en la modificación del sistema arbitral 5. El recurso de queja como mecanismo control. 6. Conclusión.* 

1. EXPLICACIÓN INTRODUCTORIA

Bajo el título de los conflictos de intereses se busca examinar, lo que, genéricamente, se presenta como una colisión de intereses que puede surgir en la ejecución de determinados actos o contratos. Como lo explica Rodríguez Pinto, este problema se da cuando se está en presencia de un riesgo de actuación desleal de un agente¹.

El arbitraje no está exento del surgimiento de conflictos de intereses, debiendo implementarse mecanismos para que el árbitro garantice que la decisión del conflicto no estará influenciada por intereses personales o de terceros, que debió comunicar en forma preventiva a las partes, para pudieran ejercer su derecho a inhabilitarlo.

Como el árbitro no actúa en calidad de agente de una o de ambas partes, la forma de abordar este asunto exige realizar un análisis jurídico distinto del que se utiliza para enfrentar los ejemplos más frecuentes de conflictos de intereses, que normalmente se da en relación a la representación, a la posibilidad de auto contratar, en la actuación de directores de sociedades, en la ejecución de contratos de colaboración, realización de negocios fiduciarios, entre otras hipótesis².

Para examinar este tema es útil considerar, entre tantas distinciones formuladas en el estudio del comportamiento humano, la que existe entre ética y deontología. La ética correspondería a la parte de la filosofía que examina la conducta moral del hom-

(*) Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Árbitro del CAM Santiago y socio del estudio Allende-Bascuñán.

¹ Cfr. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, «Los principios de derecho europeo de contratos y el conflicto de intereses en la representación», *ADC*, t. LV, 2002, pp. 1752-1756.

² Un amplio estudio del tema, cfr. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Autocontratación y conflictos de intereses en el derecho privado español*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, pp. 21-414.

bre, específicamente, el uso correcto de la libertad, orientado a la consecución de virtudes. En cambio, la deontología se avocaría al estudio de los deberes³.

Desde una perspectiva ética, el árbitro está siempre obligado a revelar los conflictos de intereses que le puedan afectar en el desempeño de su encargo, para cumplir con el mandato de la conciencia que, cuando está bien formada y es recta, le impele a cualquier sujeto a «hacer el bien y evitar el mal».

Conjuntamente con lo anterior, nada impide que la existencia de una «ciencia del deber» le imponga, aunque sea heterónomamente, el deber de informar la existencia de una situación que comprometa su imparcialidad o falta de independencia. Tal comunicación le será exigible mediante una norma positiva que podría estar recogida, por ejemplo, en un código de buenas prácticas arbitrales o por la asignación del principio general de buena fe que se viene imponiendo en el campo de los deberes contractuales, a través de deberes positivos de revelar hechos significativos.

El estudio de los eventuales conflictos de intereses en el arbitraje, a nuestro entender, es una forma moderna de aludir a una suerte de *derechos de segunda generación*,

que buscan mejorar el sistema que, por tradición histórica en algunos ordenamientos, ha vinculado el control de la imparcialidad de los árbitros al mecanismo previsto para los jueces que integran el órgano estatal⁴.

La necesidad de perfeccionar la revelación de conflictos de intereses en el arbitraje se justifica por la función que tiene este mecanismo en la solución de conflictos en el ámbito civil y comercial, donde el entrecruzamiento de intereses es inevitable y se proyecta a los arbitrajes.

En el plano doctrinal esta realidad ha permitido avanzar en el señalamiento de comportamientos que son exigibles a los árbitros. A modo de referencia, en un trabajo de Fernández Rosas, titulado como el «Contenido ético del oficio de árbitro»⁵, distingue entre el contenido ético del acceso a la función arbitral y el contenido ético del ejercicio de la función arbitral. En relación a la primera, la función arbitral comprendería, entre otros aspectos, la revelación de conflicto de intereses; el deber de transparencia, con el objeto de proteger o garantizar la imparcialidad y la independencia; los problemas de las relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes; la pertenencia del árbitro o del secretario del tribunal arbitral al Consejo

³ La voz deontología, en palabras de Ferreter Mora, es una expresión acuñada por Jeremías Bentham, y dice relación con la «ciencia de los deberes» (*Diccionario de filosofía*, Barcelona: Ariel, t. II, 2ª ed. 2009, p. 816).

⁴ La opción de aplicar a los árbitros el mismo estatuto previsto para recusar a los jueces tiene una larga tradición. En el *Liber Iudiciorum* del Derecho visigodo dio inicio a una usanza, en la que el arbitraje se equiparaba a la función de los jueces ordinarios. Dicho cuerpo legal establecía que los iudices *ex consensu partium* han recibido potestad de juzgar y por ello deberán tener el nombre, los derechos y responsabilidades de los otros jueces (II, 1,27). Esta orientación se recogería luego, sin modificaciones, en el Fuero Juzgo. En *Las Partidas* de Alfonso X (El Sabio), para que pudiera tener lugar la recusación se establecían como requisitos que la causa en que se funde sea legítima y que haya sobrevenido a la celebración del compromiso. Las causas legítimas de recusación tanto para los árbitros como para los arbitadores eran la enemistad con alguna de las partes y el soborno por dádivas o promesas. El texto alfonsiano señalaba: «por qué razones pueden vedar a los jueces de avenencia, que no se entremetan de los pleitos que les metieren en mano, maguer ellos los quisieren librar.- Enemistad, es cosa que deven todos recelar. E por ende, quando alguno de los avenidores se descubriese por enemigo de alguna de las partes, después que el pleyto fuesse metido en su mano... Esso mismo dezimos, que deve fazer la parte que oviera sospecha de los avenidores, por precio o por don que dize que la otra le ha dado o prometido...». (Partida III, 4, 31) (Sobre este tema mayores antecedentes cfr. GONZÁLEZ CORONAS, Santos M. «La recusación judicial en el derecho histórico español», en *AHDE*, Madrid: 1982, t. LII, pp. 511-615).

de un centro de arbitraje. En cambio, el contenido ético del ejercicio de la función arbitral alude a las disponibilidades del árbitro; a las relaciones de los árbitros con los intervinientes en el proceso arbitral; el deber de confidencialidad (su alcance; el secreto de las deliberaciones).

2. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ARBITRAL CHILENO

2.1. En el arbitraje ad hoc

El arbitraje ad hoc en Chile no contempla el deber de información como cuestión previa a la constitución del tribunal arbitral. Sólo una vez constituido el arbitraje, en forma tardía y precaria, surge esta obligación, pero indirectamente, al exigir al compromisario que comunique las causales de inhabilidad. Para tal efecto el artículo 199 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), dispone, «los jueces que se consideren comprendidos en alguna de las causales legales de implicancia o recusación, deberán tan pronto como tengan noticia de ello, hacerlo constar en el proceso, declarándose inhabilitados para continuar funcionando, o pidiendo se haga esta declaración por el tribunal de que formen parte». Esa norma se aplica al arbitraje interno por la remisión que hace la ley al sistema de inhabilitación de los jueces ordinarios (art. 243 COT).

La solución anterior es criticable por la insuficiencia que tiene tratar de resol-

ver los conflictos de intereses que pueden comprometer al árbitro, con el contenido de las causales de implicancia y recusación⁶.

La deficiencia anterior podría ser mejorada convencionalmente, imponiendo al árbitro el cumplimiento del deber de prestar por escrito una declaración de intereses, con el objeto de garantizar las condiciones profesionales y morales del compromisario. Sin embargo, esta no es una práctica común en nuestro medio.

La falta de desarrollo en las cláusulas arbitrales chilenas del deber de información, a nuestro entender, cambiará de orientación cuando se advierta la ventaja que tiene controlar preventivamente este tema, siguiendo las pautas que ya viene desarrollando nuestra doctrina de derecho civil⁷. En efecto, el deber de información es una exigencia del principio general de buena fe, que también alcanza a los árbitros. Es lógico que las partes, como dueñas del arbitraje, son las que debidamente informadas puedan controlar este tema. Dejar esta decisión en manos del propio árbitro no es garantía, atendido que aunque quiera actuar con buena intención podría tener una conciencia errónea o actuar derechamente con un interés en consumir la reticencia, por ejemplo, para no perder el honorario involucrado en el compromiso.

Dentro de las cuestiones que el candidato debería informar a las partes, si

⁵ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos, «Contenido ético del oficio de árbitro», publicado en www.Ohadac.com/congres.html. Fecha consulta 16.07.2013.

⁶ En la práctica de ciertos árbitros chilenos, en el primer comparendo de constitución suelen informar sobre sus posibles inhabilidades, para que las partes puedan ejercer su derecho a la recusación.

⁷ Entre otros, sobre el contenido de deber en el campo contractual civil, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, «Deber de información y de informarse ante el seguro de desgravamen», en *RChD*, P. Universidad Católica, vol 25, N° 1, 1998, pp. 205-215; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, «El silencio de los inocentes: hacia una caracterización del deber de informar en sede precontractual», en *Estudios de Derecho Civil*, (VV.AA), Santiago: LexisNexis, 2005, pp. 127-177.

se pretende imponer contractualmente tal deber, se podrían incluir que explicita: cualquier relación de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las partes; las relaciones de negocios o profesionales que tuvo con algunas de las partes; las relaciones sociales y profesionales de carácter sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes; cualquier relación de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes; y cualquier otra circunstancia o hechos que puedan originar dudas justificadas respecto de la independencia o imparcialidad⁸.

En el caso de los abogados que son nominados árbitros, el deber de información podría entenderse como una pauta de conducta impuesta dentro de las obligaciones éticas que surgen de la relación con sus clientes⁹.

El nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile A.G., comenzó a regir el 1 de agosto de 2001, definiendo su alcance general en los arts.

72 y 73, sin perjuicio de otras reglas aplicables a situaciones particulares.

2.2. En el arbitraje institucional

El desarrollo del derecho a la información tampoco ha sido desarrollado con vigor en el arbitraje institucional que se desarrolla en Chile.

En el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente a partir de 1 de diciembre de 2012 se ha regulado este tema en relación en el artículo 13. A partir de la nominación por el Consejo del CAM se puede ejercer el derecho a pedir la inhabilitación por «razones fundadas». También en su técnica este Reglamento se remite a las causales legales de impugnación o recusación, desperdiciando en su última modificación de haber subsanado los defectos que esto tiene, conforme se pasa a explicar.

2.3. En el arbitraje comercial internacional

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 el legislador chileno si

⁸ En el ámbito de la administración pública se recoge el deber en el DS N° 99, de 16 de junio del 2000, sobre la declaración de intereses de las autoridades y funcionarios del Estado (D.O. N° 36.699, de 28 de junio de 2000). En esta normativa se regula la declaración de intereses que, en virtud de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, deben efectuar las autoridades y funcionarios a que dicho cuerpo legal se refiere, y la que corresponde realizar a los obligados por el artículo 37 de la ley N° 18.046 (Ley de Sociedades Anónimas). En el artículo 2° se establece que «la declaración de intereses deberá comprender las actividades profesionales y económicas en que participe la autoridad o funcionario llamado a efectuarla». El artículo 6° indica que «la declaración de intereses deberá contener una relación detallada de las actividades antes mencionadas. De esta forma, deberán ser incluidos los siguientes datos: a) Tratándose de servicios prestados a personas jurídicas con fines de lucro o de participaciones en éstas, se deberá indicar el nombre y tipo de la sociedad o asociación; su actividad; la antigüedad de la relación o participación; la calidad o naturaleza de ésta, sea que se participe o no en la administración; y la naturaleza y entidad de lo aportado, indicando capital, trabajo y montos, según corresponda. b) Tratándose de servicios prestados a personas jurídicas sin fines de lucro o de participaciones en éstas, se deberá indicar el nombre y tipo de organización; la antigüedad de la relación y la calidad o naturaleza de ésta. c) Tratándose de las colaboraciones o aportes a que se refiere el artículo 4°, deberá indicarse el nombre y tipo de la persona jurídica sin fines de lucro favorecida y la forma que asume la colaboración o aporte.

⁹ En varios Códigos de ética profesional se ha impuesto explícitamente este deber profesional. Una síntesis de los problemas de este deber, cfr. HAZARD, Geoffrey, «Per L'indipendenza professionale dell'avvocatura», «en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale, Milán, Giuffrè, T. LI, 1997, N° 2, pp. 407-416.

incorporó el deber de información en el numeral 1) del artículo 12. Dicho precepto señala que, «1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas».

3. ALGUNOS PROBLEMAS NO RESUELTOS EN LA PRÁCTICA ARBITRAL CHILENA

La falta de reglamentación sobre el deber de informar los conflictos de interés en el arbitraje ad hoc interno, ha generado una serie de problemas, que podrían ser subsanados mediante una interpretación de algunas causales de inhabilidad, que permita corregir, aunque sea a posteriori, las reticencias en que puede incurrir algún compromisario. Para tal efecto, indicaremos la causal legal que existe sobre el particular y la forma como debería ser interpretada para el arbitraje.

a) Actuaciones profesionales del árbitro realizadas con anterioridad

El artículo 195 N° 5 COT establece que es causal de implicancia el haber sido el árbitro abogado o apoderado de alguna de las partes en la causa actualmente sometida a su conocimiento. En su esencia, esta causal surge de la incompatibilidad que existe entre la actividad jurídica de juez y la de abogado en un mismo asunto.

Por definición, el abogado defiende intereses legítimos de una de las partes, a diferencia de un juez, que es un tercero imparcial llamado a resolver un conflicto determinado. Esta causal desea evitar que alguien que actuó en el rol de abogado venga a decidir el conflicto, puesto que existe el riesgo objetivo que se deje llevar por el amor propio, manteniendo en la sentencia la tesis que con anterioridad defendió para su cliente. Con esta inhabilidad se busca evitar que el árbitro favorezca a la parte a la que ha prestado asesoría.

La redacción de la causal se presenta restringida para la realidad de la justicia arbitral, ya que se podría llegar al absurdo que el árbitro no haya sido abogado o apoderado en el tema objeto del actual juicio, pero sí en otros asuntos pendientes diversos, situación que evidentemente compromete su independencia e imparcialidad¹⁰.

Un problema habitual de interpretación de esta causal surge en relación a la designación como árbitro de un abogado que participó profesionalmente como asesor de una de las partes en la redacción de un contrato¹¹.

En nuestra opinión, la actuación profesional del árbitro como redactor del contrato genera una situación de prejuzgamiento, que introduce el riesgo de afectar el resultado de la decisión final. No se aprecia como podría resolver el árbitro acerca de la nulidad de un contrato que redactó por encargo profesional, cuando el motivo de impugnación invocado revela una falta de rigor en su desempeño (por ejemplo, al infringirse una norma prohibitiva).

¹⁰ En el derecho comparado no se admite el matiz de temporalidad que hace el COT; basta haber sido defensor o representante de las partes para configurar la inhabilidad.

¹¹ Algunos alcances de este tema, RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «Los abogados de las partes no pueden ser árbitros», en *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Barcelona: Atelier, 2005, pp. 83-88.

b) El prejuzgamiento del árbitro

El prejuzgamiento del árbitro configura una inhabilidad que el legislador chileno contempla de dos formas: i) Como una causal de implicancia, en los siguientes términos: Haber el árbitro manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia (artículo 195 N° 8 COT); ii) Como una causal de recusación en el artículo 196 N° 10 del COT, cuando se dispone que el árbitro puede perder su competencia para conocer del asunto encomendado, al haber manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella.

En la interpretación de estas causales surge la duda si las sentencias anteriores, que pudiera haber pronunciado el árbitro sobre un tema idéntico, pueden considerarse como un motivo de inhabilitación. Se trata de un problema de difícil solución en el arbitraje, el que debe ser apreciado prudencialmente, determinando el grado de prejuzgamiento que puede existir en la decisión anterior.

Comentando esta misma duda en relación a la judicatura ordinaria, MONTERO AROCA advierte que «el dictamen no puede referirse a haber expresado una opinión doctrinal sobre una cuestión jurídica generalmente por medio de una publicación, ni tampoco a haber dictado sentencia en otro proceso en el que se hubiera suscitado la misma cuestión jurídica. La causa de abstención y de recusación atiende a haber

emitido dictamen u opinión como letrado respecto de la cuestión fáctica o jurídica suscitado precisamente en un proceso determinado»¹².

En la jurisprudencia chilena, antiguos fallos han resuelto que «no es causal de recusación el haber fallado el juez de la causa un pleito análogo»¹³.

Ahora bien, admitiendo que bajo ciertos supuestos el pronunciamiento de una sentencia anterior podría dar lugar a esta inhabilitación en el arbitraje, se debe reconocer que la alegación de la misma se ve dificultada por la falta de publicidad de las sentencias que se pronuncian en este ámbito. La falta de información lleva a que las partes en muchos casos acepten la actuación de un determinado árbitro sin conocer su criterio de decisión en conflictos anteriores en un tema idéntico; incluso se han dado arbitrajes donde una de las partes ha propuesto a su contraparte aceptar la intervención de un determinado compromisario, a sabiendas del criterio que éste tiene sobre un determinado tema, ello para conseguir un fin que se entiende con facilidad.

Por su parte, la jurisprudencia ha sido restrictiva en la aplicación de la causal de implicancia del artículo 195 N° 8 del COT. En una ocasión, la Corte Suprema resolvió que, «la circunstancia de que el árbitro intervino en la redacción del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, no significa en modo alguno que haya manifestado en forma determinada su dictamen sobre la cuestión pendiente, con conocimiento de ella»¹⁴.

¹² MONTERO AROCA, Juan, Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 234-235.

¹³ *Gaceta* 1878, Sent. N° 2939; en igual sentido *Gaceta* 1897 Sent. 799 y *Gaceta* 1896, Sent. N° 4981.

¹⁴ CS 21 de abril de 1992, *F. del M.*, N° 401, 1992, pp. 98-100.

En relación a la causal de recusación en el artículo 196 N° 10 del COT, se trata de una situación que puede surgir antes que el árbitro tenga todos los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. Para su configuración basta que el árbitro haya dado su opinión o anticipado el juicio que se formó sobre una cosa o materia.

Dentro de esta causal se deben contemplar los informes en derecho que el árbitro haya emitido sobre el tema, en cuanto signifiquen anticipar un pronunciamiento sobre el tema debatido. En la práctica, podría ocurrir que tales informes se encarguen por alguno de los futuros litigantes en el arbitraje, convirtiéndose la opinión profesional en un verdadero proyecto de sentencia. Esta forma de prejuzgamiento, aunque sea indirecta, debe llevar a evitar su participación como árbitro por la causal indicada.

También la asesoría profesional preparatoria para el litigio que luego se le encarga juzgar como árbitro, debe ser un motivo que se debe incluir en esta causal del artículo 196 N° 10 del COT¹⁵.

c) Interés del árbitro en el objeto del proceso

Dentro de las causales de inhabilidad de los árbitros se encuentra la de ser el árbitro parte en el pleito o tener en él interés personal.

La prohibición para que el árbitro sea parte en el pleito descansa en la necesaria

separación que debe existir entre el juez y los sujetos que conforman la relación procesal como actor o demandado. Esta situación se funda en el antiguo aforismo «nadie puede ser juez en su propia causa» o «nadie puede ser juez y parte» (*nemo iudex in causa propria*), recogido expresamente en el artículo 226 del COT, que impide que puedan ser nombrados árbitros para la resolución de un asunto «*las personas que litigan como partes en él*».

La doctrina coincide en señalar que se configura esta inhabilidad cuando el árbitro sea titular de una relación jurídica material en la que su decisión va a influir directa o indirectamente (*v. gr.* es codeudor solidario de una de las partes; el árbitro es acreedor del demandado, y al admitir la demanda pondrá en riesgo su crédito, etc.)¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en materia arbitral se hace necesario ampliar la interpretación clásica, incluyendo también otros intereses que pongan en riesgo la rectitud del árbitro, especialmente aquellos que provienen de ventajas económicas, materiales o de intereses profesionales que se pueden obtener o amparar torticeramente con el arbitraje. El caso más evidente proviene de los árbitros que ocupan cargos de directores en sociedades anónimas que son competidoras de una o de ambas partes en el arbitraje. En este caso el compromiso podría servir de instrumento para beneficiar a la sociedad de la cual el árbitro es director, por ejemplo, para obtener información so-

¹⁵ Como complemento de lo anterior, en el comentario de la *Lei de Organización de los Tribunales*, de don Manuel Egidio Ballesteros, se puntualiza que a instancias del comisionado Tocornal se solicitó como precisión en la causal antes referida la siguiente: «El dictamen se entiende dado con conocimiento de causa aun cuando sea en consulta verbal de algunos de los interesados en el pleito». Según Ballesteros, «con esta disposición se procuraba evitar que se repitiera el caso que había ocurrido, de que un juez que había absuelto una consulta sobre un juicio, fuera obligado a fallarlo por cuanto no lo había hecho con conocimiento de causa, es decir, después de leer los autos de la material (BALLESTEROS, Manuel E., *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, Imprenta Nacional, 1890, t. II, p. 339).

¹⁶ Por todos, *cfr.* MONTERO AROCA, Juan, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, *Op. cit.* p. 232.

bre aspectos operativos o financieros de las competidoras que litigan ante el tribunal de compromiso.

No se entiende que el árbitro tenga interés personal si el juicio dice relación con una sociedad anónima abierta en que el árbitro sea accionista (artículo 195 N° 1 del COT). Esta última excepción de tipo comercial no opera si el árbitro tiene pendiente con alguna de las partes pleito civil o criminal, con su consorte o con algunos de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, dentro del segundo grado. Tampoco se aplica dicha excepción si el árbitro por sí solo o en conjunto con alguno de sus parientes recién indicados fuere dueño de más del diez por ciento del capital social (artículo 196 N° 18 COT).

En rigor, también caben en esta causal los intereses del estudio profesional al que puede pertenecer el árbitro como dependiente o socio. Es un hecho notorio que en los últimos decenios en el desempeño de la abogacía han proliferado formas de organización vinculadas a estudios jurídicos, agrupaciones o asociaciones de abogados. Esta realidad ha obligado a replantear el enfoque tradicional de la inhabilitación de los árbitros, especialmente para abordar los conflictos de intereses que pueden afectar el normal desempeño de un arbitraje.

Parece razonable que se solicite la inhabilitación del árbitro por tener interés

personal en el pleito, si dicha situación se vincula, objetivamente, con el estudio jurídico al que pertenece. Tales conflictos surgirán, por ejemplo, cuando el arbitraje pueda implicar la defensa de un interés económico que, como socio o miembro de un estudio se pueda estar defendiendo mediante el arbitraje; cuando el árbitro sea portador de un interés profesional que resulte incompatible con la función de decidir el caso concreto que se somete a su juzgamiento¹⁷.

Por su parte, el abogado que es nominado como árbitro en el que su oficina tiene interés, aunque no sea socio podría carecer de la ecuanimidad y ponderación que requiere todo juicio o decisión jurisdiccional¹⁸. Es difícil concebir como podría fallar contra los intereses del estudio jurídico al que pertenece, sin arriesgar su permanencia en esa oficina.

d) La recusación del árbitro por su vinculación con el abogado de la parte

En el terreno de los principios, las causales de inhabilitación previstas en el COT buscan proteger a las partes en sentido técnico, esto es, a los que tienen la calidad de demandante y demandado. Como el abogado no es parte, sino un representante de la misma, se puede presentar situaciones conflictivas en la inhabilitación de un árbitro.

Sin embargo, la situación anterior no ha sido obstáculo para acoger una inhabili-

¹⁷ Dentro de la abundante casuística, podría darse el caso de una persona natural o jurídica que utilice los servicios de un determinado estudio jurídico, al mismo tiempo que se designa a uno de sus abogados como árbitro en un conflicto. En tal caso, existe el riesgo que la decisión arbitral pueda ser favorable para evitar que se prescinda en bloque de las prestaciones profesionales encargadas en algún momento. Si la relación profesional constituye la principal fuente de ingresos del estudio, no es temerario pensar que en el arbitraje está en juego la estabilidad patrimonial de la oficina a la que pertenece el compromisario.

¹⁸ El profesional nunca quedará liberado de las normas éticas propias de su profesión, que se deben mirar como parte integrante de la relación laboral (Sobre la naturaleza jurídica de los servicios profesionales del abogado, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, especialmente pp. 61-195).

dad en relación a la proximidad entre el abogado y el árbitro, en los términos que se alude un poco más adelante.

4. LA PROPUESTA EN LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL

Al momento de preparar este trabajo se encuentra instalada una Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia, que prepara un anteproyecto de ley para actualizar el régimen arbitral interno. En el tema que aquí importa la nueva normativa resultará del análisis de las siguientes propuestas temáticas:

a) Aceptación del árbitro y de sus deberes

«La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia».

«Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de diez días contados desde que toma conocimiento de su nominación, deberá aceptar el encargo. Si en el plazo establecido no comunica ese hecho, se entenderá que no acepta su nombramiento».

«Una vez que el árbitro acepta su nominación está obligado a realizar una declaración acerca de los posibles conflictos de interés que le afecten, con relación a las partes o a la materia litigiosa».

«Para cumplir lo anterior, el árbitro está obligado a poner en conocimiento de las partes»:

«1ª) Cualquier relación de negocios o profesional que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las partes»;

«2ª) Las relaciones profesionales que haya tenido con algunas de las partes en un plazo de tres años con anterioridad a su designación»;

«3ª) Cualquier relación de negocios o profesional que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje»;

«4ª) Si se encuentra en alguna situación de inhabilidad prevista en el artículo siguiente».

b) Motivos de inhabilitación

«Todo árbitro debe garantizar la independencia e imparcialidad de las partes al aceptar la designación y durante todo el procedimiento arbitral».

«En cualquier momento del arbitraje las partes podrán pedir al árbitro la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes».

«Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación. El árbitro nombrado por una de las partes no es mandatario de la parte que lo nominó, debiendo conducir su actuación arbitral con entera independencia e imparcialidad».

«El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad e independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro».

«Se presume como dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro las siguientes:

1ª) Si el árbitro tiene un interés económico significativo vinculado a la pretensión de una de las partes o la decisión del asunto lleva aparejada consecuencias económicas significativas para el árbitro.

2ª) Si el estudio jurídico donde el árbitro es socio, asociado o participa en alguna forma de comunidad, asesora a la sociedad o parte que lo designó.

3ª) Si el árbitro aconsejó a una de las partes, emitiendo un informe o consulta jurídica, en forma oral u escrita, respecto de la controversia materia del arbitraje con anterioridad a su nominación. No se considera dentro de esta situación el pronunciamiento de sentencias arbitrales o publicaciones científicas, con tal que no digan relación con la controversia objeto del arbitraje.

4ª) Si el árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.

5ª) Si el árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial, al abogado o al estudio jurídico que representa a una de las partes.

6ª) Si el árbitro y el abogado de una de las partes participan del mismo estudio jurídico.

7ª) Si el árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, director o administrador, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.

8ª) Si un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del estudio jurídico que representa a una de las partes, aunque no participe en el arbitraje.

9ª) Si existe un vínculo de amistad manifiesto entre el árbitro y el abogado de una de las partes».

Las fuentes remotas de esa propuesta se encuentran en las leyes de arbitrajes más modernas y en lo dispuesto en la Ley N° 19.971 de 2004, sobre arbitraje comercial internacional que tiene sede en Chile. A lo anterior se suma el aporte de las denominadas «IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration» y las «Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration».

5. EL RECURSO DE QUEJA COMO MECANISMO CONTROL

En el campo del arbitraje institucional no se tiene conocimiento público de la aplicación de sanciones por parte de los centros de arbitraje institucional que funcionan en Chile, al quebrantamiento de los árbitros de su nómina al deber de información.

En el arbitraje ad hoc el control de situaciones de evidente conflicto de intereses ha sido obtenido a través del denominado recurso de queja. Se trata de un recurso de carácter disciplinario, que se aplica a los árbitros por la asimilación de funciones que en Chile se ha hecho entre éstos y la judicatura ordinaria¹⁹

¹⁹ El control es de excepción por las altas exigencias que se ha impuesto para su procedencia. Sintetiza lo anterior, en el último tiempo, el fallo de la C. de Ap. de Santiago de 26 de noviembre de 2009, al señalar: 4º.- Que para resolver el presente recurso debe tenerse presente que la sentencia que se trata de impugnar por esta vía ha sido dictada en un procedimiento arbitral por un juez que reviste la calidad de árbitro arbitrador, quien, de acuerdo con la norma del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, debe fallar «obedeciendo a lo que su prudencia

En una encomiable sentencia pronunciada por la CS con fecha 3 de octubre de 1989, se declaró, «que del mérito de los antecedentes aparece que el árbitro arbitrador y recurrido y el abogado de una de las aportes existe una evidente vinculación de intereses como consecuencia de la sociedad de responsabilidad limitada para la prestación de servicios profesionales por ellos constituida y que atendido especialmente su objeto social, monto de los aportes y forma en que deberán repartirse las utilidades allí pactadas, hacen que se configure la causal de implicancia invocada por la parte de don Bruno Papa Gigorli, siendo

de advertir, además, que tanto la constitución de la referida sociedad como la fecha de su vigencia son posteriores a aquella en que se formó la Sociedad Scapole D'Oro Limitada por escritura pública ante el notario (...) y en que se designó, además árbitro arbitrador a don AJL, hoy recurrido»²⁰.

6. CONCLUSIÓN

Los conflictos de intereses en los arbitrajes en Chile están a la espera de un desarrollo, que supere convencional y legamente las limitaciones que tiene la actual forma de enfrentar este tema.

y la equidad le dictaren», sin que se encuentre obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acta de compromiso.- En consecuencia, un árbitro arbitrador es «un justo y ponderado juez», cuya decisión ha de fundarse «en la equidad o inspirado en su sentido de justicia», debiendo consignar en su sentencia las razones de prudencia o de equidad que le sirven de fundamento. (En este sentido: Excma. Corte Suprema, sentencia de 23 de abril de 1974; Revista Fallos del Mes, N° 184).- Por otra parte, conforme dispone el artículo 545 del cuerpo legal precitado, el recurso de queja «... tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves. . .» que referidos al presente caso hubiere cometido el señor juez árbitro arbitrador en su sentencia.- 5°.- Que por lo tanto, con arreglo a las disposiciones legales anteriormente citadas, y conforme ha sido entendido por la doctrina y la jurisprudencia, para acoger un recurso de esta clase no basta que un juez haya incurrido en deficiencias, errores, defectos o incorrecciones en su sentencia; esto es, en general, en faltas o abusos. Para que el uso de esta vía extraordinaria prospere se requiere aún más: que el juez recurrido haya incurrido en evidentes excesos, extralimitaciones o atropellos, de tal gravedad que en definitiva su sentencia aparezca fundada en el mero capricho o arbitrariedad, pues sólo en tal caso las faltas o los abusos admiten el calificativo de «Graves». (Rol N° 368-09, MJ 23536).

²⁰ CS 3 de octubre de 1989, *F. del M.* N° 371, p. 638. (Hay voto en contra del abogado integrante don Juan Colombo, que estimó que no se configuraba la causal legal para acoger el recurso de queja).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER DE REVELACIÓN EN EL ARBITRAJE CIADI

NOIANA MARIGO (*)
RICARDO CHIRINOS (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Los requisitos de independencia e imparcialidad y el deber de revelación. 3. El deber de revelación en las Reglas de Arbitraje CIADI. 4. El alcance del deber de revelación. 4.1. Deber de investigación. 4.2. Información públicamente disponible. 4.3. El deber de revelación en supuestos específicos. 4.3.1. Designación como miembro de la junta directiva de un banco internacional. 4.3.2. Experiencias académicas previas con el abogado de una de las partes. 4.3.3. Relación profesional previa entre el árbitro y los abogados de las partes. 4.3.4. Nombramientos como árbitro en casos anteriores. 4.3.5. Fusión entre firmas de abogados que involucren a un árbitro y a una de las partes. 5. Las consecuencias de la violación del deber de revelación y la distinción entre los estándares de revelación y recusación en el arbitraje CIADI. 6. Consideraciones finales y conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

Constituye un principio fundamental del arbitraje internacional, reconocido en el Convenio CIADI, que los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales, tanto respecto de las partes como de la controversia que deben decidir. A medida que incrementa el número de casos, el interés en asegurar que estos requisitos sean cumplidos se intensifica, pues de ello depende la efectividad y legitimidad de los laudos que emanan del Centro y, en consecuencia, la continuidad del arbitraje CIADI como un

mecanismo confiable y atractivo tanto para estados como para inversionistas. El alcance del deber de revelación es, sin duda, un elemento clave para lograr estos importantes propósitos.

En los últimos años la recusación de árbitros se ha incrementado significativamente. Lamentablemente, esta figura ha sido utilizada en muchos arbitrajes CIADI como una táctica meramente dilatoria. Es por ello que cualquier recusación debe ser examinada cuidadosamente, en especial aquellas que se basan en supues-

(*) Abogada, Universidad de Buenos Aires; Maestría en Derecho, Université Paris I Panthéon; LL.M. New York University School of Law. Counsel del grupo de arbitraje de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Nueva York.

(**) Abogado, Universidad Católica Andrés Bello; LL.M. Columbia Law School. Asociado del grupo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Washington D.C.

tas violaciones del deber de revelación, en donde el estándar aplicable es, como veremos, muy exigente.

En el presente artículo trataremos el deber de revelación y su relación con los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros conforme al Convenio CIADI¹ (Sección 2); la regulación del deber de revelación en las Reglas de Arbitraje CIADI² (Sección 3); el tratamiento que se le ha dado a algunos aspectos relacionados con el deber de revelación en la jurisprudencia del CIADI (Sección 4); las consecuencias de la violación del deber de revelación y la distinción entre el deber de revelación y el estándar de recusación conforme a las referidas Reglas (Sección 5) y, finalmente, incluimos algunas consideraciones finales y conclusiones (Sección 6).

2. LOS REQUISITOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD Y EL DEBER DE REVELACIÓN

Los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros se encuentran

reconocidos en el Convenio CIADI. Según sus artículos 14(1) y 40(2), los árbitros – tanto los designados por las partes como aquellos designados por el Presidente del Consejo Administrativo– deben inspirar «plena confianza en su imparcialidad de juicio»³. En las versiones en inglés y francés del Convenio CIADI el lenguaje utilizado en relación con este requisito difiere de la versión en castellano, pues se usa el término «independencia» en vez de «imparcialidad»⁴. En virtud de esta discrepancia de lenguaje y considerando que las versiones del Convenio CIADI en los tres idiomas son igualmente auténticas, ambos conceptos han sido utilizados en la práctica. Así, en el caso *Suez c. Argentina* se reconoció que imponer a los árbitros una obligación dual de imparcialidad e independencia «está en consonancia con el [enfoque] que aparece en numerosas reglas de arbitraje, que requieren tanto independencia como imparcialidad de parte de los árbitros»⁵. Previamente, en *Vivendi c. Argentina I*, los árbitros ya habían entendido el lenguaje del artículo 14(1) del Convenio CIADI en este mismo sentido⁶.

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados («Convenio CIADI»), en vigor desde el 14 de octubre de 1966.

² Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje («Reglas de Arbitraje»), en vigor desde el 10 de abril de 2006. Las Reglas de Arbitraje entraron inicialmente en vigor en 1968 y fueron posteriormente modificadas en 1984, 2003 y 2006.

³ Convenio CIADI, Artículos 14(1) y 40(2).

⁴ De acuerdo con la versión en inglés del artículo 14(1) del Convenio CIADI: «*Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment*». Por su parte, la versión en francés del mismo artículo utiliza el siguiente lenguaje: «*Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions (...)*».

⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17; y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19 («*Suez c. Argentina*»), Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, 22 de octubre de 2007, párr. 28.

⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión Acerca de la Recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001 («*Vivendi c. Argentina I*»), párr. 14 y 18. En otras decisiones posteriores sobre recusación en arbitrajes CIADI se ha ratificado esta interpretación. Ver en este sentido, por ejemplo, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/07/16, Decisión sobre la Propuesta de la Demandada de Recusación del Árbitro Dr. Yoram Turbowicz, 19 de marzo de 2010 («*Alpha Projektholding c. Ucrania*»), párr. 36; *Tidewater Inc. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/10/5, Decisión sobre la Propuesta de los Demandantes de Recusación de la

Aunque los términos «independencia» e «imparcialidad» son por lo general aplicados conjuntamente, sus implicancias son diferentes. El primero (independencia) es un concepto objetivo pues no está vinculado con la forma de pensar del árbitro y se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sean éstas de índole financiera o de cualquier otra naturaleza⁷. El segundo (imparcialidad), en cambio, es un concepto subjetivo y más abstracto que el primero y tiene que ver con la predisposición del árbitro a favor o en contra de alguna de las partes o de la posición que éstas adopten en el caso.⁸ En la práctica, sin embargo, ambos conceptos han sido aplicados sin distinción⁹.

El propósito de los requisitos de independencia e imparcialidad es proteger a las partes frente a la posibilidad de que los árbitros sean influenciados por factores distintos a aquellos relacionados con el fondo de la controversia¹⁰. Es por ello que surge la necesidad de imponer a los árbitros el deber de revelar sus relaciones con las par-

tes así como aquellos hechos o circunstancias que razonablemente podrían representar un conflicto de interés y que éstas, o bien no tienen manera de conocer, o les sería mucho más difícil de apreciar o determinar, aún con un adecuado y oportuno *due diligence*¹¹.

De este modo, se puede decir que el deber de revelación opera, por un lado, como un mecanismo de control de la independencia e imparcialidad de los árbitros. Por otro, constituye una herramienta para que las partes puedan ejercer su derecho de recusación en caso de considerar que las condiciones están dadas, o para que puedan tomar una decisión informada en caso de optar por renunciar a ese derecho.

La revelación es, por tanto, esencial en el marco de cualquier procedimiento arbitral. Por ello se ha dicho que, ante la duda, los árbitros deben revelar los hechos o circunstancias que pudiesen generar cuestionamientos sobre su independencia o imparcialidad. Así lo reconocen las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de In-

Profesora Brigitte Stern, Árbitro, 23 de diciembre de 2010 («*Tidewater c. Venezuela*»), párr. 37; *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/10/9, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de la Prof. Brigitte Stern y el Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros, 20 de mayo de 2011 («*Universal Compression c. Venezuela*»), párr. 70; *Nations Energy Corporation y otros c. República de Panamá*, Caso CIADI Nº ARB/06/19, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Dr. Stanimir A. Alexandrov, 7 de septiembre de 2011 («*Nations Energy c. Panamá*»), párr. 55; *ConocoPhillips Company y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/07/30, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de L. Yves Fortier, Q.C., Árbitro, 27 de febrero de 2012 («*ConocoPhillips c. Venezuela*»), párr. 54.

⁷ BLACKBAY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, con REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5ta. edición. Oxford University Press, 2009, p. 266.

⁸ BISHOP, Doak y REED, Lucy. «Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration». En: *Arbitration International*, número 14, 1998, p. 397.

⁹ *Ibid.*, pp. 267-68. En *Suez c. Argentina* se distinguieron ambos conceptos: «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». Ver *Suez c. Argentina*, Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, 22 de octubre de 2007, párr. 29.

¹⁰ *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 55.

¹¹ *Tidewater c. Venezuela*, párr. 51: «(...) los árbitros siempre estarán en la mejor posición para recabar, evaluar y revelar información precisa y relevante en relación a los posibles conflictos». Traducción libre. El texto original en inglés dice lo siguiente: «arbitrators will always be in 'the best position to gather, evaluate, and disclose accurate information relevant to their potential conflicts'».

tereses en el Arbitraje Internacional y ha sido de hecho el criterio adoptado en el pasado por la Secretaría General del CIADI¹². A éstas Directrices y a su rol en el arbitraje CIADI nos referimos más adelante en la Sección 4.

3. EL DEBER DE REVELACIÓN EN LAS REGLAS DE ARBITRAJE CIADI

El Convenio CIADI no recoge expresamente el deber de revelación de los árbitros. Las Reglas de Arbitraje CIADI de 1968 por su parte tampoco contenían ninguna disposición al respecto. En 1984, las Reglas de Arbitraje CIADI fueron modificadas y entre los cambios relevantes se reconoció este deber mediante una modificación de la Regla 6(2) que exigió a los árbitros anexar –al momento de aceptar su nombramiento– una declaración sobre su experiencia profesional, de negocios y otras relaciones pertinentes (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales. Con esta modificación se consagró por escrito lo que ya para ese momento era una práctica usual en los arbitrajes administrados por esa institución¹³.

En el año 2006, las Reglas de Arbitraje CIADI fueron objeto de una nueva refor-

ma y con ella se amplió el alcance del deber de revelación. Además de exigirse en la Regla 6(2) la declaración sobre las relaciones con las partes establecida en 1984, se requirió a los árbitros indicar también «cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad de juicio». Adicionalmente, se agregó un nuevo lenguaje a esta declaración con el cual los árbitros asumen una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del CIADI sobre cualquier relación o circunstancia¹⁴ que surja posteriormente durante el arbitraje.

En una nota explicativa que se acompañó al *Discussion Paper* de la Secretaría General preparado en 2005 con ocasión de la reforma de las Reglas de Arbitraje CIADI, se indica que el propósito de los cambios propuestos en la Regla 6 fue expandir el alcance de las revelaciones de los árbitros a efectos de incluir cualesquiera circunstancias que pudieran dar lugar a «dudas justificadas» sobre su imparcialidad de juicio¹⁵. De esta forma, se acogió en el sistema CIADI el estándar de revelación aplicable conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI¹⁶. Como veremos en la Sección 5, la particularidad en el caso de las Reglas de Arbitraje CIADI es que el

¹² La Norma General 3(c) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004 («Directrices de la IBA»), establece lo siguiente: «Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer». A diferencia de otras reglas, las Reglas CIADI no contienen una norma que establezca que, en caso de dudas sobre si un hecho o circunstancia en particular debe o no ser revelado, debe resolverse afirmativamente. Sin embargo, cuando los árbitros solicitan recomendaciones de la Secretaría del CIADI al respecto, éste criterio ha sido usualmente acogido. Ver DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012, p. 5.

¹³ DAELE, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. Wolters Kluwer Law International, 2012, p. 3; *Revised Regulations and Rules, News from ICSID, Winter, 1985*, p. 6.

¹⁴ Se entiende que se trata de las relaciones y circunstancias a que se refieren las Reglas 6(2)(a) y 6(2)(b) de las Reglas de Arbitraje, respectivamente.

¹⁵ *Working Paper* de la Secretaría del CIADI sobre Cambios Sugeridos a las Reglas y Reglamentos del CIADI, 12 de mayo de 2005, p. 12. Ver también *Discussion Paper* de la Secretaría del CIADI sobre Posibles Mejoras al Marco Regulatorio del Arbitraje CIADI, 22 de octubre de 2004, párr. 17.

¹⁶ El artículo 9 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 establece: «La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias

estándar aplicable al deber de revelación y el estándar de recusación son distintos.

Pero, ¿cuándo puede decirse que un hecho o circunstancia da lugar a «dudas justificadas» sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro? y, en cualquier caso, ¿cómo debe realizar el árbitro esta determinación? La realidad es que no existe una respuesta clara a estas preguntas pues las Reglas de Arbitraje CIADI no especifican qué hechos o circunstancias deben ser revelados. Sin embargo, tal y como se ha entendido el estándar de «dudas justificadas» derivado de la Regla 6(2), éste implica una determinación objetiva por parte del árbitro de aquello que, frente a un «tercero razonable», podría despertar dudas sobre su imparcialidad o independencia¹⁷. Esto otorga a los árbitros cierto margen de apreciación para valorar los hechos y circunstancias que deben ser revelados en cada caso. En la práctica, este margen de apreciación hace difícil que existan criterios uniformes pues este tipo de valoraciones dependen en gran medida de la personalidad del árbitro, su origen y antecedentes, cultura, experiencia previa y, a fin de cuentas, de su propio criterio de lo que significa ser independiente e imparcial. Como veremos más adelante, las Directrices de la IBA, a pesar de no

ser vinculantes, son una herramienta de gran utilidad para los árbitros al momento de realizar esta determinación.

4. EL ALCANCE DEL DEBER DE REVELACIÓN

Como explicamos anteriormente, las Reglas de Arbitraje CIADI no establecen lineamientos específicos que permitan a los árbitros, en caso de dudas, precisar el alcance de su deber de revelación. Por esta razón, tanto las partes como los propios árbitros recurren con frecuencia a las Directrices de la IBA como una importante herramienta a la hora de determinar la existencia de posibles conflictos de interés e identificar los hechos o circunstancias que requieren ser revelados, conforme a los estándares generalmente aceptados en el arbitraje internacional. Estas directrices contienen los llamados «listados de aplicación» en los cuales se reflejan diferentes categorías de situaciones que podrían presentarse y que se dividen de la siguiente manera:

– Listado Rojo: Refleja situaciones susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro¹⁸. Se divide en dos partes, a saber, listado rojo irrenunciable¹⁹ (necesariamente implica un

que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas». El mismo estándar de «dudas justificadas» fue reiterado en el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, el cual establece lo siguiente: «Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto».

¹⁷ *Suez c. Argentina*, Decisión sobre un segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 46; *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 65.

¹⁸ Directrices de la IBA, Segunda Parte: Aplicación Práctica de las Normas Generales, párr. 2.

¹⁹ El listado rojo irrenunciable abarca las siguientes situaciones: (i) identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una de las partes; (ii) el árbitro es gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia o ejerce algún control similar sobre una de las partes; (iii) interés económico significativo del árbitro en una de las partes o el resultado acarrea consecuencias económicas significativas para el árbitro; (iv) el árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a una filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

conflicto de interés no subsanable aún en caso de ser revelado) y listado rojo renunciante²⁰ (se refiere a situaciones serias pero no tan graves como las previstas en el listado rojo irrenunciante que podrían subsanarse por acuerdo entre las partes).

– Listado Naranja: Refleja situaciones que, dependiendo de las circunstancias, pueden crear dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro y que deben ser reveladas, pero no conllevan la descalificación automática del árbitro²¹.

– Listado Verde: Refleja situaciones que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de interés y, por tanto, no existe obligación de revelarlas²².

Aunque el valor indicativo de estas Directrices ha sido reconocido en varias

oportunidades por los tribunales CIADI para determinar el alcance del deber de revelación conforme a la Regla 6(2)²³, también se ha dejado en claro que las Directrices no son vinculantes y que las mismas no pueden reemplazar los estándares aplicables en virtud del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje²⁴. Dicho esto, su utilidad práctica es incuestionable y sin duda resulta aconsejable para todo árbitro tomarlas en cuenta, pues actuar apegado a ellas permite reducir significativamente el riesgo de posibles cuestionamientos posteriores sobre su independencia o imparcialidad por no haber revelado determinados hechos o circunstancias.

Asimismo, aunque tampoco es vinculante, la jurisprudencia del CIADI también debe considerarse a fin de extraer de ella los lineamientos que las Reglas de Arbitraje CIADI y el Conve-

²⁰ El listado rojo renunciante abarca situaciones relativas a: (i) la relación del árbitro con la controversia (por ejemplo, si el árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas respecto de la controversia); (ii) el interés económico del árbitro en la controversia (por ejemplo, si el árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes); o (iii) a la relación del árbitro con las partes o sus abogados (por ejemplo, si el árbitro representa o asesora a una de las partes o a su filial o si el árbitro y el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete).

²¹ Directrices de la IBA, Segunda Parte: Aplicación Práctica de las Normas Generales, párr. 3 y 4. El listado naranja abarca las siguientes situaciones: (i) servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de inversión en el caso (por ejemplo, si dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial en un asunto independiente al arbitraje); (ii) servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad (por ejemplo, si el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial sin que ello represente una relación comercial significativa y sin que el árbitro haya intervenido); (iii) relación entre árbitros o entre árbitro y abogado (por ejemplo, si los árbitros son abogados del mismo bufete, o si en más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo bufete de abogados); y (iv) otras circunstancias (por ejemplo, si el árbitro ha manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la materia del arbitraje o si el árbitro tiene un cargo en una institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje).

²² *Ibid.*, párr. 6. El listado verde abarca las siguientes situaciones: (i) dictámenes anteriores al arbitraje sobre asuntos que forman parte de la materia del arbitraje pero que no se refieren específicamente al arbitraje en cuestión; (ii) servicios profesionales prestados en la actualidad por el bufete de abogados del árbitro contra los intereses de una de las partes en un asunto no relacionado al arbitraje y en el cual el árbitro no participó; (iii) servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes por un bufete de abogados asociado o aliado al bufete de abogados del árbitro en un asunto no relacionado con el arbitraje; (iv) contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes (por ejemplo, si el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro son miembros de una misma asociación profesional u organización de tipo social o si han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados); y (v) contactos entre un árbitro y una de las partes (por ejemplo, si el árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de estas que cotizan en la bolsa y la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante).

²³ *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 56; *Tidewater c. Venezuela*, párr. 42 y 43; *Nations Energy c. Panamá*, párr. 71.

²⁴ En este sentido ver, por ejemplo: *Nations Energy c. Panamá*, párr. 57 y 71; *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 59.

nio CIADI no brindan respecto a la determinación de conflictos de interés y el deber de revelación. Aunque los supuestos tratados por la jurisprudencia CIADI son obviamente limitados y no existe completa uniformidad en los criterios adoptados, dichos supuestos son susceptibles de repetirse en diferentes casos. Por tanto, es cuando menos aconsejable que los árbitros conozcan dichos criterios a efectos de tenerlos en cuenta al momento de enfrentarse en la práctica con situaciones similares.

Entre los aspectos que trata la jurisprudencia del CIADI en relación con el deber de revelación, hay dos especialmente importantes respecto a su alcance. Estos son la existencia del deber previo de investigación y la necesidad de revelar información públicamente disponible. Nos referimos a estos dos temas primero para luego considerar algunos supuestos específicos sobre los cuales la jurisprudencia del CIADI ha tenido oportunidad de pronunciarse.

4.1. Deber de investigación

Los árbitros deben revelar aquellos hechos o circunstancias que conocen o que han debido conocer²⁵. Con relación a lo segundo, se ha debatido si ello implica el deber de realizar indagaciones o averiguaciones previas antes de aceptar un nombramiento a los fines de determinar posibles conflictos de interés. Aunque las Reglas de Arbitraje CIADI no contienen una norma

expresa en este sentido²⁶, parece razonable que un árbitro, antes de aceptar su nombramiento, ejerza un mínimo de diligencia para averiguar si existen conflictos de interés más allá de los que resultan evidentes. Las Directrices de la IBA reconocen este deber en su Norma General 7(c), en los siguientes términos:

«Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses»²⁷.

La existencia del deber de investigación como consecuencia del deber de revelación fue un tema analizado en los casos en que Argentina cuestionó la independencia e imparcialidad de la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler por no haber revelado su condición de directora del grupo financiero internacional UBS²⁸.

Así, en el caso *Suez c. Argentina*, los co-árbitros consideraron que tal deber de investigación no existía y que, a todo evento, la Prof. Kaufmann-Kohler había actuado razonablemente al confiar en la infor-

²⁵ En este sentido ver *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 67.

²⁶ De conformidad con la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje, tal deber de investigación existe, sin embargo, como resultado de la obligación que asumen los árbitros de «notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquellas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento». En este sentido ver *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 66.

²⁷ Directrices de la IBA, Norma General 7(c).

²⁸ Ver, por ejemplo, *Suez c. Argentina*, Decisión sobre una segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 9 y ss.

mación que le proporcionó UBS al realizar un *conflict check* de los casos en los que actuaba como árbitro, a efectos de determinar su estatus como directora independiente²⁹. Además, los co-árbitros agregaron que en caso de haber existido tal deber de investigación, su incumplimiento hubiese estado justificado en razón de que la Prof. Kaufmann-Kohler decidió no realizar mayores investigaciones conforme a su honesto criterio y no como parte de un patrón de circunstancias que generan dudas sobre su imparcialidad³⁰.

En *EDF c. Argentina*, por su parte, los co-árbitros no negaron que el deber de investigación exista, pero pusieron en duda que se pudiera aplicar a hechos que el árbitro no conocía ni tenía motivos para conocer³¹.

A diferencia de los dos casos anteriores, en *Vivendi c. Argentina II* el Comité de Anulación fue contundente al reconocer que el deber de investigación sí existe en el marco de las Reglas de Arbitraje CIADI. De hecho, en un giro de 180 grados respecto a lo decidido en *Suez c. Argentina*, el Comité estableció que no es suficiente para un árbitro confiar en la determinación sobre la existencia de un conflicto de interés hecha por un banco del cual éste es director, sino que tal de-

terminación debe ser realizada, luego de efectuar la correspondiente investigación, por el propio árbitro³².

No obstante, el criterio adoptado más recientemente en *ConocoPhillips c. Venezuela* es más restringido y reconoce la existencia del deber de investigación pero no en forma general como se estableció en *Vivendi c. Argentina II*, sino dependiendo de los hechos de cada caso concreto³³.

4.2. Información públicamente disponible

Otro tema abordado por la jurisprudencia del CIADI es la necesidad de revelar hechos que las partes pueden conocer en base a información públicamente disponible.

En *Suez c. Argentina* los co-árbitros consideraron que el nombramiento de la Prof. Kaufmann Kohler como directora de UBS era un hecho de conocimiento público pero negaron que fuera un hecho notorio y no objetaron que este hecho no fuera revelado.³⁴ En *Vivendi c. Argentina II*, en cambio, el Comité de Anulación declaró que el mismo nombramiento no podía considerarse como un hecho de conocimiento público, pero no hubo un pronunciamiento en el sentido de exigir o no su revelación aún cuando si lo fuera.³⁵

²⁹ Para llegar a esta conclusión, los co-árbitros tomaron en cuenta, entre otras cosas, que conforme a la normativa aplicable a UBS, el banco tenía un fuerte incentivo para determinar en dicho *conflict check* si la Prof. Kaufmann-Kohler era o no independiente. *Ibid.* párr. 47 y 48.

³⁰ *Ibid.* párr. 48.

³¹ *EDF International S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/23, Decisión sobre la recusación de la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, 25 de junio de 2008 («*EDF c. Argentina*»), párr. 105.

³² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007, 10 de agosto de 2010 (*Vivendi c. Argentina II*), párr. 223-226.

³³ *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 58.

³⁴ *Suez*, Decisión sobre un segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 45.

³⁵ *Vivendi c. Argentina II*, párr. 202.

Por otro lado, están las decisiones en *Tidewater c. Venezuela y Universal Compression c. Venezuela*, donde se estableció que hechos de conocimiento público como lo son los nombramientos anteriores de un árbitro en otros casos por una de las partes o alguna filial, forman parte de las materias que deben ser reveladas por los árbitros al momento de aceptar cualquier nombramiento, al menos en lo que respecta a nombramientos realizados en los últimos tres años³⁶. Sin embargo, se reconoció que cuando se trata de hechos públicos, la publicidad del hecho debe ser tomada en cuenta para analizar si la falta de revelación de dichos hechos resulta en sí en una ausencia manifiesta de independencia³⁷. En otras palabras, según estas decisiones, los hechos públicos deben ser revelados pero su falta de revelación no da lugar automáticamente a la descalificación del árbitro.

Por otra parte, en *Nations Energy c. Panamá*, los co-árbitros consideraron que la relación profesional previa entre el árbitro cuestionado y el abogado de una de las partes era un hecho del dominio público pero concluyeron que su falta de revelación no sólo no contravino la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje sino que, adicionalmente, habría estado en todo caso justificada precisamente en razón de su publicidad³⁸.

Ante la divergencia entre los criterios adoptados en los casos antes referidos, no puede decirse que exista actualmente una regla clara de aplicación general por lo que, en definitiva, la determinación sobre la revelación de este tipo de hechos dependerá de las circunstancias del caso concreto. Sin

embargo, para evitar posibles cuestionamientos, parecería aconsejable para los árbitros dar a conocer este tipo de hechos siempre que estos (o su falta de revelación) sean razonablemente susceptibles de generar dudas acerca de su independencia o imparcialidad.

En todo caso, el criterio adoptado tanto en *Tidewater c. Venezuela* como en *Universal Compression c. Venezuela* -que confiere relevancia a la publicidad de un determinado hecho a fin de considerar si su falta de revelación constituye una causal suficiente de recusación por falta de independencia- parece adecuado. De lo contrario, las recusaciones por este motivo podrían prestarse a abusos en la práctica. En este sentido, podría ocurrir que el hecho público que da lugar a la recusación - por ejemplo, el nombramiento del árbitro como miembro de otro tribunal arbitral - sea conocido por la parte que presenta la recusación y ésta, en vez de presentar la recusación inmediatamente, decida guardarla convenientemente para un mejor momento cuando ya el arbitraje esté avanzado, logrando así retrasar estratégicamente alguna presentación escrita o la misma audiencia para su beneficio. Maniobras de este tipo son indudablemente inaceptables y contrarias al deber de buena fe a que están sujetas las partes durante el proceso arbitral.

En el ejemplo anterior, cuando un árbitro es nombrado para formar parte de un tribunal CIADI y acepta dicho nombramiento, esto es publicado en la página web del CIADI y frecuentemente también en medios especializados que cubren temas de arbitraje

³⁶ *Tidewater c. Venezuela*, párr. 51; *Universal Compression c. Venezuela*, párr. 92. El período de tres años es el mismo que establecen las Directrices de la IBA en sus apartados 3.1.3 y 3.3.7.

³⁷ *Tidewater c. Venezuela*, párr. 54; *Universal Compression c. Venezuela*, párr. 92.

³⁸ *Nations Energy c. Panamá*, párr. 76.

internacional, de modo que en estos casos podría incluso presumirse que las partes (bien cuando se trata de empresas sofisticadas o estados soberanos), o al menos sus abogados en caso de estar representadas por especialistas en materia de arbitraje internacional, conocen o han debido conocer tales nombramientos desde que se hacen públicos. Por tanto, la falta de revelación de tales nombramientos nunca podría demostrar una «carencia manifiesta» de independencia por la que pueda recusarse un árbitro conforme a las Reglas de Arbitraje CIADI.

4.3. El deber de revelación en supuestos específicos

4.3.1. Designación como miembro de la junta directiva de un banco internacional

Como ya hemos visto, en *Suez c. Argentina*, Argentina recusó a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler³⁹ por haber ejercido el cargo de directora del grupo financiero internacional UBS en paralelo a su función como árbitro. Por la misma razón, Argentina formuló una propuesta de recusación en *EDF c. Argentina* y solicitó la anulación del laudo en *Vivendi c. Argentina II*.

En *Suez c. Argentina*, la recusación se fundó, entre otras cosas, en el hecho de que UBS mantenía una participación accionaria

en dos de las Demandantes⁴⁰. En cambio, en *EDF c. Argentina* la recusación se basó, entre otras cosas, en que UBS había recomendado a sus clientes invertir en la casa matriz de una de las Demandantes y en que UBS era además accionista de una sociedad en conjunto con una de las Demandantes⁴¹. En *Vivendi c. Argentina II*, por su parte, Argentina fundamentó su solicitud de anulación del laudo en que el tribunal no se constituyó correctamente y se quebrantó una norma esencial de procedimiento conforme a los artículos 52(1)(a) y 52(1)(d) del Convenio CIADI, respectivamente⁴², en virtud de que, entre otras cosas, UBS era el accionista mayoritario de una de las Demandantes⁴³.

Tanto en *Suez c. Argentina* como en *EDF c. Argentina* las recusaciones fueron rechazadas. En *Suez c. Argentina*, los co-árbitros decidieron que en virtud de que la Prof. Kaufmann-Kohler no tenía conocimiento de las relaciones entre UBS y las Demandantes, no podía exigírsele revelar tales hechos⁴⁴. Por su parte, en *EDF c. Argentina* los co-árbitros consideraron que de acuerdo con los estándares aplicables en el arbitraje CIADI, no existe un deber de revelar hechos tales como la participación de un árbitro dentro de la junta directiva de una entidad financiera⁴⁵.

Aunque la solicitud de anulación en *Vivendi c. Argentina II* fue igualmente re-

³⁹ Anteriormente, en el mismo caso, la Demandada ya había recusado una vez a la misma árbitro sin éxito por haber ésta integrado un tribunal arbitral en otro caso en el cual el laudo fue desfavorable a la Demandada. Ver *Suez c. Argentina*, Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, 22 de octubre de 2007.

⁴⁰ Específicamente en *Suez* y *Vivendi*.

⁴¹ *EDF c. Argentina*, párr. 12.

⁴² *Vivendi c. Argentina II*, párr. 19.

⁴³ *Ibid.* párr. 20.

⁴⁴ *Suez c. Argentina*, Decisión sobre una segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 46.

⁴⁵ *EDF c. Argentina*, párr. 98.

chazada, en una polémica decisión⁴⁶, el Comité de Anulación reconoció que en casos como éste los árbitros deben ejercer una «gran cautela» y «ejercer un esfuerzo especial para tratar apropiadamente y con mucho cuidado» los conflictos que puedan surgir al combinar sus funciones de director de un banco y árbitro⁴⁷. Esto, en opinión del Comité, exige, por un lado, investigar «en forma específica» y continua si el banco tiene alguna conexión con las partes del arbitraje o si el árbitro tiene algún interés en alguna de ellas y, por el otro, notificar a las partes de cada arbitraje de tal conexión o interés⁴⁸. Sin embargo, el Comité consideró que la anulación del laudo no era procedente pues, en opinión de sus miembros, la independencia de la Prof. Kaufmann-Kohler conforme al Artículo 14 del Convenio CIADI no se vio perjudicada pues ésta desconocía la conexión entre UBS y las Demandantes incluso luego de dictado el laudo⁴⁹.

4.3.2. *Experiencias académicas previas con el abogado de una de las partes*

En *Alpha Projektholding c. Ucrania*, Ucrania recusó sin éxito al árbitro designado por la Demandante por haber éste cursado estudios de post-grado con uno de los abogados de la Demandante. Esta circunstancia no fue revelada por el árbitro al momento de aceptar su designación y Ucrania alegó conocerla cuando ya el arbitraje se encontraba en un estado avanzado: la audiencia de fondo ya se había celebrado y las partes habían presentado dos rondas de escritos posteriores a dicha audiencia⁵⁰. En su deci-

sión, a efectos de determinar los hechos susceptibles de ser revelados de conformidad con la Regla 6(2)(b), los co-árbitros hicieron referencia a las Directrices de la IBA, y concluyeron que el hecho de que este tipo de relaciones no están mencionadas en ninguna de las listas incluidas en estas Directrices sugiere que no hay un deber de revelación en estos casos⁵¹.

4.3.3. *Relación profesional previa entre el árbitro y los abogados de las partes*

En *Nations Energy c. Panamá*, las Demandantes recusaron al Presidente del Comité de Anulación luego de que éste no revelase que uno de los abogados de Panamá había trabajado previamente como asociado en su firma por un período de 7 años y que dicha relación había concluido menos de dos años antes.

En su decisión, los miembros restantes del Comité de Anulación reconocieron que hubiese sido prudente y aconsejable que el Presidente del Comité revelase esa circunstancia al momento de aceptar su nombramiento⁵². Sin embargo, la falta de revelación no fue considerada violatoria ni del artículo 14(1) del Convenio CIADI, ni de la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI, dado que había sido producto de un «honesto ejercicio de la discrecionalidad», y que la información sobre la relación previa entre el Presidente del Comité y el abogado de la Demandada era de conocimiento público⁵³.

⁴⁶ *Annulment committee criticises Kaufmann-Kohler*, Global Arbitration Review, 16 de agosto de 2010.

⁴⁷ *Vivendi c. Argentina II*, párr. 20, 219 y 221.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 20 y 222.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 20, 234 y 238.

⁵⁰ *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 23.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 61.

⁵² *Nations Energy c. Panamá*, párr. 76.

⁵³ *Ibid.*, párr. 76.

4.3.4. *Nombramientos como árbitro en casos anteriores*

Es frecuente en los arbitrajes ante el CIADI que un mismo estado intervenga como demandado en casos diferentes que se encuentran paralelamente en curso. Este es el caso por ejemplo de Argentina y Venezuela, que actualmente figuran como demandadas en 25 y 27 arbitrajes pendientes ante el CIADI⁵⁴, respectivamente. En varias ocasiones, un mismo estado ha designado al mismo árbitro en múltiples casos⁵⁵, con lo cual surge la interrogante de si dichas múltiples designaciones deben ser reveladas por un árbitro al momento de su designación.

Este tema fue precisamente debatido en *Tidewater c. Venezuela* luego de que la Demandante recusara a la Prof. Brigitte Stern por haber sido previamente nombrada por Venezuela, representada por el mismo bufete de abogados, en tres casos anteriores, sin que dicha circunstancia fuese revelada por la Profesora Stern al momento de aceptar su nombramiento. En su decisión, los co-árbitros consideraron que, como regla general, los árbitros designados en arbitrajes CIADI deben revelar sus designaciones en otros tribunales por una de las partes (o alguna filial) realizadas dentro de los tres años anteriores. Además, establecieron que los árbitros no deben contar con el *due diligence* que puedan hacer los abogados de las partes, dado que los árbitros siempre estarán en una mejor posición para conseguir, evaluar y revelar información

precisa y relevante para sus potenciales conflictos⁵⁶. Específicamente, la decisión establece que la declaración a que se refiere la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI debe incluir detalles sobre nombramientos anteriores por una parte, incluyendo «en abundancia de cautela» información sobre casos disponible públicamente⁵⁷. A pesar de ello, el tribunal consideró que la falta de revelación de los nombramientos anteriores por sí misma no constituía motivo suficiente para considerar que la Prof. Stern no reunía las cualidades de independencia requeridas por el Convenio CIADI⁵⁸. El mismo criterio fue luego ratificado como ya vimos en *Universal Compression*⁵⁹.

4.3.5. *Fusión entre firmas de abogados que involucren a un árbitro y a una de las partes*

En *ConocoPhillips c. Venezuela*, Venezuela recusó al árbitro designado por las Demandantes, Yves Fortier, tras anunciarse la fusión de la firma de abogados a la que éste pertenecía con otra firma que prestaba asesoría legal a las Demandantes. El árbitro reveló este hecho luego de que su nombramiento fue anunciado públicamente y manifestó desconocer la relación entre la firma en cuestión y las Demandantes hasta entonces. Venezuela, sin embargo, argumentó que tal revelación debió ocurrir mucho antes de que la fusión se hiciera pública ya que el árbitro sabía o debía haber sabido de la fusión con anterioridad y del conflicto de interés que ello representaba en este caso.

⁵⁴ Incluyendo arbitrajes conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

⁵⁵ Por ejemplo, Brigitte Stern fue designada por Argentina en cuatro casos y por Venezuela en cuatro casos más, mientras que Pedro Nikken y Miguel Torres Bernárdez han sido designados por Argentina en cuatro casos cada uno.

⁵⁶ *Tidewater c. Venezuela*, párr. 51.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 54. Traducción libre.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 57.

⁵⁹ *Universal Compression c. Venezuela*, párr. 92.

En su decisión, los co-árbitros determinaron que no había evidencia para establecer que el árbitro Fortier sabía o debía haber sabido sobre la relación entre la firma y las Demandantes o sobre el alcance y significado de la relación adversa entre dicha firma y la Demandada y una de sus filiales, por lo que concluyeron que no existía una obligación de revelar tal hecho con anterioridad a su declaración⁶⁰. Además, de las conclusiones del tribunal se puede extraer también que en las circunstancias de dicho caso, el árbitro no tenía la obligación de investigar (y, en consecuencia, revelar) posibles conflictos de interés derivados de la fusión entre las dos firmas de abogados hasta que dicha fusión fuera acordada en forma definitiva⁶¹.

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN Y LA DISTINCIÓN ENTRE LOS ESTÁNDARES DE REVELACIÓN Y RECUSACIÓN EN EL ARBITRAJE CIADI

Analizado el alcance del deber de revelación, corresponde examinar las consecuencias que se derivan de una violación de este deber. La cuestión a determinar es si la violación del deber de revelación en sí misma puede constituir una causal de recusación bajo el Convenio CIADI. El Convenio CIADI guarda silencio al respecto, por lo que debemos recurrir a las normas relativas a recusación a fin de resolver esta cuestión.

El estándar de recusación en el Convenio CIADI se encuentra previsto en su Artículo 57 y dispone lo siguiente:

«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 apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV»⁶².

Como vimos, el artículo 14(1) del Convenio CIADI establece que los árbitros deben 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». Por lo tanto, el mero hecho de faltar al deber de revelación no constituye ni puede constituir por sí misma una causal de recusación. Ello es consistente con las Directrices de la IBA según las cuales «por el sólo hecho que el árbitro no haya revelado ciertos aspectos o circunstancias, no debe inferirse que éste sea parcial o carente de independencia (...)»⁶³. El mismo criterio fue reiterado en *Suez c. Argentina*, *Alpha Projektholding c. Ucrania* y *ConocoPhillips c. Venezuela*, aunque en estas decisiones se reconoció que, en determinadas circunstancias, la falta de revelación sí podría generar una sospecha razonable de parcialidad⁶⁴. En este sentido,

⁶⁰ *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 67.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² El subrayado es nuestro. Las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV son las previstas en los artículos 38 y 39 del Convenio CIADI que establecen requisitos de nacionalidad.

⁶³ Directrices de la IBA, Segunda Parte: Aplicación Práctica de las Normas Generales, párr. 5. Ver también *Tidewater c. Venezuela*, párr. 43 y *Nations Energy c. Panamá*, párr. 73, en donde se reconoció que de una falta de revelación no se puede extraer ninguna inferencia desfavorable.

⁶⁴ *Suez c. Argentina*, Decisión sobre una segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 44; *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 64; *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 60.

la decisión del caso *Suez c. Argentina* contiene algunos lineamientos al respecto:

– La falta de revelación puede dar lugar a dudas justificadas pero no determina, en sí misma, dichas dudas justificadas⁶⁵; y

– Las dudas que podrían surgir sobre la imparcialidad de un árbitro derivadas de la falta de revelación de un hecho dependen de varios factores que deben ser sopesados en cada caso concreto, a saber: (i) si la falta de revelación fue inadvertida o intencional; (ii) si la falta de revelación fue producto de un «honesto ejercicio de discreción»⁶⁶; (iii) si los hechos que no fueron revelados despiertan obvias dudas respecto de su imparcialidad e independencia; y (iv) si la falta de revelación constituye una aberración por parte de un árbitro consciente o parte de un patrón de circunstancias que despiertan dudas sobre su imparcialidad⁶⁷.

Por lo tanto, conforme al texto del artículo 57, antes transcrito, y en concordancia con el Artículo 14(1) del Convenio CIADI, para que una violación del deber de revelación pueda dar lugar a la recusación de un árbitro, la parte requirente debe demostrar que dicha violación en sí misma demuestra que el árbitro en cuestión carece de imparcialidad o independencia en forma

manifiesta. El *test* para demostrar dicha imparcialidad e independencia, como lo confirma el Profesor Christoph SCHREUER en su comentario al artículo 57 del Convenio CIADI, «impone una carga probatoria relativamente pesada» sobre la parte que hace la propuesta de recusación⁶⁸. A la luz de esta carga probatoria, hasta la fecha de este artículo ningún tribunal CIADI ha descalificado a un árbitro por el solo hecho de no haber cumplido con su deber de revelación.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y dado que como lo establecen las Directrices de la IBA «por el solo hecho que el árbitro no haya revelado ciertos aspectos o circunstancias, no debe inferirse que éste sea parcial o carente de independencia» sino que «sólo los hechos o circunstancias no revelados demostrarán si en realidad esto fuere así»⁶⁹, cabe analizar si, efectivamente, los hechos o circunstancias no revelados bajo el *test* de «dudas justificadas» del deber de revelación constituyen en sí causales de recusación.

Dado que los requisitos del deber de revelación son considerablemente más amplios que los de recusación, la respuesta debe ser negativa. Muchos de los hechos y circunstancias que deben comunicarse a las

⁶⁵ *Suez c. Argentina*, Decisión sobre una segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 44

⁶⁶ Posteriormente, en *Tidewater c. Venezuela*, *Universal Compression c. Venezuela* y *Nations Energy c. Panamá* se reiteró el mismo criterio según el cual una falta de revelación puede ser excusada sobre la base de un «ejercicio honesto de discreción». Ver *Tidewater c. Venezuela*, párr. 55; *Universal Compression c. Venezuela*, párr. 94; *Nations Energy c. Panamá*, párr. 76.

⁶⁷ *Suez c. Argentina*, Decisión sobre una segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 44.

⁶⁸ SCHREUER, Christoph, MALINTROPPI, Loretta, REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da. edición. Cambridge University Press, 2011, p. 1202. Traducción libre. Ver también *Suez c. Argentina*, Decisión sobre una segunda propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 12 de mayo de 2008, párr. 29. Ver también *ConocoPhillips c. Venezuela*, párr. 56 y *Nations Energy c. Panamá*, párr. 63, 65-66 y *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 37. En *EDF c. Argentina* se aplicó un criterio algo distinto pues la palabra «manifiesta» se interpretó en el sentido de describir la facilidad con la que se puede percibir el supuesto riesgo de carencia de independencia o imparcialidad. Ver *EDF c. Argentina*, párr. 68.

⁶⁹ Directrices de la IBA, Segunda Parte: Aplicación Práctica de las Normas Generales, párr. 5.

partes, no llegan necesariamente a poner en duda «en forma manifiesta» la imparcialidad e independencia del árbitro. En este sentido, tal y como se reconoció en *Alpha Projektholding c. Ucrania*:

«La relación entre los requisitos de recusación, de conformidad con los artículos 14(1) y 57 del Convenio del CIADI, y los parámetros de revelación previstos en la Regla de Arbitraje 6(2) no son una combinación perfecta. El alcance de la declaración de revelación es considerablemente más amplio que los requisitos que deben cumplirse para lograr la recusación»⁷⁰.

Es por ello que los intentos de aplicar el estándar de «dudas justificadas» que rige en materia de revelación para decidir casos de recusación en arbitrajes CIADI no han tenido éxito. Aunque en *Vivendi c. Argentina I* el tribunal pareció equiparar ambos estándares⁷¹, decisiones posteriores han confirmado la distinción entre ambos⁷².

6. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

El deber de revelación es un mecanismo esencial para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros. El correcto cumplimiento de dicho deber beneficia a todos los sujetos involucrados en un arbitraje CIADI: (i) a las partes, en tanto pueden conocer de primera mano los hechos y circunstancias que podrían representar un conflicto de interés y que podrían dar lugar a una recusación legítima; (ii) a los árbi-

tros, pues una adecuada y oportuna revelación elimina el riesgo de recusaciones sobreenvidas una vez que el arbitraje ya se encuentra avanzado; (iii) al CIADI, pues una práctica consistente y uniforme por parte de los árbitros que integran sus tribunales fortalece la credibilidad de la institución y del sistema en general; y (iv) a los contribuyentes e instituciones de los estados parte del Convenio CIADI, pues al ser el deber de revelación un medio para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los árbitros, se fortalece la confianza de éstos en el sistema y en que sus laudos hagan justicia sin que los árbitros sean objeto de influencias indebidas, lo que permite su continuidad.

De la regulación del deber de revelación en las Reglas de Arbitraje CIADI y las interpretaciones que de su alcance han realizado sus redactores y varios tribunales CIADI, podemos concluir lo siguiente:

– La declaración requerida por la Regla 6(2)(b) de las Reglas de Arbitraje CIADI implica una determinación hecha en base a un parámetro objetivo consistente en aquello que para un «tercero razonable» podría despertar «dudas justificadas» sobre la imparcialidad o independencia del árbitro.

– Dado que las Reglas de Arbitraje CIADI no brindan lineamientos específicos sobre la aplicación del deber de revelación y su alcance, con mucha frecuencia partes y árbitros han recurrido a las Directrices de la IBA y a sus «listados de

⁷⁰ *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 47. Traducción libre. El texto original en inglés dice lo siguiente: «The relationship between the requirements for disqualification under Articles 14(1) and 57 of the ICSID Convention and the disclosure parameters of Arbitration Rule 6(2) is not a perfect match. The scope of the disclosure declaration is considerably broader than the requirements that must be met in order to achieve disqualification».

⁷¹ *Vivendi c. Argentina I*, párr. 25 y 28.

⁷² *Alpha Projektholding c. Ucrania*, párr. 64; *Tidewater c. Venezuela*, párr. 38 y 40.

aplicación» como una guía para determinar los supuestos que pueden representar un conflicto de interés y que son, por tanto, susceptibles de ser revelados. Aunque en varias decisiones estas Directrices han sido utilizadas y su valor indicativo fue expresamente reconocido, no son vinculantes en el arbitraje CIADI. Esto, en la práctica, ha dado a los árbitros un amplio margen de maniobra a la hora de tomar decisiones en materia de recusación.

- A pesar de que las Reglas de Arbitraje CIADI no establecen claramente un deber de investigación antes de efectuar las declaraciones a que se refiere la Regla 6(2)(a) y 6(2)(b), se ha reconocido que tal deber existe aunque no hay acuerdo unánime sobre las circunstancias en las que resulta aplicable.

- No hay una regla general que establezca que los hechos públicos, notorios o susceptibles de ser conocidos mediante información disponible al público deben revelarse. La necesidad de revelación depende del hecho de que se trate. En todo caso, parecería aconsejable revelar estos hechos cuando los mismos (o su falta de revelación) sean razonablemente susceptibles de suscitar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

- Dado que las violaciones al deber de revelación se determinan en base a las circunstancias de cada caso concreto, es difícil extraer de la jurisprudencia del CIADI reglas de general aplicación. Sin embargo, de los supuestos examinados, se puede decir que:

- Designación como miembro de la junta directiva de un banco: en dos casos se consideró que este hecho no tenía que

ser revelado, mientras que en otro los árbitros entendieron que la revelación era obligatoria.

- Experiencias académicas previas: utilizando como referencia las Directrices de la IBA, se ha sostenido que la coincidencia de un árbitro con uno de los abogados de las partes en una universidad mientras realizaban estudios de post-gradno es un hecho que deba ser revelado.

- Relaciones profesionales previas: aunque se ha juzgado «prudente» y «aconsejable» la revelación de una relación profesional de siete años entre un socio y un asociado de una firma, la falta de revelación de dicha relación no fue considerada violatoria del deber de revelación.

- Nombramientos previos como árbitro en casos anteriores: se ha reconocido que los árbitros deben revelar sus designaciones en otros tribunales por una de las partes, al menos cuando dichas designaciones hayan tenido lugar dentro de los tres años anteriores a cada nueva designación.

- Fusión entre firmas de abogados: se ha considerado que la revelación de la fusión entre la firma a la que pertenece un árbitro con otra que representa a una de las partes no tiene que ser realizada en la medida en que el árbitro no haya conocido o debido conocer previamente sobre la conexión que da lugar al conflicto de interés.

- El simple incumplimiento del deber de revelación no constituye como tal una causal de recusación. Para ello, el requirente debe probar que dicha violación constituye una falta manifiesta de independencia e imparcialidad. Este análisis, a todo even-

to, debe hacerse según las circunstancias del caso concreto. Entre otros factores, si la falta de revelación obedece a un «honesto ejercicio de discreción», no se ha considerado que tal falta de revelación sea violatoria del deber de revelación.


– Se ha establecido que no es la falta de revelación como tal, sino los hechos que la rodean, lo que puede llevar a tal resulta-

do. Al ser los estándares de revelación y recusación distintos («dudas justificadas» y «carencia manifiesta» de independencia o imparcialidad, respectivamente), la simple falta de revelación de un hecho o circunstancia que pueda representar un conflicto de interés por parte de un árbitro no implica automáticamente que el árbitro carece en forma manifiesta de independencia e imparcialidad como para ser recusado.

ENTRE LA IMPARCIALIDAD Y LA CONVICCIÓN: ISSUE CONFLICT EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL(*)

STEPHEN P. ANWAY (**)

RAÚL B. MAÑÓN (***)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Recusación del árbitro por parcialidad de criterio. 2.1. Posiciones encontradas. 2.2. Propuestas para posibles soluciones. 3. Circunstancias que pueden dar lugar a recusación por parcialidad de criterio. 3.1 Declaración hecha en calidad de árbitro. 3.2. Declaración hecha en calidad de abogado de parte. 3.3. Declaración hecha en calidad de académico. 3.4. Declaración hecha en calidad de parte interesada o activista. 

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje, a diferencia de la justicia ordinaria, tiene la necesidad constante de justificar su existencia y viabilidad. Esta necesidad es consecuencia del principio fundamental de autonomía de las partes que

caracteriza al arbitraje¹. El arbitraje es producto de un compromiso contractual entre las partes, sin el cual no hay arbitraje. Esta característica única del arbitraje implica que sus usuarios pueden, si se sienten insatisfechos, rehusarse a suscribir cláusulas arbitrales en el futuro o, en el caso de arbi-

(*) *Nota bene*: El presente artículo fue sometido para publicación por el Anuario Latinoamericano del Arbitraje en el mes de agosto de 2013 por lo que en el mismo no analizan las decisiones sobre recusación evacuadas en los casos *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Mauritius Limited v. Republic of India*, Caso CNUDMI, y *Blue Bank Int'l & Trust v. Venezuela*, Caso CIADI No. ABR/12/20. Dichas decisiones serán objeto de un futuro artículo.

(**) Socio de Squire Sanders (US) LLP, radicado en la oficina de Nueva York de dicho bufete, y se especializa en la representación y el asesoramiento de Estados soberanos y empresas multinacionales en temas de arbitraje internacional, tanto comercial como de inversión. Ha representado a Estados soberanos en múltiples arbitrajes de inversión, incluyendo como abogado de cabeza de la República Checa en el célebre caso *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5 que reconoció los principios de buena fe y abuso de derecho bajo el derecho internacional público. Actualmente Stephen es abogado de parte en varios arbitrajes de inversión bajo los auspicios del CIADI. En lo que tiene que ver con arbitraje comercial, Stephen ha actuado como abogado de la parte gananciosa en dos de los doce mayores arbitrajes en el mundo durante los años 2004 al 2009, conforme fue evaluado por la publicación *American Lawyer's Focus Europe* y recientemente ha representado a la parte gananciosa en varios arbitrajes comerciales bajo los auspicios de la CCI que en conjunto exceden mil millones de dólares.

(***) Abogado asociado sénior de Squire Sanders (US) LLP, radicado en la oficina de Miami, Florida de dicho bufete, y se especializa en la representación y el asesoramiento de Estados soberanos y empresas multinacionales en temas de arbitraje internacional, tanto comercial como de inversión. Cuenta con licenciaturas en derecho tanto bajo el sistema de derecho *common law* como bajo el sistema de derecho civil y en la práctica asesora a clientes bajo ambos sistemas de derecho. Raúl ha participado como abogado de parte en múltiples arbitrajes comerciales y de inversión, varios de los cuales están actualmente en curso.

(****) Los autores quieren expresar su agradecimiento a Joseph M. Luizzi; quien actualmente cursa su segundo año de estudios en *Columbia University School of Law* y quien se desempeñó como pasante en Squire Sanders (US) LLP durante el verano de 2013- por su invaluable asistencia en la recopilación y el estudio de gran parte del material considerado por los autores en la preparación de este artículo.

¹ Véase MOUAWAD, CALINE, «Issue Conflict in Investment Treaty Arbitration». En: *5 Transnational Dispute Management*, Julio 2008, p. 1: «Given the consensual nature of arbitration, the trust and the confidence of the system users are crucial to its continued viability as a forum for investor-state dispute resolution».

trajes de inversión y bajo determinadas circunstancias, retirar su consentimiento para participar en futuros arbitrajes (como ha ocurrido recientemente con Bolivia, Ecuador y Venezuela).² La justicia ordinaria, por el contrario, no padece de esta limitante, ya que su fundamento radica en la soberanía del Estado dentro del cual existe y no, por regla general, en el consentimiento de las partes. Al adjudicar disputas, los tribunales ordinarios fungen como entes públicos llamados a aplicar e interpretar la ley y cuya interpretación, en la gran mayoría de los casos, tiene aplicación *erga omnes*.

Visto desde esta óptica, el arbitraje depende para su supervivencia en el cumplimiento de las expectativas de sus usuarios. Esta problemática es aún más compleja en el área de arbitrajes de inversión³ en donde el tribunal arbitral pudiera estar llamado a interpretar las leyes y evaluar las actuaciones de un Estado soberano aplicando principios (a veces abstractos y foráneos al Estado participante) de

derecho internacional.⁴ En esos casos pudiera existir un distanciamiento entre el electorado del Estado parte y el tribunal arbitral, quien pudiera ser visto como un ente foráneo desconectado de la realidad interna del Estado parte y no representativo de sus intereses.⁵ Es en esos casos específicos en los cuales el tribunal arbitral se encuentra bajo mayor escrutinio y en los cuales sus miembros deben absoluta transparencia.

La comunidad de arbitraje internacional ha reconocido esta aparente falta de transparencia y sus efectos altamente nocivos para el continuo mantenimiento del arbitraje como el sistema preferencial de resolución alternativa de disputas con carácter internacional. De entre todos los esfuerzos que se han llevado a cabo para lidiar con esta problemática, los más loables han sido los desplegados por la *International Bar Association* («IBA») con la publicación en el año 2004 de sus Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje In-

² Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («Convención del CIADI»). Aunque existen opiniones divergentes sobre los efectos legales de dichas denuncias, éstas no afectan el consentimiento para arbitrar disputas otorgado por dichos Estados en otros instrumentos, tales como contratos de inversión y tratados bilaterales o multilaterales de inversión.

³ Para un análisis más a fondo de las razones por las cuales la imparcialidad de criterio de los árbitros (*issue conflict*) parecería ser más prevalente en arbitrajes de inversión que en arbitrajes comerciales véase JUDITH LEVINE. «Dealing with Arbitrator 'Issue Conflicts' in International Arbitration». En: *Dispute Resolution Journal*, Feb.-Apr. 2006.

⁴ Este es el caso particular bajo el Artículo 42 de la Convención del CIADI, conforme el cual, salvo acuerdo contrario entre las partes, el tribunal arbitral deberá aplicar la ley sustantiva del Estado contratante y los principios de derecho internacional que sean aplicables. Ello implica que la aplicación de la ley doméstica de un Estado podría ser modificada por un tribunal arbitral internacional si éste concluye que dicha ley es incompatible con ciertos estándares mínimos bajo el derecho internacional. Véase GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. «The International Center for Settlement of Investment Disputes: The Mexican Experience». En: *Journal of International Arbitration* 19(3), Kluwer Law International, 2002, p. 232. Véase también LEVINE, J., *Op. cit.* p. 2 («... unlike most private arbitration proceedings, which involve the application of domestic law identified by the parties in their arbitration agreement, investor-state arbitrations usually involve the application of an evolving body of international law; therefore, arbitrators in international investment arbitration perform more of a 'law making' role»).

⁵ Véase SINCLAIR, A.C. y GEARING, M. «Partiality and Issue Conflicts». En: *5 Transnational Dispute Management*, Julio 2008, p. 4: «That said, with the growing public interest in the arbitration of high-profile disputes – especially investment treaty claims – the arbitration 'system', to the extent that it may be so-called, has come under pressure from civil society groups who are perturbed by a process of judicial determination performed by ad hoc tribunals of arbitrators whose composition owes everything to the parties or arbitral institutions and nothing to the constitutional or democratic process with which those groups are more familiar». (subrayado de los autores).

ternacional⁶ y, más recientemente, con sus Directrices sobre el Papel de los Representantes de las Partes en el Arbitraje Internacional.⁷ A pesar del reconocimiento de la problemática y de los esfuerzos desplegados queda aún mucho trabajo por delante y el sistema se encuentra hoy más que nunca bajo la lupa inquisidora de sus críticos y detractores.

Este problema de falta de transparencia queda plasmado con marcada distinción en el incremento exponencial durante la última década de recusaciones de árbitros

basadas en alegadas faltas de independencia o imparcialidad.⁸ La falta de independencia, que se entiende como una relación estrecha entre el árbitro y una de las partes (o sus abogados) de naturaleza financiera, profesional o personal que compromete la independencia del árbitro,⁹ puede identificarse objetivamente y, por lo tanto, no presenta mayores problemas académicos o prácticos. En cambio, la falta de imparcialidad, que implica la predisposición del árbitro hacia una de las partes, el objeto del arbitraje, o los temas tratados en el arbitraje,¹⁰ conlleva un análisis subjetivo de las

⁶ Estas Directrices, conocidas en inglés como las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest In International Arbitration*, fijan un estándar común en el arbitraje internacional sobre las obligaciones de imparcialidad e independencia que pesan sobre los árbitros y sobre su deber de revelación bajo determinados supuestos reconocidos en dichas Directrices. Es importante señalar que las Directrices «no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido». *Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*, Introducción, § 6 (2004).

⁷ Estas Directrices, que fueron publicadas el 25 de mayo de 2013 y que son conocidas en inglés como las *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, fijan un estándar común conforme criterios deontológicos en el arbitraje internacional sobre la conducta permisible de los abogados (u otros representantes) de las partes y su posible fiscalización por el tribunal arbitral. A pesar de que estas Directrices tampoco son norma obligatoria para las partes, aunque pueden ser adoptadas convencionalmente por éstas, es de particular importancia para el tema tratado en este artículo que las Directrices prohíben toda comunicación *ex parte* con los árbitros, salvo en los trámites de constitución del panel arbitral. Véase *Directrices de la IBA sobre el Papel de los Representantes de las Partes en el Arbitraje Internacional*, § 7 («*Unless agreed otherwise by the Parties, and subject to the exceptions below, a Party Representative should not engage in Ex Parte Communications with an Arbitrator concerning the arbitration*».).

⁸ Otro elemento que contribuye al incremento en recusaciones es la práctica imperante en el arbitraje internacional, particularmente el área de arbitrajes de inversión, conforme la cual las partes nominan sus respectivos árbitros con un ojo acucioso hacia el resultado final del caso. Esto es, árbitros que, de una manera u otra, tienen cierta inclinación, parcialidad dicen algunos, hacia los argumentos presentados por la parte que lo ha nominado. Así lo reconocieron dos connotados árbitros en *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14, *Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Philippe Sands* (5 de mayo de 2011), 47:

In a dispute resolution environment, a party's choice of arbitrator involves a forensic decision that is clearly related to a judgment by the appointing party and its counsel of its prospects of success in the dispute. In our view, multiple appointments of an arbitrator are an objective indication of the view of parties and their counsel that the outcome of the dispute is more likely to be successful with the multiple appointee as a member of the tribunal than would otherwise be the case.

⁹ DAELE, Karel. «Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration». *International Arbitration Law Library*, Vol. 24 (Kluwer Law International 2012), pgs. 269-70 («*An independent arbitrator is one who has no close relationship with a party in the arbitration or its counsel, be it of a financial, professional or personal nature*».).

¹⁰ HARRISON, Martha L. «Issue Conflict in International Arbitration: Much Ado About Nothing». En: 2 *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2009, p. 19 («*Impartiality, on the other hand, requires a subjective consideration of whether there is any actual or apparent bias on the part of the arbitrator as a result of her mental predisposition towards the parties, subject-matter, or issues involved in the proceeding*».); DAELE, K., *Op. cit.* («*The requirement of impartiality implies the absence of bias or predisposition towards one of the parties*».). Véase también *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/17 y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19, *Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal* (22 de octubre de 2007), 29:

impresiones o predisposiciones mentales del árbitro en cuestión.¹¹ Este análisis es, por necesidad, un ejercicio en abstracto que, conforme analizaremos en este artículo, muchas veces da lugar a decisiones aparentemente contradictorias a pesar de estar basadas en circunstancias fácticas muy similares.

Aunque la independencia e imparcialidad del árbitro se analizan desde diferentes ópticas, ambos conceptos se fundamentan en el principio elemental del arbitraje internacional conforme el cual los árbitros deben evaluar los méritos del caso de acuerdo a las circunstancias propias del mismo sin tomar en consideración y sin dejarse influenciar por elementos externos.¹²

El presente artículo analiza la imparcialidad del árbitro sobre la base de su predisposición hacia (o prejuzgamiento de) uno de los temas en disputa en el arbitraje, fenómeno conocido en inglés como *issue conflict* y en español como predisposición o parcialidad de criterio. A nuestro entender, las actuaciones del árbitro que pudieran poner en tela de juicio su imparcialidad de criterio están íntimamente relacionadas con la capacidad bajo la cual el árbitro ha actuado. En este sentido, las circunstancias que pudieran dar lugar a cuestionamientos de imparcialidad de criterio pueden surgir cuando el árbitro ha actuado fuera del caso en cuestión como: (i) árbitro; (ii) abogado

de parte; (iii) académico; o (iv) parte interesada o activista.

Cada una de estas circunstancias, como confirma el estudio de la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje internacional en la materia, está sujeta a diferentes presunciones legales que en efecto protegen de crítica y cuestionamiento la actuación del árbitro y, por lo tanto, su imparcialidad de criterio. En un extremo del péndulo se encuentran aquellas actuaciones del árbitro que, independientemente de su contenido, se presumen inocuas y fuera de cuestionamiento; como, por ejemplo, declaraciones públicas, posiciones adoptadas u opiniones vertidas previamente en calidad de miembro de otro tribunal arbitral. Mientras que en el otro extremo del péndulo se encuentran aquellas actuaciones del árbitro que, independientemente de su contenido, se presumen perjudiciales y que comprometen su imparcialidad de criterio; como, por ejemplo, declaraciones hechas, posiciones adoptadas u opiniones vertidas previamente en calidad de parte o como activista en otra causa.

2. RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO POR PARCIALIDAD DE CRITERIO

Por lo general y salvo acuerdo en contrario entre las partes, la recusación de un árbitro se rige por el reglamento de arbitraje elegido por las partes. Estos reglamentos,

The concepts of independence and impartiality, though related, are often seen as distinct, although the precise nature of the distinction is not always easy to grasp. Generally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties. Thus Webster's Unabridged Dictionary defines 'impartiality' as 'freedom from favoritism, not biased in favor of one party more than another.' Thus it is possible in certain situations for a judge or arbitrator to be independent of the parties but not impartial.

¹¹ Suez, *supra* nota 11, 30 («Independence and impartiality are states of mind. Neither the Respondent, the two members of this tribunal, or any [other] body is capable of probing the inner workings of any arbitrator's mind to determine with perfect accuracy whether that person is independent or impartial».).

¹² Urbaser, S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan (12 de agosto de 2010), 43 («The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case».).

en su gran mayoría, prevén de manera general la recusación de un árbitro por su alegada falta de independencia o imparcialidad,¹³ pero no tratan de manera específica la recusación por parcialidad de criterio. Esta ausencia de normativa específica sobre el tema, que ha sido reconocida por la doctrina¹⁴ e instituciones arbitrales,¹⁵ así como la labor un tanto especulativa que conlleva comprobar que el árbitro carece de imparcialidad de criterio, sin duda han influido en la última década en el incremento de recusaciones basadas en alegada parcialidad de criterio.¹⁶

A pesar de esta ausencia de normativa, la comunidad de arbitraje internacional reconoce la parcialidad de criterio como una causal de recusación. Existe, sin embargo, una marcada división en la comunidad de arbitraje internacional sobre la definición de

imparcialidad en el ámbito del arbitraje y las expectativas de las partes en este sentido, así como las circunstancias que pudieran comprometer la imparcialidad de un árbitro. Esta división ha creado dos grupos o escuelas de pensamiento.

2.1. Posiciones encontradas

Un primer grupo considera que el hecho, sin más, de que un árbitro haya expresado anteriormente su opinión sobre un tema que está en disputa en el caso no compromete su imparcialidad de criterio.¹⁷ Conforme los proponentes de esta posición, la parcialidad de criterio sólo existe cuando la relación entre la opinión previa del árbitro y el tema en cuestión es tan estrecha que el árbitro de hecho no puede ejercer libremente su criterio.¹⁸ En otras pala-

¹³ Véase Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), Arts. 7 y 11; Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («CNUDMI»), Arts. 9-10; Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI»), Art. 14(1); Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, Art. 8.

¹⁴ HARRISON, M.L., *Op. cit.* p. 20; MOUAWAD, C., *Op. cit.* p. 13; LEVINE, J., *Op. cit.* p. 5.

¹⁵ Véase Secretaría del CIADI, *Discussion Paper*, «Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration», 22 de octubre de 2004, 17:

Under the UNCITRAL Arbitration Rules, an arbitrator is required to disclose to the parties any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. The relevant ICSID provisions, ICSID Arbitration Rule 6(2) and Article 13(2) of the Additional Facility Arbitration Rules, could be amended similarly to require the arbitrator to disclose, not only any past or present relationships with the parties, but more generally any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's reliability for independent judgment. This might in particular be helpful in addressing perceptions of issue conflicts among arbitrators. (subrayado y negrillas de los autores).

¹⁶ Este aumento también puede atribuirse al mayor número de arbitrajes de inversión registrados en la última década, al incremento de laudos arbitrales accesibles al público y a la proliferación de opiniones individuales de disensión de árbitros. Toda esta información es hoy fácilmente asequible de manera electrónica.

¹⁷ *Universal Compression v. Venezuela, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil*, Caso CIADI No. ARB/10/9 (20 de mayo de 2011), 83 («the fact that an arbitrator made a finding of fact or a legal determination in one case does not preclude that arbitrator from deciding the law and the facts impartially in another case»); *Tidewater Inc. et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Prof. Stern* (23 de diciembre de 2010), 67: *[the two arbitrators deciding the challenge] agree with the formulation of the French court, cited with approval in Poudret and Besson, that there is 'neither bias nor partiality where the arbitrator is called upon to decide circumstances of fact close to those examined previously, but between different parties, and even less so when he is called upon to determine a question of law upon which he has previously made a decision.* (citando a PARIS, BEN NASSER, *Rev arb* 1994, 380 note Bellet. En «Poudret & Besson Comparative Law of International Arbitration,» (2da. Ed. Berti & Ponti, 2007), p. 421.

¹⁸ *Tidewater*, *supra* nota 19, 67; *Urbaser*, *supra* nota 13, 45:

The Two Members seized with the challenge submitted by Claimants are of the view that the mere showing of an opinion, even if relevant in a particular arbitration, is not sufficient to sustain a challenge for lack of independence or impartiality of an arbitrator. For such a challenge to succeed there must be a showing that such opinion or position is supported by factors related to and supporting a party to the arbitration (or a party closely related to such party), by a direct or indirect interest of the arbitrator in the outcome of the dispute, or by a relationship with any other individual involved, such as a witness or fellow arbitrator. (subrayado de los autores).

bras, el árbitro debe estar supeditado en el ejercicio imparcial de su criterio a su opinión previa. Esta circunstancia generalmente se presenta cuando el árbitro tiene un interés específico o devenga algún tipo de beneficio directo de la resolución del tema en cuestión,¹⁹ o cuando se establece *a priori* que el árbitro *de hecho* decidirá el tema conforme su opinión preconcebida y no sobre la base de los hechos y circunstancias específicos del caso.²⁰

Los que abogan por esta posición reconocen, sin embargo, que es prácticamente imposible establecer la ausencia de parcialidad del árbitro al momento en que se presenta la recusación. Esto así por las siguientes tres razones. *Primero*, la recusación de un árbitro por lo general se presenta en la etapa inicial del arbitraje cuando las partes aún no han presentado o desarrollado a fondo todos sus argumentos de hecho y de derecho. Por ello, no puede esta-

blecerse a ciencia cierta si la opinión previa del árbitro que motivó la recusación encaja con absoluta precisión bajo las circunstancias particulares del caso en cuestión.²¹ *Segundo*, el árbitro recusado puede declarar que su opinión previa sobre el tema no compromete su imparcialidad y que basará su decisión únicamente en los hechos y circunstancias de la disputa en cuestión.²² Aunque este tipo de declaraciones niegan, sin más, la existencia misma de la causa de recusación que se asevera, son generalmente aceptadas en la práctica, ya que contienen la expresión más reciente de la disposición mental del árbitro recurrido sobre su alegado prejuicio. *Por último*, debido a la ausencia de precedente vinculante en el arbitraje, los árbitros no están obligados a decidir un mismo punto de hecho o de derecho conforme su anterior opinión sino que pueden cambiar de parecer conforme las circunstancias particulares del caso en cuestión²³ o incluso sin razón aparente alguna.²⁴

¹⁹ HARRISON, M.L., *Op. cit.* p. 31 («If the arbitrator has an active or concurrent interest in the determination of a point of law related to her role as counsel in a separate dispute, the appearance of impartiality is likely jeopardized».).

²⁰ Urbaser, *supra* nota 13, 44 («What matters is whether the opinions expressed by Prof. McLachlan on the two issues qualified as crucial by Claimants are specific and clear enough that a reasonable and informed third party would find that the arbitrator will rely on such opinions without giving proper consideration to the facts, circumstances, and arguments presented by the Parties in this proceeding».) (subrayado de los autores).

²¹ Universal Compression, *supra* nota 19, 82 («As an initial matter, because no pleadings other than the Request for Arbitration have been submitted, it is not possible to say with any precision what similarities in law or in fact may exist between this case and the three other matters. It appears, however, that the claimants in each case are distinct and also operate in different industries».); Tidewater, *supra* nota 19, 69 («Indeed, at this stage in the present proceeding, it would be premature to make any judgment as to what issues of law may be pleaded by the parties (and thus as to the similarities or differences between the context for the issues of law to be determined in the two cases), since no pleadings other than the Request for Arbitration have yet been filed».).

²² Universal Compression, *supra* nota 19, 84 («Moreover, to the extent to which similarities among the arguments may exist, Professor Stern's statement that 'the fact of whether I am convinced or not convinced by a pleading depends on the intrinsic value of the legal arguments and not on the number of times I hear the pleading' has not been put in question».).

²³ Urbaser, *supra* nota 13, 49 («The requirement of independent and impartial judgment means that an arbitrator's previously adopted opinion, whether published or not, shall not be of such force as to prevent the arbitrator from taking full account of the facts, circumstances, and arguments presented by the parties in the particular case».); Universal Compression, 83 («It is evident that neither Professor Stern nor her co-arbitrators will be bound in this case by any factual or legal decision reached in any of the three other cases».); Tidewater, *supra* nota 19, 69 («Neither Professor Stern, still less the present Tribunal as a whole, will be bound in the present case by any finding that any finding which the Brandes Tribunal may arrive at as to the issue of Venezuelan law referred to».).

²⁴ Este fue el argumento de Argentina en el célebre caso *The Republic of Argentina v. BG Group PLC* (CNUDMI), en el cual Argentina solicitó la recusación de Albert Jan van den Berg como árbitro en la disputa alegando que éste no era imparcial hacia Argentina que ya como árbitro en otras dos disputas previas en donde Argentina

Para justificar lo que parecería ser una interpretación amplia del concepto de imparcialidad los proponentes de esta posición reiteran que permitir la recusación de un árbitro por el simple hecho de que éste previamente ha expresado una opinión sobre un tema en discusión en el caso tendría como consecuencia: (i) la exclusión como posibles árbitros de un número considerable de profesionales altamente calificados que han escrito sobre temas de arbitraje;²⁵ (ii) la exclusión de los árbitros más calificados y con mayor experiencia en la materia, cuya amplia experiencia e impecable reputación es la razón por la cual fueron seleccionados

como árbitros;²⁶ (iii) la limitación del estudio académico en esta rama del derecho, ya que posibles árbitros se abstendrían de expresar su opinión académica para evitar ser recusados en un futuro;²⁷ (iv) el incremento exponencial en el número de recusaciones que afectarían el desarrollo y la viabilidad del actual sistema de arbitraje internacional;²⁸ y (v) la creación de un nuevo estándar para presentar y decidir recusaciones más estricto que el que existe en la justicia ordinaria en donde una parte no puede recusar a un juez aun cuando éste tenga una opinión preconcebida del punto de derecho avanzado por el abogado.²⁹

también había sido parte había tomado posiciones contradictorias (sin explicación) sobre la aplicación de la doctrina del estado de necesidad. Véase *The Republic of Argentina v. BG Group PLC*, Caso No. 08-0485 (RBW) (D.D.C.), *Petition to Vacate or Modify Arbitration Award* (21 de mayo de 2008), 71-76, disponible en <http://www.itlaw.com/cases/143>. En particular, Argentina adujo que van den Berg tomó una actitud «caprichosa» y parcializada en contra de Argentina, pues en un primer caso (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/1) van den Berg formó parte del tribunal arbitral que unánimemente acogió como defensa válida el estado de necesidad argumentado por Argentina basado en la crisis financiera y económica que afectó a dicho país a finales de la década 1990, pero que sin explicación alguna van den Berg formó parte del tribunal arbitral en un segundo caso (*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/3) que rechazó diecisiete meses más tarde la aplicación de la misma doctrina del estado de necesidad a la misma crisis financiera y económica. La solicitud de recusación fue rechazada por la CCI y el tribunal arbitral terminó fallando en contra de Argentina. Posteriormente Argentina solicitó la anulación del laudo bajo la Convención de Nueva York por ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia (*United States District Court for the District of Columbia*) quien rechazó la petición. Argentina luego apeló dicha decisión y, basado en otros argumentos, obtuvo ganancia de causa ante la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia (*United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*). El caso se encuentra actualmente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*).

²⁵ DAELE, K., *Op. cit.* p. 451 («As many arbitrators have published extensively on arbitration related topics, there arbitrators would be ruled out for future appointments if they could be challenged too easily on the basis of their academic writings . . . The pool of arbitrators to choose from would become too small, or at least much smaller, if only arbitrators that had not published on a relevant legal issue could be appointed».).

²⁶ MOUAWAD, C., *Op. cit.* pp. 11-12.

²⁷ Urbaser, *supra* nota 13, 48:

If Claimants' view were to prevail and any opinion previously expressed on certain aspects of the ICSID Convention be considered as elements of prejudgment in a particular case because they might become relevant or are merely argued by one party, the consequence would be that no potential arbitrator of an ICSID Tribunal would ever express views on any such matter, whether it may be procedural, jurisdictional, or touching upon the substantive rights deriving from BITs. The wide spreading of ICSID awards through publication and appearance on the Centre's website has greatly contributed to dense exchanges of views throughout the world on matters of international investment law. This is very largely considered as a positive contribution to the development of the law and policies in this segment of the world's economy.

²⁸ DAELE, K., *Op. cit.* p. 449 («The view is that the fact that an arbitrator has made a determination of law or a finding of fact in one case does not mean that the arbitrator cannot decide the law or facts impartially in another case. Additional circumstances are required, if not arbitrators could be challenged too easily and the arbitration system could be brought to a halt».).

²⁹ PAULSSON, Jan. «Ethics, Elitism, Eligibility». En 14(4) *Journal International Arbitration* 13, 1997, p. 15 («Ordinary judges are burdened with a host of preconceived notions which inhabit them as a déformation professionnelle; yet in most courts a lawyer will not have a ghost of a chance if he seeks recusal of a judge on the grounds that the latter is known to be skeptical of a legal theory on which the lawyer bases his case. In reality, a predisposition is disqualifying only if it relates directly to the relevant case . . . [for example] someone who has given an opinion to the effect that the particular facts of a dispute do or do not give rise to a valid cause of action».).

Por último, conforme los proponentes de esta visión la imparcialidad de criterio no se compromete por el simple hecho, sin más, de que un árbitro haya expresado anteriormente su opinión sobre un tema legal y cuya opinión no es favorable para una de las partes. Estos proponentes afirman que el árbitro no está llamado a tomar decisiones que sean mutuamente aceptadas por las partes o neutras en sus efectos, sino que su función es decidir disputas en base a los alegatos contrapuestos de las partes y conforme su mejor juicio. Esta función necesariamente conlleva la toma de decisiones adversas a una de las partes y en beneficio de la otra; de lo cual se entiende que la independencia e imparcialidad del árbitro no se comprometen por el solo hecho de que éste haya desempeñado su función arbitral, sin más.³⁰

Un segundo grupo propone la prohibición, sin excepciones, de que una persona pueda fungir como árbitro en una disputa en la cual se trate un tema legal sobre el cual dicha persona haya expresado una opinión (ya sea como académico, abogado de parte, o árbitro en otra disputa).³¹ Para los miembros de este grupo una de las premisas fundamentales del arbitraje es la confianza *mutua* de las partes en los árbitros y el proceso arbitral,³² y la nominación de un árbi-

tro sobre el cual una de las partes ha expresado reservas, aducen, es incompatible con dicha premisa. Los integrantes de este grupo consideran que las expectativas de las partes y la credibilidad del sistema de arbitraje internacional están por encima de cualquier otro interés, incluyendo el aporte doctrinal por parte de posibles árbitros y la disponibilidad de árbitros altamente calificados y especializados.

Los proponentes de esta posición también rechazan cualquier comparación entre los estándares que rigen la recusación de árbitros con los que rigen la recusación de jueces en la justicia ordinaria y afirman, convincentemente, que una de las razones por las cuales las partes recurren al arbitraje es precisamente porque la justicia ordinaria no les permite seleccionar a un juez que sea a su entender completamente imparcial o debidamente calificado para dirimir la disputa.

2.2. Propuestas para posibles soluciones

Se han presentado un sinnúmero de propuestas que buscan solucionar de una forma u otra las críticas que se han expresado en relación con ambas posiciones. A continuación analizamos algunas de las propuestas de mayor aceptación.

³⁰ *Abacat and Others v. Argentine Republic, Recommendation from the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration on Respondent's Proposal for the Disqualification of Prof. Pierre Tercier and Prof. Albert Jan van den Berg* (18 de noviembre de 2011), p. 10:

An arbitrator is not bound to make rulings which are mutually acceptable to both parties or which are neutral in their effects as against both of the parties. It is the arbitrator's function to make a decision between competing claims, based on his or her judgment. That function will necessarily entail rulings which are adverse to the party whose arguments are not accepted. It follows that a finding of an arbitrator's lack of independence or impartiality requires evidence other than the making of a decision which is considered to be adverse to one party or, indeed, wrong in law or insufficiently supported by reasons. To hold otherwise would be incompatible with any system of adjudication.

³¹ MOUAWAD, C., *Op. cit.* p. 12.

³² Para una opinión relacionada con este tema véase a PAULSSON, Jan. «Moral Hazard in International Dispute Resolution, Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law», p. 9 (29 de abril de 2010) («*unilateral appointments [of arbitrators] are inconsistent with the fundamental premise of arbitration: mutual confidence in arbitrators*»). Disponible en: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf.

Una de las posibles soluciones que se ha sugerido representa un compromiso entre ambas posiciones y consiste en requerir la descalificación del árbitro cuando éste haya adoptado previamente una posición sustantiva en un tema de derecho clave para la disputa en cuestión y existe una divergencia de opinión en la doctrina o jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales sobre el mismo tema.³³ Esta propuesta, conforme su proponente, preserva la integridad del sistema de arbitraje internacional ya que permite que las partes puedan recusar a un árbitro cuya opinión sobre el tema en cuestión es ampliamente conocida y, por lo tanto, a los ojos de dicha parte no es imparcial.³⁴ La regla general contenida en esta propuesta contiene, sin embargo, una importante excepción para aquellos casos en los cuales la opinión del árbitro sobre el punto en controversia está contenida en un documento de carácter académico. En esos casos el árbitro no podrá ser recusado. Esta excepción, según su proponente, permite el desarrollo de la doctrina en temas de arbitraje internacional.³⁵

Según se conoce, esta propuesta aún no ha sido adoptada por un tribunal de arbitraje internacional y, a nuestro entender, aunque bien intencionada, parecería no solucionar las críticas que se han presentado en contra de las dos posiciones encontradas. En primer lugar, aquellos individuos considerados como árbitros preeminentes, particularmente en el área de arbitrajes de inversión, son por lo general catedráticos y profesionales en ejercicio que con frecuencia participan activamente en el área académica y publican o expresan públicamen-

te sus opiniones sobre determinados temas de arbitraje. En vista de esta realidad, la excepción creada por esta propuesta ofrece poco consuelo a quienes sostienen que el deber de imparcialidad del árbitro implica que éste no puede tener una opinión preconcebida de un tema que se esté ventilando en el arbitraje. Más aún, es precisamente en documentos de carácter académico (o en seminarios, simposios, charlas u otros eventos profesionales) que aquellas personas que frecuentemente fungen como árbitros expone, frecuentemente con convicción y sorprendente franqueza, sus opiniones sobre determinados temas. Opiniones que al estar expresadas en abstracto y fuera de la influencia específica de los hechos de una disputa tienen necesariamente mayor peso que las opiniones expresadas en un laudo o dentro de un proceso arbitral. Hecho que, opinan algunos, constituye prueba irrefutable de que el árbitro tiene una relación simbiótica con el tema que denota su falta de imparcialidad de criterio.

En segundo lugar, en el arbitraje no existe precedente legal y las opiniones de los árbitros, independientemente de la calidad en la cual éstos la han expresado, no son vinculantes con respecto a su autor. Por ello, una regla que permita la recusación de un árbitro cuando éste ha expresado una opinión como árbitro en otra disputa, pero no cuando la opinión se ha externado en un documento académico, parecería tener poco sentido ya que ninguna de dichas opiniones son vinculantes para el autor.

Para mayor ilustración de estas observaciones pongamos como ejemplo un árbi-

³³ MOUAWAD, C., *Op. cit.* p. 13 («Has the arbitrators taken a clear position in a dissenting or concurring opinion on an identical (and key) point of law (rather than on its application) over which tribunals are divided?»).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

tro que haya expresado anteriormente su opinión inequívoca de que la cláusula de nación más favorecida aplica no solo a temas sustantivos de inversión objeto de uno o varios tratados bilaterales de inversión, sino también a las cláusulas de resolución de disputas contenidas en dichos tratados.³⁶ De forma que el Estado en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el tratado «A», bajo el cual el inversor ha incoado su reclamación, ha automáticamente convenido arbitrar disputas bajo el mecanismo de resolución de disputas contenido en el tratado «B», que no aplica o protege la inversión realizada por el inversor demandante. ¿Importa para temas de recusación por parcialidad de criterio que el árbitro haya expresado su opinión como árbitro en otra disputa o como académico en un artículo o publicación especializada? ¿Es el medio mediante el cual se expresa la opinión el hecho determinante de si existe o no parcialidad de criterio? ¿Le sirve de consuelo a la parte que presenta la recusación que el árbitro haya expresado su opinión preconcebida sobre la cláusula de la nación más favorecida como académico y no como árbitro? ¿Estaría el árbitro más dispuesto a abandonar su opinión preconcebida sobre la cláusula de la nación más favorecida si su opinión anterior fue expresada como académico? ¿Y de ser así, inspiraría dicho árbitro confianza en las partes?

No existen respuestas correctas a estas interrogantes. Sino que las mismas pueden responderse conforme la perspectiva de cada persona. Los proponentes de una regla estricta que prohíba fungir como árbitro si se ha expresado una opinión sobre un tema que está en juego en la disputa responderían que estas interrogantes todas indican que el árbitro debe ser recusado, puesto que una de las partes sospecha de su imparcialidad y que esa sospecha socava la credibilidad del proceso. Los que se oponen a esta regla absoluta responderían que se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso para determinar si existe o no parcialidad por parte del árbitro, pero que en lo general el hecho de que se haya expresado una opinión sobre un tema legal que sea contraria a la posición esbozada por una de las partes en la disputa no constituye *per se* prueba de parcialidad de criterio.

Quizás, como sugieren algunos connotados autores, la solución radica en requerir que las partes elijan árbitros calificados de una lista preestablecida por la institución arbitral,³⁷ como ocurre con el Tribunal Arbitral del Deporte,³⁸ o que sea la institución arbitral (y no las partes) quien nomine los árbitros.³⁹ Sin embargo, ninguno de estos dos mecanismos, que si bien eliminan la posibilidad de que las partes puedan elegir libremente sus respectivos árbitros reduciendo así de cierta manera la probabilidad de

³⁶ Este fue el tema tratado en *Urbaser*, *supra* nota 13.

³⁷ PAULSSON, J., *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, *Op. cit.* p. 11 («*An even more effective mechanism, provided that it is properly conceived, may be an institutional requirement that appointments be made from a pre-existing list of qualified arbitrators*»).

³⁸ Conocido en inglés como la «*Corte of Arbitration for Sport*» y en francés como «*Tribunal Arbitral du Sport*».

³⁹ Tema este sin duda controversial ya que muchos consideran que las partes tienen en el arbitraje un derecho fundamental de nominar su propio árbitro. Derecho que, aducen los proponentes de esta visión, permite que las partes puedan, entre otras cosas, nominar personas expertas en determinadas materias, con quienes compartan un mismo idioma u otras características culturales, o que entiendan la idiosincrasia de una de las partes. Que las partes no puedan nominar sus propios árbitros no implica, sin embargo, que no se puedan designar árbitros competentes que cumplan con una o más de estas características; lo que sí se elimina es la posibilidad de que las partes nominen a un árbitro que abogue y/o proteja los mejores intereses de la parte que lo ha nominado. Y es esta situación la que indudablemente presenta riesgos para ambas partes y que compromete la credibilidad y sostenibilidad del arbitraje internacional.

que las partes nominen al árbitro, de entre todos los árbitros disponibles, más parcializado con la posición de dicha parte, resuelve el problema de parcialidad de criterio. Puesto que la institución arbitral o una de las partes, si éstas eligen de una lista preestablecida, bien pudieran nominar un árbitro que tenga una opinión preconcebida de un punto de derecho en juego en la disputa.

Otra posible solución sería expandir el poder de decisión que las partes actualmente ostentan sobre la nominación de los árbitros de la contraparte y así permitirle a ambas partes «depurar», hasta cierto grado, los candidatos propuestos por la contraparte. El sistema funcionaría de la siguiente manera:

En vez de nominar a una sola persona como su árbitro, cada parte nominaría a dos posibles candidatos de su elección para desempeñar dicha labor. Cada parte tendría el derecho, que puede o no ejercer a su sola discreción, de rechazar por cualquier razón a uno de los dos candidatos propuestos por la contraparte. El candidato restante de

cada lado pasaría automáticamente⁴⁰ a formar parte del tribunal arbitral.⁴¹ Este mecanismo asegura que: (i) cada parte retiene la potestad de seleccionar su propio árbitro; (ii) cada parte tiene la posibilidad de estudiar los dos candidatos propuestos por la contraparte y realizar el proceso de debida diligencia (*due diligence*) que entienda conveniente; (iii) cada parte tiene la posibilidad de rechazar el candidato propuesto por la contraparte que entienda sea más parcial hacia la parte que lo ha propuesto; (iv) como se ha eliminado el candidato considerado objetivamente por la contraparte como el más parcial hacia la parte que lo propuso, las partes tendrían mayor confianza de que el sistema procederá con legitimidad y con menos parcialidad.

Aunque esta propuesta no es perfecta,⁴² en comparación con el actual sistema que permite que cada parte nombre su propio árbitro (con la posibilidad de que se nombre aquella persona que se considere es la más parcial de todas), esta alternativa inyecta mayor transparencia y predictibilidad al proceso de selección del panel arbitral y

Más aún, como explica PAULSSON, el *pseudo* derecho fundamental de nominar su propio árbitro en realidad no existe y de existir no suplanta la expectativa de las partes de que el proceso arbitral sea legítimo y confiable. Véase PAULSSON, J., *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, *Op. cit.* p. 8 («*References are occasionally made to 'the fundamental right' to name one's arbitrator. But there is no such right. Moreover, if it existed, it would certainly not be fundamental. The original concept that legitimates arbitration is that of an arbitrator in whom both parties have confidence. Why would any party have confidence in the arbitrator selected by its unloved opponent?*»).

⁴⁰ Salvo que exista alguna otra causal (no relacionada con la imparcialidad de criterio) que justifique la recusación y descalificación del árbitro restante.

⁴¹ Se podría realizar el mismo ejercicio incrementando el número de candidatos propuestos por cada parte, reduciendo así la probabilidad de que eventualmente se nomine un árbitro evidentemente parcial hacia una de las partes. La clave para que el sistema funcione efectivamente es permitir que la cantidad de rechazos disponibles a cada parte no exceda el número de candidatos propuestos. Así pues, si cada parte tiene el derecho a proponer hasta tres candidatos, sólo puede rechazar dos de los candidatos de la contraparte.

⁴² Evidentemente, este sistema, ni ningún otro sistema, puede eliminar del todo la parcialidad de un árbitro hacia la aceptación de un determinado argumento legal. Es de esperarse que los árbitros, personas de vasta experiencia y preparación académica, hayan estudiado a fondo y por lo tanto tengan determinada inclinación hacia algunos de los temas legales que se ventilarán en la disputa. Este tipo de parcialidad es inevitable salvo que se procure que los árbitros sean personas laicas en la materia. Véase PAULSSON, J., *Ethics, Elitism, Eligibility*, *Op. cit.* p. 15 («*[A] litigant will be certain to address perfectly open minds only if he is prepared to be judged by very young children*».).

por lo tanto redundante en mayor legitimidad para el arbitraje en general.

Independientemente de la solución por la cual se opte, es indudable que la nominación de árbitros con opiniones preconcebidas, claras y definidas sobre un punto de derecho que se ventilará en la disputa es un tema recurrente y problemático, que afecta la credibilidad y sostenibilidad del sistema de arbitraje internacional, particularmente en la rama de arbitrajes de inversión. La solución de dicha problemática redundante en beneficio de todos los participantes del arbitraje internacional.

3. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN DAR LUGAR A RECUSACIÓN POR PARCIALIDAD DE CRITERIO

En la práctica las recusaciones basadas en una alegada falta de imparcialidad de criterio del árbitro se presentan por lo general en cuatro diferentes supuestos. El estudio sistemático de cómo los tribunales, tanto arbitrales como los del orden judicial, han decidido estas recusaciones parecería indicar que los tribunales le otorgan un gran peso (incluso posiblemente hasta el grado de presunción legal) a las circunstancias bajo las cuales el árbitro expresó su opinión previa sobre la cual se le recusa. A continuación analizaremos las cuatro circunstancias más comunes en que un árbitro expresa una opinión y que posteriormente se utiliza como argumento para su recusación.

3.1. Declaración hecha en calidad de árbitro

Una de las circunstancias que con más frecuencia da lugar a una recusación es cuando un árbitro ha adoptado, ya sea por medio de una opinión individual o como miembro de un panel que ha emitido un laudo unánime, una posición en otra disputa sobre un determinado punto de derecho que se ventilará en la nueva disputa para la cual ha sido nominado. La parte que persigue la recusación por lo general reclama que dicho árbitro por haber decidido anteriormente el punto de derecho en cuestión tiene una opinión preconcebida y de hecho ha prejuzgado el tema y, por lo tanto, carece de imparcialidad.

Este argumento, o una variante del mismo, se presentó recientemente en los casos *BG Group*,⁴³ *Universal Compression*⁴⁴ y *Tidewater*⁴⁵ y fue rechazado en cada uno de esos casos. En *BG Group*, como hemos descrito anteriormente, Argentina solicitó la recusación de A. van den Berg aduciendo que éste carecía de imparcialidad de criterio por haber sido parte de otros dos tribunales arbitrales⁴⁶ que habían tomado posiciones encontradas sobre la defensa basada en la doctrina del estado de necesidad presentada por Argentina y que van den Berg no explicó o razonó su cambio de opinión sobre la aplicación de esta misma defensa en esos dos casos. Argentina argumentó que los hechos en *BG Group* eran similares a los hechos en los dos casos anteriores y que en los tres casos Argentina justificaba su ac-

⁴³ *The Republic of Argentina v. BG Group PLC* (UNCITRAL).

⁴⁴ *Universal Compression*, *supra* nota 19.

⁴⁵ *Tidewater*, *supra* nota 19.

⁴⁶ En el caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/1, van den Berg formó parte del tribunal arbitral que unánimemente acogió la aplicación como defensa de la doctrina del estado de necesidad. Diecisiete meses más tarde van den Berg formó parte del tribunal arbitral en *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/3, que emitió un laudo arbitral rechazando la aplicación de esta misma doctrina del estado de necesidad.

tuación, entre otras cosas, en la doctrina del estado de necesidad en que se entraba la República a causa de la crisis financiera y económica que le azotó a finales de la década 1990.

Argentina inicialmente presentó su recusación ante la CCI, quien rechazó la solicitud sin exposición de motivos. Luego de que el tribunal arbitral dictara un laudo en su contra Argentina solicitó la anulación del laudo por ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia (*United States District Court for the District of Columbia*) (el tribunal de la sede del arbitraje) reiterando, entre otras cosas, el mismo argumento de imparcialidad con el cual había solicitado originalmente la recusación de van den Berg. La Corte de Distrito rechazó el pedimento de Argentina explicando, entre otras cosas, que van den Berg no estaba obligado a proveer una explicación por separado sobre el fundamento de su decisión en los dos casos anteriores (*LG&E Energy* y *Enron*) y que Argentina no había satisfecho el fardo de la prueba sobre la alegada parcialidad de van den Berg toda vez que sus decisiones pudieran estar basadas en un sinnúmero de causas inicuas y no en su alegada falta de imparcialidad.⁴⁷

En el caso *Tidewater*, los demandantes recusaron a la Profesora B. Brigitte Stern, quien fue nominada al panel arbitral por la demandada República Bolivariana de Venezuela, aduciendo, entre otras cosas, que la Prof. Stern era miembro de otro panel arbitral (en el caso *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/3) que estaba conociendo del mismo tema legal que estaba en juego en el caso *Tidewater*.⁴⁸ Las demandantes argumentaron que debido a que el tribunal en el caso *Brandes*, constituido con anterioridad al del caso *Tidewater*, iba a decidir el tema de derecho en cuestión antes que el tribunal en *Tidewater*, la Prof. STERN en efecto estaría prejuzgando el tema y formaría su criterio sobre el mismo *antes* de que dicho tema fuera tratado en el caso *Tidewater*.⁴⁹

Los dos árbitros restantes rechazaron la recusación bajo los siguientes razonamientos: (i) que los demandantes no habían establecido la existencia de un vínculo de simbiótico entre la posición de la Prof. STERN en los dos casos que pusiera en tela de juicio su independencia de criterio;⁵⁰ (ii) que el sistema de arbitraje internacional, particularmente en lo referente a arbitrajes de inversión, cesaría de fun-

⁴⁷ *Republic of Argentina v. BG Group PLC*, 715 F.Supp.2d 108, 124-25 (D.D.C. 2010):

Jan van den Berg's failure to provide an explanation for his decision is hardly evidence of nefarious intent on his part, especially given the well-settled principle that arbitrators have no obligation to disclose the basis upon which their awards are made. *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 436, (1953). Furthermore, there could be a number of innocuous reasons to explain why Jan van den Berg reached a different conclusion in the first case. For example, there may be a material factual distinction between this case and the LG & E case... Or, it may be that LG & E failed to articulate a persuasive argument in opposition to Argentina's invocation of the state of necessity doctrine, while BG Group and the other litigants have since raised convincing challenges. The upshot is that there is no basis for the Court to conclude that Jan van den Berg was a biased arbiter without engaging in rank speculation. Accordingly, Argentina has failed to provide the Court with «direct» and «definite» evidence of arbiter bias which is necessary to prevail under Section 10(a)(2) of the FAA.

⁴⁸ *Tidewater*, *supra* nota 19, 65-66.

⁴⁹ *Idem*. 66 («Since the *Brandes* Tribunal will have to rule on its jurisdiction first, *Tidewater* claims that ruling 'will amount to prejudging the identical issue presented in this case, without the Claimants having an opportunity to argue the issue before Professor Stern has made up her mind. Venezuela observes that a similar argument has been rejected in other recent ICSID cases».).

⁵⁰ *Idem*. 67-68.

cionar propiamente si una parte pudiera recusar automáticamente a un árbitro por el sólo hecho de que éste estuvo expuesto a o conoció anteriormente un punto de derecho tratado en el arbitraje en cuestión;⁵¹ (iii) que el tribunal en *Tidewater* (y la Prof. Stern en particular) no estaría obligado a seguir la decisión a la que arribe el tribunal en *Brandes*, particularmente porque a la altura preliminar en que se encontraba el proceso arbitral no se sabía a ciencia cierta si el punto de derecho en cuestión era idéntico en ambos casos;⁵² y (iv) que el tribunal no tenían razón para cuestionar la aseveración de la Prof. STERN hecha en respuesta a la recusación de las demandantes de que basaría su criterio únicamente en los méritos de los argumentos presentados.⁵³

Más recientemente, en el caso *Universal Compression* las partes recusaron por separado los respectivos árbitros nominados por la contraparte. La demandante, *Universal Compression*, recusó a la Prof. STERN, árbitro nominada por Venezuela, alegando, entre otras cosas, que ésta carecía de independencia y de imparcialidad ya que había sido nombrada anteriormente por Venezuela en otros cuatro arbitrajes de inversión (aún en curso) basados en hechos similares a los traídos a colación en el caso *Universal*

Compression.⁵⁴ La demandante asimismo argumentó que en tres de esos otros cuatro casos se estaban ventilando temas directamente relacionados con las actuaciones de Venezuela que dieron lugar a la reclamación en *Universal Compression* creando así el riesgo de que la Prof. STERN decidiera (y por lo tanto prejuzgara) dichos temas fuera del contexto del caso *Universal Compression*.⁵⁵

Las respectivas recusaciones de las partes fueron decididas y rechazadas por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI quien, en cuanto a los argumentos de imparcialidad de criterio presentados en contra de la Prof. STERN, razonó, al igual que el tribunal en el caso *Tidewater*, lo siguiente: (i) que ante la etapa preliminar en que se encontraba el proceso arbitral no se sabía a ciencia cierta si los temas de hecho y de derecho eran comunes en todas las disputas;⁵⁶ (ii) que el sistema de arbitraje internacional de inversión cesaría de funcionar propiamente si una parte pudiera recusar automáticamente a un árbitro por el sólo hecho de que éste estuvo expuesto a o conoció en otros arbitrajes puntos de hecho o de derecho similares a los tratados en el arbitraje en cuestión;⁵⁷ y (iii) que aún en el caso de que existan similitudes entre todos los casos, ninguna de las partes había cues-

⁵¹ *Idem*. 68 («*The Two Members agree with the observation made in one such case, and reported in an official ICSID publication, that: investment and even commercial arbitration would become unworkable if an arbitrator were automatically disqualified on the ground only that he or she was exposed to similar legal or factual issues in concurrent or consecutive arbitrations*».).

⁵² *Idem*. 69 («*Neither Professor STERN, still less the present Tribunal as a whole, will be bound in the present case by any finding which the Brandes Tribunal may arrive at as to the issue of Venezuelan law referred to. Indeed, at this stage in the present proceeding, it would be premature to make any judgment as to what issues of law may be pleaded by the parties (and thus as to the similarities or differences between the context for the issues of law to be determined in the two cases), since no pleadings other than the Request for Arbitration have yet been filed*».).

⁵³ *Idem*. 71 («*So far as concerns Professor Stern's position, the Two Members have no reason to doubt Professor Stern's statement that 'the fact of whether I am convinced or not convinced by a pleading depends upon the intrinsic value of the legal arguments and not on the number of times I hear the pleading'*».).

⁵⁴ Por su parte Venezuela recusó al Prof. Guido Santiago Tawil, el árbitro nominado por la demandante, alegando, entre otras cosas, la existencia de una relación profesional estrecha entre el Prof. Santiago Tawil y los abogados de la demandante asociados al bufete legal King & Spalding, LLP. Véase *Universal Compression*, *supra* nota 19, 15.

⁵⁵ *Universal Compression*, *supra* nota 19, 81.

⁵⁶ *Idem*. 82.

⁵⁷ *Idem*. 83.

tionado la declaración de la Prof. Stern que ella basaría su criterio únicamente en los méritos de los argumentos presentados.⁵⁸

Estos tres casos denotan que los tribunales e instituciones arbitrales no ven con buenos ojos la práctica de recusar árbitros por alegada imparcialidad de criterio cuando el alegado «prejuicio» del tema en cuestión tuvo lugar mientras el árbitro se desempeñaba como miembro de un tribunal arbitral. Este tipo de recusaciones en la gran mayoría de los casos no tienen éxito frente a un tribunal o institución arbitral.

Sin embargo, estas recusaciones pueden en determinadas circunstancias producir el efecto deseado (y a veces mucho más) tal y como sucedió recientemente en *Murphy Exploration & Production*

Company – International v. Republic of Ecuador (CNUDMI), Caso CPA No. AA434 en el cual ambas partes recusaron al árbitro de la contraparte.⁵⁹

La demandante recusó a la Prof. STERN argumentando, entre otras cosas, que ésta había prejuzgado un tema central del arbitraje en virtud de su participación como árbitro en el caso *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5;⁶⁰ mientras que la demandada recusó al Prof. Santiago TAWIL argumentando que éste estaba parcializado a favor de inversores y por su estrecha relación profesional con los abogados de la demandante.⁶¹ En ese caso ambos Profesores STERN y Santiago Tawil renunciaron voluntariamente a sus posiciones en el tribunal arbitral expresando por separado «razones per-

⁵⁸ *Idem.* 84.

⁵⁹ Una situación similar tuvo lugar en el caso *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic* (CNUDMI) cuando la demandada objetó la nominación del Honorable Charles N. Brower por parte de la demandante alegando que éste había prejuzgado, en virtud de su participación como árbitro (y por haber presentado una opinión concurrente por separado) en el caso *Austrian Airlines v. The Slovak Republic* (CNUDMI), ciertos temas jurisdiccionales comunes a ambos casos. Ante la objeción de Eslovaquia, la demandante retiró la nominación del Hon. C.N. Brower evitando así un pronunciamiento al respecto por parte del árbitro recusado o la institución arbitral. Véase PETERSON, LUKE ERIC, IARepporter, *UNCITRAL tribunal chaired by Christopher Greenwood declines to let claimant use MFN clause to detour around highly-restrictive arbitration clause* (17 enero de 2013), disponible en http://www.iareporter.com/articles/20130117_1.

Por otro lado, en el caso *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia* (CNUDMI / CPA), el presidente del tribunal arbitral (Donald Donovan del bufete de abogados Debevoise & Plimpton LLP), quien había sido nominado por el CIADI, renunció voluntariamente del tribunal arbitral después de que Mongolia expresara reservas cuando el Sr. Donovan informó a las partes que su bufete, Debevoise & Plimpton, había sido retenido para representar a los demandantes en dos casos separados (*Sanum Investments Ltd. v. The Lao Democratic People's Republic* y *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6) que versan sobre temas legales similares a los discutidos en el caso *China Heilongjiang*. Específicamente, los otros dos casos (*Sanum* y *Lao Holdings*) se centran sobre la interpretación de una cláusula del tratado bilateral de inversión entre China y Laos que es prácticamente idéntica a la cláusula en cuestión bajo el tratado bilateral de inversión entre China y Mongolia en el caso *China Heilongjiang*. Véase PETERSON, LUKE ERIC, IARepporter, *Chinese BIT case loses arbitrator on eve of hearings; government raised concern when chairman's firm took up separate case with similar treaty question* (12 de junio de 2013), disponible en http://www.iareporter.com/articles/20130612_2. La importancia de la renuncia del Sr. Donovan radica en que bajo las circunstancias descritas su imparcialidad de criterio, conforme los estándares estudiados anteriormente en este artículo, parece no haber sido comprometida ya, sino que éste parece haber considerado el principio predominante en los cánones éticos para abogados en los Estados Unidos conocido como imputación de conflicto de interés (*imputed conflict of interest*), conforme el cual el conflicto de interés que afecta a un abogado miembro de un bufete se le imputa a *todos* los abogados miembros del bufete. Véase la Norma 1.10 («*Rule 1.10 Imputation Of Conflicts Of Interest: General Rule*») de la Regulación Modelo del *American Bar Association* disponible en: http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_10_imputation_of_conflicts_of_interest_general_rule.html.

⁶⁰ Carta de la demandada de fecha 21 de diciembre de 2011 solicitando la recusación del Prof. Santiago Tawil disponible en el portal de internet de *Investment Treaty Arbitration*: <http://www.italaw.com/cases/1198>.

⁶¹ Carta de la demandante de fecha 28 de noviembre de 2011 solicitando la recusación de la Prof. Stern, p. 2, disponible en el portal de internet de *Investment Treaty Arbitration*: <http://www.italaw.com/cases/1198>.

sonales». ⁶² A pesar de que el fondo de las recusaciones no fue adjudicado (y todo parecería indicar que conforme el análisis de circunstancias similares por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en *Tidewater* estas recusaciones hubiesen sido rechazadas), ⁶³ a simple vista las mismas parecen haber cumplido su cometido —la renuncia del árbitro recusado. También a simple vista y sin conocer las estrategias y consideraciones tácticas respectivas de las partes, el resultado de este caso ejemplifica el riesgo que se corre al recusar al árbitro de la contraparte: la recusación y eventual pérdida de su propio árbitro. ⁶⁴

3.2. Declaración hecha en calidad de abogado de parte

Otra circunstancia que frecuentemente da lugar a la recusación de un árbitro ocurre cuando éste ha expresado una opinión o ha postulado alguna posición legal como abogado de parte en otra disputa. Conforme el estudio de los casos que se citan a continuación, recusaciones basadas en circunstancias de este tipo son por lo general rechazadas ya que se entiende que el abogado, como fiel defensor de los intereses de su cliente, tiene la obligación fidu-

ciaria de avanzar todo argumento legal que esté basado en buena fe, independientemente de si el abogado está de acuerdo o no con el punto de derecho avanzado.

Así lo razonaron recientemente los dos árbitros que decidieron la recusación de Gabriel Bottini en el caso *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/13. En ese caso la demandante recusó al Sr. Bottini quien se desempeñó como Director Nacional de Temas y Disputas Arbitrales para la Oficina del Procurador General de Argentina hasta el 31 de diciembre de 2012, representando, en dicha función, los intereses de Argentina en más de 30 arbitrajes de inversión. Basándose en esa pasada función la demandante argumentó que el Sr. Bottini carecía de imparcialidad de criterio, ya que era altamente probable que él acogería algunos de los argumentos de Venezuela porque él había sustentado esos mismos argumentos anteriormente a favor de Argentina en múltiples ocasiones. ⁶⁵ Los dos árbitros restantes rechazaron la recusación explicando que las posiciones anteriores esbozadas por el Sr. BOTTINI como abogado de Argentina no son vinculantes en

⁶² Comunicaciones de renuncia de los Profesores STERN y Santiago TAWIL de fecha 20 y 22 de febrero de 2012, respectivamente, disponibles el portal de internet de *Investment Treaty Arbitration*: <http://www.italaw.com/cases/1198>.

⁶³ Es preciso señalar, sin embargo, que la adjudicación de las solicitudes de recusación en el caso *Murphy Exploration* le correspondían al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y no, como fue el caso en *Tidewater*, al CIADI conforme el Reglamento de Arbitraje de dicho centro. Esta distinción es de gran importancia ya que el estándar para recusar a un árbitro bajo el Reglamento de Arbitraje del CNUDMI es menor al requerido bajo el Reglamento de Arbitraje del CIADI.

⁶⁴ Las siguientes preguntas surgen en este sentido: ¿De no haber sido por la solicitud de recusación original de *Murphy Exploration*, hubiera Venezuela solicitado la recusación del Prof. Santiago TAWIL? Visto desde ese punto de vista y ante la renuncia de su propio árbitro, ¿valió la pena que *Murphy Exploration* solicitara la recusación de la Prof. Stern? O, por el contrario, ¿hubiese *Murphy Exploration* preferido dejar a la Prof. Stern como árbitro en vez de perder a su propio árbitro? Preguntas éstas que muy probablemente nunca se respondan, por lo menos públicamente, pero que deben de causar pausa en todo practicante de esta materia.

⁶⁵ *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Gabriel Bottini (27 de febrero de 2013), 77: Claimant's concerns are entirely based on the issue of so-called abstract «issue conflict», i.e. on the assumption that there is a danger that Mr. Bottini will decide a certain issue in favor of Venezuela because he has argued the same, or similar, issues in favor of Argentina in the past and potentially in the future, and in doing so, that he will not have sufficient regard to the merits of this case.

él, ni demuestran su imparcialidad puesto que fueron posiciones adoptadas no a título personal, sino como abogado de parte cuya función es precisamente representar los mejores intereses de su cliente.⁶⁶

Sin embargo y en reconocimiento del deber fiduciario del abogado hacia su cliente, cuando el árbitro recusado se está desempeñando al mismo tiempo como abogado de parte en otra disputa y en ambos temas se está tratando un mismo punto de derecho de considerable importancia para la resolución de ambas disputas, se entiende que la lealtad e imparcialidad del árbitro pueden verse comprometidas y, por lo general, se le otorgará la opción de elegir continuar como árbitro o como abogado de parte. Este fue precisamente el resultado en los siguientes casos: *Telekom Malaysia Berhad v. The Republic of Ghana*, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America* (CNUDMI) y *Vito G. Gallo v. Government of Canada* (CNUDMI).

En *Telekom Malaysia* Ghana recusó al Prof. Emmanuel Gaillard argumentando que éste carecía de imparcialidad de criterio porque al mismo tiempo que se desempe-

ñaba como árbitro, estaba procurando, como abogado de parte, la anulación de un laudo arbitral (en el caso *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, Caso CIADI No. ARB/00/6) sobre el cual Ghana basaba su defensa en la disputa. La solicitud fue decidida por la Corte de Distrito de la Haya quien reconoció que la situación en la que se encontraba el Prof. Gaillard ponía en duda su imparcialidad toda vez que como abogado de parte en el caso *Consortium RFCC* él tendría que avanzar, conforme su obligación fiduciaria, todo argumento concebible tendente a la anulación del laudo. Al entender de la Corte, esto situaba al Prof. Gaillard en una posición incompatible con su deber como árbitro en el caso *Telekom Malaysia* de ser imparcial y estar abierto a considerar (y discutir imparcialmente con sus co-árbitros) todos los argumentos avanzados por Ghana sobre la validez del mismo laudo.⁶⁷

En *Grand River* los Estados Unidos de América recusaron al árbitro nominado por la demandante, el Prof. James Anaya, quien se desempeñaba concomitantemente como abogado de varios demandantes en procedimientos incoados

⁶⁶ *Ibid.* 80:

Even if one assumes arguing that Mr. Bottini did in fact vigorously advocate Argentina's positions in other investment treaty arbitrations, the Arbitral Tribunal cannot see why Mr. Bottini would be locked in to the views he presented at the time. It is at the core of the job description of legal counsel—whether acting in private practice, in-house for a company, or in government—that they present the views which are favorable to their instructor and highlight the advantageous facts of their instructor's case. The fact that a lawyer has taken a certain stance in the past does not necessarily mean that he will take the same stance in a future case

⁶⁷ *Telekom Malaysia Berhad v. The Republic of Ghana*, Caso No. HA/RK 2004, 667, *Decision of the District Court of the Hague*, p. 6:

It is stated first and foremost, contrary to what is alleged by the respondent, that practice in this court shows that a request for the reversal of an arbitral award is used for the purpose of putting forward all objections against the contested judgment, and including these objections in the admitted grounds for the challenge. This will not be different in the present case. This means that account should be taken of the fact that the arbitrator in the capacity of attorney will regard it as his duty to put forward all possibly conceivable objections against the RFCC/Moroccan award. This attitude is incompatible with the attitude Prof Gaillard has to adopt as an arbitrator in the present case, i.e. to be unbiased and open to all the merits of the RFCC/Moroccan award and to be unbiased when examining these in the present case and consulting thereon in chambers with his fellow arbitrators. Even if this arbitrator were able to sufficiently distance himself in chambers from his role as attorney in the reversal proceedings against the RFCC/Moroccan award, account should in any event be taken of the appearance of his not being able to observe said distance. Since he has to play these two parts, it is in any case impossible for him to avoid the appearance of not being able to keep these two parts strictly separated.

en contra de los Estados Unidos de América por ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. La recusación se fundamentó en el hecho que el tema principal tanto en el arbitraje *Grand River* como en los procedimientos paralelos consistía en determinar si los Estados Unidos estaban en cumplimiento de sus obligaciones internacionales bajo el NAFTA. La solicitud fue decidida por la Secretaría General del CIADI quien determinó que el desempeño simultáneo de ambos roles era incompatible con el deber de imparcialidad del Prof. Anaya como árbitro, pero debido a que el Prof. Anaya había cesado su involucramiento en los procedimientos paralelos dicha incompatibilidad y causa de recusación había desaparecido.⁶⁸

En *Gallo v. Canada* estaba en juego la conducta del Canadá bajo ciertas disposiciones del NAFTA. La demandante recusó al árbitro nominado por Canadá, J.

Christopher Thomas, QC, sobre la base de la asesoría legal que el Sr. Thomas le estaba brindando concomitantemente a México, otro Estado parte del NAFTA, sobre temas relacionados con derecho internacional y de inversión. La solicitud fue decidida por el Sub-Secretario General del CIADI quien determinó que sí existía un posible conflicto que comprometía la imparcialidad del Sr. Thomas toda vez que México tenía el derecho bajo el Artículo 1128 del NAFTA de intervenir en el arbitraje. Este derecho de México, razonó el Sub-Secretario General del CIADI, creaba una apariencia de imparcialidad insostenible que provocaba la interrogante de si el Sr. Thomas tomaría su decisión en el arbitraje sobre la base de los mejores intereses de México, su cliente.⁶⁹ De igual manera, el Sub-Secretario General del CIADI determinó que debido a que México aún no había intervenido en el caso, no era necesario que el Sr. Thomas cesara en su función de árbitro, pero que éste tenía que elegir entre ser árbitro o continuar asesorando a México.⁷⁰

⁶⁸ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America* (CNUDMI), Comunicación de fecha 28 de noviembre de 2007 de la Secretaría General del CIADI sobre la recusación del Prof. James Anaya, pp. 1-2: In view of their basic similarity, therefore, we concluded that representing or assisting parties in the latter set of procedures would be incompatible with simultaneous service as arbitrator in the NAFTA proceeding, and asked that you inform us whether you would continue to represent or assist parties in the non-NAFTA procedures during your service as arbitrator in the present NAFTA proceeding.

In your response of October 25, 2007, you informed us that you are ceasing your involvement in the procedures before the Inter-American Commission on Human Rights.

Consequently, I have decided not to sustain the challenge and I am by separate communication notifying the parties accordingly.

⁶⁹ *Vito G. Gallo v. Government of Canada* (CNUDMI), *Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas*, QC (14 de octubre de 2009), 31, 33:

By serving on a tribunal in a NAFTA arbitration involving a NAFTA State Party, while simultaneously acting as an advisor to another NAFTA State Party which has a legal right to participate in the proceedings, an arbitrator inevitably risks creating justifiable doubts as to his impartiality and independence.

Nevertheless, in an arrangement like the one presently at issue, the arbitrator could be perceived as attentive to the interests of the advised State Party. His judgment may appear to be impaired by the potential interest of the advised State Party in the proceedings. Moreover, if the advised State Party were formally to intervene under Article 1128, this would necessarily lead to the reconstitution of the tribunal. In any event, the arbitrator's involvement is problematic.

⁷⁰ *Ibid.* 34, 35:

Had Mexico intervened, this would have required Mr. Thomas' immediate disqualification. The fact is, however, that Mexico has not yet done so. The Claimant's request must therefore be rejected.

3.3. Declaración hecha en calidad de académico

La determinación de si un árbitro ha comprometido su imparcialidad cuando ha expresado una opinión académica sobre un determinado punto que está en discusión en el arbitraje depende de las circunstancias particulares en las cuales el árbitro expresó su opinión y el contenido de dicha opinión. En el mayor de los casos el tema se decidirá conforme los tres principios siguientes: (i) si el árbitro expresa la opinión durante el transcurso del arbitraje, se entiende que ha comprometido su imparcialidad; (ii) si, por el contrario, el árbitro expresó la opinión con anterioridad a su nominación al tribunal arbitral, entonces se entiende que no ha comprometido su imparcialidad y se le dará el mismo tratamiento otorgado a las opiniones expresadas en calidad de árbitro en otra disputa; y (iii) si la opinión del árbitro, independientemente del momento en que se expresó, contiene además un juicio de valor o una crítica hacia una de las partes en el arbitraje, entonces se entiende que ha comprometido su imparcialidad. Las decisiones sobre las recusaciones presentadas en los casos *Urbaser* y *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador* (CNUDMI) confirman estos tres principios.

En *Urbaser* la demandante recusó el árbitro nominado por Argentina, el Prof. CAMPBELL McLACHLAN, alegando que éste

había prejuzgado dos temas de derecho claves en el arbitraje conforme opiniones externadas por el Prof. CAMPBELL en un texto de carácter académico. Específicamente, el Prof. CAMPBELL en su obra *International Investment Arbitration, Substantive Principles* lanzó duras críticas contra la decisión tomada por el tribunal en *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/97/7, incluso tildando de «herética» la decisión de dicho tribunal de extender la cláusula de la nación más favorecida en un tratado de inversión a cláusulas jurisdiccionales que se entienden son más favorables para el inversor y que están contenidas en otro tratado de inversión del cual el inversor no es parte. El Prof. CAMPBELL también expresó estar de acuerdo con el tratamiento de este mismo tema por el tribunal en *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, el cual rehusó extender, ante la ausencia de una disposición contractual explícita, la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado de inversión a cláusulas jurisdiccionales de otro tratado de inversión.

La demandante adujo en *Urbaser* que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida era uno de los temas puntuales del arbitraje y que las opiniones inequívocas del Prof. Campbell denotaban que el mismo tenía una opinión preconcebida del tema que comprometía su imparcialidad de criterio. Los dos árbitros que decidieron la

Nevertheless, because Mexico has the immanent right under Article 1128 formally to state its interest by participating in the case, an apparent conflict of interest is perceptible. Even if Mexico were not in the end to intervene, the arbitration would have had to proceed under the shadow of this possibility. The parties would inevitably be in a distracting and unsettled situation. It would be next to impossible for Mr. Thomas to avoid altogether, in his work as an arbitrator, the appearance of an inability to distance himself fully from the interests of Mexico, the advised NAFTA State Party and a potential participant in the present. Mr. Thomas must therefore now choose whether he will continue to advise Mexico, or continue to serve as an arbitrator in this case.

recusación rechazaron este argumento y la recusación explicando, entre otras cosas, que la opinión académica del Prof. CAMPBELL, sin más, no aportaba ninguna prueba de que éste carecía de imparcialidad, sino que era necesario comprobar un nexo o relación simbiótica entre la alegada opinión preconcebida del árbitro y su imparcialidad que demostrara que el árbitro de hecho actuaría conforme su opinión preconcebida sin tomar en consideración los hechos específicos del caso.⁷¹

En *Perenco* las demandadas recusaron al árbitro nominado por la demandante, el Honorable Charles N. Brower, aduciendo que durante el transcurso del arbitraje éste expresó opiniones prejudiciales sobre varios temas cruciales en el arbitraje. El Hon. C.N. Brower fue nominado como árbitro en octubre de 2008 y conjunto con los demás miembros del tribunal arbitral dictó medidas cautelares en contra de Ecuador en mayo de 2009. Ecuador expresó su disgusto con dichas medidas cautelares por ser contrarias al derecho internacional y declaró que no cumpliría con las mismas. En agosto de 2009, mientras el caso estaba aún en curso, se publicó un artículo en una revista especializada que contenía una entrevista con el Hon. C.N. Brower. En dicha entrevista el Hon. C.N. Brower, en respuesta a una pregunta que le fue planteada, opinó que Ecuador estaba incumpliendo dos medidas cautelares emitidas en su contra por tribunales del CIADI y se refirió a Ecuador como un es-

tado «recalcitrante» que pudiera cambiar de política cuando sus acreedores empezaran a tomar medidas activas para cobrar su acreencia como los inversores que fueron «expropiados en Libia».⁷²

La recusación fue presentada ante el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje quien la acogió y declaró que el Hon. C.N. Brower, por medio de sus declaraciones en la referida entrevista, había exhibido una conducta que ponía en tela de juicio su imparcialidad en el caso. En particular, el Secretario General determinó que al comparar la posible futura conducta de Ecuador desde la perspectiva de las actuaciones tomadas por los inversores expropiados en Libia, el Hon. C.N. Brower creó dudas razonables sobre si había prejuzgado dos temas centrales en el arbitraje: (i) si la conducta de Ecuador constituía una expropiación; y (ii) si Ecuador cumpliría con sus obligaciones internacionales en caso de que no obtuviera ganancia de causa.⁷³

El Hon. C.N. Brower estuvo envuelto en una situación parecida a la anterior en el caso *Tanzania Electric Supply Co. Ltd. v. Independent Power Tanzania Ltd.*, Caso CIADI No. ARB/98/8. En ese caso el Hon. C.N. Brower optó por renunciar del tribunal arbitral que estaba conociendo de una solicitud de interpretación del laudo que se emitió en esa misma disputa en el año 2001, ante la recusación que se planteó por determinadas opiniones vertidas en un *blog*

⁷¹ *Urbaser*, *supra* nota 13, 45, 49.

⁷² *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador, Decision on Challenge to Arbitrator*, CPA Caso No. IR-2009/1 (8 de diciembre de 2009), 26-27.

⁷³ *Idem*. 57:

The mention of different types of enforcement actions (hot oil litigation, chasing cargoes, detective work, invoking loan agreements, etc.) [when referring to «those who were expropriated in Libya»] in the context of the remarks about Ecuador would lead a reasonable third party observer to have justifiable doubts about Judge Brower's prejudgment on the question of expropriation and also Ecuador's likely conduct in relation to Claimant's future attempts to enforce any award for expropriation.

electrónico por su asistente legal sobre temas que estaban en juego en la disputa.⁷⁴

3.4. Declaración hecha en calidad de parte interesada o activista

Por último, opiniones expresadas a título personal, ya sea como parte interesada o activista en una causa, previo a su nombramiento como árbitro, han recibido tratamiento inconsistente. En el caso *Canfor Corp. v. United States of America* (CNUDMI), los Estados Unidos de América recusaron al árbitro nominado por la demandante porque éste había pronunciado, con anterioridad a su nombramiento, un discurso ante autoridades canadienses criticando los reclamos recurrentes hechos por los Estados Unidos ante tribunales del NAFTA en determinada industria maderera. Específicamente, el árbitro expresó que los reclamos de los Estados Unidos carecían de mérito y que a pesar de haber perdido múltiples otros reclamos en contra de Canadá relacionados con la misma industria, los Estados Unidos continuaban con sus reclamos «porque entienden que el hostigamiento es tan malo como el proceso».⁷⁵ Los Estados Unidos recusaron al árbitro aduciendo que esta declaración reflejaba imparcialidad y el prejuzgamiento de un tema contestado en el arbitraje.⁷⁶ El Secretario General del CIADI, quien estaba llamado a decidir la recusación, le informó al árbitro que acogería la misma si el árbitro no renunciaba

del tribunal arbitral.⁷⁷ El árbitro inmediatamente presentó su renuncia.⁷⁸

amentablemente el CIADI no hizo pública su opinión, por lo que se desconoce el razonamiento empleado para acoger la recusación. Sin embargo, si la decisión se basó únicamente en las declaraciones descritas, no vemos por qué el resultado en ese caso debió de ser diferente al resultado en *Urbaser* ya que en ambos casos los respectivos árbitros expresaron reservas, con anterioridad a su nominación, sobre la viabilidad de determinados temas que estaban en juego en el arbitraje. También podría alegarse, como han explicado un sinnúmero de tribunales, que la declaración anterior del árbitro en *Canfor Corp.* no era vinculante en él y que éste, como todo árbitro, estaba en plena libertad de cambiar de parecer y de ejercer libremente su criterio. La única aparente diferencia entre las declaraciones de los árbitros en *Canfor Corp.* y *Urbaser* que pudiera explicar la inconsistencia de resultados entre ambos casos radica en la calidad bajo la cual cada árbitro expresó su opinión. Mientras el Prof. CAMPBELL externó su opinión como una crítica académica en un texto de su autoría, el árbitro en *Canfor Corp.* lo hizo a título personal en un discurso ante autoridades gubernamentales. Nos preguntamos si esta debería de ser la línea divisoria en temas de esta índole. Nos preguntamos también si este tipo de distinciones de

⁷⁴ HWANG, MICHAEL & LIM, KEVIN, «Issue Conflict in ICSID Arbitrations» En: *8 Transnational Dispute Management* 5, p. 22 (diciembre de 2011).

⁷⁵ SINCLAIR, A.C. & GEARING, M., *Op. cit.* p. 2, reproduciendo la siguiente declaración hecha por el árbitro: «*This will be the fourth time we have been challenged. We have won every single challenge on softwood lumber, and yet they continue to challenge us with respect to those issues. Because they know the harassment is just as bad as the process*».

⁷⁶ MOUAWAD, C., *Op. cit.* p. 7 (citando a LEGUM, BARTON, *Investor-State Arbitrator Disqualified for Pre-Appointment Statements on Challenged Measures*, 21 *Arbitration International* 241, p. 244 (2005)).

⁷⁷ MOUAWAD, C., *Op. cit.* p. 7.

⁷⁸ *Ibid.*

forma incentivan declaraciones de su autor, como una crítica académica.
profilácticas de que se está expresando Y, más importante aún, si declaraciones
una opinión, que bajo otras circunstancias profilácticas de ese tipo protegerían a su
pondría en tela de juicio la imparcialidad autor de recusación.

ALGUNOS FACTORES A CONSIDERAR EN EL ANÁLISIS DE SI LOS NOMBRAMIENTOS REPETIDOS DEBEN DESCALIFICAR AL ÁRBITRO

ALFONSO GÓMEZ-ACEBO MUNTAÑOLA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Número y tiempo de los nombramientos. 3. Relación personal o profesional e ingresos del árbitro aparejados. 4. Casos relacionados. 5. Número reducido de candidatos. 6. Posición del árbitro en los otros casos. 7. Deber de revelación. 8. Tipo de árbitro.



1. INTRODUCCION

Con la expresión 'nombramientos repetidos' suele hacerse referencia a dos situaciones. Por un lado, cuando una parte del arbitraje o una sociedad del grupo al que esa parte pertenece designa unilateralmente al mismo árbitro en distintos arbitrajes. Por otro lado, dado que muchas partes delegan en su abogado la elección del árbitro, también se consideran 'nombramientos repetidos' aquellas situaciones en las que el abogado de una de las partes elige unilateralmente al mismo árbitro en distintos procedimientos arbitrales. En un sentido más amplio, también cabe hablar de 'nombramientos repetidos' cuando uno de los árbitros, ya haya sido nombrado unilateralmente por una de las partes o bien conjuntamente por todas ellas, ha sido nombrado conjuntamente por una parte y otras en otros arbitrajes, así como cuando un tercero nombra al mismo árbitro en dos o más arbitrajes que están relacionados. En las siguientes líneas se utilizará la expresión 'nom-

bramientos repetidos' en su sentido más limitado, sólo comprensivo de las dos situaciones inicialmente indicadas, salvo cuando puntualmente se advierta lo contrario.

Los nombramientos repetidos constituyen un buen ejemplo de los vínculos que se encuentran en la zona gris de los conflictos de intereses en el campo del arbitraje: vínculos que es difícil decir, en abstracto, si normalmente deberían o no descalificar a un árbitro para actuar como tal. Está generalmente aceptado que la mera existencia de nombramientos repetidos no debería, en principio, ser suficiente para descalificar a un árbitro¹. Una parte o un abogado puede tener buenas razones para nombrar repetidamente a un mismo individuo como árbitro, por ejemplo su confianza en sus cualidades personales y profesionales. Sin embargo, también está generalmente aceptado que un árbitro nombrado repetidas veces por la misma parte puede, por el mero hecho de los nombramientos repetidos, perder su independencia². La cuestión que surge es qué circunstancias

(*) Socio de Baker & McKenzie Madrid SLP.

¹ Julian D. M. LEW, Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖLL, «Comparative International Commercial Arbitration», Kluwer Law International, 2003, § 11-27.

² Emmanuel GAILLARD, Note - Cour de cassation (2^e Ch. Civ.), 6 décembre 2001; Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. G), 2 avril 2003; Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. C), 16 mai 2002, Revue de l'arbitrage 2003, No. 4, p. 1245.

pueden ser relevantes para decidir, en cada caso particular, si los nombramientos repetidos constituyen o no un conflicto de intereses. A este respecto, hay al menos siete factores que pueden merecer consideración.

2. NÚMERO Y TIEMPO DE LOS NOMBRAMIENTOS

Los nombramientos repetidos por una parte pueden sembrar dudas justificadas sobre la independencia del árbitro si hay un patrón de nombramientos regulares por esa parte³. Probablemente la forma más directa de analizar si existe tal patrón es considerar cuántos nombramientos repetidos hay y cuándo se produjeron.

Un número muy elevado de nombramientos repetidos puede justificar la presunción de un conflicto de interés por considerarse que lo que los nombramientos repetidos realmente revelan es un motivo distinto y más claro de recusación; como puede ser, por ejemplo, una relación personal estrecha o una relación profesional significativa entre quien designa y quien es designado. Haciendo uso de los códigos de color de las Directrices IBA, cabría decir que cuanto más alto es el número de nombramientos repetidos, mayor es la probabilidad de que la circunstancia naranja de esos nombramientos empiece a parecerse a la circunstancia roja del árbitro cuyo bufete tiene una relación comercial significativa con una de las partes, o incluso a la circunstancia roja aún más grave de un árbitro que tiene un interés económico significativo en una de las partes⁴.

La Corte de casación francesa ha apreciado la existencia de un conflicto de intereses cuando existe un elevado número de nombramientos repetidos por considerar que existe un flujo de negocio entre quienes designan y son designados. En *X v. Prodim/Logidis*, la Corte de casación anuló una decisión de la Corte de Apelación de Douai que había rechazado anular un laudo arbitral dictado por un Árbitro Único que no había revelado que había sido nombrado árbitro en otras treinta y cuatro ocasiones por compañías del mismo grupo que una de las partes⁵. En el similar caso de *Somoclest v. DV*, la Corte de casación anuló una decisión de la Corte de Apelación de Versalles que había rechazado anular un laudo dictado por un Árbitro Único que no había revelado haber sido designado cincuenta y una veces por compañías del grupo de una de las partes⁶. En ambos casos, resueltos por la Corte de Casación en igual fecha, la Corte razonó que: «el carácter sistemático de la designación de una persona concreta por las sociedades de un mismo grupo, su frecuencia y su regularidad durante un largo periodo de tiempo, en contratos comparables, han creado las condiciones de una corriente de negocios [*courant d'affaires*] entre esta persona y las sociedades del grupo partes del arbitraje, de tal suerte que el árbitro estaba obligado a revelar la integralidad de esta situación a la otra parte con el fin de hacer posible que ejerciese su derecho de recusación»⁷.

En *Serf v. DV*, donde una de las partes era común a *Somoclest v. DV*, la Corte de Apelación de París anuló un laudo arbitral

³ LEW, Mistelis y KRÖLL, n. 1 *supra*, § 11-27; HENRY, Marc. «Pluralité de désignation et devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, note sous Paris, 1^{er} Ch. C., 29 janvier 2004, 10 et 17 février 2005; Trib. com. Paris (réf.), 6 juillet 2004», *Revue de l'arbitrage* 2005, No. 3, p. 733.

⁴ Cf. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, Listado Naranja, puntos 3.1.3 y 3.3.7, Listado Rojo Renunciable, punto 2.3.6, Listado Rojo Irrenunciable, punto 1.3.

⁵ *Epoux X v. Société Prodim y Société Logidis*, Cass. (1^{er} Ch. Civ.), 20 de octubre de 2010.

⁶ *Société Somoclest v. Société DV construction*, Cass. (1^{er} Ch. Civ.), 20 de octubre de 2010.

⁷ La traducción es propia.

por razón de los cincuenta y un nombramientos repetidos de un árbitro por el grupo de compañías al que una parte pertenecía⁸.

Cuando el número de nombramientos repetidos no es tan elevado como en los ejemplos que acaban de señalarse, no hay un umbral claro de número de nombramientos que separe los que constituyen un conflicto de interés de los que no. En un artículo de 2009, SLAOUI menciona dos casos de al menos diez nombramientos repetidos que concluyeron con decisiones opuestas. En el primero, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo aceptó la recusación de un árbitro que había sido nombrado ocho veces por la misma parte y seis veces por compañías del grupo al que esa parte pertenecía en un periodo de dos años. En el segundo, un arbitraje ad hoc, el tribunal arbitral y más tarde un órgano judicial nacional rechazaron la recusación de un árbitro que había sido nombrado diez veces en cerca de diez años⁹. Incluso en supuestos de menos nombramientos repetidos, no hay una línea uniforme de decisiones. Así, por ejemplo, en *Korsnäs v AB Fortum* la Corte de Apelación de Svea rechazó la petición de anulación del laudo que formuló una de las partes por la existencia de otros tres nom-

bramientos del mismo árbitro por el mismo despacho de abogados durante los últimos tres años¹⁰. En el caso *Frémarc*, sin embargo, la Corte de casación francesa anuló una decisión de la Corte de Apelación de París que rechazó una petición de anulación de un laudo arbitral basada en el nombramiento del mismo árbitro en otros tres casos¹¹.

3. RELACIÓN PERSONAL O PROFESIONAL E INGRESOS DEL ÁRBITRO APAREJADOS

Cuando el número de nombramientos no sea suficientemente elevado como para presumir directamente la existencia de un conflicto de interés, será necesario prestar atención, caso por caso, al resto de circunstancias. Una de ellas son los vínculos personales y profesionales entre quien designa y quien es designado, así como los ingresos de este último que guarden relación con aquellos vínculos. Con carácter general, parece recomendable aplicar a este análisis el principio establecido por el Tribunal Federal suizo de que los vínculos profesionales entre árbitros y abogados son aceptables a menos que revelen una relación profesional estrecha y permanente, o cuando una parte no despreciable de los ingresos del árbitro se derivan de esa relación¹².

⁸ *SA Serf v. Société DV Construction*, Corte de Apelación de París (1^{er} Ch. Civ.), 29 de enero de 2004, *Revue de l'arbitrage* 2005, No. 3, pp. 709-713. Sobre las dudas que suscita el comportamiento de la parte que formuló la recusación (no lo hizo cuando tenía conocimiento de ocho de los cincuenta y un nombramientos repetidos), HENRY, «Pluralité de désignation et devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre», n. 3 *supra*, p. 727 y nota al pie 24.

⁹ FATIMA-ZAHRA SLAOUI, «The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification», *Arbitration International*, Vol. 25, N° 1, 2009, pp. 111-112, citando a Wallin. Para otro trabajo sobre el tema, examinando casos CIADI, LCIA y CCI, MARIA C. RIVERA-LUPU y BEVERLY TIMMINS, «Repeat appointment of arbitrators by the same party or counsel: a brief survey of institutional approaches and decisions», *Spain Arbitration Review*, No. 15, 2012, pp. 103-118.

¹⁰ *Korsnäs Aktiebolag v AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*, Corte de Apelación de Svea, y observaciones en «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009», IBA Conflicts Of Interest Subcommittee, *Dispute Resolution International*, Vol. 4, No. 1, mayo 2010, pp. 17-18.

¹¹ *Frémarc v. ITM Entreprises*, Cass. (2^e Ch. Civ.), 6 de diciembre de 2001, *Revue de l'arbitrage* 2003, No. 4, pp. 1231-1233.

¹² *ISA v. V.*, ATF 9 February 1998, *ASA Bull.*, Vol. 16, No. 3, 1998, pp. 634-652. Comentando el caso: PIERRE-YVES TSCHANZ, «Indépendance des arbitres en droit suisse», *Revue de l'arbitrage* 2000, p. 526; JEAN-FRANÇOIS POUDRET y SÉBASTIEN BESSON, «Comparative Law of International Arbitration» (2^e ed.), Thomson - Sweet & Maxwell, Schulthess, 2007, § 419.

4. CASOS RELACIONADOS

Una circunstancia que conviene tener en cuenta es si los nombramientos repetidos tienen lugar en arbitrajes que están relacionados. En este escenario, la parte que hace los nombramientos repetidos puede tener buenas razones adicionales para elegir a la misma persona en distintos arbitrajes, principalmente el interés en evitar decisiones contradictorias. Sin embargo, el hecho de que los casos estén relacionados da lugar a dos preocupaciones adicionales, incluso si sólo son dos los nombramientos del mismo árbitro. La primera de estas preocupaciones es que el árbitro pueda considerarse prejuzgado a favor o en contra de la posición de una de las partes en uno de los arbitrajes. La segunda, ya no centrada únicamente en la imparcialidad e independencia del árbitro, es la posible existencia de un desequilibrio de información entre los participantes en el arbitraje.

En relación con el posible prejuicio, un árbitro no debería verse automáticamente incapacitado para actuar en un asunto que esté relacionado con otro en el que haya intervenido con anterioridad. En principio, un árbitro sólo estaría prejuzgado para actuar en un caso 'B' si su posición en un arbitraje anterior 'A' determina o lógicamente influye en su posición en el caso 'B'¹³. El análisis del posible prejuicio del árbitro, a efectos de

decidir sobre su recusación, también ha de tener en cuenta cuándo tuvieron lugar los nombramientos repetidos. No es lo mismo nombrar a un árbitro en el caso 'B' cuando dicho árbitro ya ha manifestado su posición en el caso 'A' que cuando aún no lo ha hecho. Si el árbitro ha recibido todos los nombramientos repetidos en casos relacionados con anterioridad a haber manifestado su posición en cualquiera de ellos, parece excesivo considerar que cuando dicho árbitro adopte una posición en uno de los casos, queda automáticamente prejuzgado para poder actuar como árbitro en los demás. De otro modo, tendríamos que aceptar la extraña idea de que los árbitros nombrados en varios arbitrajes relacionados sólo son admisibles si manifiestan su posición sobre todos los casos en la misma fecha.

En escenarios de nombramientos repetidos en casos relacionados, la imparcialidad e independencia del árbitro es sólo parte de la preocupación. La otra parte es que el árbitro nombrado en los distintos casos puede llegar a disponer de información fáctica o jurídica que sus colegas en los distintos tribunales arbitrales no tienen. Esta información adicional puede suponer un riesgo de desequilibrio en forma de ventaja para el árbitro que ha recibido los nombramientos repetidos frente al resto de árbitros¹⁴. Algún autor ve incluso en este riesgo una

¹³ Claude REYMOND, «Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée - Réflexions sur quelques arrêts récents», *Revue de l'arbitrage* 1991, No. 1, p. 11; Decisión de la Corte Comercial de Viena de 24 de julio de 2007 (16 No 2/07w) y observaciones por Matthias SCHERER, «New Case Law From Austria, Switzerland and Germany Regarding the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration», pp. 3-4, en *Arbitration Bias*, S. Nappert (ed.), *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, No. 4 (special issue), julio 2008; *Etat du Qatar v. société Creighton Ltd*, Corte de Apelación de París, 12 de enero de 1996, *Revue de l'arbitrage* 1996, pp. 428-440, con nota de FOUCHARD, y Cass. (1^{re} Ch. Civ.), 16 de marzo de 1999, *Revue de l'arbitrage* 1999, No. 2, pp. 308-309; *Sectec v. Sicca*, Decisión del Presidente del TGI de París de 13 de enero de 1986, *Revue de l'arbitrage* 1987, con nota de BELLET, y observaciones por Guillermo AGUILAR-ÁLVAREZ en *The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, ICC Publ. No. 472, 1991, p. 71; *Shérif Ben Nasser*, Corte de Apelación de París, 14 de octubre de 1993, *Revue de l'arbitrage* 1994, p. 380; *Gemanco v. SAEPA y SIAPE*, Corte de Apelación de París (1^{re} Ch. suppl.), 2 de junio de 1989, *Revue de l'arbitrage* 1991, No. 1, pp. 87 *et seq.*; Marc HENRY, «Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente», *Revue de l'arbitrage* 1999, No. 2, pp. 207-210.

¹⁴ REYMOND, n. 13 *supra*, pp. 11-12; GAILLARD, Note - Cour de cassation (2^e Ch. Civ.), 6 décembre 2001, n. 2 *supra*, p. 1245; Marc HENRY, «Le devoir d'indépendance de l'arbitre», *Bibliothèque de Droit Prive*, Vol. 352, 2001, p. 340, nota al pie 1322.

razón para evitar los nombramientos repetidos en casos relacionados¹⁵. Otros autores, sin embargo, consideran que ese riesgo no debe ser exagerado, ya que el árbitro repetido puede, o bien abstenerse de usar la información adicional, o bien compartirla y someterla a debate contradictorio con sus colegas en el tribunal arbitral¹⁶.

El riesgo de desequilibrio de información no alcanza sólo a los árbitros. WHITESELL señala, en relación con la práctica de la CCI, que cuando un árbitro es propuesto para actuar en un caso relacionado, se tiene en consideración el acceso a información por parte de dicho árbitro cuando las partes, los abogados o los otros árbitros implicados no son los mismos en los casos relacionados¹⁷. La CCI parece por lo tanto prestar atención, no sólo a los casos en que uno de los árbitros pueda tener información adicional a la de sus co-árbitros, sino también a aquellos otros en que una de las partes (no presente ni con abogado presente en todos los casos relacionados) pueda no tener acceso a toda la información recibida por el árbitro repetido, mientras que la otra parte (presente o con abogado presente en todos los casos) sí tenga ese acceso.

La valoración del prejuicio y el desequilibrio de información tiene que tener en cuenta y tratar de encontrar un equilibrio entre los dos intereses, ambos dignos de protección, que están normalmente en juego: el interés en evitar prejuicio y

desequilibrios, por un lado, y el interés en lograr que las decisiones en los casos relacionados no sean contradictorias, por otro.

5. NÚMERO REDUCIDO DE CANDIDATOS

Los nombramientos repetidos, en su sentido amplio (ya se refieran a un árbitro designado unilateralmente por una parte como a un presidente o un árbitro único), pueden encontrar justificación en algunos casos por la existencia de un número reducido de candidatos que reúnan los conocimientos o la experiencia que el árbitro conviene que tenga¹⁸. En un caso, un órgano judicial nacional tuvo en cuenta la especialización del despacho de abogados del árbitro que había sido nombrado por la misma parte diez veces en diez años a la hora de rechazar su recusación en un arbitraje ad hoc¹⁹. En otro caso, sin embargo, los argumentos relativos a la especialización y experiencia del árbitro no impidieron que el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo rechazase la recusación de un árbitro que había sido nombrado más de diez veces por compañías del mismo grupo durante un periodo de dos años²⁰.

Los nombramientos repetidos, tratándose de árbitros designados unilateralmente por una parte, también pueden encontrar justificación cuando existe un número reducido de candidatos con proximidad cultural (normalmente manifestada en una misma nacionalidad) a la parte que hace la designación.

¹⁵ REYMOND, N° 13 *supra*, p. 12.

¹⁶ MOHAMMED BEDJAOU, «Des fortes vérités de Cassandre aux modestes correctifs de Némésis», en *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, C. Dominicé, R. Patry y C. Reymond (eds.), Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 394-398; PLOUDRET y BESSON, n. 12 *supra*, p. 354.

¹⁷ ANNE MARIE WHITESELL, «Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators», en *The independence of the arbitrator*, ICC IC Arb. Special Bull., 2007, p. 10.

¹⁸ HENRY, «Pluralité de désignation et devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre», n. 3 *supra*, p. 726, § 9, y p. 734, § 18.

¹⁹ SLAOU, n. 9 *supra*, p. 112.

²⁰ *Ibid.* p. 111.

Muchos usuarios del arbitraje, probablemente cada día más, no consideran necesaria esa proximidad cultural. Sin embargo para otras partes, quizá en general menos familiarizadas con el arbitraje internacional, la posibilidad de elegir un árbitro que tenga esa proximidad cultural es un valor importante del arbitraje, que no debe menospreciarse porque ha servido tradicionalmente para generar confianza en el sistema arbitral mismo.

En *Mytilineos v. APSEA*, el demandante solicitó la anulación del laudo arbitral alegando la existencia de dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro que había designado unilateralmente porque dicho árbitro no había revelado que había actuado como árbitro en otros cuatro casos en los que el demandado estuvo presente, habiendo sido nombrado árbitro en alguno de esos casos por el demandado. La Corte de Apelación de París rechazó la anulación haciendo notar, entre otros extremos, «[q]ue tratándose además de juzgar controversias en el comercio internacional, es perfectamente comprensible que una parte rumana se dirija a un árbitro rumano experimentado como M. B. en el contexto de un país en vía de transición, donde las competencias profesionales de este tipo son necesariamente limitadas»²¹.

En otras ocasiones, sin embargo, la existencia de un reducido grupo de candidatos no ha sido suficiente para justificar los nombramientos repetidos. En 2008, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI decidió no confirmar a un árbitro designado por el demandante que había participa-

do como árbitro en otros cinco arbitrajes en los que el demandante había sido parte. En tres de esos cinco arbitrajes, el árbitro había sido nombrado por el demandante, mientras que en los otros dos había sido designado presidente por los dos co-árbitros. FRY y GREENBERG, comentando este caso, señalan que «la Corte tuvo en cuenta factores como la existencia de un reducido grupo de árbitros experimentados en el país del demandante, pero también el hecho de que el árbitro estaba actuando como árbitro en otro caso aún pendiente en el que el demandante participaba»²².

6. POSICIÓN DEL ÁRBITRO EN LOS OTROS CASOS

En algunas ocasiones, el árbitro cuya imparcialidad o independencia es puesta en cuestión por causa de la existencia de nombramientos repetidos ha manifestado, como prueba de su falta de parcialidad, que su posición en los otros casos no fue a favor de la parte que le ha designado repetidamente. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Mytilineos*, donde se rechazó una demanda de anulación de un laudo arbitral. El razonamiento del órgano judicial en este caso, sin embargo, no pareció dar importancia a la posición del árbitro en otros arbitrajes²³.

En otras ocasiones, la posición del árbitro en los demás casos ha servido de argumento a la parte promotora de la recusación. En el caso *CBC Banque*, la Corte de Primera Instancia de Bruselas aceptó una recusación de un árbitro que había sido

²¹ *Société Mytilineos Holdings v. The Authority for Privatization y State Equity Administration*, Corte de Apelación de París (1^{er} Ch. Civ.), 17 de febrero de 2005, *Revue de l'arbitrage* 2005, No. 3, p. 718. La traducción es propia.

²² JASON FRY y SIMON GREENBERG, «The Arbitral Tribunal: Applications of Articles 7-12 of the ICC Rules in Recent Cases», *ICC ICArb. Bull.* Vol. 20, No. 2, 2009, p. 20. La traducción es propia. El hecho de que el árbitro en cuestión hubiese sido designado por el demandante no viene indicado en el citado artículo pero pudo ser confirmado por el autor con posterioridad.

²³ *Société Mytilineos Holdings v. The Authority for Privatization y State Equity Administration*, Corte de Apelación de París (1^{er} Ch. Civ.), 17 de febrero de 2005, *Revue de l'arbitrage* 2005, No. 3, p. 717.

designado unilateralmente por otras partes en al menos once arbitrajes similares anteriores en los que el promotor de la recusación, también parte, siempre perdió²⁴.

Los argumentos sobre la posición del árbitro en otros casos en que fue nombrado por la misma parte o el mismo abogado pueden merecer consideración pero, en general, deben tomarse con cautela; no ya sólo por las cuestionables inferencias que conllevan, sino también por los problemas de confidencialidad que pueden plantear.

7. DEBER DE REVELACIÓN

Un árbitro debe revelar los nombramientos repetidos que ha recibido, aunque no hay consenso sobre si han de ser todos ellos. HENRY se muestra a favor de la revelación del número total de nombramientos repetidos cuando quien designa es la misma parte, pero no aparentemente cuando se trata del mismo abogado²⁵. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI normalmente ha esperado la revelación de los nombramientos repetidos sin restricción²⁶. Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional establecen algunos límites cuantitativos (número de nombramientos y momento en el tiempo

de los mismos) respecto a los nombramientos que normalmente deberían ser revelados²⁷. Para CLAY, el límite temporal de los tres años que utilizan las Directrices de la IBA es demasiado corto y debería ser ampliado²⁸. En mi opinión, la revelación del número total de nombramientos repetidos, ya sea por la misma parte o por el mismo abogado, es lo más apropiado en todo caso.

La mera omisión de revelación, sin entrar a considerar las circunstancias no reveladas, no debería justificar la descalificación de un árbitro²⁹. Sin embargo, la omisión de revelación sí es un factor, a ser valorado conjuntamente con los demás, a la hora de decidir si el árbitro debe o no ser descalificado³⁰. Puede incluso ser un factor determinante si el decisor, después de considerar los otros factores, tiene dudas sobre qué hacer. Probablemente no es casual, en el contexto de los nombramientos repetidos, que una parte haya reprochado al árbitro la omisión de revelación en muchos de los casos en los que un órgano judicial nacional ha estimado la reclamación formulada por esa parte³¹.

8. TIPO DE ÁRBITRO

Si un árbitro revela la existencia de nombramientos repetidos y una parte soli-

²⁴ PASCAL HOLLANDER, «Arbitrators' Bias Because of Previous Appointments: A Civil Law Perspective», pp. 4-5, en *Arbitration Bias*, S. Nappert (ed.), Transnational Dispute Management, Vol. 5, No. 4 (special issue), julio 2008, comentando la decisión de la Corte de Primera Instancia de Bruselas de 14 de diciembre de 2006.

²⁵ HENRY, «Pluralité de désignation et devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre», n. 3 *supra*, p. 726, § 9, y p. 734, § 18.

²⁶ YVES DERAÏNS y ERIC SCHWARTZ, «A Guide to the New ICC Rules of Arbitration» (2nd ed.), Kluwer Law International, 2005, pp. 128-129.

²⁷ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, Listado Naranja, puntos 3.1.3 (dos o más nombramientos anteriores por la misma parte en los últimos tres años) y 3.3.7 (más de tres nombramientos anteriores por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados en los últimos tres años).

²⁸ THOMAS CLAY, «Présentation des directives de l'*International Bar Association* sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage* 2004, No. 4, p. 995.

²⁹ GAILLARD, Note - Cour de cassation (2^e Ch. Civ.), 6 décembre 2001, n. 2 *supra*, p. 1241, comentando el caso *Frémarc*.

³⁰ Así, por ejemplo, en la LCIA. THOMAS W. WALSH y RUTH TEITELBAUM, «The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction», *Arbitration International*, Vol. 27, No. 3, 2011, p. 289.

³¹ *Cf.*, e.g.: *Epoux X v. Société Prodim y Société Logidis*, Cass. (1^{re} Ch. Civ.), 20 octobre 2010; *Société Somoclest v. Société DV construction*, Cass. (1^{re} Ch. Civ.), 20 octobre 2010; *SA Serf v. Société DV Construction*, Corte de Apelación de París (1^{re} Ch. Civ.), 29 enero 2004, *Rev. Arb.* 2005, No. 3, pp. 709-713; *Frémarc v. ITM Entreprises*, Cass. (2^e Ch. Civ.), 6 diciembre 2001, *Rev. Arb.* 2003, No. 4, pp. 1231-1233.

cita, por razón de dichos nombramientos, que dicho árbitro no sea nombrado o que se acepte su recusación, ¿puede el decisor tener en cuenta si el árbitro cuestionado es, en el procedimiento en el que se le cuestiona, árbitro único, presidente del tribunal o co-árbitro? La pregunta es delicada porque sugiere la cuestión más general, discutible, de si el test de imparcialidad e independencia de un árbitro puede variar en función del método seguido para su nombramiento.

En general, la decisión sobre si un árbitro debe o no ser descalificado no debería variar dependiendo del tipo de árbitro. El deber de imparcialidad e independencia de los árbitros es el mismo para todos ellos, de modo que el test de aquellas cualidades también ha de ser, en principio, el mismo. Sin embargo, el método de nombramiento del árbitro puede tomarse en consideración³². En aquellos casos donde la valoración de las demás circunstancias no conduzca a una solución clara, parece razonable aplicar un criterio especialmente severo a presidentes de tribunales arbitrales y árbitros únicos, en el sentido de despejar sistemáticamente cualquier duda, en última instancia, a favor de su descalificación. La apariencia de imparcialidad e independencia del árbitro único o presidente merece un especial refuerzo porque, sin ella, lo que entra en duda no es ya sólo la idoneidad de la persona en cuestión para actuar como árbitro, sino la misma capacidad del órgano enjuiciador para dictar una solución imparcial. Al fin y al cabo, cuando son varios los árbitros, la mayoría de reglamentos y leyes de arbitraje reconocen al presidente la facultad de adoptar decisiones en solita-

rio, e incluso dictar el laudo en solitario, cuando no se alcanza una decisión por mayoría en el seno del tribunal arbitral. Este ‘refuerzo en la duda’ de la apariencia de imparcialidad e independencia del árbitro único o presidente tiene menos sentido en los co-árbitros, que nunca tienen aquella facultad.

En contra de esta ‘apariencia reforzada’ de la imparcialidad e independencia del presidente del tribunal puede sin duda argüirse que ese refuerzo también es conveniente, por distinto motivo, en los árbitros designados unilateralmente. Aunque un árbitro designado por una parte no pueda decidir nada en solitario, lo cierto es que, desde una perspectiva estrictamente objetiva del método de nombramiento del árbitro, su apariencia de imparcialidad e independencia ya es, de partida, menor a la de un árbitro designado por alguien neutral. Aplicar a dicho árbitro los mismos umbrales de tolerancia de nombramientos repetidos que a un árbitro único o a un presidente contribuiría al objetivo de no hacer aún más diferente la apariencia de imparcialidad e independencia en unos y otros.

Con todo, reforzar la apariencia de imparcialidad e independencia de los árbitros designados unilateralmente mediante la resolución de cualquier duda última en la consideración de nombramientos repetidos a favor de la descalificación del árbitro puede hacer bueno el dicho de ser peor el remedio que la enfermedad, particularmente cuando alguna de las partes o todas ellas tengan dificultad para encontrar candidatos a árbitro en quienes confíen.

³² Pierre LALIVE, Jean-François POUDRET y Claude REYMOND, «Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse: édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé», Payot, Lausanne, 1989, pp. 338-339.

CONFLICTOS DE INTERÉS Y DEBER DE REVELACIÓN DE ÁRBITROS NO MARCIANOS

MANUEL CONTHE (*)
ANTONIO DELGADO (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Limitada sensibilidad Ética. 3. Ley de reciprocidad vs. «Efecto Beckett». 4. Incentivos económicos y auto-complacencia. 5. Sesgo confirmatorio y predisposición doctrinal («issue conflict»). 6. Conclusiones.



1. INTRODUCCIÓN

Los dos árbitros del Tribunal del CIADI del caso *Suez, Agbar y Vivendi v. Argentina* que en 2008 rechazaron la recusación que Argentina había presentado contra su colega en el Tribunal porque era consejera del banco suizo UBS y éste tenía una participación del 2% en el capital de una de las empresas demandantes basaron su decisión¹ en un argumento célebre²:

«Los árbitros no son espíritus incorpóreos que viven en Marte, bajan a la Tierra para arbitrar un caso y re-

gresan de inmediato a su retiro marciano, a esperar pacientemente la siguiente llamada a arbitrar. Como otros profesionales que habitan y trabajan en este mundo, los árbitros tienen una multiplicidad de complejas conexiones con todo tipo de personas e instituciones. Se ha afirmado por algunos académicos que hay sólo «seis grados de separación» entre una persona y cualquier otra persona en la Tierra³. Esa teoría afirma que si decimos que uno está a un grado o «paso» de otra persona que conoce y a dos pasos o grados de cualquier persona

(*) Of-Counsel en Bird & Bird LLP (Madrid), donde trabaja principalmente como árbitro. Abogado y economista, es antiguo Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España y Vicepresidente del Sector Financiero del Banco Mundial.

(**) Asociado en el departamento de «Litigation» de Bird & Bird LLP (London). Es abogado (Madrid) y solicitador (England and Wales), L.L.B. (U. Carlos III de Madrid), L.L.M. (McGill University).

¹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c. Argentina (Casos CIADI Núm. ARB/03/17 y Núm. ARB/03/19). Decisión sobre la Segunda Propuesta de Recusación, de fecha 12 de mayo de 2008 (Suez II), § 29.

² Traducción propia. La cita procede de la magnífica obra de KAREL DAELE «*Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*». Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 279.

³ Pueden verse detalles de esa célebre ley empírica de los «seis pasos de separación» (*six degrees of separation*) que, también llamada *small world effect*, enunció el psicólogo americano STANLEY MILGRAM en BUCHANAN, Mark, «*Small World*», Phoenix, London, 2002; ALBERT-LÁSZLÓ BARABÁSI, «*Linked. The New Science of Networks*», Perseus Publishing, Cambridge, Massachusetts, 2002 o DUNCAN J. Watts, *Six Degrees. The Science of a Connected Age*, Norton & Company, New York, 2003.

conocida por esa persona que conoce, puede afirmarse que, en promedio, la gente está a seis pasos o grados de cualquier otra persona del globo. Aunque la validez de la teoría no ha sido confirmada, su aplicación demuestra lo fácil que es establecer conexiones entre dos personas identificando vínculos entre ellas, reales o imaginarios».

La decisión adoptada y, sobre todo, que la profesora suiza compatibilizara su condición de árbitro con la de consejera de un gran banco internacional recibió este vitriólico reproche del comité *ad hoc* que resolvió la solicitud de anulación del Laudo:

«Las posiciones de consejero en [un gran banco internacional] y la de árbitro internacional pueden no ser compatibles y, especialmente en el ámbito del arbitraje internacional moderno, no deberían ya combinarse... Las complicaciones que han surgido posteriormente en forma de angustias, credibilidad del CIADI y coste –no sólo en este caso– proporcionan un ejemplo vívido y deplorable de las consecuencias de que un árbitro acepte el puesto de consejero en un gran banco internacional sin investigar adecuadamente y revelar cualesquiera vínculos entre el banco y las partes en el arbitraje, y menoscabe además su deber de información».

El comité, no obstante, «tras una larga deliberación» acordó no anular el Laudo, pues entendió que, en el caso concreto, la árbitro desconocía la inversión del banco en la compañía demandante y, además, la anulación habría perjudicado injustamente a los demandantes.

2. LIMITADA SENSIBILIDAD ÉTICA

A la vista de esas diferencias de puntos de vista entre los miembros del Tribunal arbitral del CIADI y los del comité «ad hoc» de anulación, cabe preguntarse qué habrían opinado unos y otros sobre otro potencial conflicto de interés que, relativo a un magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, analizan los profesores de ética de los negocios Max H. BAZERMAN y Ann E. TENBRUNSEL en su reciente libro *Blind Spots*⁴.

Se trata de la solicitud de inhibición que en marzo de 2004 dirigió la organización defensora del medio ambiente «Sierra Club» al magistrado Antonin Scalia cuando el Tribunal tenía que dirimir si el Vicepresidente Dick Cheney estaba obligado a dar información sobre la composición de un grupo de trabajo que le había asesorado sobre política energética. La solicitud de que Scalia se inhibiera se basó en la estrecha amistad del magistrado con el Vicepresidente Cheney, con quien en enero de aquel mismo año había ido a cazar patos en Luisiana en el avión oficial del Vicepresidente, el «*Air Force Two*». Scalia no llegó a argumentar que él tampoco vivía en Marte, pero se hizo eco indirecto de esa idea al argumentar que, aunque era amigo de Cheney desde hacía mucho tiempo, lo que se estaba enjuiciando era la actuación oficial del Vicepresidente; y si los magistrados del Supremo tuvieran que inhibirse por haber tenido encuentros sociales con miembros del Gobierno, el Tribunal no podría funcionar. En apoyo de esa tesis recordó que el presidente Truman jugaba al póquer regularmente con el presidente del Tribunal Supremo y que un célebre Fiscal General,

⁴ BAZERMAN, MAX H. y TENBRUNSEL, ANN E., «*Blind spots. Why We Fail to Do What's Right and What to do about it*», Princeton University Press, 2011.

Robert KENNEDY, iba a esquiar a menudo con uno de los magistrados del Tribunal. Como colofón de su negativa a inhibirse afirmó: «Si un magistrado del Tribunal Supremo se pudiera comprar tan barato, Estados Unidos estaría en mucha peor situación de lo que hubiera imaginado».

BAZERMAN y TENBRUNSEL fustigan el criterio aplicado por Scalia:

«[Scalia] rechaza o desconoce la innegable evidencia de los aspectos psicológicos de los conflictos de interés. Más preocupante todavía que esa falta de conciencia es el tenor de las reglas del Tribunal Supremo, que, como la mayor parte de las recomendaciones y reglas para proteger contra conflictos de intereses, consideran tan sólo la corrupción consciente (*intentional corruption*). La mayoría de las actitudes no éticas no son, sin embargo, intencionales, sino producto de la falta de conciencia y desdibujamiento (*fading*) de la dimensión ética de una conducta (*bounded ethicality* o limitada sensibilidad ética).

La falta de sensibilidad del juez Scalia de los sutiles aspectos psicológicos en que pueden fundarse los conflictos de interés no es privativa de algunos magistrados tan afamados: se da también en otros reconocidos profesionales del Derecho cuando actúan como árbitros, como puso de manifiesto en España una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2011. La sentencia anuló el laudo de un Tribunal presidido por un célebre catedrático español de Derecho Civil porque no había revelado ciertos datos de su relación

con el despacho de abogados de una de las partes (su yerno trabajaba en él, había tenido como pasante hacía 30 años al socio director del despacho, era miembro del consejo asesor de la Maestría en Derecho empresarial del despacho...), datos que, según el Tribunal, «apreciados en su conjunto, ponen de relieve la existencia de una relación del Sr. Árbitro con dicho despacho profesional que va más allá de una relación puntual y esporádica y revelan una relación de sintonía, cercanía y colaboración que son motivo suficiente para generar duda fundada en cuanto a su independencia e imparcialidad».⁵

La acertada premisa de que los árbitros no procedemos de Marte —ni de Venus, en el caso de las mujeres árbitro— justifica, sin duda, que tengamos presente nuestra condición de seres sociales para descartar algunos conflictos de interés. Pero esa misma premisa nos debe poner en guardia también frente a otros sutiles conflictos de interés que, impensables en un marciano perfectamente racional, pueden afectar a árbitros terrícolas de carne y hueso.

¿Cuáles son esos sutiles factores psicológicos que pueden influir sobre los árbitros, aunque ellos mismos no sean conscientes?

Son múltiples, y la mayoría son tomados en cuenta por las Directrices sobre conflictos de interés de la Asociación Internacional de Abogados («*International Bar Association*», en adelante IBA) de 2004. Aquí nos centraremos en tres:

La «Ley de reciprocidad», esto es, nuestro deseo de corresponder a quienes nos han favorecido.

⁵ El caso y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se analizan en detalle por MANTILLA-SERRANO, Fernando y PINSOLLE, Philippe, «*La independencia del árbitro y su obligación de revelación*», incluido en el Tomo II de «*Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro*» en homenaje a Bernardo CREMADES e Yves DERAINS, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.

Los incentivos económicos y el «sesgo de autocomplacencia» (*self-serving bias*), esto es, nuestra tendencia a ver con buenos ojos aquello que nos favorece.

· El «sesgo confirmatorio» (*confirmatory bias*) y la «asimilación sesgada» (*biased assimilation*), esto es, nuestra tendencia a prestar más atención a la información que confirma nuestras creencias que a aquella que las pone en entredicho, así como nuestra inclinación a ser «consistentes» y sentirnos moralmente atados por las ideas que expresamos previamente.

Tales inclinaciones, al exacerbar la «perseverancia en nuestras creencias» (*belief perseverance*), otorgará relevancia a los casos de «predisposición doctrinal» y a las opiniones previas de un árbitro sobre las cuestiones esenciales presentes en un arbitraje (*issue conflict*).

Como es común a casi todos los sesgos, quien los sufre rara vez los percibe –de ahí el término anglosajón *blind spots*–. Un corolario de ese hecho en el ámbito de los conflictos de interés de los árbitros es, como afirma Jan PAULSSON, que «el auto-control (*self-policing*) por los árbitros tiene sus límites» y, en consecuencia, resulta preferible que el control último de la existencia o no de tales conflictos corresponda a los Tribunales nacionales, como ocurre en la práctica totalidad de las Cortes de Arbitraje, con la notable excepción del CIADI⁶.

3. LEY DE RECIPROCIDAD VS. «EFECTO BECKETT»

El término «ley de la reciprocidad» lo acuñó ROBERT CIALDINI, célebre psicólogo y consultor americano experto en técnicas de marketing y persuasión, quien ve en la reciprocidad una de las más poderosas influencias sobre la conducta humana: cuando alguien nos hace un favor, incluso aunque no lo hayamos solicitado, sentiremos un intenso deseo de corresponder y un profundo sentimiento de culpa e ingratitud si no lo hacemos⁷.

Se sirven de esa ley, por ejemplo, quienes hacen un regalo –las flores de Hare Krishna, una muestra gratuita en un supermercado, o incluso un saludo afectuoso en la puerta de una tienda– en la confianza de que quien lo acepte se sentirá moralmente obligado a hacerle al interesado un donativo o una compra para devolverle el favor. La aprovechan también los negociadores que, partiendo de una demanda inicial desorbitada, rebajan luego sus pretensiones, en la expectativa de que ese «paso» sea correspondido, incluso aunque la segunda demanda siga careciendo de justificación.

Esa Ley psicológica explica –señala Cialdini– que las normas penales castiguen la mera recepción de regalos o favores por jueces, gobernantes o diputados, como hace en España el artículo 426 del Código Penal, que castiga por «cohecho impropio» a «[l]a autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido le-

⁶ PAULSSON, Jan. Prólogo al libro de KAREL DAELE «*Challenge and Disqualification...*», *Op. cit.* pp. ix x a xxi.

⁷ CIALDINI, Robert B. «*Influence. The Psychology of Persuasion*», 5ª edición, Pearson, 2008 Muchas de sus ideas se desarrollan también en el libro escrito por CIALDINI en colaboración con GOLDSTEIN, Noah J. y MARTIN, Steve J. «*Yes! 50 Secrets from the Science of Persuasion*», Profile Books, 2007.

galmente». Este tipo de cohecho se denomina «impropio» porque en él, a diferencia de lo que ocurre en el de «cohecho propio» o «soborno», no hace falta que el funcionario cometa acto injusto alguno, sino que basta que acepte regalos en atención a su cargo.

No es casual que otro célebre consultor y experto en marketing, Guy KAWASAKI, ilustre el que llama «arte de encantar» con otro caso curioso de reciprocidad. Cuenta Kawasaki que cuando una noche de finales de los años 80 una enardecida partida de militantes armados del Partido Comunista de Filipinas se dirigió a la aldea en que trabajaba como voluntaria del Cuerpo de Paz Karin Muller, la escritora y viajera de origen suizo, con intención de interrogarla de forma hostil, la joven los dejó psicológicamente desarmados cuando les recibió con estas palabras: «Gracias a Dios que habéis llegado. Os llevo esperando todo el día. Por favor, aceptadme un café. Dejar las armas en la puerta». El líder del grupo, superado el desconcierto, dejó las armas, se sentó a tomar café, y abandonó su intención de intimidarla con sus preguntas, porque, en palabras de la interesada, «no puedes interrogar a alguien con quien estás tomando café»⁸.

¿Qué relación guarda esa «ley de reciprocidad» con los árbitros?

La relación deriva de un hecho que formuló con sagacidad el filósofo y jurista británico Jeremy BENTHAM en sus «*Falacias Políticas*»: «El elogio establece una especie de vínculo entre quien lo dirige y quien lo recibe», tesis que completa con otra de

menor trascendencia a nuestros efectos («y la ofensa presta aires de valentía e independencia a quien la emplea») ⁹. Así pues, el elogio establece un sutil vínculo psicológico entre elogiador y elogiado y éste último sentirá un inexorable deber de agradecimiento hacia quien le elogió.

Pues bien, si el mero elogio ya produce ese vínculo, éste será aún más fuerte cuando la actitud elogiosa tenga como manifestación tangible el nombramiento para un cargo atractivo para el designado. Por eso, la designación de una persona o entidad para que desempeñe una función de interés –ya sea de presidente o vocal de un organismo público, consejero de una sociedad cotizada, auditor de la compañía, agencia de *rating*, periodista a quien se otorgue una primicia informativa (*scoop*), fedatario público de una gran transacción, magistrado del Tribunal Supremo, o árbitro en una disputa de elevada cuantía- creará un sutil e invisible lazo psicológico que provocará un sentimiento de gratitud en el designado y una expectativa de lealtad en quien le nombró: al designado le costará ser imparcial y no corresponder a los deseos de quien le designó; y éste tenderá a considerar una ingratitud que «su» designado adopte decisiones que le contraríen.

Tales lazos psicológicas explican, por ejemplo, la tendencia de muchos Gobiernos y Ministros a reemplazar, tan pronto acceden al poder, a quienes ya ocupaban cargos de relevancia en los Ministerios o instituciones públicas, por cualificados que sean: el político tendrá especial interés en ser él quien designe a quienes ocupen tales cargos, no sólo por hacer favores a amigos, sino

⁸ KAWASAKI, Guy. «*Enchantment. The Art of Changing Hearts, Minds, and Actions*», Portfolio Penguin, 2011.

⁹ BENTHAM, Jeremy. «*Falacias Políticas*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, Parte Segunda, *Falacias de peligro, Capítulo I «Descalificaciones personales*», p. 82.

para que los designados sientan ese espontáneo deber de gratitud o reciprocidad del que habla Cialdini.

¿Es posible superar el «encantamiento» que producen el sentimiento humano de gratitud hacia quien nos designó como árbitro o para cualquier otro cargo apetecible?

La cuestión tiene larga tradición en una institución alemana, el Banco Central (*Bundesbank*), que siempre ha blasonado su independencia respecto al Gobierno, a pesar de que todos los miembros de su Consejo son nombrados por él, y de que ha sido tradicional que el Presidente y Vicepresidente de la institución, así como otros miembros, fueran antiguos Altos Cargos –por ejemplo, Secretarios de Estado de Hacienda–, además de prestigio profesional, gozaban de la confianza del Canciller que los designaba.

Un antiguo miembro del Consejo del *Bundesbank* –que lo fue más tarde del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo–, el profesor Otmar ISSING, acuñó el término «efecto Beckett» para describir el espíritu de independencia que debe apoderarse de quien, designado por un Gobierno, pasa a integrarse en una institución independiente como el Banco Central. Expresó así la idea en un célebre discurso en 1991:

«La influencia del nuevo medio, el prestigio y la tarea encomendada al Banco Central pueden producir en el recién llegado una transformación en su percepción que puede provocar en algunos casos sorpresa y frustración, e incluso indignación, en su valedor político (*political sponsor*). Yo deno-

minaría ese fenómeno «efecto Beckett», en recuerdo de la experiencia de Enrique II de Inglaterra cuando designó arzobispo de Canterbury al canciller de su confianza, y vio cómo el supuesto representante de los intereses del Rey se transformaba en un genuino defensor de los intereses de la Iglesia. No me pronunciaré sobre si [ese efecto] requiere también la disposición a sufrir martirio»¹⁰.

El «efecto Beckett» es necesario en todas las instituciones independientes y en todas las personas que deben ejercer un cargo con imparcialidad. Pero resulta contrario a las inclinaciones humanas espontáneas.

Las Directrices de la IBA sobre conflictos de interés se hacen eco de ese principio en varios apartados, como el 2.3.6, que incluye entre los dispensables de la lista roja tener una relación comercial significativa con alguna de las partes en la disputa. A nuestro juicio, también reflejan ese principio los conflictos de la lista naranja derivados de los «nombramientos múltiples» –más de dos por una misma parte o tres por el mismo despacho de abogados en los últimos tres años, reflejados en los apartados 3.1.3 y 3.3.7, respectivamente–.

Hay otro supuesto distinto de los anteriores y no reflejado en las Directrices de la IBA que, en nuestra opinión, suscita otro potencial conflicto de interés relacionado con la reciprocidad: quien está actuando como árbitro único o presidente de un Tribunal arbitral no debe aceptar, en tanto ejerza esa función, que ninguno de los abogados o partes le designen árbitro en otro pro-

¹⁰ ISSING, Otmar. «*Geldpolitik im Spannungsfeld von Politik und Wissenschaft*», discurso en el coloquio homenaje al profesor Norbert Kloten celebrado en Stuttgart el 15 de marzo de 1991.

cedimiento distinto, porque esa designación de parte, incluso aunque sea la primera y, en consecuencia, no entre dentro de los apartados 3.1.3 y 3.3.7 citados, podrá suscitar en la parte contraria la impresión de que quien la hace pretende ganarse, de forma sutil, la voluntad del árbitro único o presidente.

Como luego reiteraremos, el delicado cometido de enjuiciar los conflictos de interés que el sentimiento de reciprocidad puede suscitar en un árbitro no debe corresponder a sus colegas en el colegio arbitral, pues tendrán grave dificultad para alertarle de un riesgo de parcialidad que el propio interesado no ha advertido, así como una espontánea tendencia humana a solidarizarse con él, e incluso padecerán su «limitada sensibilidad ética», pues con frecuencia quedarán embrujados por otra gran influencia que analizaremos a continuación: el propio interés.

4. INCENTIVOS ECONÓMICOS Y AUTO-COMPLACENCIA

En las memorias que escribió tras dejar el cargo de presidente de la *Securities Exchange Commission* (SEC) de los Estados Unidos, Arthur LEVITT señala que la lapidaria afirmación del escritor y reformista americano Upton SINCLAIR «es difícil que un hombre vea algo, cuando su sueldo depende de que no lo vea» es aplicable a los analistas financieros, a los bancos de inversión y, en general, a todos los participantes en el mercado de valores¹¹. El mandato de LEVITT concluyó mucho antes de que en 2008 se iniciara la crisis de las hipotecas *subprime*, pero son legión quienes, en

intonía con SINCLAIR y LEVITT, han atribuido la crisis financiera internacional a la codicia y desmedido espíritu de lucro de originadores de hipotecas *subprime*, bancos de inversiones, agencias de *rating* y otros muchos agentes financieros.

Afortunadamente, los profesionales no siempre actuamos movidos por el interés económico, pero, en líneas generales, a todos nos suscita dificultad sustraernos a la influencia del propio interés y a los incentivos económicos y «ver algo cuando nuestro sueldo depende de que no lo veamos». La idea la reflejó con brillantez en 1975 un experto en gestión de empresas, STEVEN KERR, en un artículo de elocuente título: «*Sobre la estupidez de premiar A, pero esperar B*»¹².

KERR señalaba que en muchas organizaciones sociales hay un divorcio entre las conductas teóricas que se consideran deseables y los comportamientos reales que promueve el sistema de incentivos.

Escrito poco después de la guerra de Vietnam, el artículo recuerda que en las dos Guerras Mundiales los soldados americanos que luchaban en Europa sabían que sólo regresarían a casa tras la victoria, y que la desobediencia a sus mandos dificultaría ese objetivo; en consecuencia, imbuidos o no por ideales patrióticos, era racional para ellos obedecer y buscar la victoria. En Vietnam, por el contrario, los soldados americanos sabían que volverían a casa tras el plazo marcado, con independencia del curso de la guerra; y que la insubordinación les llevaría a centros de descanso y rehabilitación, porque se atribuiría a la fatiga del

¹¹ LEVITT, Arthur. «*Take on the Street: What Wall Street and Corporate America Don't Want You to Know*», Pantheon, 2002.

¹² KERR, Steven, «*On the folly of rewarding A, while hoping for B*», *Academy of Management Journal*, 1975, Nº 18, pp. 769-783.

combate. Así pues, «¿no estaba el Ejército aplicando en Vietnam un sistema que premiaba la insubordinación, pero esperando que –a pesar del sistema de incentivos- los soldados obedecieran?».

En Medicina, añadía KERR, aspiramos a que los médicos pongan el mismo cuidado en no diagnosticar enfermedades inexistentes a pacientes sanos («error de tipo I») – para no provocarles innecesarias angustias ni malgastar recursos asistenciales y en no pasar por alto genuinas enfermedades («error de tipo II»). Pero para un médico las consecuencias de este segundo tipo de error serán mucho más graves que las del primero: la notoriedad del «error médico» le hará perder prestigio y podrá acabar expedientado o demandado; por el contrario, aplicar un sinnúmero de pruebas o tratamientos costosos para detectar y combatir enfermedades inexistentes generará ingresos al médico privado.

Concluía que muchas organizaciones aspiran a que sus empleados busquen el crecimiento a largo plazo, tengan espíritu de equipo, se fijan metas ambiciosas, ahorren costes, busquen la calidad del servicio e informen de todo a sus superiores, incluso de las malas noticias; pero tienen establecido un régimen práctico de incentivos que orienta la atención de sus empleados hacia los beneficios trimestrales, la promoción individual, el cumplimiento de objetivos modestos, el crecimiento de sus unidades, la primacía de la fecha de entrega y la reticencia a transmitir a sus jefes malas noticias.

En el mundo del arbitraje ¿promueve el sistema de designación-retribución de los

árbitros (A) el objetivo generalmente admitido de la «plena imparcialidad de los árbitros» (B)?

Hace unos años, un afamado procesalista español, Fernando PANTALEÓN, profundamente escéptico sobre las virtudes del arbitraje comercial doméstico –no así del internacional, donde la búsqueda de un foro neutral da una justificación natural al arbitraje-, manifestó, para escándalo de los árbitros presentes, que el principio «*Kompetenz-Kompetenz*» suscita en los árbitros un conflicto de interés económico que, en el mundo de la jurisdicción, justificaría la recusación del juez. ¿Cómo puede admitirse como algo natural e incluso indiscutible – afirmaba PANTALEÓN- que el propio árbitro o Tribunal arbitral determinen si tienen o no competencia para dirimir un caso, cuando de esa decisión dependerá que perciban o no unos ingresos profesionales que en algunos casos serán suculentos?¹³

La crítica, aunque poco popular en la comunidad arbitral, tiene fundamento, salvo acaso en aquellos árbitros cuyo reconocido prestigio y popularidad hace que su problema sea el exceso de designaciones. Tiene fundamento porque aunque los árbitros no tengan «interés en la causa» que tramitan –es decir, en su resultado-, suelen tener interés económico y profesional en que el arbitraje se inicie, se mantenga vivo y llegue a su término con un laudo.

En el mundo del arbitraje, una profesional del arbitraje que tiene también gran experiencia en mediación y psicología, Sophie NAPPERT, hace una referencia velada a esa dificultad de muchos árbitros para reconciliar dos objetivos contrapuestos: man-

¹³ El profesor PANTALEÓN no ha expresado por escrito esa opinión, sino que la expuso en un seminario sobre arbitraje organizado en Madrid por la «Fundación para la Investigación del Derecho de la Empresa» (FIDE). Pero ha autorizado a los autores a atribuírsela.

tener un alto grado de imparcialidad e independencia y, al mismo tiempo, asegurarse su capacidad para ser designado de nuevo. La hipótesis habitual es que ese conflicto no es real, porque las partes suelen buscar árbitros de la máxima calidad. Pero para SOPHIE NAPPERT esa habitual hipótesis de la armonía entre imparcialidad plena y esfuerzo por ser designado es una «premisa compleja»¹⁴.

Notemos, no obstante, que el potencial efecto perturbador que los incentivos económicos – en especial, el deseo de ser designado árbitro- puede tener sobre la imparcialidad del árbitro será tanto menor cuanto más prestigio tenga y mayor sea el número de sus arbitrajes. La razón es que, cuanto mayor sea ese número, menor trascendencia económica tendrá aceptar, rechazar o declararse incompetente en un arbitraje concreto, porque cada uno representará una pequeña proporción de sus ingresos profesionales: en consecuencia, será mucho más importante para el árbitro defender con ahínco su buena reputación que conseguir un ingreso a corto plazo.

Se aplica aquí el mismo razonamiento que ha llevado a los reguladores financieros internacionales a exigir a las compañías auditoras que tengan suficientemente diversificada su cartera de clientes, para que puedan preservar su plena independencia frente a aquellos clientes que amenacen con sustituirlas o no darles

negocio si pecan de excesivo rigor al formular opinión sobre sus cuentas.

Por eso, es natural que los árbitros que ya gozan de gran prestigio internacional susciten mayor confianza entre los usuarios del arbitraje, al igual que los inversores financieros internacionales y los sindicatos de bancos acreedores ven con mayor tranquilidad una sociedad cotizada o una compañía prestataria cuyas cuentas están auditadas por una de las «*big four*», no por una pequeña auditora poco conocida.

Así pues, como en tantas otras actividades económicas, «*nothing succeeds like success*», y la buena fama y reconocimiento internacional produce un efecto acumulativo o «círculo virtuoso» que tiende a concentrar las designaciones arbitrales en un círculo limitado de árbitros prestigiosos y entraña una inevitable «barrera de entrada» para quienes aspiran a entrar en ese prestigioso Olimpo.

5. SESGO CONFIRMATORIO Y PREDISPOSICIÓN DOCTRINAL («*ISSUE CONFLICT*»)¹⁵

La tercera y última influencia sobre los árbitros que queremos analizar es una tendencia humana que ya describió el filósofo británico FRANCIS BACON:

«Cuando ha adoptado una opinión, el entendimiento humano se apoya en

¹⁴ NAPPERT Sophie y FLADER, Dieter, «*A Psychological Perspective on the Facilitation of Settlement in International Arbitration-Examining the CEDR Rules*», *Journal of International Dispute Settlement*, August 2011.

¹⁵ Traducimos aquí «*issue conflict*» como «*predisposición doctrinal*», porque, a nuestro juicio, ése es el núcleo del conflicto que la expresión inglesa describe. El término «*predisposición doctrinal*» nos parece preferible a otros como «*inclinación dogmática*», «*prejuicio intelectual*», «*predisposición intelectual*» o «*contaminación mental*». Parece preferible «*predisposición*» a «*contaminación*» porque no tiene la carga peyorativa que convierte a este último en un término capcioso (así, cuando se alega que un árbitro o magistrado debe abstenerse de juzgar porque tiene ideas preconcebidas es preferible afirmar que está «*predispuesto*», más que «*contaminado*», porque esa convicción previa, aunque le prive de imparcialidad, puede ser acertada). La traducción «*predisposición doctrinal*» se ciñe estrictamente al significado de la expresión inglesa «*issue conflict*» –que hace referencia a una «*cuestión doctrinal*» (*issue*)- y resulta por eso preferible a «*predisposición mental*», que es más amplia y puede incluir inclinaciones anímicas o mentales provocadas por otras causas -por ejemplo, enemistad-. Así pues, la «*predisposición doctrinal*» o «*issue conflict*» sería un caso particular de «*predisposición mental*».

todo lo demás para corroborarlo. Y por grande que sea el número y peso de los casos que caen del otro lado, los pasa por alto o desprecia, o mediante alguna distinción los margina o rechaza, a fin de que la autoridad de su primitiva conclusión permanezca incólume».¹⁶

Esa espontánea inclinación humana a prestar especial atención a los hechos que, a nuestro juicio, confirman nuestras convicciones y a ignorar, o prestar menor atención, a los que las desmienten se conoce como «sesgo confirmatorio» (*confirmatory bias*), «asimilación sesgada» (*biased assimilation*) o «estrategia de pruebas afirmativas» (*positive test strategy*).

Uno de los múltiples corolarios de esa inclinación natural es la espontánea inercia o perseverancia de nuestras creencias (*belief perseverance*), pues necesitaremos pruebas más concluyentes e incontrovertidas para revisar nuestras convicciones que las que nos bastarán para seguir aferrados a ellas.

Hay un episodio histórico bien conocido que, relacionado con América Latina y anterior a que el filósofo Bacon hiciera la afirmación citada, constituyó una llamativa manifestación de ese fenómeno: Cristóbal Colón «no sospechó durante mucho tiempo que las tierras que iba recorriendo y descubriendo fueran un nuevo continente. Durante años, las hizo coincidir con el objetivo inicial de su proyecto: las costas orientales de Asia. Y durante todo aquel tiempo se

empeñó en identificarlas con lo que las fuentes históricas, geográficas y cosmográficas de su proyecto decían de ellas»¹⁷. Por eso, Fray Bartolomé de las Casas escribió de Colón, con ironía: «Habíase ya persuadido a lo mismo, así todo lo que por señas los indios le decían, siendo tan distante como lo es el cielo de la tierra, lo enderezaba y atribuía a lo que deseaba».¹⁸

En los años 70 los psicólogos sociales CHARLES LORD, LEE ROSS y MARK LEPPER llevaron a cabo un célebre experimento que corroboró el fenómeno de la «asimilación sesgada»¹⁹.

Empezaron comprobando la actitud de un amplio grupo de estudiantes sobre una cuestión polémica: la eficacia de la pena de muerte para disuadir a los potenciales asesinos. Acto seguido les presentaron a todos un mismo estudio que exponía, de forma ecuánime y neutra, los argumentos a favor y en contra de la eficacia disuasoria de la pena de muerte e informaba sobre una pluralidad de estudios empíricos –todos inventados– de los que no cabía sacar una conclusión clara. Finalmente, tras la lectura del estudio, volvieron a medir las actitudes de los estudiantes. Comprobaron que sus actitudes eran ahora más extremas, de forma que el grupo se había polarizado entre defensores y detractores de la pena de muerte. Ese sorprendente efecto polarizador de una misma información sobre quienes albergan opiniones encontradas ha sido constatado de nuevo en estudios más recientes²⁰.

¹⁶ BACON, Francis. «*Novum Organum*», 1620, Libro Primero, aforismo 46.

¹⁷ PASTOR, Beatriz. «*El segundo descubrimiento. La Conquista de América narrada por sus coetáneos (1492-1589)*», Edhasa, Madrid, 2008, p. 27.

¹⁸ PASTOR, Beatriz. *Op. cit.* p. 72.

¹⁹ LORD, Charles, ROSS, Lee G. y LEPPER, Mark R. «*Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*», *Journal of Personality and Social Psychology*, 1979, Vol. 37, Nº 11, pp. 2098-2109.

²⁰ Véase GLAESER Edward y SUNSTEIN, Cass R. «*Why Does Balanced News Produce Unbalanced Views?*», NBER Working Paper 18975, abril de 2013.

Los psicólogos creen que ese fenómeno es la suma de dos tendencias:

- Prestamos más atención a la información que confirma nuestras creencias («*positive test*»).
- Comprendemos y aceptamos con mayor facilidad la evidencia congruente con nuestras creencias que aquella que las desmiente, que no tendremos por convincente salvo que sea abrumadora.

Aunque el «sesgo confirmatorio» y la «perseverancia de las creencias» son peligros que siempre nos acechan —y obligarán al árbitro a un deliberado esfuerzo por mantener una «mente abierta» (*open mind*) y no sucumbir, por ejemplo, a estereotipos sobre las partes del procedimiento o su conducta— guarda también relación con una cuestión de naturaleza doctrinal a la que las Directrices de la IBA y los tratadistas han prestado atención: hasta qué punto puede recusarse al árbitro que ha escrito artículos, pronunciado conferencias o manifestado opiniones sobre cuestiones que pueden tener influencia en el fallo²¹.

La cuestión puede ilustrarse con la recusación que formularon las empresas españolas Urbaser S.A. y «Consortio de Aguas de Bilbao-Bizkaia» contra un profesor neozelandés en el arbitraje de inversio-

nes contra Argentina CIADI N° ARB/07/26. Las empresas españolas argumentaron que el árbitro había tomado posición en el libro «*International Arbitration, Substantive Principles*» -del que era co-autor- sobre dos cuestiones sustantivas de relevancia directa en el arbitraje: el alcance de la Cláusula de la Nación Más Favorecida en los Tratados Bilaterales de Inversiones; y la admisibilidad del «estado de necesidad» como factor excluyente de responsabilidad del Estado por la adopción de medidas lesivas de los intereses del inversor privado. Los dos co-árbitros colegas del profesor recusado rechazaron la petición de recusación, porque descartaron que las opiniones que había manifestado fueran lo suficientemente claras «como para que un tercero informado y razonable considere que el árbitro se basará en esas opiniones, sin considerar, como corresponde, los hechos, las circunstancias y los argumentos presentados por las Partes en este procedimiento». Añadieron que si prevaleciera la opinión de la parte demandante, y se considerara cualquier opinión como un elemento de prejuicio en un caso particular, la consecuencia sería que un árbitro potencial jamás expresaría sus opiniones sobre una cuestión²².

Esa decisión de los co-árbitros ha sido analizada en detalle por MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ, que la comparte, pues «de lo contrario sería el fin de los escritos universitarios, nadie se atrevería a expresar su opi-

²¹ Este artículo se limita a los potenciales sesgos de los árbitros, y no aborda los que sufren también las partes, aunque se refieran a los propios árbitros. Así, por ejemplo, un árbitro designado por una parte que, para conocer a fondo las circunstancias y posiciones de las partes en la disputa, tenga el hábito de formular muchas preguntas a los testigos, peritos y letrados correrá el riesgo de ser percibido como parcial por la parte contraria a la que le designó y sus letrados, pues, suspicaces desde el principio sobre la imparcial de ese árbitro, verán confirmadas sus sospechas en aquellas preguntas que no les favorezcan, e ignorarán aquellas otras que pongan en aprietos a sus rivales.

²² Urbaser S.A. y Consortio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, por parte de los Demandantes, 12 de agosto de 2010.

nión o a comentar un laudo o una decisión de justicia, por temor a que esto le traiga consecuencias nefastas ante un posible nombramiento como árbitro». ²³

También FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO parece compartir, de forma matizada, ese mismo criterio cuando afirma que «si cualquier declaración previa [del árbitro] le descalifica, se producirá un exceso de sanción (*over-sanctioning*). Además, se restringirá la generación de conocimiento, porque los árbitros, por miedo, manifestarán sus creencias con menos firmeza». Destaca, por lo demás, que el problema del «*issue conflict*» tendrá más relevancia en el arbitraje de inversiones y deportivo que en el comercial, pues en los primeros los textos y convenios arbitrales no podrán ser modulados por las partes en la disputa, surgirán muchas cuestiones de naturaleza recurrente y los laudos son públicos²⁴.

Una postura más ecléctica es la de HERNANDO DÍAZ-CANDIA, quien al analizar el «conflicto de temas» (término con el que traduce la expresión *issue conflict*) distingue entre «predisposiciones» —que considera legítimas— y «sesgos», que caracteriza como sentimientos fuertes, no fundados sólo en la razón, que llevan a un prejuicio y a una conclusión preconcebida²⁵. Aunque no lo califique así de forma expresa, uno de los posibles casos de sesgo pudo ser el que llevó a la Corte Permanente de Arbitraje a aceptar la petición de Ecuador de recusar a un conocido árbitro americano en el caso CIADI N° ARB/08/6, porque en declaracio-

nes públicas había citado a Ecuador como uno de los ejemplos de «países de acogida recalcitrantes».

En opinión de DÍAZ-CANDIA, «es ilógico asumir que es imposible cambiar de opinión después de haber escuchado a unos defensores hábiles y persuasivos, particularmente porque en el arbitraje los laudos precedentes no son vinculantes». Añade que «no se debe permitir el uso de un conflicto de temas como táctica dilatoria o truco para descalificar árbitros competentes». Además, «ningún ser humano puede abordar los problemas legales con una mente absolutamente clara y sin ideas preconcebidas». Pero también afirma que «los conflictos de temas no deberían ser totalmente descartados como artificiosos. Algunas veces pueden ser importantes, particularmente cuando se combinan con un posible impacto económico para un árbitro». En el caso de los árbitros, las predisposiciones pueden convertirse en sesgo más fácilmente que en el caso de los jueces y, por eso, resulta crucial determinar si una predisposición puede ser igual a un sesgo. Y concluye: «En nuestra opinión, es poco probable, aunque no imposible, que la mera redacción de trabajos académicos pueda servir como base para descalificar a un árbitro por un conflicto de temas. En el caso habría que ver si el trabajo académico está específicamente relacionado con los hechos o con las partes en disputa y no sólo con asuntos legales en general, y si una posición ha sido defendida con demasiada vehemencia como medio para lograr el reconocimiento académico».

²³ JAIME-RAMÍREZ, Margie-Lys «El rol del árbitro en la creación de precedentes: ¿Existe un riesgo de *Issue Conflict* en el arbitraje de inversiones?», en el Tomo II del ya citado libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains «Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro», p. 1202.

²⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «*Issue Conflicts*», *Spain Arbitration Review* N° 7/2010, pp. 5-9, traducción propia.

²⁵ DÍAZ-CANDIA, Hernando. «El rol jurisdiccional de los árbitros y su constructiva evolución: deberes y responsabilidad», *Spain Arbitration Review*, N° 16/2013, pp. 79-105.

Las posturas de los autores citados concuerdan, en nuestra opinión, con los criterios establecidos en las vigentes Directrices de la IBA sobre conflictos de interés, que abordan el «*issue conflict*» en unos términos que limitan mucho su alcance.

En efecto, la regla 3.5.2 incluye como supuesto que puede suscitar dudas sobre la imparcialidad del árbitro y debe ser revelada a las partes «*haber manifestado una posición específica respecto de algún punto de la materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso o cualquier otra forma*». Pero a renglón seguido el punto 4.1.1 no considera que suscite conflicto, ni deba revelarse, haber manifestado en un artículo o discurso público una opinión sobre una materia objeto del arbitraje, pero «sin que la opinión se refiriera expresamente a dicho arbitraje» (se han añadido los subrayados). Así pues, según las Directrices no puede existir conflicto si la opinión expresada por el árbitro no se refirió, de forma expresa, al arbitraje concreto del que se trate.

En nuestra opinión, el criterio de las vigentes Directrices de la IBA sería apropiado para árbitros procedentes de Marte, cuyo buen criterio nunca quedaría perturbado por esas limitaciones cognitivas y psicológicas que pueden influir sobre los árbitros terrícolas. Pero esa excesiva fe en la perfecta racionalidad de los árbitros de carne y hueso olvida otro poderoso factor de influencia que refuerza el «sesgo confirmatorio»: nuestro deseo de consistencia y nuestra vinculación moral (*commitment*) con las ideas que ya hemos manifestado, especialmente si lo hicimos de forma escrita o pública.

En su obra ya citada, CIALDINI dedica un largo capítulo a los múltiples ejemplos que confirman nuestra inclinación a ser coherentes con opiniones que ya hemos expresado ¡incluso aunque lo hiciéramos sin total libertad de expresión!²⁶

Así, en las apuestas de caballos se ha comprobado que quien ha hecho ya una apuesta por un caballo considera mucho más probable que lo que él mismo había pronosticado inmediatamente antes de apostar. Cialdini describe también las técnicas utilizadas por los militares chinos para persuadir de la bondad de la causa comunista a los soldados americanos capturados durante la guerra de Corea. Empezaban por pedirles, de forma amistosa, que escribieran frases aparentemente inocuas (por ejemplo, «Estados Unidos no es perfecto»). Más adelante les pedían que ilustraran esa afirmación con casos concretos. Posteriormente difundían por radio tales afirmaciones, lo que hacía aparecer a los cautivos como «colaboradores». Paradójicamente, tales soldados, conscientes de que sus declaraciones no habían sido fruto de la coerción, acababan admitiendo ese papel de «colaboradores» con China y prestando a sus autoridades más apoyo todavía.

La «fuerza vinculante de las declaraciones escritas» (*committing power of written statements*) ha sido corroborada en otros experimentos.

En uno célebre, los psicólogos sociales Morton DEUTSCH y Harold GERARD mostraron a diversos estudiantes un segmento rectilíneo y les pidieron que calcularan su longitud. Luego dividieron a los estudiantes en tres grupos: a los del primero, les pidieron que escribieran en un papel su es-

²⁶ CIALDINI, Robert B. *Op. cit.* capítulo 3.

timación de la longitud del segmento y se la entregaran a los investigadores; a los del segundo, que escribieran su estimación en una de esas pizarritas infantiles y que, después de hacerlo, borrarán el número antes de que nadie pudiera verlo; y a los del tercero, que tan sólo retuvieran en la mente su estimación de la longitud del segmento.

Acto seguido, proporcionaron a todos información adicional para que afinaran sus estimaciones iniciales y, si lo deseaban, corrigieran los posibles errores cometidos. Los resultados fueron elocuentes: los del tercer grupo, utilizaron con frecuencia la nueva información recibida para calibrar mejor sus estimaciones; los del segundo grupo, se mostraron más reticentes, pero también las modificaron en parte; pero los estudiantes del primer grupo, que ya habían escrito de forma pública sus estimaciones iniciales, apenas alteraron sus opiniones a pesar de la nueva información recibida. «Su compromiso público les había convertido en los más obstinados».

Según CIALDINI, la empresa americana de venta directa «*The Amway Corporation*» se sirve de ese «poder mágico de escribir las cosas». A sus vendedores les pide que pongan por escrito su objetivo personal de crecimiento de ventas, para así acrecentar su efecto motivador; y para disminuir la eficacia de las normas que otorgan a los consumidores cierto plazo para desistir unilateralmente de los contratos que firman (*cooling off period*), recomiendan a sus vendedores que intenten que sean los pro-

pios clientes quienes escriban la orden de compra, para que su deseo de consistencia les haga más difícil «echarse atrás» de su decisión²⁷.

Por eso, las «predisposiciones doctrinales» pueden tener, en la práctica, mucha más relevancia de la que le atribuyen las Directrices de la IBA y los autores citados. A nuestro juicio, la circunstancia descrita en el apartado 4.1.1 debiera eliminarse, y la del 3.5.2 reformularse, de forma que abarque «la manifestación previa de opiniones doctrinales firmes sobre cuestiones que puedan tener influencia significativa sobre el resultado del laudo», sin limitarse a aquellas que hagan referencia expresa a la disputa concreta.

¿Cómo aplicar en la práctica, sin caer en excesos, ese nuevo criterio, más riguroso que el que actualmente consagran las Directrices de la IBA?

La cuestión guarda relación con la interminable polémica entre los partidarios de que sean las Cortes las que designen a todos los miembros de un Tribunal arbitral –cuyos conocidos valedores son Jan PAULSSON, Albert Jan VAN DEN BERG y Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO– y quienes, muchos más, defienden las ventajas del sistema de que cada parte pueda normalmente designar a uno de los árbitros del Tribunal.

No es éste el lugar para resumir –y, aun menos, intentar dirimir– ese debate, cuyo último episodio ha sido la crítica de

²⁷ Uno de los autores, Manuel CONTHE, vivió una experiencia parecida en el Banco Mundial, poco después de su llegada como Vicepresidente Financiero, cuando los responsables de la Vicepresidencia de Recursos Humanos, siguiendo las instrucciones del Presidente, James Wolfensohn, le pidieron que firmara un documento o «contrato» por el que se comprometía personalmente a cumplir los objetivos de diversidad que el Banco Mundial tenía establecidos, con carácter vinculante, en sus políticas de reclutamiento. Como jurista y *law-abiding citizen*, al interesado le sorprendió que se le pidiera un compromiso escrito sobre la aplicación de un criterio que era obligatorio para todos los gestores del Banco. Pero firmó el documento de buen grado, en la convicción de que la dirección del Banco se había inspirado en CIALDINI o acaso en los militares chinos.

CHARLES N. BROWER y CHARLES B. ROSENBERG a la tesis de que los «árbitros designados por las partes» (*party-appointed arbitrators*) no son fiables²⁸. Pero en esa crítica BROWER y ROSENBERG hacen una constatación a nuestro juicio muy relevante en materia de predisposiciones doctrinales:

«Hay una diferencia crítica entre, de una parte, el «árbitro-abogado» que «me ayudará a ganar el caso» y PAULSON tanto teme; y, de otra, el árbitro que es designado por una parte porque ésta percibe, sobre la base del historial previo judicial o profesional del árbitro, que es probable que comparta su punto de vista sobre el caso. Mientras que lo primero es inaceptable, lo segundo es admisible y, en la práctica, se hace de forma habitual. Las partes y sus abogados suelen gastar mucho tiempo y recursos analizando a los potenciales árbitros, intentando predecir cómo podrán decidir cuestiones concretas y la disputa en su conjunto. Esa *due diligence* incluye: (i) analizar laudos (y opiniones disidentes) que el árbitro potencial haya escrito o suscrito; (ii) analizar anteriores artículos profesionales y académicos del árbitro potencial; y (iii), asunto más polémico, entrevistar al potencial árbitro».

La afirmación de Brower y Rosenberg refleja bien la realidad cotidiana en el pro-

ceso de selección de árbitros y, traducida a la terminología de este artículo, puede formularse diciendo que es una práctica generalmente admitida que las partes designen árbitros con «predisposiciones doctrinales» favorables a sus tesis. Por eso, pretender que las predisposiciones doctrinales de los árbitros designados por las partes sean causa de recusación iría en contra de una práctica bien asentada y perturbaría gravemente el proceso de formación de Tribunales arbitrales. Además, en la medida en que ambas partes tengan la posibilidad de elegir árbitros con predisposiciones favorables a sus tesis, esa práctica no alterará el equilibrio en el seno del Tribunal ni pre-determinará el sentido del laudo.

Ahora bien, la cuestión es distinta en lo que atañe a un árbitro único o al presidente de un Tribunal colegiado, porque sus predisposiciones doctrinales podrán tener una influencia decisiva en el laudo²⁹. Por eso, a nuestro juicio, en materia de predisposiciones doctrinales tiene sentido aplicar un estándar de imparcialidad mucho más riguroso al árbitro único o presidente del Tribunal que a los árbitros de parte: si hay cuestiones teóricas o doctrinales que pueden tener influencia significativa sobre el resultado de un arbitraje, ambas partes tienen derecho a que el «partido» empiece con un marcador igualado (0-0 o, más probablemente, 1-1); y deben poder recusar al presidente si pueden acreditar con argumentos objeti-

²⁸ BROWER, Charles N. y ROSENBERG, Charles B. «*The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*», en *Arbitration International, LCIA*, Volume 29 Number 1, 2013, pp. 7- 44.

²⁹ La cuestión no es teórica. Uno de los autores, MANUEL CONTHE, tiene evidencia directa de dos arbitrajes comerciales distintos, celebrados en España ante la misma Corte, que entrañaban una cuestión doctrinal idéntica (se trataba de si la eventual nulidad, por infracción de las normas de la Unión Europea sobre competencia, de un acuerdo vertical de distribución de carburantes constituía o no una cuestión prejudicial que debía dirimirse con carácter previo ante los Tribunales ordinarios y, en consecuencia, llevar a la suspensión de una demanda civil de arbitraje por incumplimiento del acuerdo de distribución). El resultado de los laudos fue diametralmente opuesto, lo que obedeció a la distinta postura de los presidentes de cada Tribunal sobre esa cuestión teórica.

vos que su confirmación llevaría a un marcador inicial 2-1 en su contra.

Así pues, en cuestiones doctrinales una aspiración razonable y realista deber ser asegurar la absoluta imparcialidad y ausencia de predisposiciones doctrinales del Tribunal en su conjunto, aunque no la tengan necesariamente todos sus miembros.

El criterio que aquí proponemos no inhibiría por completo la capacidad de los aspirantes a árbitro de manifestar opiniones académicas sobre cuestiones doctrinales controvertidas, porque no les impediría ser designados por las partes. Quienes aspiren a presidir Tribunales debieran, por el contrario, abstenerse de tomar posición sobre asuntos controvertidos, para no ser recusados en disputas en las que tales cuestiones puedan tener gran relevancia. En la práctica es algo que ya ocurre, como puede constatar cualquiera que asista a conferencias o seminarios sobre arbitraje y observe la llamativa reticencia de muchos árbitros a formular opiniones, e incluso tomar el micrófono, durante debates sobre cuestiones candentes.

Es un precio que la comunidad arbitral debe pagar para asegurar la plena imparcialidad de los Tribunales arbitrales.

6. CONCLUSIONES

- Las Directrices sobre Conflictos de Interés de la IBA no precisarán probablemente una revisión drástica, pues las aprobadas en 2004 están bien concebidas y, en general, mantienen un sabio equilibrio entre el carácter general y abstracto inherente a los principios con la tendencia prescriptiva típica de las reglas aplicables a supuestos concretos.

No obstante, una directriz que acaso sería preciso endurecer ligeramente sería la relativa a la manifestación por el árbitro único o presidente del Tribunal de opiniones doctrinales que puedan tener influencia significativa en el resultado de la disputa.

- Más importante que el eventual refinamiento de las Directrices de la IBA será que se apliquen con rigor, conjugando el espíritu vivificador de los principios que las inspiran con las circunstancias concretas de los casos en que hayan de aplicarse.
- Algunos de los potenciales sesgos aquí descritos –sobre todo los relacionados con la reciprocidad y los incentivos económicos– son menos probables en árbitros prestigiosos, que reciben nombramientos frecuentes de una multiplicidad de partes y despachos.

Como en otras muchas profesiones –entre otras, la auditoría–, el prestigio de un árbitro reforzará su independencia e imparcialidad.

- Los árbitros tenemos una capacidad limitada para «auto-regularnos» (*self-policing*), percibir con nitidez los conflictos de interés que nos afectan a nosotros o a nuestros colegas, y aplicar con rigor las Directrices y reglas precisas para evitarlos.

Por eso, como afirman FERNANDO MANTILLA-SERRANO y PHILIPPE PINSOLLE, dado el carácter preventivo de la obligación de revelación, «los árbitros deben, ante la duda, ser exhaustivos en su declaración de independencia»³⁰.

³⁰ MANTILLA-SERRANO, Fernando y PINSOLLE, Philippe. «La independencia del árbitro y su obligación de revelación», *Op. cit.* p. 890.

Cuando son los propios miembros de un Tribunal quienes tienen que decidir sobre los conflictos de interés de sus colegas –como en el CIADI– abusan a menudo del argumento de que la recusación es «especulativa» y no ha quedado demostrada.

A nuestro juicio, cuando está en juego algo tan decisivo como la imparcialidad del árbitro y hay indicios objetivos de un potencial conflicto de interés, no debe aplicarse el permisivo estándar de la «presunción de inocencia» (es decir, de imparcialidad) inspirada en el Derecho Penal, sino el mucho más exigente del «principio de precaución» (*«precautionary principle»*) del Derecho medioambiental: una mera sospecha razonable, basada en indicios objetivos, debe bastar para justificar la inhibición o recusación.

Tales decisiones sobre conflictos de interés y recusaciones deben ser adoptadas por las Cortes arbitrales, no por los propios árbitros ni por sus colegas del Tribunal arbitral.

Los árbitros y las Cortes debemos ser los primeros interesados en que los Tribunales ordinarios –o, en el CIADI, al menos un comité «ad hoc»– analicen con espíritu crítico los potenciales conflictos de interés que los árbitros o las Cortes hubiéramos podido pasar por alto.

Esa posibilidad de anulación del laudo por un tercero tendrá un saludable efecto disciplinante que contribuirá a que árbitros y Cortes apliquemos con rigor las reglas sobre conflictos de interés y deber de revelación.

- Los árbitros no procedemos de Marte: somos seres humanos que habitamos la Tierra. Esa naturaleza humana y social nos ayudará a cohonestar el rigor jurídico con el sentido común terrícola. Pero nos privará también de la imperturbable racionalidad de un árbitro marciano que sólo «bajara a la Tierra para arbitrar y regresara de inmediato a su retiro marciano». No somos de Marte ni para lo bueno ni para lo malo.


Por eso, si jugamos al póquer o vamos a cazar patos con alguien relacionado con una disputa, permitamos al menos que sean otros quienes decidan si nuestros potenciales conflictos de interés son reales o inventados, porque nuestra «limitada sensibilidad ética» (*«bounded ethicality»*) puede hacernos incapaces de percibirlos.

En materia de conflictos de interés y deber de revelación sigamos, en suma, la elegante regla de hidalguía que, aprendida de Don Quijote, nos recuerda Sancho: «En las cortesías, antes se ha de perder por carta de más que por carta de menos»³¹.

³¹ CERVANTES, Miguel de. «*Don Quijote de la Mancha*», 2ª parte, capítulo XXXIII.

CONTENIDO ÉTICO DEL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO Y CONSECUENCIAS DE SU TRASGRESIÓN

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (*)

SUMARIO: 1. Obligaciones éticas del árbitro. 2. Revelación de los conflictos de interés. 2.1. Conflictos de interés y arbitraje. 2.2. Deber de revelación. 2.3. Alcance e inflexiones. 2.4. Precisión temporal. 3. Resultado de la declaración. 3.1. Contenido. 3.2. Tipología. 4. Consecuencias de la infracción del deber de declaración. 4.1. Recusación del árbitro. 4.2. Anulación del laudo. 4.3. Responsabilidad del árbitro. 5. Consideraciones finales. 

1. OBLIGACIONES ÉTICAS DEL ÁRBITRO

La función esencial de un árbitro consiste en proporcionar el diálogo entre las partes facilitando el acuerdo, tanto individualizando los puntos litigiosos como alcanzando a una respuesta justa para éstos. En un buen árbitro deben estar muy presentes dos preocupaciones esenciales: de un lado, desempeñar con profesionalidad su oficio, dejando bien sentado su compromiso ético con la institución arbitral, su capacidad y su integridad, al margen de otras consideraciones como conseguir ser designado continuamente como árbitro¹; de

otro lado, el entendimiento de que su decisión no sólo afecta directamente a las partes, sino a los operadores directos de las transacciones transfronterizas y, cada vez más, a una comunidad más amplia que puede verse directamente afectada por el resultado de un proceso arbitral (v.gr., por las implicaciones de las denominadas arbitral *class actions*²). Los árbitros deben ser conscientes de la responsabilidad de sus funciones y que sus actuaciones deben orientarse hacia un óptimo equilibrio entre equidad y eficiencia con la finalidad última de alcanzar un laudo razonablemente ajustado a la realidad³ con los menores costes posibles.

(*) Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado de *Institute de Droit International*. Presidente del Centro Español de Resolución de Conflictos (CERCO). Doctor *honoris causae* por la Universidad de Córdoba (Argentina) y Profesor Honorario de la Universidad Peruana de Ciencias aplicadas. Ex Presidente del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Académico correspondiente de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia. Árbitro ante la CCI, el CIADI, la CIMA, la Corte Española de Arbitraje y en arbitrajes *ad hoc*. Miembro a propuesta del Reino de España del panel de árbitros del CIADI (1997) renovado en 2004 y en 2010.

¹ Cf. PAULSSON, J. «Ethics, Elitism, Eligibility», *J. Int'l Arb.*, 1997, p. 13.

² WESTON, M.A. «Universes Colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Actions», *William and Mary L. Rev.*, vol. 47, Nº 5, 2006, pp. 1711-1779; STRONG, S.I. «Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T, and a Return to First Principles», *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 17, 2012, pp. 201-271.

³ PARK, W.W. «Arbitrators and Accuracy», *J. Int'l Disp. Sett.*, vol. I, Nº 1, 2010, pp. 25-53.

Las obligaciones éticas de un árbitro comienzan a regir a partir del momento en que acepta el nombramiento y subsisten durante todas las etapas del procedimiento arbitral⁴. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación del operador jurídico⁵, adquieren especial importancia tratándose del ejercicio de la actividad arbitral⁶. No es casual que las asociaciones profesionales vinculadas con el arbitraje asuman una especial preocupación por establecer un catálogo de principios éticos que sirva de guía a la acción del árbitro⁷.

Dicha preocupación persigue un objetivo esencial cual es la defensa de los eventuales usuarios del arbitraje. Piénsese en una entidad que ha confiado su controversia al juicio de árbitros y que, tras varios años de litigios y de un importante desembolso económico, logra un laudo favorable a sus intereses; si con posterioridad la parte perdedo-

ra interpone una acción anulación y después de otro largo proceso, el juez declara la nulidad de dicho laudo porque se ha acreditado que uno de los árbitros faltó a sus deberes de independencia o imparcialidad o no declaró en su día un eventual conflicto de intereses que permitiera a las partes ejercer su derecho a recusarle, la demandante tendrá, cuanto menos, una opinión muy negativa de las supuestas bondades del arbitraje⁸.

Es una situación difícilmente aceptable que debe ser cabalmente corregida pues la posibilidad de eventuales acciones de responsabilidad civil no es suficiente para paliar el perjuicio sufrido. Y ello porque pese a la gran atención que se dispensa a las cuestiones derivadas de los conflictos de intereses y al grado en que un árbitro debe revelar el pasado y el presente de dichos conflictos, las consecuencias de las omisiones o de las declaraciones incompletas o falsas siguen sin estar suficientemente claras⁹. Precisamente para protegerse

- ⁴ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. «Ética del árbitro», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, Nº 1, 2011, pp. 31-74.
- ⁵ Vid. KENNEDY, D. «The Responsibility of the Lawyers for the Justice of Their Causes», *Texas Tech. L. Rev.*, vol. 18, 1986, pp. 1157-1163; ZITRIN, R.A., LANGFORD, C. M y TARR, N.W. *Legal Ethic and the Practic of Law*, 3ª ed., Newmark, NJ, Lexisnexis, 2007. En relación con los abogados corporativos tras la crisis financiera: GUNZ, S. y GUNZ, H. «Ethical Decision Making anthe Employed Lawyer», *J. Buss. Ethics*, vol. 8, 2008, pp. 927-944; desde la perspectiva del abogado transnacional: FLOOD, John A. «Transnational Lawyering: Clients, Ethics and Regulation», en *Lawyers in Practice: Ethical Decision Making in Context* (L. Mather y Leslie Levin, eds.), University of Chicago Press, 2012.
- ⁶ ANDRIGHI, F.N. «A ética como pilar de segurança da arbitragem», *Revista de Doutrina e Jurisprudência* (Brasilia), Nº 53, 1997, pp. 24-26; FERREIRA LEMES, S.M. *Princípios da independéncia e da imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001; GABRIEL, H. y RAYMOND, A.H. «Ethic for Commercial Arbitrators: Basic Principles and Emerging Standards», *Wyoming L. Rev.*, vol. 5, Nº 2, 2005, pp. 453-470; MULLERAT BALMAÑA, M. «Ethical Rules for Arbitrators», *Anuario de Justicia Alternativa*, Nº 6, 2005, pp. 77-117; ROGERS, C.A. «The Ethic of International Arbitrators», *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (L.W. Newman y R.D. Hill, eds.), 2ª ed., Juris Publishing, 2008 (Chap. 28); MITCHARD, P. «Ethics in European Arbitration», *The European Cour Middle Eastern Arbitration Review*, 2009. <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/509/ethics-european-arbitration/>. Vid., asimismo la crónica del coloquio organizado por FRANCARBI, «L'éthique dans l'arbitrage» – Colloque international du 9 décembre 2011". <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1522/rapport-colloque-ethique-arbitrage.pdf>.
- ⁷ CREMADES, B.M. «Nuevo Código ético para los árbitros internacionales», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IV, 1987, pp. 9-14.
- ⁸ En el asunto *Tecnimont*, sobre el que volveremos a lo largo de este estudio, el dilema era tirar a la basura un laudo de 400 páginas cuidadosamente redactada tras de años de esfuerzos y millones de dólares en gastos legales, o admitir que un árbitro puede al mismo tiempo ser y miembro de un bufete de abogados que presta asistencia jurídica a una de las partes. MOURRE, A. «Conflicts of Interest: Towards Greater Transparency and Uniform Standards of Disclosure?», *Kluwer Arbitration Blog*, 19 de mayo de 2009. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/05/19/conflicts-of-interest-towards-greater-transparency-and-uniform-standards-of-disclosure/>.
- ⁹ LARSON, D.A. «Conflicts of Interest and Disclosures: Are We Making a Mountain Out of a Molehill?», *South Texas L. Rev.*, vol. 49, Nº 4, 2008.

de estas situaciones escandalosas ciertos grupos empresariales propugnan la inserción en los contratos de una cláusula de mediación con carácter previo a la de arbitraje.

Existen numerosas obligaciones para el árbitro que hunden sus raíces en el entorno ético que envuelve al arbitraje¹⁰ y que no coinciden necesariamente con las inherentes a la función judicial; puede afirmarse en tal sentido que en algunos sistemas, como el español, se ha producido un importante desplazamiento de una consideración asimilacionista hacia un tratamiento separado¹¹, lo que no acontece en otros, como el inglés¹². Otras obligaciones derivan de una eventual exigencia de especialización (*v.gr.*, ser experto en telecomunicaciones¹³) o de determinadas cualidades específicas requeridas puntualmente por las partes (*v.gr.*, el conocimiento de un determinado idioma).

Dentro de las primeras las más importantes son las que se refieren a la competencia, a una diligencia razonable, evitando retrasos y gastos innecesarios¹⁴, y al deber de confidencialidad¹⁵. Del mismo modo, el árbitro designado, se compromete a ser neutral, a estar disponible y, al mismo tiempo, a ejercer diligentemente su función. Lo primero implica imparcialidad e independencia, esto es una idoneidad subjetiva y una imparcialidad objetiva: se produce parcialidad cuando un árbitro favorece a una de las partes, o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia; la dependencia surge de la relación entre el árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella¹⁶. Lo segundo comporta que los árbitros deben dedicar el tiempo y la atención que las partes pueden exigir razonablemente, de acuerdo con las circunstancias del

¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, pp. 413-449.

¹¹ Como pusiera de relieve la SAP Madrid 14ª 28 de julio de 2005 «... las exigencias del derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley no pueden imponerse exacta y milimétricamente a los árbitros y las instituciones arbitrales; en el derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley existen una serie de connotaciones derivadas de los límites del poder político y del mantenimiento de las garantías esenciales del ciudadano, que no concurren en los sucedáneos de la Justicia pública. No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto» (*Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013, Nº 422). En esta línea, la SAP Madrid 12ª 30 de junio de 2011 insiste en que: «La actual Ley de Arbitraje [2003] ha abandonado la remisión a las normas sobre recusación de jueces y magistrados, habiendo optado en su artículo 17.3º –que prácticamente se reproduce en el art. 15.4º del Reglamento de la Corte Arbitral (...)–, por establecer una norma genérica, en el sentido de considerar como causa de recusación, y consiguiente abstención, aquellas circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia» (*Ibid.* Nº 443).

¹² *R v. Gough* [1993] AC 646, 669 – 670.

¹³ Al margen del polémico asunto *Radio Centro* en la jurisprudencia mexicana, la jurisprudencia española registra algunos precedentes en la materia: «Aunque la entonces demandada reconvenicional propusiera un árbitro con conocimientos en materia de vinos, la cualificación del árbitro designado no fue convenida por las partes ni fue fruto de un acuerdo entre ellas, por lo que el mencionado artículo 17.3º no era de aplicación, como no lo es el artículo 41.1º.d), lo que justificaba que, en efecto, por esa sola razón no hubiera ninguna recusación que formular y que, en consecuencia, no quepa hacerlo ahora (art. 18.3º LA)» (SAP Barcelona 15ª 13 marzo 2008, *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 462).

¹⁴ Art. 10.2º Regl. LCIA.

¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, Nº 2, 2009, pp. 335-378.

¹⁶ La SAP Madrid 12ª 30 de junio de 2011 ha manifestado al respecto que: «La independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes. La imparcialidad supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral (*Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 443).

caso, orientando sus esfuerzos a dirigir el arbitraje de un modo tal que los costos no se eleven a una proporción irracional con respecto a los intereses en litigio; y también denota que han de conducirse de manera ecuánime con todas las partes, no dejándose influenciar por presiones externas, por la opinión pública o por el temor a la crítica, ni por intereses personales.

Resulta un contrasentido que algunos Reglamentos de arbitraje, reconocidos en la práctica internacional, hayan descuidado por mucho tiempo la atención que merecen a los extremos indicados y se hayan limitado a insistir en la necesaria independencia del árbitro relegando los postulados de imparcialidad y de disponibilidad para los códigos éticos, de contenido mucho menos efectivo. Por eso deben celebrarse iniciativas como la adoptada por el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012 que determina, frente a la anterior redacción del art. 7 que sólo hacía referencia únicamente a la «independencia», que todo árbitro «debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje» (artículo 11.1º)¹⁷.

El proceso arbitral precisa un clima de neutralidad e imparcialidad para que las

partes puedan desplegar su actividad con plena libertad y confianza en la defensa de sus posiciones; pero tales elementos únicamente pueden lograrse si se han despejado todas las dudas en torno a la integridad de los árbitros¹⁸. La confianza en los árbitros se incrementa desde el momento en que se considere algo normal el respeto por éstos de ciertas normas de ética profesional. Una actuación arbitral que ha asumido plenamente y sin reservas un código ético se alza como elemento esencial en tres distintas direcciones: el propio prestigio profesional de los árbitros, el del centro administrador que eventualmente haya intervenido en su designación o que administre el arbitraje¹⁹ y, en definitiva, del porvenir de la propia institución arbitral en un determinado país que pretende convertirse en una sede eficiente para el arbitraje internacional²⁰.

De ahí la conveniencia de que dichos códigos, redactados como una suerte de catecismo²¹, no minimicen el contenido de los estándares comparativos para los árbitros que se desprenden de instrumentos contrastados en la práctica arbitral. Es el caso del *AAA-ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*²², o de las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest*

¹⁷ Es de justicia señalar que el artículo 14.1º Regl. de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo («SCC Rules») de 2010 prevé expresamente que los árbitros «*must be impartial and independent*» lo que da derecho a las partes a recusar a cualquier árbitro si «*circumstances exist which give to justifiable doubts as to the arbitrator's independence or impartiality*» (artículo 15.1º). La práctica de esta Corte en la materia es muy abundante. Vid. LINDSTRÖM, N., «Challenges to Arbitrators—Decisions by the SCC Board during 2008-2010. ([http://www.skiljedomsforenin.gen.se/\\$2/file/challenges-to-arbitrators-decisions-by-the-scc-board-during-20081.pdf](http://www.skiljedomsforenin.gen.se/$2/file/challenges-to-arbitrators-decisions-by-the-scc-board-during-20081.pdf)) y MUTIS TELLEZ, F. «Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions on Challenges to arbitrators (2010-2012)» (http://www.sccinstitute.com/?id=23696&new_sid=44888).

¹⁸ Resulta obligado referirse al estudio pionero en la materia de LALIVE, P. «On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration», *Recueil de Travaux Suisses sur l'Arbitrage international*, Zurich 1984, pp. 23 y ss.

¹⁹ Se reclama de las instituciones arbitrales mayor imaginación para abrir el círculo de los elegidos, rechazar las propuestas que estimen inadecuadas y mostrar mayor transparencia en el nombramiento de los árbitros. Estas acciones sin duda redundarán en la consecución de una mayor independencia de los árbitros. Cf. TERCIER, P. «La légitimité de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2011, N° 3, pp. 653-667.

²⁰ SHEPPARD, B. «A New Era of Arbitrator Ethics in the United States», *Arb Int'l*, vol. 21, 2005, pp. 21 ss.

²¹ SÁNCHEZ CALERO, J. «La abstención y recusación del árbitro», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, N° 2, 2012, pp. 335-355, esp. p. 339

²² MEYERSON, B. y TOWNSEND, J.M. «The Revised Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes Brings the 1977 Code More in Line with Modern Practice», *Disp. Res. J.*, febrero-abril, 2004, pp. 10-17.

*in International Arbitration*²³ entendidas como un compendio de las opiniones de los profesionales internacionales que, con su descripción coloreada de las zonas en las que pueden actuar los árbitros, llegan en ocasiones a generar ciertos problemas de daltonismo²⁴.

Indudablemente estos instrumentos gozan de una aceptación indiscutida en los círculos arbitrales²⁵, han sido debatidos en los círculos arbitrales nacionales²⁶ e, incluso, son aceptados por los tribunales estatales cuando deben enfrentarse a cuestiones relacionadas con el arbitraje²⁷, aunque

dicha aceptación no puede generalizarse, siendo preciso las más de las veces acudir en esta materia a la doctrina emanada de los tribunales de cada sistema estatal, lo que registra ciertas dosis de particularismo. Baste dejar constancia que la jurisprudencia española ha dado muestras de escasa receptividad hasta la fecha de estas reglas²⁸.

Una cosa es presumir la honorabilidad, disponibilidad, imparcialidad, preparación e independencia en la actuación de un árbitro y otra cosa suponer apriorísticamente (cubriendo a los árbitros de una coraza pro-

²³ TRAZEGNIES GRANDA, F. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje», *Lima Arbitration*, Nº 1, 2006, pp. 163-184, esp. pp. 169 y ss.

²⁴ MULLERAT OBE, R. «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, which Needs a Slight Daltonism Treatment», *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº 14, 2012, pp. 61-99.

²⁵ Vid. un amplio estudio comparativo en *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. The First Five Years 2004-2009*. La aceptación generalizada de estas directrices no empece que sean objeto de ciertas reticencias tanto desde fuera de los círculos arbitrales como en su interior. Se ha dicho de ellas que han tenido la virtud de introducir «*a Protestant' view of bringing common sense to the 'orthodox hypocrisy' of being more papa than the Pope*» (cf. KURKELA, M.S. *Due Process in International Commercial Arbitration*, NY, Oceana, 2005, p. 163).

²⁶ V.gr., HOFFMANN, A.K. «Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: the Standard Applicable under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interests and the German Approach», *Arb. Int'l*, vol. 21, Nº 3, 2005, pp.427-436; ROVINE, A.W. y CHINN, C.K. «The International Arbitrator's Duty to Investigate Conflicts: the United States Approach», *Transnational Dispute Management*, 4, 2008. HOBÉR, K. *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 133 y ss y 165 y ss.

²⁷ Es habitual citar, a este respecto, un *obiter dicta* de una decisión del Tribunal Supremo suizo, de 20 de marzo de 2008, 4A_506/2007: «*Ces lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux*»; en Bélgica destaca la Sentencia de la Cour d'appel de Bruselas de 29 de octubre de 2007, caso Nº R.G. 2007/AR/70: *République de Pologne / Eureko BV et al.*, *ASA Bull.*, vol. 26, 2008, p. 565; en Inglaterra, el asunto *ASM Shipping Ltd of India v. TTMI Ltd of England* ([2005] EWHC 2238 (Comm) (19 de octubre de 2005); en los Países Bajos la decisión de la *District Court* de La Haya No. 13/2004, Petition No. HA/RK/2004.667 (18 de octubre de 2004), *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, *ASA Bull.*, vol. 23, 2005, pp 186 ss; en Suecia *Svea Court of Appeals*, Case no. T 6875-04 (5 de mayo de 2006), *Anders Jilkén v. Ericsson AB*, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn80980>; y, por solo citar un ejemplo más, en EE UU, *Applied Industrial Materials Corp v. Ovalar Makine Ve Ticaret Sanayi*, Case No 05 CV 10540 (RPP), F.Supp.2d, 2006 WL 1816383, S.D.N.Y., (28 de junio de 2006) y *Applied Industrial Materials Corp v. Ovalar Makine Ve Ticaret Sanayi*, 492 F.3d 132, C.A.2 (N.Y.) (9 de julio de 2007).

²⁸ De acuerdo con la SAP Madrid 12ª 30 de junio de 2011 «Con respecto a las directrices de la IBA, a las que aluden ambas partes, y que, tal y como se desprende de su introducción [...], básicamente tienden a catalogar las circunstancias que los árbitros han de poner de manifiesto a las partes, entiende esta Sala que no procede su aplicación, ya que no se trata de normas de Derecho positivo, y al catalogar, con el referido objetivo, dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, y para resolver cuestiones de rango constitucional, a normas emitidas por una Asociación, y que por otro lado despliega su cometido en arbitrajes internacionales, de tal manera que podría ser visto que la cuestión ha quedado resuelta sobre la base de normas que no integran nuestro Ordenamiento Jurídico, máxime cuando existe doctrina del TC, aparte obviamente de la normativa de la Ley de Arbitraje y del Reglamento de la Corte, que permiten solucionar adecuadamente la recusación planteada» (*Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 418).

tectora) que dichos principios puedan vulnerarse en el desarrollo de un procedimiento arbitral. Por eso es indispensable disponer de un sistema eficaz para ejercer el control del respeto a la ética arbitral y corregir muchas disfunciones que ofrece la reciente práctica arbitral. Dicha actitud en defensa de la necesaria seguridad jurídica de las partes, lejos de poner en duda el importante papel que juega el arbitraje en la sociedad contemporánea, fortalece su viabilidad y reafirma su futuro.

2. REVELACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

2.1. Conflictos de interés y arbitraje

Los «conflictos de intereses» en el arbitraje surgen de las situaciones en las que un árbitro tiene un interés personal que influye o puede influir potencialmente en el desempeño imparcial y objetivo de la misión que se le confía²⁹. Semejante conflicto deriva de un hecho o de una circunstancia en las que la persona que está en la posición de decidir un caso tiene un interés material derivado de una relación con la parte que la ha propuesto, que cuestiona su independencia, o puede surgir en virtud de su comportamiento parcial en función de la naturaleza y la gravedad percibida de su conducta en el arbitraje³⁰.

Con el aumento del uso del arbitraje el riesgo de un conflicto de intereses por parte de los árbitros se ha multiplicado hasta el

punto de condicionar en muchos casos la política de determinadas firmas de abogados. Este riesgo se puede mitigar de manera significativa por el uso de la debida diligencia y exhaustiva investigación, verificación de antecedentes y el análisis de las eventuales las conexiones entre un árbitro y una de las partes o abogados en el arbitraje. La referida indagación puede contribuir de manera eficaz a eliminar las conexiones o los conflictos ocultos que podrían alterar el necesario equilibrio del procedimiento arbitral o incrementar la apariencia de parcialidad de los árbitros designados. Ello ha dado lugar a un capítulo importante dedicado al estudio de los procedimientos de investigación que conciernen a las partes, a los abogados de las partes y a los propios árbitros en este sector³¹, que se caracteriza por su gran casuismo³². En este estudio prescindiremos de su consideración.

Por último no pueden descartarse acciones de evidente mala fe procedentes de una de las partes con el objeto de crear ciertos vínculos con el árbitro y aprovecharse de ellos para proceder en su día a una acción de anulación si el resultado no satisface sus expectativas.

La contingencia de este tipo de conflictos se acrecienta una situación real, por mucho que se haya progresado a través de centros de formación y del establecimiento de competiciones entre jóvenes aspirantes, cual es la existencia de un círculo no especialmente amplio de especialistas en arbi-

²⁹ COHEN, D. «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts», *Rev. arb.*, 2011, N° 3, pp. 611-652.

³⁰ Acerca de la importancia de las acusaciones de parcialidad de un árbitro al amparo de la antigua *Arbitration Act* de 1950, *vid.*, en la jurisprudencia inglesa, el asunto *Tracomín SA v. Gibbs Nathaniel (Canada) LTD and another*, [1985] 1 Lloyd's Rep 586.

³¹ MANTILLA SERRANO, F. y PINSOLLE, P. «La independencia del árbitro y su obligación de revelación», *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, pp. 879-908, esp. pp. 890-893.

³² Y también las posibilidades de utilizar los recursos de una empresa de investigación independiente, externa y especializada en investigaciones de antecedentes, que tenga acceso a una gran cantidad de bases de datos y cuente con un personal especializado.

traje comercial internacional que están en condiciones de ser árbitros. Ello ha multiplicado, de un lado, la inclinación de los abogados de las partes a nombrar a un determinado árbitro³³ o la incitación a seleccionarlo dentro reducidos lobbies; y, de otro lado, la profesionalización de muchos árbitros, algunos de los cuales abandonan las grandes firmas para prestar sus servicios en las denominadas en *boutiques* de arbitraje. Situaciones como las expresadas conducen a que el deber de independencia cada vez sea más cuestionado y a que las recusaciones se hayan multiplicado estén a lo orden del día. El resultado apunta a una difícil dialéctica entre las oportunidades de ampliar el círculo de los árbitros, o de rotar los nombramientos, y la necesidad de elegir como árbitros, sobre todo en litigios de gran complejidad, a personas que cuentan con una acreditada experiencia y, por qué no decirlo, de una infraestructura adecuada. Además, la circunstancia de que los árbitros y los abogados acostumbren a desempeñar sus funciones en este reducido círculo, perteneciendo muchas veces a una asociación gremial o profesional³⁴, no deja de producir susceptibilidades en la parte que ha perdido el asunto y la tentación de utili-

zar este argumento para intentar la anulación del laudo arbitral³⁵. De ahí que exista una tendencia por parte de estas entidades a considerar en sus códigos éticos que la pertenencia de un operador jurídico a ellas es una circunstancia que no precisa ni siquiera ser revelada a las partes caso de ser nombrado árbitro o que está dentro de la denominada «lista verde».

2.2. Deber de revelación

Habida cuenta la naturaleza corporativa del arbitraje y de la existencia cada vez más frecuente de «conflictos de intereses» entre los árbitros y las partes (y su entorno de defensa jurídica), tanto los sistemas estatales como corporativos de arbitraje han adoptado normas para impedir que los vínculos económicos, profesionales o de cualquier otro tipo que posean los árbitros afecten a la independencia del tribunal arbitral. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado el deber de revelar la existencia de conflicto de intereses³⁶. Dicho deber es ampliamente reconocido a través de diferentes culturas jurídicas³⁷ y las legis-

³³ HASCHER, D. «Comparison between the Independence of State Justice and the Independence of Arbitration», *JCC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 2007: independence of arbitrators*, pp. 81-82.

³⁴ V.gr. vinculada al Derecho marítimo. Vid. Meade, J.P. «Disclosure Requirements Imposed on Arbitrators in Maritime Arbitrations under United States Law», *Lloyd's Maritime and Commercial I.Q.*, 1975, pp. 399-411.

³⁵ La jurisprudencia española considera restrictivamente esta posibilidad: «El hecho de ser asociado de la Corte, en principio, no implica nada más que pasar a formar parte de una lista de árbitros elegibles para resolver eventuales controversias...» (SAP Madrid 9ª 13 de junio de 2007, *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 425). «De la relación de amistad y de pertenencia a la Junta Directiva de una asociación de dos de los árbitros y del letrado de una de las partes no puede inferirse de forma inequívoca que la imparcialidad que debe presidir la actuación del tribunal arbitral se haya visto quebrantada sobre todo teniendo en cuenta que no se sustentan en datos objetivos en relación a las partes ni en relaciones de parentesco con los letrados...» (SAP Madrid 25ª 15 de febrero de 2008, *ibíd.*, Nº 426 y nota de S. Álvarez González, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, Nº 1, 2009, pp. 273-276). «(S)o pena de llegar al absurdo de entender, que la pertenencia al Cuerpo de Abogados del Estado produce vínculos tan fuertes con las instituciones y organismos del último, que sus miembros, aunque se encuentren en situación administrativa de excedencia voluntaria, incluso cuando hayan perdido la condición por renuncia u otra causa, quedan rodeados de un halo de parcialidad que les impide ser árbitros de contiendas en que participen entidades o empresas de titularidad pública (SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008, *ibíd.*, Nº 432).

³⁶ SHORE, L. «Disclosure and Impartiality: An Arbitrator's Responsibility vis-a-vis Legal Standards», *Disp. Res. J.*, 2002. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200202/ai_n9069935/.

³⁷ CARTER, J.H. «Recent Developments in Arbitration Disclosure Law and Practice in Contemporary Issues», *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers: 2007* (A. Rovine, ed.), Nijhoff, 2008, pp 201 ss.

laciones³⁸ y los reglamentos de arbitraje, con carácter más riguroso por lo general, establecen a este efecto el principio según el cual el árbitro debe revelar inmediatamente cualquier circunstancia que pueda dar lugar a una duda razonable acerca de su imparcialidad o independencia³⁹. El texto exacto puede variar, pero el principio general es de universal aceptación: cada parte en un arbitraje tiene derecho a esperar que se puede tener plena confianza en un árbitro.

La pauta ha sido trazada por el art. 12.1º LMU: «La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas»⁴⁰. Consecuentemente no resultan de recibo simples dudas acerca de su imparcialidad o independencia; por el contrario, éstas deben ser objetivamente

justificadas o, dicho en otros términos, apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar que el árbitro no es ajeno al litigio o que permitan vislumbrar que el caso concreto dicho árbitro vaya a fallar al margen de las normas rectoras del arbitraje.

Nos hallamos ante una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y que es una consecuencia directa del principio general de buena fe⁴¹. Ahora bien, si el enunciado de semejante estándar es, en la hora actual, más o menos uniforme su interpretación y aplicación está muy lejos de conseguirse y de generalizarse⁴². El árbitro únicamente podrá responder con precisión a los cuestionarios que las instituciones arbitrales le suministran⁴³ a partir de una información completa sobre las partes y verificar, lo más objetivamente posible, la ausencia de conflicto de intereses, o al menos la obligación que sobre él pesa de divulgar determinadas circunstancias.

En cualquier caso, el árbitro debe contar en cada caso concreto con suficientes

³⁸ En el caso de Suiza la obligación se ha configurado por vía jurisprudencial. Con posterioridad la Ley de DIPr de 1987 dispuso en su art. 180 que «*Un arbitre peut être récusé: (...) c lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance*». En los EE UU, las reclamaciones contra los árbitros por no revelar los conflictos de intereses no entrañan la pérdida de la inmunidad arbitral. De conformidad con la *Section 14(c)* de la *Revised Uniform Arbitration Act 2000*, «*an arbitrator's failure to make a disclosure required by Section 12 does not cause any loss of immunity under this section; the typical remedy for a failure to disclose of interest is vacatur under Section 23 of the act*».

³⁹ HOFFMANN, A.K. «Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: the Standard Applicable under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interests and the German Approach», *Arb. Int'l*, vol. 21, Nº 3, 2005, pp. 427-436.

⁴⁰ En la misma dirección el art. 11 Regl. Uncitral de 2010 establece que «Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto».

⁴¹ El deber de revelación en el arbitraje presenta un contenido sustancialmente diverso que el la mediación. *Vid.* WOLSKI, B. «ADR Ethics: Regulating Disclosure in Mediation», *Int'l J. Private L.*, vol. 5, Nº 2, 2012, pp. 185-199.

⁴² *Vid.* las consideraciones de VAN DEN BERG, A.J. «Justifiable Doubts as to Arbitrator's Impartiality or Independence», *Leiden J. Int'l L.*, vol. 10, Nº 3, 1997, pp. 509-519.

⁴³ Por ejemplo la Corte de arbitraje de la CCI establece la siguiente fórmula: «... *whether there exists any past or present relationship, direct or indirect, between you and any of the parties, their related entities of their lawyers or other representatives, whether financial, professional or of any other kind. Any doubt must be resolved in favour of disclosure. Any disclosure should be complete and specific, identifying inter alia relevant dates (both start and end dates), financial arrangements, details of companies and individuals, and all other relevant information*».

elementos para determinar qué aspectos debe revelar a las partes para que estas consideren si afectan verdaderamente a su imparcialidad e independencia y en qué casos debe proceder su abstención; y para ello debe adoptar una actitud activa realizando, si es menester, determinadas indagaciones (v.gr., en relación con los conflictos de interés que atañen a la firma donde trabaja como abogado o como consejero⁴⁴). El deber de revelación ha sido descrito a partir de aquí como un auténtico «seguro de vida» de la instancia arbitral⁴⁵. Por eso su incumplimiento puede traer consigo, aunque existe una cierta diversidad de enfoques en los sistemas estatales en orden a las sanciones, tres mecanismos sancionadores: la anulación del laudo arbitral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro⁴⁶. A partir de aquí puede repararse en que el deber de declaración tiene un carácter preventivo dando lugar su incumplimiento a ciertas medidas de carácter punitivo.

2.3. Alcance e inflexiones

Rara vez acontece que en las cláusulas de arbitraje que opten por un arbitraje *ad hoc* se detallan pautas negativas que fijen impedimentos y obligaciones del árbi-

tro para evitar situaciones conflictivas, especialmente aquéllas que no están previstas claramente como causales de recusación. No debe descartarse, sin embargo, la posibilidad de establecer en el convenio arbitral o en los reglamentos de arbitraje institucional, que el árbitro deba prestar por escrito una declaración de intereses, que garantice sus condiciones profesionales para el ejercicio de su misión.

La verdad es que la obligación que estamos examinando tiene plena efectividad en el arbitraje administrado por la existencia de un centro de arbitraje que puede intervenir ejerciendo una labor de control al contar con competencia para pronunciarse sobre una eventual recusación de los árbitros por existir conflictos de intereses de carácter comercial⁴⁷, profesional, financiero o familiar. Incluso se afirma que ese control es, precisamente, una de las virtudes esenciales del arbitraje administrado. Junto al objetivo de preservar el prestigio de la institución administradora, semejante control pretende evitar, en la medida de lo posible, eventuales consecuencias indemnizatorias derivadas de acciones de responsabilidad civil que podrían resultar de una actuación negligente de los árbitros, sobre todo en determinados

⁴⁴ So pena de que si no realiza diligentemente estas pesquisas el laudo pueda ser anulado. La Sentencia de la Tribunal Supremo de Suecia, 19 de noviembre de 2007, Caso No. T 2448-06/ NJA 2007 (asunto *Lind*) (http://www.arbitration.sccinstitute.com/files/108/1083436/T2448-06_en%20Engli%20sh.pdf) afirmó a este respecto que «*At least, when as in the case in question, the relationship between the law firm and the client is of commercial importance to the law firm, it must be deemed that the interest and loyalty ties between the partners and employed lawyers of the law firm on the one hand and the client on the other hand is such a circumstance that may shake the trust in the impartiality of an arbitrator employed by the law firm, when the client is part of the arbitration proceeding*». Añadiendo que «*A relationship damaging to trust must be deemed to exist even if the arbitrator has not himself had direct client contact with the party, the arbitration activities have been carried out separately from the lawyer activities, or if the arbitration dispute has related to issues other than such as the client assignment normally included*». Vid. las observaciones de J. FELLAS y de P. SCHÖLDSTRÖM en *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, 2007, N° 3, pp. 175-183 y 184-187, respectivamente.

⁴⁵ CLAY, Th. *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001, p. 318.

⁴⁶ SERAGLINI, Ch. *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.), París, Litec, 2005, pp. 980-988; FOUCHARD, Ph. «Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française», *Rev. arb.*, 1996, pp. 325-372 (364).

⁴⁷ En el arbitraje SCC/V 190/2010 regido por el Regl. SCC la demandante impugnó el árbitro designado por el demandado alegando que el árbitro era dueño de una empresa que negociaba la entrega de equipo similar con demandante y que su conocimiento de los detalles comerciales y técnicos de la relación entre las partes socavaba su independencia e imparcialidad. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo estimó la impugnación (MUTIS TELLEZ, F. «Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...», *Loc. cit.*).

sistemas de arbitraje, cada más sensible a estas cuestiones.

Resulta claro que si es ineludible acudir al juez para el nombramiento de los árbitros, la labor decisoria este último, esencial para la puesta en marcha del arbitraje, puede quedar facilitada por las normativas nacionales en el sentido de no incluir circunstancias especiales que puedan conducir a las partes a utilizar tácticas dilatorias que pongan en peligro el propio procedimiento arbitral, constituyendo un verdadero cáncer del mismo⁴⁸. De lo expuesto se infiere que el deber de diligencia de los árbitros supone el mejor antídoto contra la voluntad maliciosa de las partes de dilatar el procedimiento. Así ocurre con las legislaciones que insertan criterios objetivos como la independencia del árbitro, que pueden dar lugar a impugnaciones forzadas basadas en una aparente imparcialidad del mismo⁴⁹.

Partiendo de que hay grandes similitudes en su tratamiento, el alcance del principio experimenta ciertas inflexiones en los distintos sistemas estatales que contemplemos. Sin ánimo de exhaustividad nos referiremos al norteamericano, al francés y al español.

En EE UU.⁵⁰ la jurisprudencia considera que se está ante una flagrante parcia-

lidad del árbitro cuando se acumulen cuatro circunstancias: la existencia de un interés personal, la presencia de una relación directa entre el árbitro y la parte que se supone favorecida, la constancia de que concurre una relación de causalidad entre dicha relación y el arbitraje y, por último, la inmediatez temporal de tal relación y el procedimiento arbitral⁵¹. De esta suerte, cuando exista la más mínima duda sobre la presencia de conflicto de intereses por parte de los árbitros debe distinguirse entre las relaciones que pueden determinar directamente la conducta del árbitro de aquellas que posean un carácter meramente baladí⁵². El juez Posner, en el asunto *Merit Insurance Co. v. Leatherby Insurance Co.*, afirmó que

«... *the test in this case is not whether the relationship was trivial; it is whether, having due regard for the different expectations regarding impartiality that parties bring to arbitration than to litigation, the relationship between Clifford and Stern was so intimate—personally, socially, professionally, or financially—as to cast serious doubt on Clifford’s impartiality*»⁵³.

El fallo en cuestión es importante porque aunque el árbitro acreditó que no ha-

⁴⁸ CREMADES, B.M.^a «El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.

⁴⁹ GAILLARD, E. «Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l’arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796, esp. p. 761; FRÉ, A. «Delaying Tactics in Arbitration», *Disp. Res. J.*, vol. 59, N° 4, 2004-2005.

⁵⁰ SHORE, L. «Disclosure and Impartiality: An Arbitrator’s Responsibility vis-a-vis Legal Standards», *Disp. Res. J.*, vol. 57, N° 1, 2002; ROSSEIN, M.T. y HOPE, J. «Disclosure and Disqualification Standards for Neutral Arbitrators: How far to Cast the Net and what is Sufficient to Vacate Award», *St John’s L.Rev.*, vol. 81, 2007, pp. 203-257.

⁵¹ *ANR Coal Co. Inc. v. Cogentrix of North Carolina*, 173 F.3d 493 (1979), N° 28. <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/173/173.F3d.493.98-1753.html>. Vid. CARTER, J.H. «Recent Developments in Arbitrators Disclosure Law and Practice», *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation (The Fordham Papers 2007)*, (A.W. Rovine, ed), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 201-216, esp. 203-204.

⁵² ROBERTSON, A.R. y BRENNAN, L.M. «The Law on Overturning Arbitration Awards for Partiality Is Confused», *The Committee on Commercial Court Business Litigation*, vol. 10, N° 3, 2009 <http://www.cpradr.org/DesktopModules/iBN%20News%20Articles/Download.aspx?AttachmentID=147>.

⁵³ 714 F.2d 679 (7th Cir. 1983). <http://openjurist.org/714/f2d/673>.

bía motivos suficientes para determinar la falta de independencia o imparcialidad, el Tribunal Supremo entendió que había incumplido su deber de declarar. Desde entonces, algunos tribunales federales han vertido una importante variedad de criterios, ciertamente unos más estrictos que otros, para determinar si una revelación incompleta o contradictoria puede dar lugar a una situación de la parcialidad inequívoca.

Otro asunto importante fue *Morelite Construction Corp. v. New York District Council Carpenters Benefit Funds* por afectar a las relaciones entre el árbitro y su padre, que había ejercido un cargo importante de una de las empresas en litigio. El Segundo Circuito consideró que en el caso concurría en el árbitro una manifiesta parcialidad, aunque entendió que: «*we are bound by our strong feeling that sons are more often than not loyal to their fathers, partial to their fathers, and biased on behalf of their fathers*»⁵⁴.

Otra decisión más reciente, también proveniente del Segundo Circuito, en el asunto *STMicroelectronics, N.V. / Crédit Suisse Securities*⁵⁵, entendió de la anulación de un laudo arbitral por una supuesta deficiencia en la revelación del árbitro en relación con un ciertas actividades que había realizado con anterioridad como perito. El tribunal rechazó la petición descartando en este caso concreto la eventual predisposición del árbitro por haber emitido alguna opinión anterior sobre el tema objeto del litigio. Para ello consideró que no se podía exigir al árbitro realizar una investigación

acerca de sus actuaciones pasadas como perito y, además, esto es mucho más importante, reconvino a la solicitante de la nulidad por no haber requerido al árbitro que ampliara su declaración y afirmó que en casos como este corresponde a la recusante la carga de la prueba de las circunstancias supuestamente ocultadas por el recusado, tanto con anterioridad como durante el arbitraje. Este fallo contrasta con el contenido decisión de la *Delaware Chancery Court* en el asunto *Chartis Specialty Ins. Co. v. Clearwater Ins. Co.*⁵⁶. Aquí el recusante demostró que el árbitro había sido autor o participado en la redacción de más de 20 documentos relacionados con ese litigio y el tribuna, tras pronunciarse sobre el eventual empleo del *discovery* en esta materia, consideró tales argumentos verosímiles en apoyo de una clara evidencia de deshonestidad y de una apariencia razonable de parcialidad del árbitro por su participación en un litigio anterior y, en todo caso, relevantes para decretar la nulidad del laudo.

En el Derecho francés la obligación de revelación posee un contenido propio en el art. 1456.2° NCPC, reformado por el Décret N° 2011-48, de 13 de enero de 2011 («*Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission*»). Dicho precepto presenta una doble subjetividad en el sentido de que el árbitro no sólo debe revelar lo que él cree que debe reve-

⁵⁴ 748 F.2d (2th Cir. 1984), n°s 79 ss, esp. N° 84 . <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/748/748.F2d.79.84-7351.86.html>.

⁵⁵ Sentencia de la *US Court of Appeal*, Second Circuit, 2 de junio de 2011. <http://federal-circuits.vlex.com/vid/stmicroelectronics-suisse-securities-usa-280049291>.

⁵⁶ No. 6103-VCN (Del. Ch. 2011). <http://www.delawarebusinesslitigation.com/uploads/file/chartis.pdf>

lar sino aquello que las partes considerarían una causa de recusación, lo cual le obliga a realizar un razonamiento que tiende a objetivar la situación⁵⁷. Puede afirmarse así que en el sistema francés la independencia y la imparcialidad deben apreciarse de manera objetiva: basta que se genere una duda legítima acerca de esos extremos sin que sea menester proceder a su verificación⁵⁸.

A partir de aquí resulta obligado distinguir entre la «revelación», que confiere a las partes la posibilidad de recusar al árbitro, y la «recusación», que puede ponerse en marcha cuando no existan unos criterios precisos de independencia y de imparcialidad por parte del árbitro⁵⁹.

Refiriéndose al antiguo artículo 1452.2º CPC, la jurisprudencia francesa ha tenido varias ocasiones para insistir en que la independencia es una parte esencial de la función jurisdiccional de un árbitro como resultado del carácter de juez que tiene *vis-à-vis* las partes en el arbitraje. Según dicha jurisprudencia la obligación de información que recae sobre el árbitro con el objeto de permitir a las partes ejercer su derecho de recusación debe apreciarse tanto respecto a la notoriedad de la situación impugnada como respecto a su incidencia en el juicio del árbitro. Dicha jurisprudencia es pródiga en ejemplos

sancionadores de una mala práctica del deber de información⁶⁰.

El art. 17.2º LA española recoge puntualmente el sentido del art. 12.1º LMU configurándose como una obligación que el árbitro debe cumplimentar antes de aceptar su nombramiento, suprimiéndose la remisión que la normativa anterior a los motivos de abstención y de recusación de los jueces y magistrados⁶¹. Por su parte la Regla 11(1) de las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje establece que el árbitro deberá «revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia («circunstancias de revelación»). La buena fe y el deber de transparencia exigen que los candidatos revelen todas las circunstancias que potencialmente, desde el punto de vista de las partes, pudieran generar dudas sobre su independencia e imparcialidad».

La doctrina emanada de los tribunales de justicia española de los últimos años ha podido establecer una «genuina configuración constitucional» en la materia que nos ocupa⁶². El alcance del deber de declaración ha sido puesto de relieve en el asunto *Skoda Power, S.A. / Abener Energia-El Sauz, S.A. de C.V.* donde la SAP Madrid 9ª 5 de mayo de 2008 afirmó que el árbitro debe, conforme al:

⁵⁷ Vid. FOUCHARD, Ph. «Le statut de l'arbitre...», *Loc. cit.* pp. 347-348.

⁵⁸ HENRY, M. *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, LGLJ, 2001; Henry, F. *Les procédures de recussation et de dessaisissement*, Bruselas, Larcier, 2009, pp. 125 y ss.

⁵⁹ CA Paris, 2 de abril de 2003 (*Frémarc / ITM Entreprise*), *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 y ss. y nota de E. Gaillard.

⁶⁰ *Inter alia*, CA Paris (1º Ch. suppl), 2 de junio de 1989 (*Société Gemanco / S.A.E.P.A. et S.I.A.P.E.*), 28 de junio de 1991 (*KFTCIC / Icori Estero*) y 30 de junio de 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*), *Rev. arb.*, 1991, pp. 87 y ss.; 1992, pp. 568 y ss. y nota de P. Bellet y 1996, pp. 496-502.

⁶¹ MATEO SÁNZ, J. B. «Artículo 17. Motivos de abstención y recusación», *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje* (dir. V. Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, pp. 306-308; MONTERO AROCA, J. «Art. 17 Ley Arbitraje», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dir. S. Barona Vilar), Madrid, 2004, p. 673; RUIZ MORENO, J.Mª «Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, recusación y abstención», *Estudios sobre arbitraje. Los temas clave* (J.L. González Montes, coord.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 73-112, esp. p. 97. Existen numerosas coincidencias entre ambas funciones; como puso de relieve la SAP Madrid 28 de julio de 2005, cit.

⁶² SÁNCHEZ CALERO, J. «La abstención y recusación del árbitro», *Loc. cit.* p. 336.

«... deber de imparcialidad e independencia, revelar a las partes y a la Secretaría de la Corte, aquellos hechos o circunstancias que surjan durante la tramitación del arbitraje y puedan afectar a esa independencia o imparcialidad, lo que lleva a examinar hasta dónde se extiende ese deber de información o revelación por parte del árbitro, debiendo proceder en su caso a comunicar todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre esa imparcialidad, dudas que pueden surgir no sólo en el árbitro desde un punto de vista subjetivo, sino también desde un punto de vista objetivo que pueda llevar a las partes a poner en duda esa imparcialidad o independencia»⁶³.

Y aunque sin considerar de aplicación directa las reglas de la IBA, ha apuntado, cautamente, que la existencia de una circunstancia no declarada incluíble en la «lista naranja» es susceptible de anular un laudo arbitral

«... existen cuando menos dos circunstancias que encajarían en el listado naranja, que supone que el árbitro debe, ante la duda, ponerlas de manifiesto (norma general 3), como son el hecho de que el yerno del Sr. árbitro trabaja en el despacho que defiende en el arbitraje a la hoy demandada (supuesto 3.3.5) y la emisión de dictámenes para entidades vinculadas con la hoy demandada (supuesto 3.1.1), por lo cual, la hipotética aplicación de tales normas no haría sino llevar a concluir que debieron ponerse de manifiesto

to tales circunstancias, constituyendo por ello un motivo que, si bien no sería causa de recusación, incidiría en la procedencia de la misma»⁶⁴.

2.4. Precisión temporal

El deber de información al que nos estamos refiriendo comienza en el momento designación o propuesta de nombramiento del árbitro por lo que no posee un carácter meramente estático toda vez que persiste hasta que se produzca el momento de la emisión del laudo arbitral, por ejemplo un árbitro que es designado magistrado de una Corte Constitucional o abogado interno de una determinada empresa. Y se materializa en declaraciones escritas acerca de posibles conflictos de interés. Por eso si revela alguna circunstancia que pueda condicionar su actuación las partes deben pronunciarse al respecto, si lo consideran oportuno, dentro de un plazo breve que suele estar fijado en los Reglamentos de arbitraje; si en tal plazo no se formula motivo alguno de abstención o de recusación, el árbitro podrá desempeñar libremente sus funciones⁶⁵. Es cierto que una cosa es el conocimiento del conflicto por el árbitro en el momento de la constitución del tribunal arbitral y otra distinta el deber de revelación cuando aparecen nuevas circunstancias a lo largo del procedimiento; no obstante, la relación de confianza entre el árbitro y las partes requiere una información continuada y precisa que no queda suplida, como en el presente caso, con una vaga manifestación de que una de las partes acaso pudiera considerar situaciones de incompatibilidad con la exigencia de independencia. Como afirmó la *cour d'appel* de París en la primera sentencia *Tecnimont*,

⁶³ *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 416. *Arbitraje*. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, Nº 2, 2009, pp. 554 y ss. y nota de C. Martín BRAÑAS.

⁶⁴ *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 418; A. SÁNCHEZ CALERO, J., *Loc. cit.* pp. 338-339.

⁶⁵ Nota Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 y ss.

«... le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance, sans que Tecnimont qui pouvait connaître les affaires dans lesquelles elle même, une de ses filiales ou sa société mère avaient fait appel à Jones Day puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats, 2200 avocats, étant observé qu'un service y est chargé de la vérification des conflits et que les informations fournies par M. Jarvin aux parties à l'arbitrage lui ont été communiquées par son cabinet»

Dichos conflictos involucran fundamentalmente a circunstancias presentes o pasadas que pueden inducir al árbitro a una posición más favorable hacia una de las partes y por esa razón las instituciones arbitrales exigen con carácter previo a la designación de los árbitros que los candidatos rellenen unos cuestionarios *ad hoc* en los que se despeje cualquier sombra de duda acerca de las referidas circunstancias, máxime cuando se trata de un arbitraje de naturaleza internacional, donde resulta más incierto precisar el eventual interés que puede vincular al árbitro con el litigio. Este deber de revelación perdura, como se ha indicado, durante el procedimiento arbitral en el sentido de que cualquier comunicación entre los árbitros y las partes o sus abogados debe darse a conocer de inmediato al resto de las partes y a los otros miembros del tribunal arbitral. Dicho queda que el nominado debe revelar cualquier vínculo económico, comercial, profesional, familiar o social, presente o pasado, que pudiera afectar su imparcialidad o crear razonable-

mente la apariencia de parcialidad o prejuicio; y esos vínculos se extienden no sólo a las partes y con sus abogados, sino a cualquier persona que presumiblemente deberá declarar como testigo; asimismo debe revelar cualquier vínculo de ese tipo que exista con algún miembro de sus familias o con sus actuales empleadores, asociados o socios comerciales.

Los sistemas del *common law* son especialmente sensibles a esta cuestión considerando que es mejor una declaración por exceso que por defecto sobre todo en la fase en que las partes cuentan con la posibilidad de aceptar o de rechazar al árbitro.

La jurisprudencia española también se ha pronunciado sobre el ámbito temporal del deber de declaración en la SAP 9ª 5 de mayo de 2008 en un caso en que el presidente del tribunal arbitral, en el transcurso de un procedimiento arbitral cambió de despacho

«El art. 7 del Reglamento de Arbitraje Internacional [CCI], y el art. 17 LA establecen no sólo la obligación que tiene todo árbitro de ser y permanecer independiente de las partes, sino también el deber de comunicar inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes cualquier hecho o circunstancia que surja durante la tramitación del procedimiento arbitral, susceptible, desde un punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. Tal como se ha expuesto, ha quedado acreditado en los autos, que las conversaciones entre el despacho X e Y para su fusión o integración se iniciaron a principios mayo 2006, según reconocimiento de D. M. en su declaración como testigo, la primera conversación sobre este tema tuvo lugar el día tres mayo 2006, y el laudo fue firma-

do de forma definitiva por las partes el 28 junio 2006, es decir que desde el día 3 mayo 2006 fecha en que se iniciaron las conversaciones entre el despacho de abogados en el que estaba integrado el presidente del tribunal arbitral y el despacho de letrados que asesoraba a una de las partes en el procedimiento arbitral, hasta el día 28 junio 2006 se estaban desarrollando las conversaciones entre ambos despachos de abogados para su integración. Con relación a la relevancia de estos hechos, y si los mismos debían ser comunicados por el árbitro afectado por esta situación a la Secretaría de la Corte como a las partes, a pesar de la confidencialidad que debe reconocerse a dichas negociaciones, teniendo en cuenta que los árbitros no sólo deben ser realmente independientes de las partes, sino también debe mantener esa independencia formal o externa, a fin de evitar toda duda sobre esa independencia o imparcialidad, tal hecho, como es las negociaciones existentes entre ambos despachos de abogados, el despacho en el que se hallaba integrado el árbitro-presidente del Tribunal y el despacho que asesoraba a una de las partes, tiene suficiente relevancia a los efectos de que debía ser comunicado a las partes en el cumplimiento que este deber que establece tanto el art. 7 del Reglamento de la CCI, como el art. 17 LA, sin que pueda servir de justificación a dicha omisión la mayor o menor amplitud o extensión que pueda

existir entre los despachos de abogados afectados, y que no existiera sobre esa cuestión ninguna conversación entre ambos despachos, por ser letrados y personas distintas las que asumieran las conversaciones sobre la fusión o integración, y otros letrados los que asumieron el asesoramiento el procedimiento arbitral de una de las partes en dicho procedimiento»⁶⁶.

3. RESULTADO DE LA DECLARACIÓN

3.1. Contenido

De lo expuesto en el epígrafe anterior se infiere que el deber de revelación constituye la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral⁶⁷ ya que resulta fundamental para el mantenimiento de la percepción de independencia y la imparcialidad. Sólo cuando un árbitro ha revelado todas las potenciales situaciones de conflicto las partes están en disposición de adoptar una decisión fundamentada para objetar al candidato a árbitro o para renunciar a dichas objeciones aceptando, por ende, que las circunstancias descritas no afectan la independencia e imparcialidad del candidato. Por lo tanto, el deber de divulgar no sólo sirve como mecanismo para un análisis exhaustivo de las cualidades del posible árbitro, sino que también tiene la virtud de aislar a éste de una indagación posterior acerca de su situación. Su finalidad es doble: de un lado, asegura a las partes y a las instituciones arbitrales la información necesaria para

⁶⁶ De conformidad con la Sentencia de la Cour d'appel de Bruselas de 29 de octubre de 2007, caso N°. R.G. 2007/AR/70 République de Pologne / Eureka BV et al., cit.: «a juste titre Eureka BV souligne que les instructions de l'IBA (International Bar Association) indiquent que si des liens tels qu'invoqués par la République de Pologne existent mais ne sont pas divulgués, cette circonstance comme telle ne doit pas conduire automatiquement à une récusation. Seul les faits ou circonstances en soi qui n'ont pas été divulgués peuvent avoir cette conséquence».

⁶⁷ Cf. CLAY, Th. «L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable», L'impartialité du juge et de l'arbitre: étude de droit comparé, Bruselas Bruylant, 2006, pp. 199-237, esp. pp. 218 y 235.

evaluar la idoneidad del árbitro en un determinado asunto; de otra, impulsar la transparencia y la confianza en el proceso al asegurar que todos sus participantes (árbitros, abogados, partes e instituciones arbitrales) sean conocedoras de las circunstancias que concurren el árbitro que puedan dar lugar a una eventual toma de decisiones de carácter parcial⁶⁸. En principio, las partes del arbitraje, una vez informadas, son las que asumen la iniciativa de verificación pues el árbitro puede realizar declaraciones incompletas, equívocas o erróneas en detrimento de la exhaustividad y la severidad para consigo mismo que debe presidir la declaración de independencia del árbitro⁶⁹.

No es pacífica la determinación del contenido de la declaración. Frente a un sector que propugna que deber develarse «todas» las circunstancias susceptibles de afectar a la independencia del árbitro, incluso aunque tales circunstancias no estén contempladas en la reglamentación arbitral de un determinado sistema⁷⁰, otras posiciones consideran que debe realizarse un estudio pormenorizado del contexto en que tales circunstancias se producen⁷¹. La posición maximalista parece, sin embargo, imponerse y alcanza incluso al deber del árbitro de declarar aspectos de su situación personal que pueden ser notorios para los profesio-

nales que se mueven en el mundo del arbitraje pero desconocidos para las partes⁷².

La declaración debe ser lo suficientemente precisa para que las partes estimen a través de su particular punto de vista si puede servir de base para proceder a la descalificación del árbitro, incluso aunque los hechos o circunstancias no revelados, no justifiquen por sí mismos, dicha descalificación. Es útil recordar las palabras de la opinión de un miembro del tribunal en el caso *Commonwealth Corp* por el cual se dictaminó que es mejor que se haga pública la situación conflictiva en un primer momento, cuando las partes tienen la libertad de rechazar o aceptar al árbitro sabiendo de la existencia de dicha situación. Al mismo tiempo, debe reconocerse que las relaciones comerciales de un árbitro pueden ser verdaderamente diversas y comprometer relaciones comerciales más o menos remotas con mucha gente. De acuerdo con ello, no debe esperarse que un árbitro «*to provide the parties with his complete and unexpurgated business biography*» y tampoco se insta al árbitro «*has done more than trivial business with a party, that fact must be disclosed*»⁷³ hasta llegar a situaciones absurdas como el deber de declarar un encuentro fugaz en la calle, pertenecer al mismo comité editorial de una revista científ-

⁶⁸ ROGERS, C.A. «Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct», *Stanford J. Int'l L.*, vol. 41, 2005, pp. 53-55 y 77.

⁶⁹ CLAY, Th. *L'arbitre*, *Op. cit.* nºs 378-395.

⁷⁰ Cf. KUETGEN, G. «L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge», *L'impartialité du juge...*, *Op. cit.* pp. 275 y ss.

⁷¹ Resulta de enorme interés la lectura del estudio de PARK, W.W. «Arbitrator Integrity: the Transient and the Permanent», *San Diego L. Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 629-706, esp. pp. 642-644.

⁷² Para N. MEYER FABRE, en este especial contexto «*mieux vaut trop que pas assez*». *Vid.* el resumen de su intervención en el seminario organizado por la Comisión de Arbitraje francesa de la CCI el 5 de julio de 2012, «Les nouveaux défis des fonctions d'arbitre».

⁷³ U.S. Supreme Court, *Commonwealth Corp. v. Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968) 393 U.S. 145 (Mr. Justice White with whom Mr. Justice Marshall, joins, concurring). Este razonamiento sería seguido con posterioridad por la *Second Circuit Court of Appeals* en el asunto *Applied Industrial Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi*, *cit.* En este caso el Tribunal anuló un laudo por entender que uno de los árbitros, cuyo voto era dirimente, había actuado con parcialidad evidente al no haber investigado la relación existente entre la entidad para la cual trabajaba y una de las partes.

ca que el abogado que lo ha designado, participar ambos en un congreso (algo habitual e, incluso excesivo, en el mundo del arbitraje) o pertenecer a una misma asociación científica. Ello le exonera del deber de realizar una declaración exhaustiva siempre que sea lo suficientemente precisa e indique la naturaleza de las relaciones (amistosas, académicas, profesionales...) que el árbitro mantenga con todos los actores de la instancia arbitral.

Entre las cuestiones que deben figurar en el contenido de la declaración cabe señalar, a título de ejemplo, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, mantenga el árbitro con alguna de las partes, las relaciones académicas⁷⁴, las relaciones sociales y profesionales de contenido sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje. No en vano, cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el árbitro y una de las partes, o entre aquel y una persona que reconocidamente pueda resultar testigo sustancial para el caso, generará normalmente dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro propuesto⁷⁵. Asimismo, debe declararse cualquier otra

circunstancias o hechos que puedan originar dudas justificadas respecto de la independencia o imparcialidad; el ámbito de estos últimos ofrece una particular relevancia cuando el árbitro designado pertenezca a una firma de abogados que defienda los intereses de una de las partes, incluso en otro país distinto de donde deba tener lugar el pretendido arbitraje.

La falta de divulgación por el árbitro de determinados extremos no comporta, *prima facie*, una la manifiesta falta de imparcialidad a menos que las circunstancias de no divulgación pongan en tela de juicio la capacidad del árbitro para ejercer un juicio independiente e imparcial.

3.2. Tipología

El catálogo de situaciones susceptibles de poner en duda los compromisos éticos del árbitro es interminable⁷⁶, como también lo son los estudios y comentarios jurisprudenciales que van, poco a poco, despejando las situaciones. La tipología es tan variada como los intereses contrapuestos que se enfrentan a ellos, por lo que se trata de un debate que nunca podrá considerarse cerrado por completo. Cabe detenerse, sin embargo, en ciertas cuestiones que nunca desaparecen de los debates en este sector.

⁷⁴ V.gr. si el árbitro es un profesor universitario que ha sido designado por otro profesor que posee una importante influencia en su carrera académica futura. En el arbitraje SCC/U 115/2010 regido por el Regl. Uncitral la demandante impugnó al árbitro designado por la demandada sobre la base de que su relación personal con el abogado de los demandados, pues ambos habían escrito varios libros y artículos jurídicos; se daba además la circunstancia de que ambos eran profesores de la misma Universidad. No obstante el Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo desestimó la recusación (MUTIS TELLEZ, F. «Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...», *Loc. cit.*).

⁷⁵ En la jurisprudencia inglesa: «... *whether circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality*» (*Laker Airways, Inc. v. FLS Aerospace Ltd.* [2000] 1 W.L.R. 13).

⁷⁶ EGGER, P.W. «Independence, Impartiality and Disclosure in International Arbitration: Recent Developments», *Yearb. Int'l Arb.*, 2010, pp. 103-113; en el arbitraje de inversiones *vid.* MALINTOPPI, L. «Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators», *Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski y otros, eds.) Oxford University Press, 2008, pp. 789-829; RUBINS, N. y LAUTERBURG, B. «Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration», *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences* (Knahr, C. y otros, eds.), Utrecht, Eleven International, 2010, pp. 153-180.

Un primer bloque incluye varias situaciones. En primer lugar, el denominado «ejercicio camaleónico» de las actividades arbitrales por profesionales que cambian de funciones en el proceso arbitral, actuando unas veces como consejero de las partes y otras como árbitro⁷⁷, lo cual tiene una variante muy significativa en los arbitrajes de inversiones⁷⁸. En segundo lugar, los casos de *repeat players* en que un árbitro es designado reiteradamente por la misma parte⁷⁹. Por último, los supuesto de designación como árbitro de una persona con la que existe total confianza o, incluso, amistad personal⁸⁰. Estas situaciones afortunadamente no son exponente de la práctica habitual que realizan profesionales con experiencia y que son designados unas veces por el demandante, otras por el demandado y, en ocasiones, como presidente.

Otro grupo de situaciones, que también se desprenden del carácter corporativo inherente al arbitraje, se refieren a la composición de un tribunal arbitral con presencia de dos árbitros que están unidos por evidentes vínculos de amistad. Como quiera que dichos vínculos pueden poner en peligro propia independencia del tribunal la tendencia dominante aboga por exigirles revelar esta relación de amistad antes de aceptar su misión. Y esta obligación de revelación atañe también al co-árbitro que designa regularme a un presidente de tribunal arbitral.

En cualquier caso, el árbitro está obligado a revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su decisión y que provoque «*dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités*

⁷⁷ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, J y MARSHAL, F. «Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel», *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, Nueva Delhi, 27-29 de octubre de 2010, IISD, 2011. En el arbitraje SCC/V 177/2011 regido por el Regl. SCC el demandado impugnó el árbitro designado por el demandante en base, entre otras cosas, a que unos meses antes de la presentación de la solicitud de arbitraje había actuado como abogado de la demandante en un litigio ante los tribunales nacionales y que estas circunstancias, reveladas por el árbitro en su confirmación de la aceptación, hacían disminuir la confianza en su independencia e imparcialidad. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo admitió la recusación (MUTIS TELLEZ, F. «Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...», *Loc. cit.*).

⁷⁸ En el asunto *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad* (District Court de La Haya, 18 de octubre de 2004, Challenge No. 13/2004; y Challenge No. 17/2004, Petition No. HA/RK/2004/778, de 5 de noviembre de 2004) se trataba de la recusación de un miembro de un tribunal arbitral que era a la vez abogado en otro arbitraje conectado con el asunto que trataba. El tribunal holandés resolvió el caso con una sorprendente solución salomónica pues no admitió automáticamente la recusación entendiéndose que las dudas acerca de la imparcialidad del árbitro quedarían despejadas si renunciaba a ser abogado en el otro arbitraje y, ante tan sutil invitación, el árbitro comunicó a las partes su dimisión como consejero en el segundo arbitraje. *Vid.* MANN, H. «The Emperor's Clothes come off: a comment on Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad, and the Problem of Arbitrator Conflict of interest», *Transational Dispute Management*, vol. 2, N° 1, 2005. Cabe añadir que las soluciones adoptadas hasta la fecha por el CIADI han recibido severas críticas, entre ellas la de J. Paulsson, que considera que dicha práctica está marcada por grandes dosis de hipocresía y plagada de subterfugios (*cf.* PAULSSON, J. «Moral Hazard in International Dispute Resolution», *Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair*, University of Miami School of Law, abril, 2010, p. 6).

⁷⁹ SLAOUI, F.-Z. «The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification», *Arb. Int'l*, vol. 25, 2009, p. 103. Las reglas de la IBA colocan estas situaciones en la «lista naranja» y, en todo caso, la parte que promueva la recusación debe demostrar que la circunstancia de los nombramientos continuos y regulares ha consolidado creado una relación de influencia en la opinión del árbitro, o que el árbitro ha quedado bajo la influencia de factores externos en el caso que enjuicia por los conocimientos obtenidos en otros asuntos.

⁸⁰ En el arbitraje SCC/V 078/2012 regido por el Regl. SCC en su confirmación de la aceptación, el árbitro designado por el demandado reveló que había sido contratado por el demandado para proporcionar servicios de durante el período 2008-2012 y en base a esta circunstancia, la demandante lo impugnó por considerar que la conexión entre el árbitro y el demandado le privaba de aptitud para actuar como árbitro. El demandante explicó, además, que el Director General de la demandada y el árbitro eran viejos amigos y/o compañeros de trabajo profesionales. El Comité de la SCC admitió la impugnación (MUTIS TELLEZ, F. «Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...», *Loc. cit.*).

d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale»⁸¹, v.gr., una información genérica acerca del eventual conflicto de intereses del presidente del tribunal arbitral que trabaja en una firma que asesora a la empresa matriz de una de las partes en el litigio. Por eso si revela alguna circunstancia que pueda condicionar su actuación las partes deben pronunciarse al respecto, si lo consideran oportuno, dentro de un plazo breve que suele estar fijado en los Reglamentos de arbitraje; si en tal plazo no se formula motivo alguno de abstención o de recusación, el árbitro podrá desempeñar libremente sus funciones. Además, cuando un árbitro tiene razones para creer que un conflicto de intereses puede existir de hecho, tiene la obligación de investigarlo por sí mismo, o debe dar a conocer sus razones para creer que podría haber un conflicto y las razones por las que no lo investiga.

Resulta muy reveladora a la polémica que se suscitó en Francia en asunto *Tecnimont* tras la anulación de un laudo parcial debido por el hecho de que el presidente del tribunal de arbitraje, un árbitro internacional de gran prestigio, que era consejero de uno de los bufetes de abogados más grandes del mundo, no había revelado determinadas circunstancias que existían en

el momento de su nombramiento, en concreto que formaba parte del bufete que asesoraba a una de las partes⁸². El asunto presenta, en efecto, una relevancia especial. Primero, por proceder de una de las jurisdicciones más importantes del mundo en materia de arbitraje comercial internacional y poseer una proyección ejemplarizante en otros sistemas en los que la cuestión todavía necesita contar con posiciones de mayor firmeza. Segundo, porque supone un avance sustancial dentro de la jurisprudencia francesa, ya de por sí extremadamente sensible a estas cuestiones: por vez primera un tribunal francés anula un laudo por circunstancias que no conciernen directamente al árbitro, en este caso presidente del tribunal arbitral elegido por los otros dos co-árbitros, sino al entorno de la firma internacional de abogados donde trabajaba como consejero⁸³. La severidad de la sanción y el elevado monto de la indemnización acordada (70.000 euros), de conformidad con lo dispuesto en el art. 700 *NCPC* pone de relieve la importancia que los tribunales franceses confieren a la cuestión de la independencia del árbitro por no revelar la existencia de un conflicto de intereses.

De acuerdo con la primera sentencia (*cour d'appel* de París de 12 de febrero de 2009), el árbitro está obligado a revelar a

⁸¹ CA París (1^{ère} Ch. Sec. C) 12 de febrero de 2009, S.A. *J Cour P Avax S.A. / Société Tecnimont SPA*, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 y ss. y nota de Th. CLAY; *vid.*, asimismo, CA París, 2 avril 2003 (*Frémarc c/ ITM Entreprise*), *cit.*

⁸² De conformidad con el sistema de anulación de laudos arbitrales en Francia el laudo fue objeto de tres decisiones. La Sentencia de la *Cour d'appel* de París (1^{ère} Ch. Sec. C) 12 de febrero de 2009 (<http://www.arbitrage-maritime.org/fr/Misc/Tecnimont.pdf>) procedió a su anulación, pero este fallo fue casado por la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de noviembre de 2010 al entender que la *Cour d'appel* se había pronunciado sobre determinados hechos que no habían sido alegados por la recurrente y que, en consecuencia, había cambiado el objeto de la controversia (<http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1487/Arret-Avax-Tecnimont-CApp-Reims-2-novembre-2011.pdf>). Así las cosas el caso se remitió para un nuevo juicio ante la *Cour d'appel* de Reims, que el 2 de noviembre de 2011, pronunció una nueva sentencia bajo la presidencia del gran especialista en arbitraje D. Hascher, en la que confirmó la anulación del laudo. *Vid.*, *inter alia*, DEGOS, L. «La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 février 2009, SA J. & P. Avax SA c/ Société Tecnimont SPA», *Cah. arb.*, 2009, N° 4, pp. 6-14.

⁸³ En realidad la primera anulación de un laudo en Francia fue en un caso de arbitraje interno por no haber revelado el árbitro su relación con el abogado de una de las partes. Se trata del asunto *Consorts d'Allaire / SAS SGS* que fue objeto de una sentencia de la *cour d'appel* de 9 de septiembre de 2010, *Rev. arb.*, 2011, N° 3, pp. 686-691. *Vid.* la nota de P. PINSOLLE, *ASA Bull.*, vol. 29, N° 1, 2011, pp. 197 y ss.»

las partes, en efecto, cualquier circunstancia que pueda afectar a su decisión y que provoque «*dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale*», v.gr., una información genérica acerca del eventual conflicto de intereses del presidente del tribunal arbitral que trabaja como consejero en una firma de abogados multinacional que no sólo asesoraba a la empresa matriz de una de las partes en el litigio, sino a una filial de la misma que le pertenecía en su totalidad. Y a ello se añadían otras circunstancias: que la oficina de la firma en China había asesorado a la casa matriz en una operación en ese país y que un abogado de la firma había sido árbitro único coetáneamente al procedimiento arbitral en un asunto en la dicha filial era parte. Ciertamente, las circunstancias relatadas se referían al despacho de abogados, pero la pertenencia del presidente a la firma siquiera como consejero y el hecho de que en ella se diluyese la información por la distinta localización geográfica de sus asuntos no fueron considerados atenuantes del deber de revelación. Dicho en otros términos, la actividad de consejero en un despacho multinacional no es equiparable necesariamente a la de los abogados que lo integran desde la perspectiva del conflicto de intereses, pues no acostumbran a percibir los mismos emolumentos, pero en este caso concreto la *Cour d'appel* entendió que del cúmulo de circunstancias se desprendía una clara falta de la independencia requerida⁸⁴. Y a ello añadió que los referidos conflictos no vinculan exclusivamente a las partes en el litigio, sino a todas las sociedades del grupo al que pertenecen.

Por su parte, la *Cour d'appel* de Reims de 2 de noviembre de 2011 abundó en el razonamiento anterior al sentenciar que la obligación de informar por parte del árbitro se ha convertido en un fin en sí misma y que, en el caso enjuiciado, la ausencia de información puso seriamente en duda la independencia del árbitro lo que inexorablemente debía conducir a la anulación de la sentencia. Según el fallo, aunque el incumplimiento de la obligación de revelación no era el fundamento directo de dicha anulación, inducía a una presunción de no independencia que el juez debía valorar caso por caso toda vez que el propio contenido del deber de revelación impide que el árbitro pueda invocar ignorancia de las circunstancias susceptibles de afectar a su independencia.

Como es natural, en los reglamentos de arbitraje el deber de información de los árbitros suele estar minuciosamente regulado. Los centros de arbitraje acostumbran a prestar atención a la declaración de los árbitros obligando a las personas designadas a poner en conocimiento por escrito a la institución administradora los hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia y dicha institución deberá transmitir dicha información a las partes precisando un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios. Es ilustrativo el subjetivismo presente en el artículo 11.2º Regl. CCI de 2012:

«Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona pro-

⁸⁴ Vid. comentarios de CLAY, Th. *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 y ss. y FERNÁNDEZ ROZAS J.C. «Alcance del deber de revelación del árbitro», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, Nº 2, 2010, pp. 597-604.

puesta como árbitro debe 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, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios».

Y en un dirección similar se encuentra el 14.2° Regl. SCC de 2010

«Antes de ser nombrado árbitro, la persona deberá dar a conocer todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Si la persona es nombrada como árbitro, él/ella presentará a la Secretaría una declaración firmada de imparcialidad e independencia, dando a conocer todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. La Secretaría enviará a las partes y a los demás árbitros, una copia de la declaración de imparcialidad e independencia»

Al lado de las disposiciones reglamentarias determinados Códigos deontológicos abundan en el contenido del

deber de información de los árbitros. Entre estos es obligado referirse al redactado por la *International Bar Association (IBA)* que establece en su las diversas situaciones que pueden configurar una conducta parcial o dependiente del árbitro. Con una mayor extensión se refiere a esta cuestión el Canon II del Código ético AAA-ABA aludiendo a la necesidad de hacer pública cualquier relación financiera, comercial, profesional⁸⁵, familiar o social, presente o pasada, que pudiera afectar la imparcialidad del árbitro o que pudiese generar presunciones de una verosímil parcialidad, que pudiera tener con alguna de las partes o sus asesores legales o con cualquier persona que, según le informaran, pudiera ser testigo; también deben hacer pública cualquier relación que pudiera existir y comprometer a los miembros de sus familias o sus actuales empleadores, socios de hecho o comerciales. Y, por citar un ejemplo procedente del arbitraje marítimo, baste referirse al N° 4 del Código ético de la *Society of Maritime Arbitrator, Inc.*:

«Before accepting appointment an arbitrator may only inquire as to the general nature of the dispute and the names of the parties and their affiliates involved. A member shall not act as an Arbitrator in any proceeding in which he, his associates, or his relatives have a financial interest, or

⁸⁵ En el arbitraje SCC/V 081/2012 regido por el Regl. SCC el demandado impugnó el árbitro designado por la demandante en base a que la firma de abogados del árbitro tenía compromisos previos con demandante dentro de los tres (3) años establecido en el apartado 3.1.4 de la Guía Lista Naranja IBA asimismo acusó al árbitro de no haber divulgación de todas las circunstancias que dieron lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo admitió la impugnación (MUTIS TELLEZ, F. «Arbitrators' Independence and Impartiality: a Review of SCC Board Decisions...», *Loc. cit.*). Asimismo, en el arbitraje SCC/V 124/2011 también regido por el Regl. SCC, el demandado impugnó el árbitro designado por el demandante en base al hecho de que, en su confirmación de la aceptación, el árbitro declaró que su bufete había llevado asuntos a favor y en contra de demandado y una de sus empresas filiales y aunque el candidato explicó que estas cuestiones las habían realizado otras personas en la firma de abogados, la demandada insistió en que ello suponía una importante mengua de confianza en la imparcialidad de un árbitro. El Comité de la Cámara de Comercio de Estocolmo admitió la impugnación (*Ibid.*). Esta actitud del Comité se refleja en los asuntos CSS/V 170/2011 y CSS/V 174/2011.

where his association with either the parties, counsel or other Arbitrators may give rise to an inference of bias without making a full disclosure of the relationship. A member shall not participate in a proceeding in which he has allowed others to inform him of details of the case before him prior to the first hearing».

4. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE DECLARACIÓN

4.1. Recusación del árbitro

La parte que se considere agraviada por que el árbitro no ha declarado la existencia de un conflicto de intereses puede solicitar su recusación, cuya finalidad responde a la necesidad de asegurar la imparcialidad de la resolución y el prestigio de la propia institución arbitral. Si, como hemos visto, el deber de revelación es un mecanismo preventivo, la recusación es un instrumento sancionador que interviene cuando lo declarado por el árbitro no es cierto o cuando ha omitido extremos relevantes que comprometen su independencia o su imparcialidad. La gravedad que entraña su utilización, pues es un ataque en toda regla a la imparcialidad de un árbitro, que implica un expreso reproche y una retirada de la confianza de la parte que lo ha designado, debe tener su justa contrapartida para evitar que se produzcan de manera temeraria las denominadas «recusaciones instrumentales» realizadas con evidente mala fe que debe contar con el oportuno correctivo por vía del control judicial⁸⁶.

La recusación en tal caso deberá interponerse después de la designación del árbitro o la constitución del tribunal arbitral correspondiendo a la parte impugnante demostrar que no conocía las circunstancias que ponen en duda la independencia del árbitro al momento de su designación. Dicha solicitud tendrá como primera consecuencia la suspensión del procedimiento arbitral. Obviamente, la ocultación por el árbitro de dicho conflicto deberá ser valorada negativamente por la persona que tenga decidir acerca de la recusación. Recíprocamente, si la parte conoce previamente la eventual causa de recusación y se la reserva para después de que recaiga la resolución de que trate, y emplearla entonces, caso de serle esta desfavorable, realizará una conducta atentatoria contra la debida coherencia de los propios actos y una falta de lealtad procesal⁸⁷ y, en consecuencia, la acción de anulación no prosperará⁸⁸. En España el art. 6 LA es tajante a este respecto al considerar que, en este caso, la parte «renuncia a sus facultades de impugnación».

La recusación, puede practicarse tanto en sede arbitral, que es la forma ordinaria, como en sede judicial, con ocasión de la acción de anulación. De acuerdo con el art. 18.3º LA «Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo». Cuando el arbitraje está en curso y por razones de celeridad, el artículo 18.2º LA permite que el árbitro intervenga en la decisión acerca de su propia recusación,

⁸⁶ Cf. SÁNCHEZ CALERO, J «La abstención y la recusación del árbitro», *Loc. cit.* p. 336.

⁸⁷ STSJ Madrid CP 1ª 4 julio 2012, *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 419 A.

⁸⁸ SAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 14 de febrero de 2007, *Ibid.* Nº 419.

pues el precepto no habla de «sustitutos» o de «árbitros no recusados»⁸⁹. Es una solución discutible pues lo normal es que el árbitro recusado rechace las imputaciones y en caso de formar parte de un tribunal de tres miembros si al resolver el incidente uno de otros dos colegas se suma a su parecer, es obvio que se está abriendo la puerta a una acción de anulación a la parte que cuenta con una opinión que respalda su tesis.

4.2. Anulación del laudo

La apariencia de parcialidad puede ser una base para anular el laudo cuando el árbitro ha faltado a su deber de revelación y la anulación se vuelve más sólida cuando se ha comprobado fehacientemente la parcialidad. La Ley Modelo Uncitral no contempla esta causal de manera autónoma y si bien no es infrecuente que figure en algunos sistemas estatales, podría subsumirse: a) en la causal de los perjuicios manifiestos al derecho de defensa, pues, por ejemplo, si los árbitros desatenden su obligación de informar las circunstancias que dieran lugar a dudas justificadas, acerca de su imparcialidad o independencia, están violando las reglas mínimas del debido proceso, concretamente al principio de igualdad; b) en la causal de incorrecta composición del tribunal arbitral; o c) en la socorrida excepción de orden público. Este motivo de oposición al

laudo se configura cuando en los árbitros que han pronunciado el laudo concurren circunstancias que en su momento pudieran dar lugar a la recusación y que las partes no conocieron a lo largo de las actuaciones arbitrales porque los designados no lo hicieron saber en su declaración de independencia. La práctica en este sector es muy variada y es muy frecuente encontrarnos con su presencia cuando existe una relación profesional entre el árbitro y la representación de una de las partes⁹⁰.

En la jurisprudencia española es elocuente la SAP Navarra 21 de febrero 2000 que estimó el recurso de anulación por contravención de las garantías esenciales del procedimiento

«... dada la relación profesional que debe deducirse del hecho de haber compartido despacho profesional durante más de 6 años, al menos, el Sr. Letrado de una de las partes y la Sra. Letrada que... fue designada como árbitro en dicho proceso,... no permite situar a la Sra. árbitro en condiciones objetivas, al menos de garantizar que su decisión pueda merecer la exigible confianza de los terceros y de las partes, en el sentido de que resulte ser fruto de una decisión plenamente interesada e imparcial»⁹¹.

El supuesto examinado incluía la omisión por parte del árbitro del deber de

⁸⁹ «De haber querido el legislador que el recusado se abstuviese de resolver sobre tal cuestión, así lo habría indicado e, indudablemente, se hubiera remitido al procedimiento para designar el sustituto correspondiente, dado que la designación de un sustituto del árbitro recusado es la única vía racionalmente admisible para resolver tal situación, partiendo de la base hipotética de que el recusado debiera abstenerse, dado que en supuestos de existencia de un árbitro único no existiría quien resolviese la recusación, y en caso de tribunales arbitrales compuestos por tres integrantes (...), la exclusión del recusado podría abocar a insalvables empates en torno a la decisión a adoptar» (SAP 12ª 30 de junio de 2011, *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 465).

⁹⁰ Vid. USA Fifth Circuit – *Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corp.* 476 F.3d 278 (5th Cir. 2006). Vid. FOSTER, L.E. y CAPPELL, S.R. «The Fifth Circuit's Positive Software Solutions v. New Century Mortgage -Underscoring the Need for a Positive Solution to Arbitrator Disclosure for a New Century», *Transnational Dispute Management*, vol. 4, Nº 1, 2007, pp. 1-8.

⁹¹ JUR 2000\113772.

información con carácter previo a las partes de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad. Dentro de esta causal cabe insertar la omisión por parte del árbitro del deber de información con carácter previo a las partes de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad.

Sin embargo, un caso más polémico fue el suscitado en la ya referida SAP Madrid 9ª de 5 de mayo de 2008 que si bien confirmó expresamente que el incumplimiento del deber de revelación debe tener como consecuencia la nulidad del laudo dictado con respaldo en la causal del artículo 41.1º.d) LA («que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes») consideró que en el asunto abordado dicha acción no era procedente. In casu el presidente del tribunal no había declarado una serie de extremos relevantes para la parte impugnante, pero la Audiencia entendió que tales hechos habían acaecido con posterioridad a su nombramiento⁹².

Si el resultado del asunto Tecnimont desplegó una enorme repercusión en Francia, no fue menor la que tuvo en España

país el asunto Delforca 2008, Sociedad de Valores, S.A. / Banco de Santander, S.A., pese a su menor difusión escrita. En dicho asunto a lo largo del procedimiento arbitral una de las partes había solicitado la recusación del presidente del tribunal arbitral que no fue admitida. Ciertamente el árbitro recusado realizó en unas aclaraciones que remitió a las partes insistiendo en el carácter puntual y esporádico de las relaciones que había mantenido con la parte que lo había propuesto. Suscitada la correspondiente acción de anulación, entre otros motivos por la privación del derecho a un árbitro imparcial e independiente, la SAP 12ª 30 de junio de 2011⁹³ declaró la nulidad del laudo arbitral al considerar no se trataba de determinar si el árbitro recusado era o no de hecho imparcial, sino que las circunstancias que habían rodeado su actuación, incluidas en sus aclaraciones⁹⁴, habían creado una duda fundada sobre su imparcialidad. Tales circunstancias

«... si bien aisladamente consideradas, no tendrían virtualidad para sustentar la recusación del Sr. Árbitro, no obstante, apreciadas en su conjunto, por un lado, ponen de manifiesto una relación de proximidad y vinculación con el despacho que defiende los intereses de una de las partes, y que permiten

⁹² *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 984.

⁹³ JUR\2011\347818; *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, Nº 2, 2012, pp. 528-546.

⁹⁴ Las circunstancias que concurrían en el árbitro con el despacho que desarrollaba la defensa una de las partes del arbitraje apuntaban a que «un familiar cercano (yerno) desarrolla su función en dicho despacho, el señor árbitro reconoce tener diversos amigos, y en concreto reconoce dicha amistad con el Socio Director del despacho, y desempeña la función de asesorar en materias docentes a un Centro de Estudios vinculado con dicho despacho sobre los Máster en Derecho Empresarial, y si bien se trata de un cargo honorífico, evidentemente, su pertenencia al Consejo Asesor implica la consiguiente relación, que obviamente debe suponerse positiva, con los integrantes de dicho Centro vinculado al despacho defensor de los intereses de una de las partes. Por lo demás, ha dedicado una obra jurídica (como 'opúsculo' lo califica el Sr. árbitro recusado) a la persona que da su nombre a dicho despacho, lo cual, con independencia de la magnitud de la obra de que se trate, implica una relación de amistad y/o admiración». Además la Audiencia Provincial de Madrid tomó en consideración que el árbitro «... ha emitido dictámenes a solicitud de entidades con ella vinculadas, y si bien la emisión de un dictamen no tiene por qué suponer necesariamente la defensa de intereses de la parte que lo solicita, implica obviamente una labor de asesoramiento jurídico».

afirmar la existencia de fundamento para que la parte recusante dude de la imparcialidad e independencia del señor árbitro recusado»⁹⁵.

También se valoró negativamente el hecho de que el árbitro recusado no hubiese puesto previamente en conocimiento de las partes las circunstancias referidas y esperase a que en el curso del procedimiento arbitral se suscitase la recusación, pues

«... si bien tal omisión de manifestación voluntaria no es por sí misma causa de recusación [...], incrementa el sustento de la duda que en la recusante puede surgir sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro cuando sus relaciones con la parte y con el despacho defensor de la contraria son puestas de manifiesto a causa de su iniciativa e indagación sobre ellas».

Con posterioridad a este importante fallo, la cuestión del alcance de la declaración del árbitro fue abordada en el asunto *Marino López XXI, S.L. / Atienza & Longás Abogados, S.L.* aunque en sentido contrario, al considerar la STSJ Aragón CP 1ª de 8 de enero de 2013⁹⁶ que la acción de anulación, esta vez basada curiosamente en la causal de orden público, no debía prosperar porque las circunstancias comunicadas a las partes, haber sido el letrado de la entidad solicitante del arbitraje, Vicedecano en la Junta de Gobierno presidida por el árbitro, y haber sido también socio del mismo despacho profesional ocho años antes del arbitraje, ha-

bían sido expuestas con total lealtad por el árbitro a las partes en la primera comparecencia que se celebró en la tramitación del procedimiento arbitral y que, en todo caso, no tenían «la necesaria relevancia para considerar que hayan podido afectar a la independencia e imparcialidad del árbitro, ni en su vertiente de idoneidad subjetiva, o convicción personal del árbitro en un determinado caso». Pues no basta «con alegar cualquier tipo de relación o vínculo entre el árbitro y la parte o su defensor, sino que las mismas deben tener la suficiente entidad como para hacer dudar de la objetividad del árbitro». Además, en el asunto en cuestión las relaciones en entredicho «no se mantenían en el momento del arbitraje».

La sanción que comporta la anulación del laudo es seguida en otros sistemas. Por ejemplo la Sentencia de Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los EE UU de 4 de septiembre de 2007 (*New Regency Productions, Inc. / Nippon Herald Films, Inc.*) anuló el laudo de un árbitro que no había revelado sus negociaciones laborales y posterior obtención de empleo con la filial de una de las empresas involucradas en el arbitraje mientras actuaba como árbitro⁹⁷.

En la jurisprudencia francesa existe una larga tradición que confirma la incidencia de la sanción en el laudo arbitral. La *Cour d'appel* ha declarado expresamente que «l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donné par elle à la

⁹⁵ *Jurisprudencia española de arbitraje*, Nº 446.

⁹⁶ RJ2013\2885.

⁹⁷ SALOMON, C.T. y SMITH, Q.C. «Arbitrators Have Duty to Investigate Possible Conflicts Arising from New Employment», DLA Piper, 5 noviembre 2007, http://www.dlapiper.com/arbitrators_have_duty_to_investigate/.

convention d'arbitrage et en entraîne la nullité» (Ury / Galeries Lafayette). En la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París (1^{re} Ch., 1^{re} Sect.) 12 de mayo de 1993 (*Société Raoul Duval / V.*)⁹⁸; se daba la circunstancia de que el presidente del tribunal arbitral había comenzado a trabajar para una de las partes un día después del pronunciamiento del laudo. La misma sanción fue adoptada por la sentencia de la *Cour d'appel* (1^{re} Ch. Civ.) 30 de junio de 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*)⁹⁹ y por la sentencia de la *Cour d'appel* (1^{re} Ch.c) 30 de noviembre de 1999 (*Marteau / CIGP*) por el hecho de que el árbitro en ningún momento había informado de su pertenencia a un despacho que mantenía vínculos profesionales y económicos con sociedades del grupo de la entidad que le había designado¹⁰⁰. Por su parte, la sentencia de la *Cour de cassation* (2^{ème} Ch. Civ.) de 6 de diciembre de 2001 (*Fremarc / ITM Entreprises*) llegó a casar una sentencia de la *Cour d'appel* de París en relación con un árbitro, profesor de Derecho, que tenía la poco decorosa habilidad de hacerse designar sistemáticamente árbitro por el mismo tipo de partes en la misma modalidad de arbitraje y que había omitido revelar tal circunstancia¹⁰¹. La *Cour d'appel* había considerado que tal actitud era censurable pero que no era de suficiente entidad para demostrar una carencia de independencia y de imparcialidad y, mucho menos, para justificar la anulación del laudo. Sin embargo esta decisión fue casada por contradicción de motivos lo que condujo a la anulación del laudo pese a que la ausencia de revelación no figuraba entre las causales del art.

1484 NCPC. La *Cour de Cassation* confirmó la anulación del laudo interpretando que el carácter sistemático de la designación del árbitro, la frecuencia de su nombramiento y regularidad durante un largo periodo de tiempo en contratos similares, crearon condiciones que denotan el mantenimiento una *courant d'affaires* entre el árbitro y la parte que lo nombró, situación que debió haber sido revelada en su momento por el árbitro.

La doctrina francesa ha debatido tal proceder por considerar que se daba autonomía a una causa de anulación no regulada y que debía subsumirse la ausencia de revelación en el motivo general de incorrecta composición del tribunal arbitral; sin embargo, esta posición no ha sido unánime apuntándose que el juez de la anulación debe sancionar no la simple existencia de un riesgo (por la revelación incompleta) sino la efectiva realización de este último¹⁰².

Esta tendencia se ha confirmado más recientemente. En concreto la *Cour d'appel* de París decretó la anulación de un laudo arbitral dictado en el asunto *Tecso*, por el hecho de que se había privado a una de las partes de la posibilidad de ejercer su derecho de recusación a uno los miembros del tribunal arbitral que no había revelado si habían existido o existían conflictos de intereses en relación con el despacho donde prestaba sus servicios el abogado de una de las partes en el litigio. No obstante, con posterioridad, la *Cour de cassation* rechazó este planteamiento limitando el alcance y las consecuencias del deber de revelación,

⁹⁸ *Rev. arb.*, 1996, pp. 411-418; confirmada por la *Cour d'appel* de París de 12 de octubre de, 1995, *Ibid.* 1999, pp. 324 y ss., y *Cass. civ.*, 16 de diciembre de, 1997, *Ibid.* 1999, pp. 253 y ss.

⁹⁹ *Ibid.*, 1996, pp. 496-502., pp. 496-502

¹⁰⁰ CA París, 28 de octubre de, 1999, *Rev. arb.*, pp. 299 y ss. y nota Ph. GRANDJEAN.

¹⁰¹ CA París, 2 de abril de 2003, *Fremarc / ITM enterprises*, *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 y ss. y nota de E. Gaillard.

¹⁰² E. GAILLARD, *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 y ss.

insistiendo en la delicada cuestión de que dicho deber debe «*provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et [l']indépendance [de l'arbitre]*»¹⁰³. En opinión de este tribunal debe observarse una «incidencia razonable» en la independencia y la imparcialidad del árbitro en el sentido de que cualquier incumplimiento por su parte de este deber conduce necesariamente a apreciar una inobservancia del mismo y entrañar automáticamente su recusación del árbitro y/o la anulación del laudo en el que haya intervenido. Con todo y pese a esta inflexión jurisprudencia en la apreciación de los deberes de los árbitros en esta materia, éstos no quedan liberados de la obligación de explicitar sus vinculaciones respecto de las partes, los abogados de las partes o el des-

pacho al que está vinculada la parte que le ha designado y ello comprende, muy especialmente, los supuestos de designación repetida del árbitro por la misma parte¹⁰⁴.

4.3. Responsabilidad del árbitro

Consustancial con el ejercicio de la actividad arbitral es el postulado de la inmunidad del árbitro que le exime, como regla general, de la responsabilidad personal por una decisión deficiente¹⁰⁵. Dicho postulado, que posee un contenido parcialmente diferente al inherente a la actividad del juez¹⁰⁶, deriva directamente de la misión privativa del árbitro¹⁰⁷ y trata de proteger la independencia del árbitro, que no estaría asegurada si pudiera ser objeto de represalias en forma de responsabilidad civil¹⁰⁸, máxime si se tra-

¹⁰³ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2012, *Tecso / Neoelectra Group*, *Rev. arb.*, 2012, N° 4, pp. 870-871, *vid.* HENRY, M. «Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs», *Cah. arb.*, 2011, N° 3, pp. 737 y ss.; CLAY, Th. «L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil», *ibid.*, 2011, N° 4, pp. 1109 y ss.

¹⁰⁴ Por ejemplo, se entendió que la designación de la misma persona como árbitro en 51 casos por el grupo al que pertenecía una de las partes por la frecuencia y la regularidad en que se había efectuado había dado lugar a una *courant d'affaires* entre el árbitro y dicha parte (CA París 29 enero 2004, *Société Serfné*, *Rev. arb.*, 2004, p. 448). *Vid.* sobre esta cuestión M. HENRY, M., «Pluralité de désignation et devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre», *Rev. arb.*, 2005, N° 3, pp. 709 y ss.; GIRALDO-CARRILLO, N. «The 'Repeat Arbitrators' Issue: A Subjective Concept», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 19, 2011, pp. 75-106. El concepto de *courant d'affaires* también ha sido utilizado por la *Cour de Cassation, Chambre Civile 1^{ère}*, 20 de octubre de 2010 (*Somoclest / DV Construction*) (*Rev. arb.*, 2010, N° 4, pp. 975-976) en un supuesto en que el árbitro había participado en 34 arbitrajes anteriores. De acuerdo con el tribunal: «*Qu'en statuant ainsi, alors que le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation, la cour d'appel a violé les textes susvisés*».

¹⁰⁵ Aunque añade un innecesario juicio peyorativo hacia las eventuales cualidades de los árbitros, es significativa la STS 1^a 22 de junio de 2009: «... la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional» (*Jurisprudencia española de arbitraje*, N° 477).

¹⁰⁶ Los sistemas varían en cuanto a la mayor o menor aproximación de la función jurisdiccional y de la arbitral en orden a la inmunidad, *v.gr.*, frente al sistema francés el británico es mucho más permisivo. La Cámara de los Lores en el asunto *Sutcliffe v. Thackrah* sobre la base de que las funciones realizadas por los árbitros eran similares a las realizadas por los jueces estatales extendió la inmunidad a estos últimos (*Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727).

¹⁰⁷ CLAY, Th, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 455.

¹⁰⁸ «La institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia» (STS 1^a 22 de junio de 2009, *Jurisprudencia española de arbitraje*, N° 475).

ta de un arbitraje de equidad¹⁰⁹, de ahí que su responsabilidad no deba comprender las acciones directamente relacionadas con la función de resolución del litigio¹¹⁰ y que cualquier acción por daños y perjuicios contra un árbitro por una decisión incorrecta deba ser declarada inadmisibile. Decimos «como regla general» pues el Derecho comparado registra que la inmunidad de los árbitros está sometida a ciertos límites: fraude, dolo, falta grave, o un incumplimiento o un mal cumplimiento de lo establecido en el acta de misión¹¹¹ o el injustificado retraso en el pronunciamiento del laudo arbitral¹¹². Y, por descontado, íntimamente vinculada a que una eventual acción de anulación contra el laudo prospere.

En cualquier caso, la responsabilidad de los árbitros exige justificar que se han rebasado de manera manifiesta los márgenes razonables de error admisibles en la labor del árbitro y la acreditación de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados tras la pertinente la apreciación del requisito del ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado¹¹³.

Dentro de esta última corriente, la violación del deber de información del árbitro, así como el incumplimiento de sus obligaciones de independencia y de imparcialidad son susceptibles de comprometer su respon-

sabilidad como en algunos sistemas va prosperando paulatinamente la correspondiente acción por daños y perjuicios, si bien para exigir tal responsabilidad es menester demostrar ineludiblemente la existencia de los parámetros necesarios para configurar el tipo de dolo o de culpa en el contenido de la declaración. El aumento de estos supuestos obliga a determinar cuál debe ser la cobertura de un seguro de este tipo. Cada vez es más frecuente que los centros de arbitraje suscriban un seguro de responsabilidad a favor de los árbitros. Por su parte los abogados pueden extender su seguro de defensa jurídica cuando desempeñen funciones de arbitraje. Es esta, sin embargo, una cuestión delicada, sobre todo en lo que concierne a la amplitud del alcance del seguro, que podría influir en el comportamiento de los árbitros en el sentido de permitir comportamientos poco ortodoxo y ser, por ello, perjudicial para la institución arbitral en su conjunto.

El incumplimiento de estas obligaciones puede entrañar responsabilidad contractual (art. 1142 Código Civil Francés) por estar íntimamente ligadas a la misión del árbitro y, de conformidad con la jurisprudencia francesa, prevista en el «contrato de arbitraje»¹¹⁴.

Ciertamente, en caso de que se anule el laudo arbitral el asunto puede reiniciarse de nuevo y los costes del nuevo procedimiento y los administrativos deberían correr a car-

¹⁰⁹ «Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional» (*Ibid.* N° 476).

¹¹⁰ V.gr. la sección 20 de la *Arbitration Act* de 1996 del Reino Unido establece que «An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith (...). This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning...».

¹¹¹ Tribunal de Grande Instance de Paris, 13 de junio de 1990: *Bompard / Consorts C et autres*, *Rev. arb.*, 1996, pp. 475-476.

¹¹² DALCQ, R.O. y VAN OEVLEEN, A. «La responsabilité de l'arbitre», *L'arbitre: pouvoirs et statut, colloque CEPANI*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 196 y ss.

¹¹³ STS 1ª 22 junio 2009 (*Jurisprudencia española de arbitraje*, N° 478).

¹¹⁴ TGI París, 1ª Ch., 1ª sect., 12 de mayo de 1993, *Société Raoul Duval / V*, *Rev. arb.*, 1996., pp. 411 ss. y nota de Ph. FOUCHARD, pp. 325 y ss.; CA París, 12 de octubre de 1995, *Raoul Duval / V*, *Rev. arb.*, 1999, pp. 324 y ss.

go del árbitro comitente de la infracción que ha conducido a la anulación del laudo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Las normas de ética profesional adquieren especial importancia en el ejercicio de la actividad arbitral incrementándose la confianza en los árbitros desde el momento en que se considere algo normal el respeto por éstos de ciertas normas de ética profesional. Con el aumento del uso del arbitraje el riesgo de un conflicto de intereses por parte de los árbitros se ha multiplicado. Este riesgo se puede mitigar de manera significativa por el uso de la debida diligencia y exhaustiva investigación, verificación de antecedentes y el análisis de las eventuales las conexiones entre un árbitro y una de las partes o sus abogados en el arbitraje. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado el deber de revelar la existencia de conflicto de intereses; dicho deber constituye la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral y es ampliamente reconocido en las diferentes culturas jurídicas, las legislaciones y los reglamentos de arbitraje. Es una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y es una consecuencia directa del principio general de buena fe. El deber de declaración tiene un carácter preventivo dando lugar su incumplimiento a ciertas medidas de carácter punitivo: la anulación del laudo arbitral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro.

Como afirma un brocardo inglés «*justice most not only be done, it must also*

be seen to be done». La obligación de revelar un conflicto de intereses ha pasado de ser un mero instrumento en la verificación de la independencia de los árbitros para convertirse en una auténtica obligación que se ha consolidado como un auténtico un fin en sí misma. En la actualidad se carece de un consenso en la materia que en gran parte deriva de la información disponible¹¹⁵. En efecto, la mayoría de las controversias en torno a los conflictos de intereses de los árbitros son resueltas por las instituciones arbitrales y sobre ellas pesa la nota de confidencialidad, pero es evidente que en las soluciones está presente un cierto *fumus* corporativo. No en vano los árbitros se seleccionan muchas veces en el marco de las grandes firmas de abogados que por lo general intervienen en los grandes arbitrajes internacionales y lo que es normal en una institución de arbitraje puede no serlo si quien debe tomar la decisión es un juez estatal. La valoración de las decisiones judiciales que se ocupan de este tema, vinculadas normalmente a la resolución de acciones de anulación de los laudos, que no son tan frecuentes como para realizar un análisis sistemático con resultados definitivos, es una muestra de profundas discrepancias como se evidencia por los comentarios que de las mismas se realizan desde los círculos arbitrales.

Frente a los deberes de independencia y de imparcialidad, el deber de revelación posee un contenido más objetivo, más controlable y más operativo, que permite al árbitro suministrar un perfil más ajustado de su persona y de sus cualidades. Así concebido el deber de revelación no sólo protege a las partes sino que también y muy especialmente a los árbitros¹¹⁶.

¹¹⁵ CARTER, J.H. «Reaching Consensus on Arbitrator Conflicts: The Way Forward», *Disp. Res. Int'l*, vol. 6, N° 1, 2012, pp. 17-35.

¹¹⁶ CLAY, Th. «L'obligation de révélation de l'arbitre au prisme de l'indiscipline de la Cour d'appel de Paris», *Cah. arb.*, 2010, n° 4, p. 1147.

CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ARBITROS. DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS

JULIO GONZÁLEZ-SORIA (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Principio general. 3. Conflictos de interés. 4. Revelaciones del árbitro. 5. Renuncia de las partes. 6. Alcance o ámbito de aplicación. 7. Relaciones. 8. El deber del árbitro y de las partes. 8.1. Listado Rojo Irrenunciable. 8.2. Listado Rojo Renunciable. 8.3. Listado Naranja. 8.4. Listado Verde.*

1. INTRODUCCION

El principio de que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial tuvo su origen en relación a los tribunales de justicia pero también es aplicable, con ciertas matizaciones, a los arbitrajes.

En los árbitros la independencia no es absoluta sino relativa. Se refiere al caso concreto que el árbitro debe juzgar y los destinatarios del laudo deben poder tener la seguridad de que los árbitros son independientes, que no existen vínculos entre los árbitros y las partes, ni entre los árbitros los letrados ni entre los propios árbitros que puedan influenciar la decisión.

Pero los árbitros no solo deben ser independientes sino también – al igual que los jueces- deben ser imparciales. La independencia es una cuestión de hecho, la imparcialidad una actitud, un estado mental de

ausencia de prejuicios con respecto a la cuestión concreta que debe ser juzgada y un comportamiento procesal que sitúa a ambas partes en una situación de igualdad.

Junto a esta realidad incontestable de que la independencia y la imparcialidad de los árbitros son dos de los requisitos fundamentales para que el arbitraje funcione, nos encontramos con otra también realidad en la práctica. Como regla general, se eligen como árbitros personas con experiencia en el sector en el que haya surgido el litigio y además con frecuencia, se designa un colegio arbitral de tres árbitros en que cada parte nombra un árbitro y el tercero es nombrado por acuerdo entre las partes o entre los dos coarbitros. Y hay una cierta tendencia a designar a personas en las que se confía y es más fácil tener confianza en alguien al que se le conoce.

Ello nos lleva a la existencia de una tensión inmanente entre las exigencias de independencia e imparcialidad y la propen-

(*) Socio Director de Gonzalez-Soria Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNED. Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid desde su fundación en 1989 hasta Octubre de 2006. ExPresidente y Presidente de Honor de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), habiendo sido el impulsor de la reorganización y revitalización de este Organismo y del desarrollo del arbitraje comercial en Centro y Sudamérica. Fundador y Vicepresidente del Club Español del Arbitraje.

sión a elegir a personas expertas, conocidas y de confianza.

Esta situación justifica que para intentar resolver esta problemática, las leyes de Arbitraje, empezando por la Ley Modelo Uncitral, y los Reglamentos de las principales Cortes de Arbitraje., hayan articulado un sistema que se fundamenta, básicamente, en tres principios:

- a) El deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, absteniéndose de mantener relaciones con las partes que puedan comprometer su independencia e imparcialidad.
- b) El deber de los árbitros de revelar durante el procedimiento, *motu proprio* o a petición de una de las partes, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad.
- c) El derecho de las partes a recusar al árbitro cuando concurren circunstancias que efectivamente comprometan su independencia e imparcialidad.

La Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de Junio de 1985 dedica sus artículos 12 y 13 a este tema, con la siguiente redacción:

«Artículo 12. Motivos de Recusación

- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su

nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demoras tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

- 2) Un árbitro sólo 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 sólo 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.

Y en su artículo 13 establece el procedimiento para efectuar la recusación del árbitro.

La Ley 60/2003 de 23 de Diciembre, de Arbitraje, modificada por la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2002,¹ participa de la misma filosofía y ya en su Exposición de Motivos señala: «Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje». Y en su artículo 17 desarrolla el principio en los siguientes términos;

Artículo 17. Motivos de abstención y recusación

1. Todo arbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial
2. La persona propuesta para ser arbitro deberá revelar todas las circunstancias

¹ GONZÁLEZ SORIA, Julio. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje actualizados conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003*. Thomson Reuters 2011. Madrid.

que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El Arbitro, a partir de su nombramiento revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las partes.

3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en las circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre 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 la designación.

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

Los Reglamentos de arbitraje de las principales Cortes españolas se limitan, en general, a repetir el texto de la Ley de Arbitraje con pequeñas matizaciones o simplemente se remiten a ella. Así el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, art 23; Reglamento del TAB, artículo 23; Reglamento CIMA, artículos 15 y 16 y Reglamento CEA artículos 22, y 23.

Nos encontramos, por tanto, que el régimen legal español, que en este punto es idéntico al de la Ley Modelo UNICITRAL, está basado en la distinción entre dos tipos de circunstancias (que el legislador español ha tomado del tenor literal de los arts. 12.1 y 12.2 de la Ley Modelo): las «*que puedan dar lugar a dudas justificadas*»

sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros (artículo 17.2 de la LA) y las que «*dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia*» (artículo 17.3 LA). Las primeras simplemente deben ser reveladas, las segundas son las únicas que permitirían válidamente recusar al árbitro.

Desgraciadamente, este régimen legal no resuelve todos los problemas ya que su regulación es parca y se limita a diferenciar entre circunstancias que «*pueden dar lugar*» y circunstancias que «*dan lugar*» a dudas justificadas y no ofrece indicación alguna de que ha entenderse incluido en cada uno de estos conceptos, lo que conduce a que las partes tengan dudas sobre que árbitros pueden proponer y a que los árbitros las tengan sobre las circunstancias que deben revelar.

Una situación similar se da en los diferentes ordenamientos por lo que los problemas relativos a los conflictos de intereses suponen un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional. Con frecuencia los árbitros tienen dudas sobre qué hechos o circunstancias deben ser puestos de manifiesto, de modo que cada árbitro puede decidir de una forma diferente ante los mismos hechos o circunstancias.

El desarrollo del comercio internacional y la manera como éste se lleva a cabo hoy en día, incluidos los vínculos cada vez más complejos que se vienen creando entre los grupos de sociedades y los grandes bufetes de abogado internacionales, han incrementado el número de hechos o circunstancias que el árbitro debe revelar y ha generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver.

Hay que señalar que las partes reticentes al arbitraje encuentran en la recusación

de árbitros un medio para demorar los arbitrajes o privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Cuando el árbitro da a conocer cualesquiera hechos o circunstancias, no importa lo insignificante o lo grave de la cuestión, con demasiada frecuencia conduce a que se planteen objeciones, recusaciones y se origine la renuncia o sustitución de un árbitro.

Por consiguiente, tanto las partes como los árbitros, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales se enfrentan a decisiones complejas sobre qué hechos o circunstancias han de ponerse de manifiesto y qué criterios aplicar. Además, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales deben tomar decisiones difíciles cuando se enfrentan a objeciones o recusaciones de un árbitro planteadas después de que éste haya dado a conocer ciertos hechos o circunstancias. Hay una tensión entre el derecho que tienen las partes a que se den a conocer hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un proceso con las garantías debidas, por una parte, y el derecho de las partes a elegir al árbitro libremente, por otra. Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen, como hemos dicho, de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje internacional no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Comité de Arbitraje y ADR de la *International Bar Association* creó un Gru-

po de Trabajo compuesto por 19 especialistas en arbitraje internacional provenientes de 14 países para que estudiaran los Derechos nacionales, la jurisprudencia, los reglamentos de arbitraje y los aspectos prácticos relativos a la imparcialidad e independencia de los árbitros y a la necesidad de revelar hechos y circunstancias susceptibles de afectar a dicha imparcialidad e independencia en el ámbito del arbitraje internacional, con la intención de contribuir a regular el proceso decisorio en la materia.

Fruto de dicho trabajo fue la aprobación de las DIRECTRICES DE LA IBA SOBRE LOS CONFLICTOS DE INTERES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL aprobadas por el Consejo de la International Bar Asociación el 22 de Mayo de 2004.

Estas Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido. No obstante, la práctica ha demostrado que se han convertido en un instrumento útil para la comunidad del arbitraje internacional en su proceso decisorio en lo relativo a cuestiones tan importantes como la imparcialidad e independencia de los árbitros, la obligación del árbitro de revelar hechos y circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia y para resolver las objeciones y recusaciones de árbitros.

Las citadas Directrices están estructuradas en dos partes: la primera que contiene las Normas Generales y notas explicativas sobre cada una de ellas y una segunda que recoge los «Listados de Aplicación», los denominados Listados Rojo, Naranja y Verde y que responden a la opinión de los redactores de que el establecimiento

de una relación de hechos y circunstancias específicos que deban ser revelados o que justifiquen la recusación de un árbitro tendrá como resultado la mayor homogeneidad en la aplicación de las Normas Generales y la reducción de recusaciones superfluas y de renunciaciones y sustituciones de árbitros.

En lo que se refiere a la primera parte, la de las Normas Generales, está compuesta por siete Normas o principios que son los siguientes:

2. PRINCIPIO GENERAL

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

3. CONFLICTOS DE INTERÉS

(a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro.

(b) Rige el mismo principio si existen, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4).

(c) Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.

(d) Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio.

4. REVELACIONES DEL ÁRBITRO

(a) Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.

(b) De la Norma General 1 y 2(a) se infiere que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cum-

plir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado.

(c) Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer.

(d) Al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el arbitraje acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento.

5. RENUNCIA DE LAS PARTES

(a) Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias. Lo anterior está sujeto a los apartados (b) y (c) de esta Norma General.

(b) No obstante lo anterior, si hubiere hechos o circunstancias tales como los expuestos en la Norma General 2(d), no surtirá efecto la renuncia por una de las partes a su derecho a objetar, ni será válido el acuerdo entre las partes que permita a la persona involucrada desempeñar las funciones de árbitro.

(c) Cuando haya un conflicto de intereses como aquellos ejemplificados en el Listado Rojo Renunciable, la persona involucrada no deberá desempeñar funciones de árbitro. No obstante, dicha persona puede aceptar la designación como árbitro o puede continuar desempeñando funciones de árbitro si se cumplen las siguientes condiciones:

(i) Todas las partes, los demás árbitros y la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) deben estar plenamente informadas del conflicto de intereses; y

(ii) Todas las partes deben manifestar explícitamente su conformidad con que la persona involucrada desempeñe las funciones de árbitro, pese al conflicto de intereses.

(d) En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia.

Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro.

Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo con-

ciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, se generan dudas que le impidan mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento.

6. ALCANCE O ÁMBITO DE APLICACIÓN

Estas Directrices se aplican por igual a presidentes de tribunales arbitrales, árbitros únicos y a árbitros designados por las partes. Estas Directrices no se aplican a árbitros no neutrales, quienes no tienen el deber de permanecer imparciales e independientes de las partes, según sea permitido por algún reglamento de arbitraje o en algún Derecho nacional.

7. RELACIONES

(a) Al examinar la relevancia de determinados hechos o circunstancias para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelar en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo.

(b) De igual manera, si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de socieda-

des con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por si solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente.

(c) Si una de las partes fuere una persona jurídica, se considerará que hay identidad entre ella y sus gerentes, administradores y miembros de su comité de vigilancia y cualesquiera otras personas que ejerzan control sobre la sociedad.

8. EL DEBER DEL ÁRBITRO Y DE LAS PARTES

(a) Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.

(b) En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.

(c) Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si

hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.

La Segunda parte de las Directrices consiste, como adelantamos, en la aplicación de las Normas Generales, a través de unas categorías de situaciones que pueden presentarse y que conforman los mencionados Listados de Aplicación Rojo, Naranja y Verde.

Aunque las listas no abarcan, como es lógico, todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones ya que se pretendió que fueran lo más exhaustivas posible. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que deberán prevalecer las Normas Generales.

El Listado Rojo consta de dos partes, a saber: el Listado Rojo Irrenunciable (véase las Normas generales 2(c) y 4(b)) y el Listado Rojo Renunciable (véase la Norma General 4(c)). Estos Listados contienen una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso.

Es decir, que si se presentan tales hechos o circunstancias, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, va a considerar que existe un conflicto de intereses (véase la Norma general 2(b)).

El Listado Rojo No Renunciable incluye situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez

y parte a la vez. Por consiguiente, el revelar los hechos o circunstancias del caso no evitará el conflicto de intereses.

El Listado Rojo Renunciable incluye situaciones serias, más no tan graves. Dada su seriedad, se tendrán por renunciables sólo en caso de que las partes, de conformidad con la Norma General 4(c) y conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro.

Diferente es el caso de las circunstancias que abarca el Listado Naranja, como se verá a continuación. El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el Listado Naranja refleja situaciones comprendidas en la Norma General 3(a) y que le corresponde al árbitro darlas a conocer.

En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo éste revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no hacen uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto (Norma General 4(a)).

Como ya expuse anteriormente, debe enfatizarse el hecho de que revelar hechos o circunstancias no tiene por qué conducir automáticamente a la descalificación del árbitro. Es decir, no debe asumirse la descalificación del árbitro por el simple hecho de revelar circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad o independencia. La finalidad de informar a las partes acerca de situaciones sobre las que ellas posiblemente quieran realizar averiguaciones adicio-

nales para poder decidir de manera objetiva – como lo haría cualquier persona prudente que estuviera enterada de los hechos principales – si efectivamente existen dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Si la conclusión a la que se llega es que no hay tales dudas, el árbitro podrá desempeñar las funciones de árbitro sin reparo.

También podrá desempeñar estas funciones si las partes no presentaren ninguna objeción dentro del plazo establecido para tal efecto, o si las partes explícitamente aceptaren al árbitro conforme a la Norma General 4(c), tratándose de situaciones incluidas en el Listado Rojo Renunciable. Claro está que, aun si una de las partes objetase su designación, el árbitro podrá desempeñar sus funciones si la institución que decide sobre las recusaciones considerase que la objeción no reúne los requisitos de la prueba objetiva para la descalificación del árbitro.

Además, una recusación posterior presentada sobre la base de que el árbitro no reveló ciertos hechos o circunstancias, no deberá llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior o nulidad del laudo.

En opinión del Grupo de Trabajo redactor de las Directrices, por el solo hecho que el árbitro no haya revelado ciertos aspectos o circunstancias, no debe inferirse que éste sea parcial o carente de independencia; sólo los hechos o circunstancias no revelados demostrarán si en realidad esto fuere así.

El Listado Verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses.

Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca el Lista-

do Verde. En opinión del Grupo de Trabajo, según aclaró en la nota explicativa sobre la Norma General 3(a), se deben revelar hechos y circunstancias dentro de ciertos límites razonables. En algunos casos la prueba objetiva deberá prevalecer sobre la prueba meramente subjetiva que se basa en ‘la perspectiva de las partes’.

Situaciones que se encuentran fuera de los plazos contemplados en algunos supuestos del Listado Naranja, deberán ser generalmente consideradas como incluidas en el Listado Verde, aunque no se mencionen específicamente.

De cualquier forma, puede darse el caso que un árbitro quiera revelar ciertos hechos o circunstancias porque, de conformidad con las Normas Generales, estima que eso es lo correcto.

Los plazos que se fijan en los Listados fueron ampliamente discutidos y, finalmente, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que los plazos indicados son los apropiados y que servirán de referencia en situaciones donde se carece de ella. Por ejemplo, el plazo de tres años del apartado 3.1 del Listado Naranja puede resultar demasiado largo en algunas circunstancias y demasiado corto en otras.

No obstante, el Grupo de Trabajo considera que este plazo servirá como criterio general adecuado a pesar de que está sujeto a las circunstancias especiales de cada caso.

Con frecuencia, las líneas que separan las situaciones indicadas son muy delgadas y no se tiene siempre la certeza acerca de si una situación determinada encaja en un Listado o en otro.

Asimismo, en los Listados se utilizan términos amplios que abarcan diversas si-

tuaciones, como el de ‘significativo’. El Grupo de Trabajo debatió en profundidad y en repetidas ocasiones estos dos puntos, tomando en consideración las sugerencias recibidas, llegando a la conclusión de que su decisión al respecto refleja al máximo los principios internacionales y, de haber optado por mayores precisiones, que en realidad tendrían que ser interpretadas a la luz de los hechos y circunstancias de cada caso, hubiera resultado contraproducente.

Hay que señalar que se discutió mucho acerca de si realmente era necesario un Listado Verde y si las situaciones que abarca el Listado Rojo Renunciable deberían ser en realidad ser renunciables dado el principio de la autonomía de las partes.

En lo relativo al primer punto, el Grupo de Trabajo mantuvo su postura de que la prueba subjetiva para revelar ciertos hechos o circunstancias no se ha de aplicar como criterio absoluto sino introduciendo en ella algunos parámetros objetivos. En cuanto al segundo punto, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que en el contexto que nos ocupa es válido establecer un límite a la autonomía de las partes.

A continuación se detallan las diferentes situaciones que pueden producirse en la práctica y el tratamiento de que deben ser objeto en función de su inclusión en uno u otro Listado.

8.1. Listado Rojo Irrenunciable

- 1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.
- 1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.
- 1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.
- 1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

8.2. Listado Rojo Renunciable

- 2.1. Relación del árbitro con la controversia
 - 2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.
 - 2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.
- 2.2. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia.
 - 2.2.1 El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.
 - 2.2.2 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.
 - 2.2.3 El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.
- 2.3. Relación del árbitro con las partes o sus abogados
 - 2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.
 - 2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.
 - 2.3.3 Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.
 - 2.3.4 El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilan-

cia, o ejerce un control similar sobre la filial de una de las partes y dicha filia interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.

2.3.5 Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.

2.3.6 El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

2.3.8 El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.

2.3.9 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.

8.3. Listado Naranja

3.1. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.

3.1.1 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.

3.1.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.

3.1.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas.

3.1.4 Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.

3.1.5 Actualmente el árbitro desempeña funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores en otro arbitraje relacionado con el de la causa en el cual también participa una de las partes o su filial.

3.2. Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad

3.2.1 El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

3.2.2 Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.

3.2.3 El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.

3.3. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado

3.3.1 Los árbitros son abogados del mismo bufete.

3.3.2 Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miem-

bros de los mismos colegios o instituciones gremiales.

3.3.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.

3.3.4 Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.

3.3.5 Un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes sin participe en el arbitraje.

3.3.6 Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.

3.3.7 En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados.

3.4. Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje.

3.4.1 El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.

3.4.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o una filial de éstas, por ejemplo como empleado o socio.

3.4.3 Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho que el árbitro

y alguna de estas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales.

3.4.4 Si el árbitro hubiese sido antes juez y, dentro de los tres años anteriores, hubiera sido el juez de la causa en un pleito importante en el que intervino una de las partes.

3.5. Otras circunstancias

3.5.1 El árbitro es accionista, directa o indirectamente, de una de las partes o de una filial de éstas cuando se trate de una sociedad pública que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades.

3.5.2 El árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

3.5.3 El árbitro tiene un cargo en una institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje en cuestión.

3.5.4 El árbitro es gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o ejerce un control similar sobre una filial de una de las partes que no interviene directamente en el asunto materia del arbitraje.

8.4. Listado Verde

4.1. Dictámenes anteriores al arbitraje

4.1.1 Anteriormente el árbitro manifestó su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).

4.2. Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes

4.2.1 El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.

4.3. Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes

4.3.1 Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

4.4. Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes

4.4.1 El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social.

4.4.2 Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados.

4.5. Contactos entre un árbitro y una de las partes

4.5.1 Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con la parte que lo designó o con una filial ésta (o con sus respectivos abogados) pero el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre los nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se discutió el fondo del asunto de la controversia ni cuestiones de procedimiento.

4.5.2 El árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de éstas, siempre que se trate de sociedades pú-

blicas que coticen en bolsa pero la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante.

4.5.3 El árbitro y el gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o quien ejerza un control similar sobre una las partes o una filial de éstas trabajaron juntos como peritos o trabajaron juntos como profesionales de alguna otra manera, incluso desempeñando las funciones de árbitro en un mismo asunto.

Merece también ponerse de manifiesto que, llevados por el mismo objetivo de ayudar en la difícil toma de decisiones en la materia, el Club Español del Arbitraje encomendó el 28 de Julio de 2005 a una ponencia especial la redacción de un informe y de unas Recomendaciones sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Recogidas en un primer informe, publicado en julio de 2006, las Recomendaciones fueron sometidas a revisión por una comisión *ad-hoc* designada por la Junta Directiva del Club, (de la que tuve el honor de formar parte) fruto de la cual resultaron las Recomendaciones que fueron aprobadas el 23 de octubre de 2008 y que están actualmente vigentes.²

Las citadas Recomendaciones incluyen, por un lado, un listado de «Circunstancias de Abstención» que obligan a rechazar la propuesta para actuar como árbitro, agrupadas en relación con las partes y en relación con los abogados.

Incluye también el proviso de que si las partes y sus abogados son conscientes de una Circunstancia de Abstención, por así haberlo revelado el candidato y a pesar de ello, am-

² Pueden ver texto completo en www.clubarbitraje.com

bas partes insisten en su designación, éste podrá aceptar el encargo sin que luego pueda denunciarse ni impugnarse su nombramiento.

Por otra parte, establece que todo candidato para ser árbitro que estime que no incurre en una «Circunstancia de Abstención» podrá aceptar su designación, pero deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. La buena fe y el deber de transparencia exigen que los candidatos revelen todas las circunstancias que potencialmente, desde el punto de vista de las partes, pudieran generar dudas sobre su independencia e imparcialidad. Esas circunstancias son las que constituirían las «Circunstancias de Revelación».

Las Recomendaciones del CEA han optado, de manera absolutamente deliberada, por no incluir un listado de esas Circunstancias de Revelación, ya que los autores tuvieron en cuenta la desgraciada mala práctica, a la que ya he hecho referencia anteriormente en este artículo, consistente en que las partes reticentes al arbitraje utilizan la recusación de árbitros como un medio para demorar los arbitrajes o privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Y así, cuando el árbitro da a conocer cualesquiera hechos o circunstancias, no importa lo insigni-

ficante o lo grave de la cuestión, con demasiada frecuencia conduce a que se planteen objeciones, recusaciones y se origine la renuncia o sustitución de un árbitro.

Es más, conscientes de esa circunstancia, las Recomendaciones incluyen como punto 11.2 de las mismas, el siguiente texto: «*En su comunicación, el candidato podrá señalar que, a pesar de la Circunstancia de Revelación, se considera independiente e imparcial y que acepta la designación como árbitro*».

Y para no dejar lugar a dudas, añade en la Recomendación 11.3 que «*La comunicación de una Circunstancia de Revelación no implica en si misma ni un deber del candidato de rechazar la propuesta ni la existencia de una causa de recusación*».

Eso, como es lógico, no es óbice para que se señale en la 11.4, que, en la duda, el candidato deberá optar por la revelación.

Finalmente, las Recomendaciones incluyen un listado de ejemplos de Circunstancias que no precisan ser Reveladas, y que agrupa en tres categorías: a) en relación con el procedimiento; b) en relación con las partes y c) en relación con los abogados y los otros árbitros.

CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS. DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS

VICENTE ROLDÁN MARTÍNEZ (*)

SUMARIO: *1. Introducción; 2. Imparcialidad e Independencia; 3. Deberes de los árbitros: Revelación y Declaración; 4. Conclusiones*

1. INTRODUCCIÓN

La mujer del César no sólo debe serlo, sino también parecerlo. Partiendo de la celeberrima frase de Julio César podemos abordar una de las cuestiones que más comentarios y debates ha suscitado en el mundo del arbitraje: la imparcialidad e independencia de los árbitros y, como extensión de estos principios, la de los deberes ínsitos a cualquiera que ejerza el cargo de árbitro: el deber de revelación y el deber de declaración como piedra angular sobre la que pivota la confianza de las partes en el tercero que dirime la controversia.

A diferencia de los Jueces, dotados del aura de imparcialidad e independencia que les brinda el ordenamiento jurídico a través de las diversas constituciones, los árbitros no gozan de esta presunción de la que *prima facie* el ordenamiento jurídico dota a los funcionarios del Estado que desempeñan la labor de impartir justicia.

Precisamente esta distinción es caldo de cultivo de los críticos del arbitraje que ponen en duda la propia institución arbitral

como medio de resolución de conflictos donde las partes tengan la certeza de que ese tercero resolverá, sin mácula, el conflicto.

Ahondando todavía más en la cuestión, el siguiente paso, se centra en determinar hasta qué punto la designación del árbitro de parte, no desnaturaliza el concepto de independencia que debe regir en todo proceso en el que se dirima una controversia, ya sea arbitral, ya judicial. En contrapartida con esta tesis, está aquella seguida por los entusiastas de este método heterocompositivo que, defienden esa capacidad de designación como principio inherente a todo arbitraje: la autonomía de la voluntad.

Por tanto, y antes de abordar con detalle los dos deberes fundamentales de los árbitros en el marco del procedimiento arbitral, conviene partir de los dos presupuestos que dotan de carta de naturaleza a estos deberes: la imparcialidad y la independencia.

2. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Como punto de partida y, al hilo de lo expuesto anteriormente, debemos señalar que,

(*) Socio Magdalena Abogados. Valencia-España.

a diferencia de los Jueces donde su independencia es absoluta, es decir, que lo es con abstracción del caso concreto, los árbitros son independientes de forma relativa en el sentido de que deberán serlo únicamente sobre la controversia que tengan que dirimir. Por tanto, ya podemos decir que la imparcialidad es el adjetivo propio del arbitraje, por cuanto, las partes tienen que percibir y sentir con seguridad que no existen vínculos entre los árbitros y las partes, entre aquéllos y los letrados de éstas ni, tampoco, entre los propios dirimientes, y todo ello con el objetivo de crear ese aura de transparencia. Es decir, la independencia es un concepto objetivo que nace de las relaciones entre partes y árbitros.

Por lo que respecta a la imparcialidad y, a diferencia de la independencia, ya no nos hallamos ante un concepto objetivo, sino subjetivo, es decir, la ausencia de predisposición. Para resolver la controversia como componedor de la misma, resulta indispensable que el proceso interno del árbitro carezca de sesgo en la duda.

No obstante, los críticos de la institución, no sin razón en muchos casos, afirman que el carácter cerrado y, algunas veces, corporativista de la institución hacen que los sujetos intervinientes en los procesos suelen coincidir, unas veces como árbitros y, otras como abogados, lo que levanta las suspicacias de amiguismos, rencillas o vendettas personales entre ellos. Como veremos a continuación, la comunidad arbitral, consciente de estas cuestiones ha puesto freno mediante la creación de determinados cortafuegos que reduzcan tan enconadas críticas.

Partiendo de estos dos conceptos esenciales, las Leyes de Arbitraje y los Reglamentos de las distintas cortes de arbitraje han previsto un sistema que se sustenta en dos principios básicos:

- (i) El deber de ser y permanecer independientes e imparciales. Para ello, resulta preciso que no exista relación alguna de los árbitros con las partes.
- (ii) Ese ser y ese parecer debe manifestarse al exterior, y para ello, otro de los deberes de los árbitros es el de poner de manifiesto a las partes, ora al inicio del arbitraje, ora durante el desarrollo del mismo, cualquier circunstancia que pueda afectar a la independencia o imparcialidad del dirimente.

Y como herramienta de las partes se prevé la posibilidad de que las partes puedan recusar en cualquier momento del proceso al árbitro o árbitros que consideren.

Todas estas expresiones vienen recogidas en la Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003 en su artículo 17 materializa esos principios y configura el arma de la recusación. En este punto, y a diferencia de la derogada legislación no existe un *numerus clausus* de motivos de recusación, lo que, sin duda, resulta positivo.

Analizadas los dos elementos que definen objetiva y subjetivamente al árbitro en su relación con las partes, procede analizar a continuación esos deberes, entrando a valorar, en la conclusión los efectos directos que esa infracción tiene sobre el propio procedimiento arbitral.

3. DEBERES DE LOS ÁRBITROS: REVELACIÓN Y DECLARACIÓN

Ambos principios son trasunto uno del otro, pues la revelación implica la necesaria declaración.

Así, la revelación es el principal instrumento con el que cuentan las partes para prevenir los conflictos de intereses en el arbitraje, toda vez que para las partes es prácticamente imposible conocer las posibles relaciones de los árbitros con las partes, sobre todo cuando nos hallamos en el seno de un arbitraje internacional. No obstante, si conviene advertir que ese deber es meramente instrumental, y tiene como único fundamento el que las partes conozcan las circunstancias que puedan dar lugar a sembrar dudas sobre la imparcialidad e independencia, siendo estos principios los verdaderamente sustanciales y configuradores del arbitraje.

Ahora bien, este deber de revelación genera una cuestión relevante, qué debe revelar el árbitro, toda vez que la Ley de Arbitraje se refiere a las *dudas razonables*. Existe un principio bastante aceptado es aquel que obliga al componedor a revelar aquellas circunstancias que puedan generar dudas razonables sobre su imparcialidad o independencia.

La siguiente cuestión se centra en determinar qué se entiende por justificada y razonable, sobre todo porque depende del árbitro el poner de manifiesto esas circunstancias y, mucho más allá, si las mismas son susceptibles de generar un verdadero motivo de abstención.

Por tanto, y como criterio general debemos señalar que, en todo caso, el árbitro deberá revelar todo lo que directamente crea que debe revelar y, además, aquellos extremos sobre los que tenga dudas, es decir, la denominada *revelación en la duda* que se contienen en la declaración de independencia e independencia que debe suscribirse ante la CCI.

A mayor abundamiento, ese deber de revelación no debe limitarse al momento

primigenio del proceso, sino que deberá hacerse patente en cualquier fase del mismo, sobre todo porque las partes pueden solicitar del dirimente que se pronuncie sobre las posibles relaciones con cualquiera de las partes.

Y precisamente esas dudas justificadas podrá ser interpretado en una puntual acción de anulación del laudo.

Y expuesto lo obvio, es evidente que el árbitro debe gozar de elementos que le permitan resolver las dudas que suscite una posible declaración por su parte. En este sentido, resultan comúnmente aceptadas las REGLAS IBA creadas el 22 de mayo de 2004 y que en 2014 serán revisadas, para determinar qué debe o no debe revelar.

Y esas directrices de la IBA se dividen en dos apartados concretos. Un primer apartado que contiene siete principios generales en relación con la imparcialidad, la independencia y el deber de revelación y, una segunda, en forma de lista cromática de situaciones donde puede hallarse el componedor y que configuran el deber de revelación que ostentan.

Expuesto lo anterior, existen dos cuestiones relevantes, a saber:

- a) El árbitro, en caso de duda, debe revelar la situación concreta. Así y *ab initio* se resuelve el problema de la independencia, evitando que la averiguación posterior por cualquiera de las partes, quiebre la confianza en el árbitro.
- b) La segunda, es aquella que determina que la existencia de unas determinadas circunstancias no implica, *per se*, la existencia de un conflicto de intereses y todo ello sobre la base de que la

revelación no afecta, en principio a su imparcialidad e independencia.

Adentrándonos en las cuestiones concretas de las directrices IBA, debemos decir que existen tres colores: **(i) rojo**: que se relacionan con supuestos irrenunciables y renunciables. En los primeros destacan aquellos en los que el árbitro se identifica con cualquiera de las partes, debiendo abstenerse. Los segundos son aquellos que, aun existiendo dudas, las partes pueden aceptar dejando incólume el nombramiento. La aceptación deberá ser, eso sí, expresa; **(ii) naranja**: son situaciones en las que el árbitro debe informar pero que las partes, si no solicitan su recusación se entenderá que tácitamente han renunciado a oponerse a la designación; **(iii) verdes**: tienen un valor relativo y no problemático.

Como exponíamos al principio, estas directrices nacen con vocación de amortiguar los ataques de los críticos, pero eso sí, no dejan de ser meras indicaciones sin valor vinculante.

En España, la aplicación es todavía escasa pero la Jurisprudencia, a través de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2011 (Sentencia 506/2011), donde se aborda las relaciones del presidente del tribunal arbitral con el

despacho de abogados que ejercía la defensa de unas de las partes, y en la que el tribunal señaló que, con independencia de que no se afecta a los deberes básicos del árbitro, si señalo como elemento consubstancial el derecho de las partes de conocer esos detalles para sembrar la duda.

4. CONCLUSIONES

Como hemos apuntado los deberes de revelación y comunicación son meros instrumentos de los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros y por tanto, su omisión puede causar efectos no sólo sobre el árbitro, sino también sobre el procedimiento y el propio laudo, el cual podría ser susceptible de anulación por afectar al orden público como elemento esencial de la justicia.

Sobre la base de estas consecuencias tan relevantes, procede obligar a los operadores arbitrales que se aplique con celo estos deberes y principios, puesto que no sólo servirán como defensa clara respecto a los críticos de la institución sino además, como alimento de este método heterocompositivo de resolución de controversias que, en países como España, cuenta con un halo de sospechas, infundadas, pero entendibles que evitan su despegue definitivo.

**CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS.
DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER DE DECLARACIÓN
DE LOS ÁRBITROS.
EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO FRANCÉS.**

LAURENCE KIFFER (*)
ANNE-SOPHIE TONIN (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El fundamento del deber de revelación y del deber de declaración de los árbitros. 2.1. La distinción entre el deber de independencia, el deber de revelación y el deber de declaración. 2.2 La consagración del deber de revelación en el derecho francés. 3. La aplicación en la jurisprudencia francesa: una jurisprudencia abundante y severa. 3.1. La exigencia de «independencia directa» con respecto a las partes. 3.2. La exigencia de «independencia indirecta» con respecto a terceros. 4. Un reciente retorno a una jurisprudencia más equilibrada.



1. INTRODUCCION

El principio de independencia de los árbitros es una de las «*pedras angulares*»¹ del arbitraje nacional e internacional y una de sus garantías esenciales². Método de resolución de conflictos «*híbrido*» o «*mixto*»³- convencional por su origen y jurisdiccional por su objeto- el arbitraje da a la misión de los árbitros una doble dimensión: una misión jurisdiccional por la cual los árbitros deben, como los jueces, ser independientes y una dimensión contractual que la refuerza⁴. En principio, los árbitros son elegidos por las partes, las cuales depositan una confianza particular en ellos, lo que exige que sean independientes. Sin esta exigencia de independencia, los árbitros correrían el riesgo de depender de una de las partes y arruinar la confianza que en ellos tiene la otra.

(*) Abogada en París (Francia) en el despacho Teynier Pic & Associés.

(**) Abogada en París (Francia) en el despacho Teynier Pic & Associés.

¹ LE BARS, Benoît. «Obligation de révélation des liens de l'arbitre avec l'avocat d'une des parties : il va falloir attendre encore un peu». En : *JCP G*, 26 de noviembre de 2012, N° 48, p. 1268.

² COHEN, Daniel. «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêt». En : *Rev. Arb.* 2011, N° 3, pp. 611- 652, §17.

³ *Ibid.* §15.

⁴ Corte de Apelación, CA, París, 1 de marzo de 2011, N° 09/22701, Salomon X c/ SAS Consultaudit: «*»el árbitro tiene una misión a la vez contractual y jurisdiccional que debe cumplir con conciencia, independencia e imparcialidad*».

El principio de independencia impone a los árbitros someterse a un deber de información a las partes y sobre todo a un deber de revelación de toda situación susceptible de crear un conflicto de intereses que surge por «una situación en la cual [los árbitros] tiene[n] un interés personal en influir o parecer influir en el ejercicio imparcial y objetivo de la misión que les fue confiada»⁵.

La independencia de los árbitros en el arbitraje es un principio universalmente reconocido: muchas leyes extranjeras establecen esta exigencia⁶ así como numerosos reglamentos de arbitraje, tales como el Reglamento CNUDMI (artículo 12.1⁷), el Reglamento suizo de arbitraje internacional (Artículo 10⁸), el Reglamento LCIA (artículos 5.2 y 5.3⁹) o el Reglamento CCI (artículo 11.2¹⁰), algunos de los cuales además, someten a los árbitros a la firma de una declaración de independencia. Ciertas normas profesionales

como los «*IBA guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*» del 2004 que completan las «*Rules of Ethics for International Arbitration*» de 1987, reconocen igualmente el principio de independencia de los árbitros.

Sin embargo, en situaciones concretas de conflicto de intereses, el principio universal de independencia de los árbitros, así como la extensión del deber de revelación y de declaración, están sujetos a variaciones y soluciones diferentes en función de las legislaciones nacionales. Con respecto a este tema, el derecho francés y sobre todo, la jurisprudencia francesa, han sufrido una evolución algo «caótica»¹¹, dudando sobre la cuestión esencial de saber si la falta al deber de revelación del árbitro debe automáticamente conducir a una sanción por parte de los tribunales franceses o si los tribunales tienen solo que sancionar la falta de revelación de circunstancias que realmente pueden llevar a crear una duda razo-

⁵ COHEN, Daniel, en AUGENDRE, Geneviève. «Loyauté et impartialité de l'arbitre». En : *Gaz. Pal.*, 24 de mayo de 2012, N° 145, p. 21. Traducción libre del francés: «[...] une situation dans laquelle une arbitre a un intérêt personnel à influer ou paraître influer sur l'exercice impartial et objectif de la mission qui lui est confiée».

⁶ Por ejemplo: en Suiza: el artículo 180 LDIP, en Italia: el artículo 815 del Código de procedimiento civil, en Inglaterra: el artículo 24(1) del *Arbitration Act* de 1996, en Bélgica: el artículo 1690 del Código judicial, etc.

⁷ «Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

⁸ «Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

⁹ «5.2: Todos los árbitros que instruyan un arbitraje al amparo de este Reglamento serán y se mantendrán en todo momento imparciales e independientes de las partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas. Ningún árbitro, antes o después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado.

5.3. Antes del nombramiento por la Corte de la LCIA, cada árbitro remitirá al Secretario un resumen escrito de su actividad profesional pasada y presente; aceptará por escrito los honorarios previstos en el arancel; y firmará una declaración en el sentido de que no existen a su conocimiento circunstancias susceptibles de producir dudas razonables sobre su imparcialidad o independencia, distintas de las ya reveladas por el árbitro en su declaración.

Asimismo, cada árbitro asumirá el compromiso permanente de revelar a la Corte de la LCIA, a los demás miembros del Tribunal Arbitral y a todas las partes cualesquiera otras circunstancias similares, sobrevenidas con posterioridad a la declaración ya efectuada y antes de la conclusión del arbitraje».

¹⁰ «Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe 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, así como cualquier circunstancia que pudiese dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios».

¹¹ SERAGLINI, Christophe. «Droit de l'arbitrage». En: *JCP*, N° 50, 10 de diciembre de 2012, p. 1354.

nable en cuanto a la independencia y la imparcialidad del árbitro.

El objeto de este artículo es estudiar la evolución de la jurisprudencia francesa en relación al deber de revelación y de declaración de independencia de los árbitros que se orientó hacia una posición severa para volver recientemente a una posición más equilibrada.

2. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN Y DEL DEBER DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS

2.1. La distinción entre el deber de independencia, el deber de revelación y el deber de declaración

La independencia y la imparcialidad son indispensables e indisolubles de la misión de juzgar: los jueces están sometidos a esas obligaciones que forman parte del orden público. Sin embargo, el deber de revelación y el deber de declaración no son condiciones necesarias en la actividad jurisdiccional y los jueces no tienen una obligación de declaración y de revelación¹².

En el arbitraje, el deber de revelación y el deber de declaración provienen de la misión confiada al árbitro y de su vínculo contractual con las partes¹³. No se deben confundir con el deber de independencia, obligación esencial del arbitraje y condición para la con-

fianza de las partes en los árbitros designados. El incumplimiento de la obligación de revelación y de declaración no basta para caracterizar una falta en el deber de independencia¹⁴. Por ejemplo, un árbitro puede revelar una multitud de elementos y sin embargo, no ser independiente. Por el contrario, un árbitro puede ser totalmente independiente y olvidar revelar un elemento¹⁵. «*Pues, la independencia no está integrada en la revelación y la revelación no es apta para otorgar al árbitro una garantía de independencia o a fortiori de imparcialidad*»¹⁶. En este sentido, la falta de independencia es más grave que una simple falta de revelación.

Igualmente se puede distinguir el deber de revelación del deber de declaración. Como hemos mencionado en la introducción de este artículo, varios reglamentos de instituciones de arbitraje someten a los árbitros a firmar una declaración de independencia en el momento de su designación donde por ejemplo «*la persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito [...] cualquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner una duda su independencia así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad*»¹⁷. Esta obligación de declaración, propia de algunas instituciones de arbitraje, tiene forma, por ejemplo, de formulario que deben rellenar los árbitros (en el caso del Reglamento CCI)¹⁸. La declaración de independencia, en este

¹² HENRY, Marc, nota sobre CA Reims, 2 de noviembre de 2011. En: *Rev. Arb.* 2012, N° 1, p. 122, §6.

¹³ HENRY, Marc, nota sobre CA Reims, 2 de noviembre de 2011, *Op. cit.* §7.

¹⁴ HENRY, Marc. «Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs». En: *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de Julio de 2011, N° 3, p. 787, §5.

¹⁵ JARROSSON, Charles, nota sobre Corte de casación, C. Cas, 1ra sala, 10 de octubre de 2012, En: *Rev. Arb.* 2013, N° 1, p. 129, §10.

¹⁶ *Ibid.* Traducción libre del francés: «[...] l'indépendance n'est donc pas intégrée dans la révélation et celle-ci est inapte à conférer à l'arbitre un brevet d'indépendance ou a fortiori d'impartialité».

¹⁷ Reglamento CCI, artículo 11.2.

¹⁸ FRY, Jason, GREENBERG, Simon y MAZZA, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. 1ra. edición. París: ICC Services, Publications Department, 2012, p. 119: este formulario esta enviado a los árbitros por la Secretaría o el Comité Nacional o Grupo una vez que han sido nominados o seleccionados para propuesta.

sentido, puede interpretarse como un soporte del deber de revelación del árbitro.

Sin embargo, según la interpretación de algunos autores¹⁹ de la jurisprudencia francesa, el deber de declaración, previsto por ciertos reglamentos de arbitraje, parece haberse convertido en una etapa previa e indispensable al deber de revelación.

Tras una decisión de la Corte de Apelación de París del 10 de marzo de 2011²⁰, que anuló un laudo porque los árbitros se negaron a someterse a una «declaración de interés» exigida por una de las partes, algunos autores dedujeron que «*la declaración de independencia 'se hizo obligatoria, aún si 'no hay nada que declarar, o si el reglamento de arbitraje no la prevé'*»²¹. La Corte consideró que la negativa infundada de los árbitros a someterse a una petición de declaración de independencia formulada por una de las partes, podía crear una duda sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. De esta manera, la declaración de independencia parece ser una condición previa e imponerse aún si los árbitros no tienen nada que revelar.

En cuanto al deber de revelación, está contenido en el deber de declaración: en el momento de su designación, el árbitro establecerá una declaración de independencia en la cual revelará las circunstancias susceptibles de poner en duda su independencia o su imparcialidad.

El deber de revelación se analiza como una obligación de información, una «*consagración material de la obligación moral de independencia del árbitro*»²² que pesa sobre los árbitros y permite a las partes ejercer, llegado el caso, su derecho de recusación del árbitro²³. Se debe entender como «*un medio*» mientras que «*la independencia y la imparcialidad son un fin*»²⁴.

Sin embargo, el deber de revelación, diferente del deber de independencia, y sobre el cual nos vamos a focalizar, debe estar razonablemente limitado y no ser interpretado de manera excesiva.

La nueva legislación francesa consagra en términos generales el deber de revelación.

2.2. La consagración del deber de revelación en el derecho francés

El deber de revelación fue reconocido hace mucho tiempo por legislación francesa, la cual extendió la obligación legal que existía en arbitraje interno al arbitraje internacional.

En la legislación anterior, el deber de revelación estaba regulado por el artículo 1452 del Código de procedimiento civil francés, introducido por el decreto 80-354 del 14 de mayo de 1980, que enunciaba que: «*[e]l árbitro que se considere susceptible*

¹⁹ Por ejemplo, HEINTZ, Tom Philippe y VIEIRA DA COSTA CERQUIERA, Gustavo. «L'obligation d'indépendance de l'arbitre: vers une nouvelle interprétation *ad extirpanda* en droit français». En: *ASA Bulletin*, Kluwer Law International 2012 Volume 30 Issue 1, pp. 197-211, §5; CLAY, Thomas. «L'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges». En: *Dalloz*, 22 de diciembre de 2011, N° 44, Panaroma, p. 3028.

²⁰ CA París, 10 de marzo de 2011, N° 09/28826, *Sté Nykcool AB*. En: *Dalloz* 2011, p. 3023; *Rev. Arb.* 2011, p. 732, nota COHEN; *LPA* 2011, N° 225-226, nota PINSOLLE; *JCP G* 2011, p. 1432, nota BEGUIN.

²¹ Por ejemplo, HEINTZ, Tom Philippe y VIEIRA DA COSTA CERQUIERA, Gustavo., *Op. cit.* CLAY, Thomas. «L'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges», *Op. cit.*

²² HENRY, MARC en HEINTZ, Tom Philippe y VIEIRA DA COSTA CERQUIERA, Gustavo, *Op. cit.* §17.

²³ JARROSSON, Charles, *Op. cit.* p. 133, §7.

²⁴ HENRY, Marc, nota sobre CA Reims 2 de noviembre de 2011, *Op. cit.* §, p. 122, §7: «[l]'obligation de révélation est un moyen quand l'indépendance et l'impartialité sont une fin».

de ser recusado habrá de ponerlo en conocimiento de las partes»²⁵. De esta manera, el árbitro tenía el deber de revelar lo que él creía que las partes considerarían una causa de recusación.

Sin embargo, como lo han señalado Emmanuel GAILLARD y Pierre DE LAPASSE²⁶, este artículo no se remitía a la noción de independencia del árbitro sino a las causas de recusación o a la recusación del árbitro lo que, por una parte, ponía poco de manifiesto el carácter absoluto de la independencia del árbitro y, por otra parte, dejaba lugar a dudas sobre el contenido de esta noción en el derecho de arbitraje. Además, durante varios años, las causas de recusación de los árbitros eran las mismas que se aplicaban a los jueces (del artículo 341 Código de procedimiento civil francés) siendo unas veces demasiado limitadas y otras demasiado amplias.

Las cortes francesas sobrepasaron la aplicación estricta del texto legal interno sobre las causas de recusación y consagraron por su lado la obligación de revelación. Desde el fallo *Etat du Qatar c/ société Creighton Ltd* de 1999²⁷, consideran que los árbitros tienen el deber de revelar «cualquier circunstancia que pueda afectar su juicio y provocar en el espíritu de las partes una duda razonable sobre su imparcialidad e independencia que son la esencia de su función arbitral»²⁸.

De esta manera, el deber de revelación está compuesto por un criterio objetivo: la revelación de cualquier circunstancia que pueda afectar el juicio del árbitro, y un criterio subjetivo: una duda razonable en el espíritu de las partes. Por lo tanto, «para caracterizar una falta al deber de independencia del árbitro, el factor objetivo, la falta de revelación de circunstancias susceptibles de afectar a su juicio, debe estar confrontado al temperamento subjetivo de su incidencia razonable sobre la independencia del árbitro»²⁹.

La jurisprudencia precisó que la obligación de información que recae sobre el árbitro debe apreciarse tanto respecto a la notoriedad de la situación impugnada como a su incidencia en el juicio del árbitro. De esta manera, el árbitro está dispensado de revelar las circunstancias notoriamente conocidas o sin incidencia sobre el caso. Solo debe «informar a las partes sobre toda relación que no presenta un carácter notorio y que podría razonablemente, según ellas, tener efectos sobre el juicio del árbitro»³⁰. La función de revelación permite a las partes informadas ejercer su derecho de recusación.

La jurisprudencia precisó que la obligación de información que recae sobre el árbitro debe apreciarse tanto respecto a la notoriedad de la situación impugnada como a su incidencia en el juicio del árbitro. De esta manera, el árbitro está dispensado de revelar las circunstancias notoriamente conocidas o sin incidencia sobre el caso. Solo debe «informar a las partes sobre toda relación que no presenta un carácter notorio y que podría razonablemente, según ellas, tener efectos sobre el juicio del árbitro»³⁰. La función de revelación permite a las partes informadas ejercer su derecho de recusación.

²⁵ Traducción libre del francés: «L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties».

²⁶ GAILLARD, Emmanuel y DE LAPASSE, Pierre. «Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage». En: *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de abril de 2011, N° 2, p. 263, §37.

²⁷ C. Cas, 1ra sala, 16 de marzo de 1999, *Etat du Qatar c/ société Creighton Ltd*. En: *Rev. Abr.* 1999, p. 308, nota HENRY, p. 193; *JCP G* 1999, IV, p. 1861; *Dalloz* 1999, p. 498, nota COURBE.

²⁸ Traducción libre del francés: «[...] toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence même de la fonction arbitrale». Ver también, CA París, 2 de abril de 2003, *société Fremarc c/ ITM Entreprises*. En: *Rev. Arb* 2003, p. 1231, nota GAILLARD.

²⁹ HENRY, Marc, «Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs», *Op. cit.*, §5. Traducción libre del francés: «Pour caractériser un manquement au devoir d'indépendance, le facteur objectif de non-révélation d'un événement donné doit être confronté au tempérament subjectif de son incidence raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre».

³⁰ CA París, 13 de marzo de 2008. En: *Dalloz* 2000, pan. p. 3111, nota CLAY.

La jurisprudencia francesa fue tomada en cuenta en la redacción del nuevo decreto francés 2011-48 del 13 de enero de 2011, que, en el artículo 1456 punto 2 del Código de procedimiento civil francés, refuerza el deber de revelación y menciona que «*el árbitro, antes de aceptar su misión, tiene la obligación de revelar cualquier circunstancia susceptible de comprometer su independencia e imparcialidad. También, tiene que revelar sin demora cualquier circunstancia de la misma naturaleza que pudiese nacer después de la aceptación de su misión*»³¹.

Según varios autores³², esta nueva disposición es más estricta que la legislación anterior (el artículo 1452 punto 2 del Código de procedimiento civil francés). Implica una obligación aún más amplia para el árbitro, ya que no puede escoger las circunstancias que pueden afectar o no su imparcialidad o independencia. El árbitro tiene el deber de revelar todas las circunstancias que podrían causar una duda sobre su independencia. Además, el artículo 1456 punto 2 del Código de procedimiento civil francés no da información sobre las «*circunstancias*» que podrían generar un conflicto de intereses que el árbitro tendría que revelar bien en el momento de su entrada en funciones, si ya existen³³, bien durante el procedimiento, si aparecen después del inicio del arbitraje³⁴. «*La noción de circunstancias susceptibles de afectar su independen-*

cia o imparcialidad es un estándar de derecho, cuyo análisis es casuístico»³⁵.

De esta manera, el análisis de la jurisprudencia francesa es interesante ya que algunas circunstancias susceptibles de afectar la independencia o imparcialidad del árbitro han sido reveladas por las cortes francesas. Sin embargo, aunque el deber de revelación ya está reconocido de manera amplia por el derecho francés, la jurisprudencia francesa decidió extenderlo de manera espectacular, imponiendo un amplio alcance al deber de revelación del árbitro.

3. LA APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA: UNA JURISPRUDENCIA ABUNDANTE Y SEVERA

Los tribunales franceses han pronunciado numerosas decisiones relativas al deber de revelación de los árbitros mostrándose cada vez más exigentes respecto a este deber y haciéndolo menos flexible y difícil de delimitar.

Para utilizar la distinción expresada por Daniel COHEN³⁶, las cortes francesas imponen un deber de «*independencia directa*» a los árbitros con respecto a las partes. Esta imposición ha evolucionado recientemente, y de forma criticable, hacia un deber de «*independencia indirecta*» con respecto a los abogados de las partes o el despacho de estos abogados.

³¹ Traducción libre del francés: «*Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission*».

³² Por ejemplo: GAILLARD, Emmanuel y DE LAPASSE, Pierre, *Op. cit.* §41.

³³ CA París, 16 de diciembre de 2010, N°09/18535, SAS Nidera France. En: *Dalloz* 2011, p. 3023, nota CLAY; *Rev. Arb.* 2011, p. 710, nota COHEN; *Gaz. Pal.*, 15-17 de mayo de 2011, p. 21, nota BENSUADE.

³⁴ CA Reims, 2 de noviembre de 2011, SA J&P Avax c/ Tecnimont SpA. En: *Dalloz* 2011, p. 3023, nota CLAY; *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 186, nota CLAY; *JCP G* 2011, p. 1432, nota BEGUIN.

³⁵ RACINE, Jean-Baptiste en HEINTZ, Tom Philippe y VIEIRA DA COSTA CERQUIERA, Gustavo, *Op. cit.* §10. Traducción del francés: «*la notion de circonstance susceptible d'affecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre est un standard de droit, dont l'analyse demeure casuistique*».

³⁶ COHEN, Daniel, *Op. cit.* pp. 625-629.

3.1. La exigencia de «independencia directa» con respecto a las partes

Los árbitros pueden perder su independencia y dejar de ser imparciales cuando son nombrados de manera repetida por la misma parte en diferentes arbitrajes. Esa fue la posición de las cortes francesas al anular laudos arbitrales debido al carácter sistemático de la designación de un árbitro por sociedades de un mismo grupo, caracterizando un «flujo de negocios» entre el árbitro y una de las partes del arbitraje.

En un fallo del 29 de enero de 2004, la Corte de Apelación de París³⁷ anuló un laudo pronunciado por un árbitro que omitió revelar que había sido nombrado 51 veces por el grupo al que pertenecía la sociedad que lo había designado en el arbitraje. La Corte juzgó que existía un «flujo de negocios» entre el árbitro y la parte en base a 3 parámetros: (1) el carácter sistemático de las designaciones, (2) la frecuencia y la regularidad de las designaciones durante un largo periodo y (3) la similitud de los contratos que contenían las cláusulas de arbitraje que designaban al árbitro en cuestión.

Más recientemente, en dos fallos del 20 de octubre de 2010, la Corte de casación francesa validó la jurisprudencia de la Corte de Apelación de París y retomó los 3 criterios previamente citados para apreciar la existencia de un eventual «flujo de nego-

cios». En la primera decisión (*Sté Somoclest Batiment c/ Sté DV Construction*³⁸) el árbitro no había informado a la otra parte que había sido designado 51 veces como árbitro por sociedades de un mismo grupo. En la segunda (*Marcel Batard et autre c/ Sté Prodim et autre*³⁹), un árbitro había omitido informar a la otra parte que había participado en 34 arbitrajes para las sociedades del grupo. En ambas decisiones, la Corte de casación juzgó que:

«el carácter sistemático de la designación de una persona determinada por las sociedades de un mismo grupo, su frecuencia, su regularidad durante un largo periodo en contratos comparables, han creado las condiciones de un flujo de negocios entre esta persona y las sociedades del grupo que eran parte en el procedimiento, de modo que el árbitro tenía el deber de revelar íntegramente esta situación a la otra parte con objeto de permitirle ejercer su derecho de recusación»⁴⁰.

La Corte de casación decidió que las simples declaraciones por parte de los árbitros, mencionando que habían sido designados «*varias veces*» y «*regularmente*» por una de las partes, no permitían apreciar el alcance de la relación de negocios que existía entre los árbitros y las partes. La revelación de los árbitros no era suficientemente precisa; según la Corte, los árbitros de-

³⁷ CA París, 1ra sala, 29 de enero de 2004, SERF c/ DV Construction. En : *Rev. Arb.* 2005, p. 709.

³⁸ C. Cas, 1ra sala, 20 de octubre de 2010, société Somoclest c/ société DV Construction. En: *Dalloz* 2010, p. 2589, nota DELPECH; *LPA* 2011, N° 36, p. 6, nota HENRY; *JCP G* 2010, p. 1286, note SERAGLINI.

³⁹ C. Cas, 1ra sala, 20 de octubre de 2010, Marcel Batard et autre c/ société Prodim et autre. En: *Dalloz* 2010, p. 2933, nota CLAY; *Dalloz* 2010, p. 2589, nota DELPECH; *LPA* 2011, N° 36, p. 6, nota HENRY, *JCP G* 2010, p. 1286, note SERAGLINI.

⁴⁰ Traducción libre del francés : «*le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation*». Estas decisiones fueron validadas por dos fallos de CA Reims del 31 de enero de 2012.

bían haber informado íntegramente de la relación de negocios que mantenían con la parte que les designó para permitir a la otra parte ejercer su derecho de recusación.

Como la mayoría de los autores⁴¹, pensamos que estas decisiones deben ser favorablemente acogidas: el número importante de designaciones por la misma parte o el mismo grupo, su frecuencia, su regularidad y los contratos comparables, demuestran que el criterio de razonabilidad se había sobrepasado. Además, estas decisiones establecen criterios claros de apreciación de la existencia de un «flujo de negocios» entre un árbitro y una de las partes. Ahora bien, la jurisprudencia tendrá que decidir el grado a partir del cual una designación repetida puede constituir una relación de negocios incompatible con la independencia del árbitro.

Más criticables son las decisiones de los tribunales franceses respecto a la independencia entre los abogados de las partes y los árbitros.

3.2. La exigencia de «independencia indirecta» con respecto a terceros

Como ya hemos mencionado, de la independencia del árbitro fluye la confianza de las partes en el arbitraje. La independencia del árbitro se evalúa sobre todo respecto a las partes: el árbitro dicta una decisión de justicia que soluciona un litigio entre unas partes, en consecuencia, debe ser independiente respecto a ellas. Ahora bien, los abogados de las partes no son las partes: son terceros que, en principio, son independientes de ellas y las asisten. Los vínculos

eventuales entre un árbitro y el abogado de una de las partes no son, en principio, discriminantes en la apreciación de la independencia del árbitro con respeto a esa parte.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa centró su atención de manera preocupante durante un tiempo en la cuestión de la independencia de los árbitros con respecto a los abogados de las partes del arbitraje y anuló laudos debido a «*la relación de interés*» que existía entre el árbitro y el abogado de una de las partes o el despacho de este abogado. A este respecto, cuatro decisiones fuertemente criticadas de las cortes francesas merecen nuestra atención.

En un fallo del 9 de septiembre de 2010 (*Consorts Allaire c/ SAS SGS Holding France*⁴²), la Corte de Apelación de París extendió por primera vez el principio de independencia del árbitro con respecto a las partes estableciendo una obligación de independencia con respecto a los abogados de las partes.

En el presente caso, el árbitro, profesor de derecho, había declarado que el despacho de abogados de la parte que lo nombró en el arbitraje ya le había consultado en el pasado, pero que no tenía ninguna relación con dicho bufete desde el principio del arbitraje. El árbitro se negó a mencionar la cifra de negocio que había realizado con el despacho, contentándose con revelar que nunca tuvo oficina o estatuto de «*of counsel*» en el despacho. Sin embargo, la Corte de Apelación consideró que entre el árbitro y el bufete de abogados existían unas «*relaciones de interés*» que

⁴¹ Por ejemplo: HENRY, Marc. «Chronique de droit de l'arbitrage». En: *LPA*, 21 de febrero de 2011, N° 36, p. 6.

⁴² CA París, 9 de septiembre de 2010, *Consorts Allaire c/ SAS SGS Holding France*. En: *Dalloz* 2010, p. 2933, *LPA* 2011, N° 36, p. 6, nota HENRY, *JCP* 2011, p. 1432, nota BEGUIN.

no eran «*ni ocasionales ni alejadas en el tiempo*» susceptibles de crear una duda sobre la independencia e imparcialidad del árbitro y en base a eso, anuló el laudo.

Ya en su momento, la mayoría de la doctrina francesa había criticado esta decisión considerando, por ejemplo, que «*una relación de interés entre un árbitro y un abogado, no debería constituer per se una falta de independencia [...] Para ser discriminante, debería, además, caracterizar un estado de dependencia del árbitro*»⁴³ (por ejemplo, si el árbitro tiene un vínculo estructural con el bufete que lo nombró o si en el momento de la designación del árbitro, la parte que lo nombró le debe honorarios por servicios realizados, etc.). La única posibilidad de que exista un vínculo entre el árbitro y el abogado de una de las partes no debería bastar para anular un laudo, la falta de independencia debería ser demostrada.

Sin embargo, la Corte de Apelación de París recientemente reiteró su decisión y juzgó que la falta de revelación por parte del árbitro de un vínculo estructural y de negocios, constituye una causa objetiva de su falta de independencia (*EURL Tesco c/ SAS Neoelectra Group*⁴⁴). De esta manera, anuló un laudo debido a que el árbitro había faltado a su deber de revelación al no indicar que había tenido o tenía vínculos de interés con el despacho de abogados en el

cual el abogado de la parte que lo designó trabajaba (más precisamente, que el árbitro fue *of counsel* del despacho durante 11 años y que desde entonces, había dado consejos jurídicos en dos o tres ocasiones). La Corte estimó que «*reconociendo haber sido consultado «dos o tres veces» por [la firma del abogado de la parte], [el árbitro] [era] impreciso sobre el flujo de negocios que exist[ía] entre este bufete de abogados y él mismo*»⁴⁵.

Esta decisión fue de nuevo criticada por la doctrina: según la Corte, la falta de revelación del vínculo estructural (*of counsel*) y de negocios (consejos jurídicos) constituía una causa objetiva de falta de independencia del árbitro, y esta única causa era suficiente para caracterizar un incumplimiento del deber de revelación. Sin embargo, si examinamos bien los «vínculos de interés» invocados, podemos dudar que crearan una duda legítima sobre la independencia del árbitro: 1) el abogado que nombró al árbitro no actuaba para el despacho sino por su propia cuenta, 2) el árbitro había dejado el bufete antes de que el abogado entrara a trabajar en el despacho y 3) dos o tres consejos jurídicos en ocho años no podían caracterizar un «flujo de negocios»⁴⁶. Según Marc HENRY, esta decisión parece estar en contradicción con los criterios mencionados por la Corte en su fallo del 29 de enero de 2004 que define el «flujo de negocios». La Corte no reveló el ca-

⁴³ HENRY, Marc. «Chronique de droit de l'arbitrage», *Op. cit.* §11. Traducción libre del francés: «*Une relation d'intérêts entre un arbitre et un conseil ne devrait pas per se constituer un défaut d'indépendance [...]. Pour être discriminante elle devrait, en outre, caractériser un état de dépendance de l'arbitre*».

⁴⁴ CA París, 1ra sala, 10 de marzo de 2011, Nº 09/28537, *Tesco c/ SAS Neoelectra Group*. En: *Dalloz* 2011, p. 3023; *LPA* 2011, Nº 225-226, nota PINSOLLE; *Rev. Arb.* 2011, p. 727, nota COHEN; *Gaz Pal.* 15-17 mayo de 2011, p. 19, nota BENSUAUDE; *JCP G* 2011, p. 1432, nota BEGUIN; *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de julio de 2011, Nº 3, p. 787, nota HENRY.

⁴⁵ Traducción libre del francés: «*[...] reconnaissant avoir été consulté 'deux ou trois fois' par le Cabinet C, [l'arbitre] reste imprécis sur le courant d'affaires existant entre le cabinet d'avocats et lui-même*».

⁴⁶ HENRY, Marc. «Devoir de révélation de l'arbitrage: consécration du critère de l'incidence raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre». En: *JCP G*, Nº 43, 22 de octubre de 2012, p. 1127.

rácter sistemático de la elección del árbitro por parte del despacho ni la frecuencia o regularidad durante un largo periodo⁴⁷.

La decisión de la Corte de Apelación de Reims del 2 de noviembre de 2011 (SA J&P Avax c/ Tecnimont SpA⁴⁸) va aún más lejos, extendiendo el deber de revelación a los vínculos indirectos, conocidos o no por el árbitro. De esta manera, anuló el laudo en este arbitraje en el que el presidente del tribunal arbitral no había revelado que había sido *of counsel* del bufete de abogados que representaba a una de las partes, aun si desconocía la existencia de los vínculos entre la parte y el despacho de abogados.

La motivación de la Corte de Apelación de Reims es interesante. La Corte recordó la función del deber de revelación: la obligación de información que pesa sobre los árbitros tiene por objeto consolidar la confianza de las partes en los miembros del tribunal y se prolonga durante todo el procedimiento arbitral hasta el final de la misión del árbitro. Lo que es más preocupante es que la Corte enunció que para cumplir con este deber de información, el árbitro debe revelar integralmente, tanto lo estrictamente personal como lo concerniente al despacho del que forma parte, siendo indiferente su grado de asociación en el seno del mismo. De esta manera, juzgó que la falta de información, seguida de una información incompleta, podía razonablemente hacer dudar de la independencia del árbitro.

Así pues, los vínculos eventuales que existen entre el bufete en el que el árbitro ejerce su función y una de las partes, o sea los vínculos indirectos, deben ser divulgados en su totalidad a partir del momento en el que existe una «*relación de clientela*», aun si esta relación no es «*material*»: «*la independencia del árbitro no se valora en función de la importancia de los honorarios percibidos por su despacho de una de las partes*»⁴⁹.

De esta solución derivan varias consecuencias. En primer lugar parece surgir un «deber de investigación» para el árbitro ya que tendrá que verificar en profundidad entre sus contactos, amigos, despacho y antiguos colegas para descubrir si existe un vínculo con una de las partes o sus abogados y revelarlo. «*[V]isto que el grado de asociación es indiferente, surge la duda de saber si en el futuro, un experto árbitro, o profesor consultante ocasional de varias firmas debe realizar estas verificaciones con cada firma con la que tenga un vínculo*»⁵⁰.

En segundo lugar, la Corte solo tiene en cuenta el criterio objetivo del deber de independencia: la revelación, sin tener en cuenta el criterio subjetivo: la duda razonable de las partes. Para la Corte, lo importante es saber si el árbitro ha revelado toda la información, de manera precisa, pero no caracteriza que la falta de revelación pueda ser duda razonable en el espíritu de las partes.

⁴⁷ HENRY, Marc. «Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs», *Op. cit.* §21.

⁴⁸ CA Reims, 2 de noviembre de 2011, SA J&P Avax c/ Tecnimont SpA, *Op. cit.* Tercero acto de la «saga Tecnimont» que confirma la decisión de CA París, 12 de Febrero de 2009 y de C. Cas., 1ra sala, 4 de noviembre de 2010.

⁴⁹ CA Reims, 2 de noviembre de 2011, SA J&P Avax c/ Tecnimont SpA, *Op. cit.* Traducción libre del francés: «[...] une telle relation n'est pas seulement matérielle, l'indépendance de l'arbitre n'étant pas jugée en fonction de l'importance des honoraires perçus d'une partie par son cabinet».

⁵⁰ COLORADO, Yuliana, nota sobre J&P v. société Tecnimont SpA; En: *Spain Arbitration Review*, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España 2012, volumen 2012, issue 15, pp. 163- 173.

Por último, el deber de revelación ha sido recientemente extendido a los vínculos con terceros (*ETE c/ Les Papeteries de Gascogne*⁵¹). La Corte de casación juzgó que un árbitro debía haber revelado que trabajó como abogado de una sociedad, que no era parte en el arbitraje pero tenía relación con una de las partes del arbitraje, dado que el objeto del contrato en litigio era la ejecución de una misión de conciliación con dicha sociedad.

Se puede deducir de estas decisiones que según la jurisprudencia francesa, el árbitro tiene una doble condición de independencia: una independencia con respecto a las partes y una independencia con respecto a los abogados de las partes, que son terceros en el arbitraje⁵². Este rigor podría explicarse por la necesidad de sancionar todo riesgo de prejuicio a la confianza particular que las partes ponen en los árbitros que designan y por el control *a minima* que ejerce la autoridad judicial francesa sobre los laudos⁵³. THOMAS CLAY dedujo de estas soluciones que el deber de revelación había substituido al deber de independencia e imparcialidad⁵⁴. El deber de revelación ahora está visto como «*un fin*» para la dependencia e imparcialidad del árbitro (y no como un «*medio*»⁵⁵).

Sin embargo, nosotros compartimos la opinión de los autores que se preocuparon

de esta aplicación automática del deber de revelación⁵⁶. Esta generalización parece excesiva: transpone indebidamente a los abogados de las partes las soluciones aplicables a las relaciones entre los árbitros y las partes y cuestiona el principio de independencia aplicable al abogado en el ejercicio de sus funciones. Como lo explicaron algunos autores⁵⁷, los árbitros y los abogados de las partes a menudo son profesionales que ejercen la misma especialidad y pueden encontrarse o intervenir conjuntamente en conferencias o pertenecer a las mismas asociaciones. Sin cultivar una amistad, los árbitros y los abogados pueden cultivar un respeto profesional basado en la calidad de los escritos respectivos o en la reputación. La confianza en un árbitro justificará que el abogado lo recomiende como árbitro a su cliente. Sin embargo, estos vínculos o sentimientos no pueden justificar una falta a la independencia del árbitro recomendado por el abogado. «*Afirmar lo contrario sería negar la realidad del mundo del arbitraje*» y «*aplicar al arbitraje estándares superiores que los que son aplicables a la justicia estatal*»⁵⁸. Según DANIEL COHEN⁵⁹, al reforzar considerablemente el deber de revelación, se corre el riesgo de complicar las designaciones de los árbitros (en el pequeño mundo del arbitraje) y sobre todo, de fragilizar los laudos.

⁵¹ C. cas., 1ra sala, 1 de febrero de 2012, *ETE c/ Gascogne Paper*. En: *Cah. Arb.* 2012.2., p. 409, nota BENSUADE.

⁵² HEINTZ, Tom Philippe y VIEIRA DA COSTA CERQUIERA, Gustavo, *Op. cit.* §25.

⁵³ HENRY, Marc, nota sobre CA Reims, 2 de noviembre de 2011, *Op. cit.* §1.

⁵⁴ CLAY, Thomas, nota sobre CA París, 12 de febrero de 2009. En: *Rev. Arb* 2009, N° 1, pp. 187-205: «[...] *la fuerza de la revelación es tan importante a partir de ahora que lleva disolución de la independencia*»; CLAY, Thomas, «*L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil*». En: *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de octubre de 2011, N° 4, p. 1109, §9: «[...] *como siempre lo hemos defendido, la revelación ha definitivamente remplazado la independencia* [...]».

⁵⁵ HENRY, Marc, nota sobre CA Reims 2 de noviembre de 2011, *Op. cit.* §, p. 122, §7.

⁵⁶ Ver en favor de este movimiento: CLAY, Thomas. «*L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil*». En: *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de octubre de 2011, N° 4, p. 1109.

⁵⁷ Por ejemplo: HENRY, Marc. «*Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs*», *Op. cit.* §25.

⁵⁸ *Ibid.* Traducción libre del francés: «*Affirmer le contraire serait nier la réalité du monde de l'arbitrage* » et « *appliquer à l'arbitrage des standards bien supérieurs à ceux de la justice étatique*».

⁵⁹ COHEN, Daniel, *Op. cit.* §61.

4. UN RECIENTE RETORNO A UNA JURISPRUDENCIA MÁS EQUILIBRADA

La corriente jurisprudencial descrita previamente, que sancionaba fácilmente las insuficiencias de los árbitros en el cumplimiento de su deber de revelación, parece afortunadamente terminada después de varias decisiones recientes de la Corte de casación francesa que marcan una evolución en este tema y demuestran que el deber de revelación del árbitro es limitado.

En decisiones de fecha 4 de julio de 2012⁶⁰ y 19 de diciembre de 2012⁶¹, la Corte de casación circunscribió el deber de revelación del árbitro a circunstancias pertinentes susceptibles de generar, desde el punto de vista de las partes, una duda en cuanto a su independencia e imparcialidad. En el primer fallo, la Corte ratificó la decisión de la Corte de Apelación de Versalles que había juzgado que la presencia excepcional de un árbitro en una conferencia en la que no intervino como orador y en la cual participó la sociedad que lo había designa-

do, no podía provocar una duda razonable respecto a la imparcialidad del árbitro. En el segundo, juzgó que la notoriedad de una situación en la que exista un vínculo entre el árbitro y el abogado de una de las partes dispensa del deber de revelación, a condición de que la notoriedad de la situación haya sido establecida.

Estas soluciones se inscriben perfectamente en la línea de las decisiones anteriores que habían considerado como superflua la revelación de vínculos intelectuales⁶² o científicos⁶³ así como la revelación de los vínculos considerados como notorios⁶⁴.

Más notable aun es el fallo de la Corte de casación del 10 de octubre de 2012⁶⁵ que censuró la decisión de la Corte de Apelación de París del 10 de marzo de 2011 previamente citada (*EURL Tesco c/ SAS Neoelectra Group*)⁶⁶ juzgando que la Corte de Apelación «no explicó por qué esos elementos podían provocar en el espíritu de la partes una duda razonable a propósito de la imparcialidad [del árbitro] y de su independencia»⁶⁷.

⁶⁰ C. cas, 1ra sala, 4 de julio de 2012, N° 11-19.624: Jurisdata N° 2012-015201. En: *Procedures* 2012, p. 284, nota WEILLER; *Dalloz* 2012, p. 2425, nota LE BARS.

⁶¹ C. cas, 1ra sala, 19 de diciembre de 2012, N° 10-27.474.

⁶² Por ejemplo: La adhesión de dos árbitros a la misma red de abogados no afecta su libertad de espíritu. CA París, 28 de noviembre de 2002, Voith Turbo. En: *Rev. Arb.* 2003, p. 445.

⁶³ Por ejemplo: La adhesión comuna a un comité científico de una revista no constituye una interferencia a la misión del árbitro: CA París, 1 de julio de 2011, N° 10/10402, SA Sobrior. En: *LPA* 2011, N° 226, p. 5, nota PINSOLLE. La participación del presidente del tribunal arbitral en la redacción de una revista de derecho financiero no está sometida al deber de revelación: CA París, de julio de 2011, N° 10/10406, SA Emivir. En: *Dalloz* 2011, p. 3028, nota CLAY. La redacción por parte del árbitro de un artículo de prensa que no tiene vínculo con el litigio no está sometida al deber de revelación: C. cas, 1ra sala, 29 de junio de 2011, Sté Papillon Group Corporation. En: *Dalloz* 2011, p. 3028, nota CLAY.

⁶⁴ Por ejemplo: En un caso en el cual el presidente del tribunal arbitral era presidente de la federación de comercio agrícola a la cual unas de las partes pertenecía, la Corte de Apelación juzgó que la otra parte no podía desconocer las funciones del presidente de la federación «*las cuales probablemente explican su presencia en el tribunal arbitral*»: CA París, 1ra sala, 16 de diciembre de 2010, SAS Nidera France, *Op. cit.*

⁶⁵ C. cas, 1ra sala, 10 de octubre de 2012, EURL Tesco c/ SAS Neoelectra Group. En: *Rev. Arb* 2013, p. 129, nota JARROSSON; *JCP G* 2012, N° 43, p. 1929, N° 1127, nota HENRY, p.2281, N° 1354, nota SERAGLINI, N° 1268, nota LE BARS, *Dalloz* 2012, p. 2999, nota CLAY; *Procédures* 2012, p. 354, nota WEILLER.

⁶⁶ que anuló un laudo con motivo que el árbitro faltó a su deber de revelación porque no indicó que había tenido o tiene vínculos de interés con el despacho de abogados de una de las partes.

⁶⁷ Traducción libre del francés: «[...] sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de [l'arbitre] et à son indépendance [...]».

Con esta decisión, la Corte de casación vuelve a su interpretación anterior del deber de revelación de los árbitros⁶⁸ y reintroduce el elemento subjetivo en la apreciación de este deber: la simple constatación de una falta de revelación de una circunstancia objetivamente discriminante no basta para caracterizar un incumplimiento del deber de independencia y de imparcialidad del árbitro. La circunstancia debe ser además susceptible de crear en el espíritu de la parte una duda razonable sobre la imparcialidad del árbitro.

De esta forma, una parte no puede contentarse con argumentar que ciertos elementos no han sido revelados para alegar que ha sido privada del ejercicio de su derecho de recusación y que el laudo debe ser anulado. La parte tendrá que explicar qué elementos que no han sido revelados han provocado una duda razonable.

Frente a una petición de anulación de laudo por causa de dependencia del árbitro, los tribunales franceses tendrán que apreciar la «duda razonable» con referencia a un «buen padre de familia» en las mismas circunstancias⁶⁹. De esta forma, la apreciación de la duda razonable cambiará en función de las circunstancias de cada caso. Según Christophe SERAGLINI, esta flexibilidad puede generar inseguridad pero es preferible a la anulación del laudo por falta de independencia⁷⁰.

Si bien esta última decisión debe ser acogida favorablemente, compartimos la opinión de Charles JARROSSON⁷¹ a propósito

de la pobreza de las sanciones por faltar al deber de revelación después de que el laudo haya sido dictado⁷², que además no son apropiadas para sancionar la falta de revelación.

Esta falta de revelación puede llevar a dos sanciones: (i) la responsabilidad contractual del árbitro por daño, si existe un perjuicio o (ii) la anulación del laudo arbitral. La responsabilidad contractual produce daños y perjuicios muy difíciles de evaluar. De esta manera, un recurso por responsabilidad no basta para reparar el perjuicio. Este perjuicio surge porque el árbitro decide sobre el caso aunque no debería haber figurado en el tribunal arbitral. En cuanto a la anulación del laudo, frecuentemente aceptada por la jurisprudencia francesa, es, según Charles JARROSSON, oportuna solamente cuando el deber de revelación se refiere a un elemento de importancia mayor que podría haber llevado a la recusación del árbitro. Los tribunales franceses usan sin embargo esta sanción sin hacer esta distinción y la anulación del laudo lleva a un resultado «desproporcionado» o «inadecuado»⁷³.

El derecho y la jurisprudencia franceses deben por este motivo medir los efectos de la falta de revelación para que el deber de revelación no se convierta en un arma dilatoria para las partes que quieran deshacerse de un laudo desfavorable. Debe encontrarse el equilibrio entre la necesidad de garantizar la ética del arbitraje y la de evitar las recusaciones instrumentales de deslealtad procesal.

⁶⁸ Ver Cas, 1ra sala, 16 de marzo de 1999, *Etat du Qatar c/ société Creighton Ltd*, *Op. cit.*

⁶⁹ SERAGLINI, Christophe, *Op. cit.*

⁷⁰ SERAGLINI, Christophe, *Op. cit.*

⁷¹ JARROSSON, Charles, *Op. cit.* §9.

⁷² Antes de que el laudo este dictado, las partes pueden usar de su derecho de recusación previsto en derecho francés así que en números reglamentos de arbitraje.

⁷³ COHEN, Daniel, *Op. cit.* §64.

LOS DEBERES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA Y LA OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN EN FRANCIA. PANORAMA GENERAL Y ÚLTIMOS DESARROLLOS

BINGEN AMEZAGA ZUBILLAGA^(*)

SUMARIO: *1. Introducción. Los deberes de imparcialidad e independencia. 2. La consagración de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro en Francia. 2.1. El deber de revelación 3. Los mecanismos de control. 4. Actualidad. 5. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN. LOS DEBERES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Además de deber reunir las cualidades técnicas necesarias para asumir su función, así como la disponibilidad para poder llevar a cabo su tarea, los árbitros también deben ser independientes e imparciales respecto de las partes y del asunto que vayan a decidir. Este requisito no es sino la extrapolación al arbitraje de las exigencias que se aplican a los jueces estatales¹, pues en definitiva se considera que el arbitraje es una forma de justicia y que los árbitros son esencialmente jueces privados.

En efecto, la independencia e imparcialidad del juzgador son fundamentales para la administración de justicia, pues son la garantía de que la decisión será adoptada únicamente en función de los hechos y

argumentos del caso presentados por las partes, a los que se le aplicarán las consecuencias previstas por la ley. La justicia actuará entonces libre de prejuicios y ciega respecto de cualquier circunstancia ajena a la controversia.

A pesar de que frecuentemente son tratados de manera conjunta e indiferenciada en las regulaciones y en las decisiones de justicia, la imparcialidad y la independencia son requisitos distintos, siendo el primero de ellos un estado psicológico de neutralidad respecto de las partes y sus posiciones, una ausencia de prejuicios, por tanto de carácter más interior, y el segundo una condición más objetiva, que exige que el árbitro se encuentre libre de cualquier vínculo que afecte su facultad de decidir libremente el caso. La discusión sobre esta distinción, interesante en el plano teórico, será menos relevante en la práctica pues ambos

^(*) Abogado inscrito en los Colegios de París, Madrid y Caracas. Asociado en Castaldi, Mourre & Partners, en París.

¹ Según el artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, el derecho de acceso a la justicia supone la posibilidad de dirigirse a un tribunal «independiente e imparcial». El contenido y la interpretación de los deberes de independencia e imparcialidad de los jueces difiere sin embargo de aquel reservado a los árbitros pues las características propias de cada sistema modelan estas exigencias, ver al respecto JACQUES VAN COMPERNOLLE y GIUSEPPE TARZIA (directores), *L'impartialité du juge et de l'arbitre*. Bruselas: Bruylant 2006.

deberes son igualmente exigibles al árbitro y su violación acarreará las mismas consecuencias.

La verificación del cumplimiento de dichos deberes no siempre es sencilla. En el ámbito judicial los jueces son representantes del poder judicial y están revestidos de una presunción de imparcialidad, en el arbitraje sin embargo, la autoridad de los árbitros se basa únicamente en la confianza de las partes. Por esta razón, se ha establecido una obligación accesoria de «información» o de «revelación», según la cual, antes de aceptar su nombramiento y durante todo el arbitraje los árbitros deberán revelar a las partes, y en su caso también a las instituciones, cualquier circuns-

tancia que sea susceptible de provocar dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia.

Prácticamente todos los reglamentos y las leyes de arbitraje establecen los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros², ya sea enunciándolos de manera expresa o bien de manera indirecta al señalar su ausencia como causal de recusación. De igual manera, el deber de revelación de los árbitros se encuentra actualmente consagrado en la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje.³

Las prácticas de cada país, sin embargo, probablemente difieren respecto de la apreciación específica del cumplimiento de

² Reglamentos de arbitraje: CNUDMI, artículo 11; CCI, artículo 11 (1); LCIA, artículo 5.2; Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, artículo 14(1); ICDR artículo 7; Reglas de arbitraje del CIADI, regla 6; Convenio del CIADI, artículo 57 reenviando al 14(1); las Reglas Suizas en su artículo 9.1 prevén expresamente que los árbitros deben ser y mantenerse imparciales e independientes de las partes, y el artículo 10 prevé como causal de recusación las dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro; en las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, el artículo 11.1. En Estados Unidos, anteriormente, en el arbitraje interno de la American Arbitration Association (AAA) se presumía que los co-árbitros nombrados por las partes eran parciales, sin embargo esto ha cambiado, y a partir del 2003 se estableció en la regla 12(b) que los co-árbitros debían cumplir los estándares generales de imparcialidad e independencia salvo acuerdo expreso en contrario, ver WILLIAM W. PARK «Rectitude in international arbitration», en *Arbitration International*, vol. 27, Nº 3, pp. 473–526.

Leyes: Ley Modelo CNUDMI, artículo 12.1; en Suiza, el artículo 180.1(c) de la Ley de DIP se refiere a las dudas legítimas sobre la independencia como causal de recusación; en Inglaterra el artículo 24.1(a) de la Ley de Arbitraje se refiere a las dudas razonables sobre la imparcialidad como motivo de recusación, el artículo 33.1(a) establece un deber general de los árbitros de actuar de forma justa e imparcial, y el artículo 68.2(a) considera como una grave irregularidad que puede dar lugar a la anulación del laudo el hecho de que el tribunal no haya respetado los deberes generales establecidos en el artículo 33; en España, el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje establece expresamente que «todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», y el artículo 17.3 se refiere a las dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia como motivos de recusación; en el Perú, el artículo 25.5 especifica que cuando una cámara de comercio deba nombrar, en lugar de las partes, a un árbitro, ésta deberá tomar las medidas necesarias para garantizar su imparcialidad e independencia, y el artículo 28.3 se refiere a las dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia como motivos de recusación; en Colombia, el artículo 75 de la muy reciente Ley de Arbitraje considera las dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia como motivo de recusación; en Venezuela, el artículo 35 de la Ley de Arbitraje reenvía a las causales establecidas en el CPC respecto de los funcionarios judiciales; en Brasil el artículo 13 de la ley de arbitraje establece expresamente que los árbitros deben actuar con «imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción», el artículo 14 por su parte prevé que «están impedidos de actuar como árbitros las personas que tengan, con las partes o con la controversia que conozcan, algunas de las relaciones que caracterizan a los casos de abstención y acusación de los jueces».

³ Reglamentos de instituciones: CCI, artículos 11.2 y 11.3; LCIA artículo 5.3; Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo artículos 14(2) y 14(3); Reglas Suizas, artículo 9.2; ICDR, artículo 7; CIADI, regla 6; Corte de arbitraje de la cámara oficial de comercio e industria de Madrid, artículo 11.2. En cuanto a las leyes: La CNUDMI propone una cláusula modelo de revelación; en Holanda, el artículo 1034 del CPC; en Alemania, el artículo 1036.1 del CPC; en Inglaterra y en Suiza la revelación no está prevista en la ley pero ha sido establecida y desarrollada por la jurisprudencia; en España, el artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje; en el Perú, artículo 28 apartados 1 y 2 de la Ley de Arbitraje; en Brasil, artículo 14.1 de la Ley de Arbitraje; en Colombia el artículo 15 de la Ley de Arbitraje establece una obligación de información particularmente pormenorizada.

estas obligaciones y del deber accesorio de revelación. En este trabajo nos concentraremos en la interpretación y aplicación que de ellos se ha venido haciendo en Francia, y nos referiremos particularmente a las últimas decisiones de los tribunales franceses en relación a la interacción entre los mencionados deberes de imparcialidad e independencia y la obligación de revelación.

2. LA CONSAGRACIÓN DE LOS DEBERES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN FRANCIA

Los deberes de imparcialidad e independencia no se establecen de manera expresa en la parte del Código de Procedimiento Civil francés («CPC») consagrada al arbitraje⁴ pero los mismos han sido consagrados por la jurisprudencia que desde hace mucho tiempo viene afirmando que «*la independencia de juicio es indispensable al ejercicio del poder jurisdiccional, cualquiera sea su origen, y es una de las cualidades esenciales de los árbitros*»⁵, y que «*la independencia de juicio es esencial a la función jurisdiccional del árbitro en el sentido de que éste accede desde que es nombrado al estatus de un juez, que ex-*

cluye cualquier vínculo de dependencia, especialmente con las partes».⁶

Estos deberes se pueden deducir también de la obligación de los árbitros de revelar «*cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia o imparcialidad*»⁷ y de la obligación de lealtad que se impone a las partes y a los árbitros.⁸ Ambas previstas de manera expresa en el CPC.

Según la Corte de Apelación de París, «*las circunstancias invocadas para impugnar esta independencia deben caracterizar, mediante la existencia de vínculos materiales o intelectuales, una situación de tal naturaleza que sea capaz de afectar el juicio del árbitro, constituyendo un riesgo cierto de preferencia respecto de alguna de las partes en el arbitraje*».⁹

A pesar de que el Derecho francés del arbitraje establece tratamientos diferenciados para el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional, en lo relativo a los deberes de imparcialidad e independencia no se hace ninguna distinción.¹⁰

Los árbitros deberán ser imparciales e independientes respecto de las partes y de

⁴ Artículos 1442 al 1527 del CPC según la reciente reforma operada por el Decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011.

⁵ Todas las traducciones del presente artículo son libres. En original: «L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle que soit par ailleurs sa source et est l'une des qualités essentielles des arbitres» C. Cass. 1° civ. 13 de abril de 1972, en *JCP G* 1972, II 17189, nota de PATRICE LEVEL. Las obligaciones de independencia e imparcialidad fueron consagradas en el arbitraje interno a partir de la citada decisión y en el arbitraje internacional a partir de la decisión de la C.A. París del 8 de junio de 1972, en *Rev. Arb.* 1973, p. 235, nota de ERIC LOQUIN.

⁶ C.A. París de 23 de febrero de 1999, en original: «L'indépendance d'esprit est de l'essence de la fonction juridictionnelle de l'arbitre en ce sens qu'il accède dès sa désignation au statut du juge, exclusif de tout lien de dépendance, notamment avec les parties», en *RTD com.* 1999, p. 371, obs. ERIC LOQUIN.

⁷ Artículo 1456 CPC.

⁸ Artículo 1464 CPC, tercer párrafo.

⁹ «Les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence des liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage», C.A. París de 9 de abril de 1992.

¹⁰ En este artículo nos referiremos por tanto indistintamente a las decisiones de los tribunales franceses respecto de arbitrajes domésticos e internacionales.

sus abogados, pero también entre sí. Además, los árbitros deberán ser independientes respecto de terceras partes que tengan intereses directos en las resultas del litigio.

2.1 El deber de revelación

La revelación es probablemente el método más eficaz para poder controlar el cumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad. La legitimidad de los árbitros se basa en que han sido elegidos y aceptados por las partes, pero para que esta legitimidad sea real la aceptación de las partes debe hacerse en circunstancias de transparencia. La pronta revelación permite precisamente aclarar la situación de los árbitros, de manera que las partes sepan a quienes están confiando su caso y puedan, en caso de estimarlo necesario, negarse a su nombramiento o solicitar su recusación.

La obligación de revelación ya existía en el Derecho francés antes de la reciente reforma del 2011¹¹, sin embargo fue reformulada de la siguiente manera en el nuevo artículo 1456 del CPC: «antes de aceptar su misión, el árbitro deberá revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia o imparcialidad. Tiene también la obligación de revelar sin dilación cualquier circunstancia de igual naturaleza que pudiera surgir después de la aceptación de su misión»¹².

La nueva formulación de la obligación de revelación consagró en la ley tres evoluciones que ya venían siendo aplicadas por los tribunales de justicia: se aplica tanto al arbitraje doméstico como al internacional¹³; es más amplio en cuanto a las circunstancias que se deben revelar pues sobrepasa las causales de recusación; y el contenido de la revelación se impone desde un punto de vista más objetivo y no desde la perspectiva puramente personal del árbitro. No se trata ya de las causas que él «suponga en su persona» sino de «cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia o imparcialidad».

a) ¿Cuándo se debe revelar?

La obligación de revelar comienza desde la nominación del árbitro, antes de aceptar su misión, pero no se limita a este momento sino que es una obligación permanente, pues el segundo párrafo del artículo 1456 prevé que el árbitro debe revelar también toda circunstancias de igual naturaleza «que pudiera surgir después de la aceptación de su misión», se trata por tanto de una obligación permanente.

b) Contenido del deber de revelación. Generalidades

Bajo la previsión anterior a la reforma, inicialmente se interpretó que el árbitro sólo estaría obligado a revelar los hechos previstos en el CPC como causales de recusación de los jueces¹⁴, luego sin embargo, la juris-

¹¹ Antiguo artículo 1452: «El árbitro que suponga en su persona una causa de recusación debe informar a las partes. En tal caso, no puede aceptar su misión sin el acuerdo de las partes». En original: «L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties».

¹² En original: «Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission».

¹³ Según dispone el artículo 1506, 2° CPC.

¹⁴ Estas causales venían establecidas en el artículo 341 del CPC, que reenvía al artículo L. 111-6 del Código de la organización judicial. Para decisiones en este sentido ver, C.Cass. 2° civ. del 14 de noviembre de 1990, en *Rev. Arb.* 1991, p. 75, nota de CHARLES JARROSSON; en *RTD com.* 1992, p. 167, obs. Jean Claude DUBARRY y ERIC LOQUIN; C.Cass. com. del 29 de octubre de 1991, en *Bull. civ.* 1991, IV, N° 313.

prudencia pasó a interpretar el deber de revelación de forma más amplia, incluyendo circunstancias que aunque no constituirían causales de recusación del juez ni causales de anulación del laudo, fuesen «*susceptibles de afectar, desde la perspectiva de las partes, la independencia y la imparcialidad del árbitro*» o, como la Corte de Casación formuló más tarde, «*cualquier circunstancia de tal naturaleza que pueda provocar en las partes una duda razonable sobre la independencia del árbitro*». ¹⁵

De esta manera se pasó a una obligación de revelación objetivamente más amplia y subjetivamente conectada a las partes, tal como ha sido consagrada en el actual artículo 1456 CPC.

Esta evolución es lógica, ya que los árbitros deben hacer la revelación aun cuando consideren que son aptos para arbitrar la controversia, pues si no se considerasen imparciales e independientes ni siquiera se debería llegar a este punto, sencillamente les correspondería rechazar la designación.

Por lo tanto, las circunstancias que deben revelarse no se encuentran determinadas precisamente en una lista de causales sino que los jueces franceses deben verificar caso por caso, de acuerdo a las condiciones específicas que rodeen el asunto, si se ha cumplido debidamente la obligación de revelación. Esto probablemente explique en parte por qué la jurisprudencia sobre este particular puede parecer irregular y diversa, pues

no podría ser de otro modo tratándose de un análisis que se hace de forma casuística. ¹⁶

La publicación de las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional en 2004 ¹⁷ ha sido de gran ayuda en la práctica para intentar delimitar con mayor precisión cuales circunstancias implican un nivel de sospecha suficiente para que deban ser reveladas, sin embargo las directrices, a pesar de reflejar los estándares internacionales en la materia y provenir de una muy reputada institución internacional, únicamente son una referencia para las partes y los árbitros, que no puede cubrir todas las hipótesis posibles y que en nada vincula a las jurisdicciones francesas.

Para poder orientarnos más concretamente sobre lo que debe revelarse habrá que recurrir a las decisiones de los tribunales franceses, que han ido aclarando poco a poco las exigencias del deber de revelación respecto de ciertas categorías de circunstancias, y de manera más general, han precisado dos criterios que sirven para delimitar el alcance de la revelación: «la obligación de información debe apreciarse en consideración de la notoriedad de la situación criticada y de su incidencia razonablemente previsible sobre el juicio del árbitro». ¹⁸

El primer criterio implica que el árbitro no está obligado a revelar los hechos conocidos o notorios. ¹⁹ En efecto, tratándose de hechos conocidos no tiene sentido imponer al árbitro la carga de venir a recordárselos a

¹⁵ C.Cass. 1° del 16 de marzo de 1999, en *Rev. Arb.* 1999, p. 308.

¹⁶ SIGVARD JARVIN, en «Eclairages sur l'étendue de l'obligation de révélation» En: *Petites Affiches*, 29 de abril de 2013, N° 85, p. 7.

¹⁷ Directrices de la International Bar Association («IBA») sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional Aprobadas por el Consejo de la IBA el 22 de mayo de 2004.

¹⁸ C.A. París del 9 de abril de 1992, en *Rev. Arb.* 1996, p. 483; C.Cass. civ. 2° del 27 de mayo de 1998, en *Rev. Arb.* 1999, p. 856.

¹⁹ Ver por ejemplo, C.A. París del 16 de diciembre de 2010, en *Rev. Arb.* 2011, p. 710, obs. Daniel COHEN pp. 611 y ss., en *Gaz. Pal.* 15-17 de mayo de 2011, p. 21, obs. Denis BENSUADE.

las partes, sino que corresponderá a estas últimas la carga de informarse debidamente y alegar lo que consideren oportuno al respecto dentro de los plazos establecidos. No faltarán discusiones sin embargo sobre el carácter «notorio» o no de determinadas circunstancias en cada caso concreto.

El segundo criterio implica que debe hacerse un juicio subjetivo, el árbitro debe considerar si, desde la perspectiva de las partes, las circunstancias en las que él se encuentra tendrían una incidencia en su libertad de juicio. Por lo tanto, no basta con que exista un vínculo, sino que debe tratarse de un vínculo susceptible de hacer dudar de la independencia del árbitro.

En cualquier caso, el árbitro no podrá simplemente negarse a revelar sus eventuales conflictos de intereses cuando ello le sea solicitado por una de las partes. La Corte de Apelación de París ha decidido recientemente que el simple hecho de negarse injustificadamente a satisfacer una solicitud de declaración de intereses formulada por una de las partes es en sí misma susceptible de crear dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral.²⁰

La obligación de revelación no se limita tampoco a la información que el árbitro en buena fe conozca o recuerde, sino que existe una verdadera obligación accesoria de

investigación, pues el árbitro no solo está obligado a revelar sus circunstancias personales, que en principio debería conocer, sino también aquellas circunstancias y vínculos en su entorno profesional y personal que pudieran generar conflictos. Además, no bastará con verificar superficialmente la ausencia de conflictos sino que será necesario verificar el «árbol genealógico» de los clientes y de las partes contrarias en otros casos, para estar seguro de que además de no existir conflictos directos, tampoco existen conflictos a través de las filiales o de las sociedades madres de las empresas en cuestión.²¹

c) Concretamente ¿qué debe ser revelado?

i. Respetto de las partes

En principio no son relevantes los contactos que pueda tener el árbitro con las partes durante coloquios o manifestaciones de tipo científico o académico²², ni tampoco las circunstancias de tipo social meramente circunstanciales, como el hecho de que el árbitro tuteara a una de las partes por ser de la misma profesión.²³

Por el contrario, la jurisprudencia ha determinado que no hay independencia cuando existe un vínculo de trabajo entre el árbitro y una de las partes²⁴, o cuando el árbitro es contratado por una de las partes el día siguiente al pronunciamiento del laudo.²⁵

²⁰ C.A. París, 10 de marzo de 2011, «*Nyk cool AB c. Dole France et al*».

²¹ En interesante notar que la CCI recientemente añadió en su formulario de declaración de aceptación, disponibilidad e independencia, una mención de que los árbitros deben previamente llevar a cabo una investigación apropiada antes de declararse independientes.

²² «CSF v. EDJUVE» C.Cass 1° civ. del 4 de julio de 2012, se trata de una reclamación por daños pues el caso fue transigido por las partes. El recurrente se quejaba de que el árbitro, especialista en el sector de la alimentación hubiese participado como simple asistente en un coloquio organizado por un sindicato antagonista de una de las partes, al que también asistieron la otra parte y sus abogados.

²³ C.A. París del 12 de noviembre de 1998, comentada por JEAN CLAUDE DUBARRY en *RTD com.* 1999, p. 371.

²⁴ Por ejemplo, cuando el árbitro es remunerado por prestar servicios de consejo habitualmente a alguna de las partes: Tribunal de Grande Instance («TGI») de París del 15 de febrero de 1988; o a alguna sociedad dependiente del grupo de sociedades al que pertenece la parte: C.A. París del 7 de febrero de 2008, en *Rev. Arb.* 2008, p. 501, nota de JEAN BAPTISTE RACINE; C.A. París del 9 de abril de 1992, en *Rev. Arb.* 1996, p. 483., o que trabajaba como contable de una de las partes: C.A. París del 23 de febrero de 1999, en *RTD com.* 1999, p. 371, obs. ERIC LOQUIN.

²⁵ C.A. París del 2 de junio de 1992, en *Rev. Arb.* 1999, p. 374.

Sin embargo, el hecho de que el árbitro haya trabajado como abogado o experto para alguna de las partes, aunque requiere ser revelado, no implicará automáticamente una causa de recusación, sino que se deberá demostrar que la situación concreta es susceptible de afectar el juicio del árbitro²⁶, tal será el caso por ejemplo, cuando el árbitro ejerce un rol de consultor permanente de una de las partes, pero la situación será diferente si el árbitro únicamente hubiese asistido a una de las partes de manera puntual en un caso completamente ajeno del caso que debe decidir y cuando dicha asistencia haya tenido lugar en una fecha distante del arbitraje del que se trate.²⁷

También se plantea el caso de las múltiples designaciones de un árbitro por la misma parte. La solución de la jurisprudencia francesa es que debe analizarse cada caso concreto para determinar si estas múltiples designaciones implican que existe «un flujo de negocios» entre el árbitro y la sociedad, que pudiera generar en las partes dudas razonables sobre la independencia del árbitro.²⁸

En dos decisiones recientes la Corte de Casación francesa consagró la noción de

«flujo de negocios» que ya venía empleando la Corte de Apelación de París y precisó los criterios para determinarla: (i) el carácter frecuente de las designaciones por la misma empresa (o empresas del mismo grupo), (ii) la regularidad de estas designaciones durante un largo período de tiempo, y (iii) que los litigios se refieran a contratos similares. La Corte también aprovechó la ocasión para decidir que el monto de los honorarios no era relevante, siéndolo en cambio su regularidad, y señaló que el árbitro no puede oponer el secreto profesional para evitar revelar la información necesaria que permita identificar que hay un «flujo de negocios».²⁹

En materia de múltiples designaciones o contactos con las partes debe sin embargo distinguirse el llamado «arbitraje corporativo» o «arbitraje profesional», en el que los árbitros generalmente son corredores o comerciales que se encuentran en relación de negocios permanente con las potenciales partes en controversia, y a veces son elegidos de listas cerradas establecidas por las instituciones corporativas. En estos casos se entiende que las partes son conscientes de estas circunstancias y las aceptan pues se trata de un hecho notorio.³⁰

²⁶ C.A. París del 23 de marzo de 1995, en *RTD com.* 1995, p. 588, obs. Eric LOQUIN; C.Cass civ. 1° del 20 de octubre de 2010, en *Rev. Arb.* 2011, pp. 667 y 670; C.A. Reims del 31 de enero y 31 de marzo de 2012, en *Gaz. Pal.* 6-8 de mayo de 2012, nota de Denis BENSUAUDE.

²⁷ Así, la Corte de Casación no consideró que hubiese violado su deber de independencia un árbitro que había actuado previamente como experto en un caso diferente, C.Cass 2° civ. del 19 de abril de 1985, en *Rev. Arb.* 1986, p. 57, con nota de Charles JARROSSON.

²⁸ C.A. París del 29 de enero de 2004, en *Rev. Arb.* 2005, p. 709, nota de Marc HENRY; *D.* 2004, p. 3182, obs. Thomas CLAY; *JCP G* 2004, I 179, N° 5, obs. de Christophe SERAGLINI.

²⁹ C.Cass. 1° civ. del 20 de octubre de 2010, «Somoclest» N° 09-69.997 y «Prodim» N° 09-68.131, en *Dalloz* 2010, p. 2938, obs. Thomas CLAY, *JCP G* 2010, I, 128, N° 1, Obs. Christophe SERAGLINI; *D.* 2010, act. 2589, obs. Xavier DELPECH; *JCP G* 2010.II.1306, nota Benoit LEBARS y Jennifer JUVÉNAL; *Petites Affiches*, 21 de febrero de 2011, N° 36, p. 17, obs. Marc HENRY; *Rev. Arb.* 2011, p. 669; *Gaz. Pal.* de 8 de febrero de 2011, p. 18, obs. Denis BENSUAUDE.

³⁰ Ver al respecto las decisiones de C.A. París de 28 de octubre de 1998; TGI París de 28 de octubre de 1988, 14 de junio de 1989, 29 de junio de 1989 y 15 de julio de 1989 en *Rev. Arb.* 1990, p. 497; C.A. París, 27 de junio de 2002, en *Rev. Arb.* 2003, p. 427, nota de Cécile LEGROS; C.A. París de 10 de junio de 2004, en *Rev. Arb.* 2006, p. 154; y más recientemente C.Cass. civ. 1° de 19 de diciembre de 2012. En este caso, la Corte rechazó el recurso de anulación por considerar que la recurrente había violado su deber de lealtad procesal, ya que había solicitado las revelaciones de los árbitros apenas cinco días antes de que se dictara el laudo aunque podía conocer de antemano la nacionalidad de los árbitros y, «tratándose de arbitraje corporativo no podía ignorar que los árbitros podían mantener vínculos profesionales con la otra parte». Ver también Thomas CLAY, «L'arbitre», N° 356 y ss.; Eric LOQUIN, *JCI Procédure civile*, fasc. 1002, «Institutions d'arbitrage», N° 38 y ss.; y Marc HENRY en *Rev. Arb.* 2005, p. 720.

ii. Respecto de los demás árbitros

El árbitro también debe ser independiente respecto de los demás miembros del tribunal arbitral y debe revelar sus vínculos profesionales o los vínculos que impliquen jerarquía o dependencia con ellos³¹, pero no será necesario revelar los vínculos de tipo social o científico, como las participaciones en coloquios o eventos, el hecho de pertenecer a las mismas asociaciones, o colaborar en las mismas revistas y publicaciones.³²

En el caso de vínculos entre los despachos de abogados a los que pertenecen los árbitros, la Corte de Apelación de París decidió que el hecho de que los despachos de los que eran miembros dichos árbitros perteneciesen a una misma red no implicaba vulneración del deber de independencia de los árbitros, ya que los objetivos de dicha red eran únicamente mejorar los medios de comunicación y de reflexión entre despachos sobre el ejercicio profesional, la reducción de costos y la compra de suministros de oficina y documentación.³³

iii. Respecto de los abogados de las partes

Inicialmente podría pensarse que la cuestión de los vínculos entre árbitros y abogados de las partes no debería causar

problemas, pues éstos últimos son terceros en el arbitraje y además son por definición independientes de las partes a las que representan, este análisis sin embargo sería superficial pues los abogados son actores muy relevantes en el arbitraje, y en particular juegan un rol fundamental en la elección y conformación del tribunal arbitral.

La jurisprudencia francesa ha considerado que los vínculos relacionados con fines científicos o asociativos (publicaciones, coloquios, investigación, etc.) así como los vínculos meramente sociales, siempre que no se llegue a vínculos de parentesco u otros de intensidad comparable, no son relevantes.³⁴ Por el contrario, serán relevantes todos los vínculos de tipo profesional que no sean meramente ocasionales.³⁵

Se plantean los casos de árbitros que estén vinculados profesionalmente a los despachos de alguna de las partes, y también la cuestión de las nominaciones múltiples. En ambas hipótesis las circunstancias deberán analizarse caso por caso según la ya mencionada tesis del «flujo de negocios». Si bien es perfectamente normal que un abogado prefiera aconsejar a su cliente la nominación de un árbitro que conozca, respete y cuyas cualidades le consten personalmente, resultará sin embargo patológico que se acuda única y exclusivamente a la misma persona para todos los casos.³⁶

³¹ TGI París, référé del 4 de mayo de 2012.

³² C.A. París del 5 de julio de 2011, en *Rev. Arb.* 2011, pp. 761 y 840; C.Cass. civ. 1° del 4 de julio de 2012, en *Dalloz* 2012. 2425 con nota de Benoit LEBARS; C.Cass. 1° civ. del 29 de enero de 2002; C.A. Rouen del 28 de octubre de 1998, en *Rev. Arb.* 1999, pp. 368 y ss.

³³ C.A. París del 28 de noviembre de 2002, en *Rev. Arb.* 2003, p. 445 nota de Christophe BELLOC.

³⁴ C.Cass. civ. 1° del 4 de julio de 2012, en *Recueil Dalloz* 2012, p. 2425, obs. Xavier DELPECH; C.Cass. civ. 1° del 29 de junio de 2011, en «Panorama» 3023 *Dalloz* 2011, obs. de Thomas CLAY; C.A. París del 1 de julio de 2011, en *Rev. Arb.* 2011, p. 761, aquí la Corte declaró incluso que ni siquiera era obligatorio revelar la participación de árbitros y abogados en una misma publicación especializada; Marc HENRY «Le devoir de révélation dans le rapports entre les arbitres et conseils: de la suggestion aux electrochocs», en *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2011, p. 787; C.Cass del 29 de enero de 2002 N° 00-12.173. Sobre los vínculos de parentesco, ver C.A. París del 12 de enero de 1999, en *Rev. Arb.* 1999, p. 381, y Marc HENRY «Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente» en *Rev. Arb.* 1999, p. 193.

³⁵ C.A. París del 9 de septiembre de 2010, en *Rev. Arb.* 2011, pp. 686-690.

³⁶ Ver recientemente las dos decisiones de anulación de la C. Cass 1° civ del 20 de octubre de 2010, «Somoclest» N° 09-68997 (51 nominaciones al momento de la decisión) y «Prodim» N° 09-68131 (34 nominaciones al momento de la decisión). Contrariamente, para un caso en el que se decidió que la falta de independencia no estaba

También se ha planteado un caso en el que se alegó, en sede de recusación, que el árbitro y el abogado de una parte se turnaban alternativamente los roles de co-árbitro y abogado de parte, y en particular, que en ese mismo momento, en un arbitraje paralelo el abogado del primer arbitraje ejercía el rol de árbitro mientras que el árbitro ejercía el rol de abogado de parte. El juez de apoyo consideró que estos hechos constituían una presunción suficiente de falta de independencia y admitió la recusación del árbitro.³⁷

Respecto del caso de los *barrister* ingleses pertenecientes a la misma *chamber*, que ha dado tanto de qué hablar en el arbitraje internacional³⁸, la Corte de Apelación de París decidió que esta circunstancia no viciaba la constitución del tribunal arbitral pues ello esencialmente implicaba que los *barrister* compartían locales y colaboradores, sin que existieran vínculos profesionales que implicasen, a diferencia de la asociación de abogados en el derecho francés, intereses comunes o cualquier tipo de dependencia económica o intelectual.³⁹

iv. Respecto de terceros interesados

El árbitro también deberá revelar sus relaciones con terceros interesados en

el litigio, como ocurre cuando el árbitro es presidente de una sociedad que había actuado como intermediaria en la venta litigiosa⁴⁰, o cuando el árbitro es empleado de una sociedad acreedora (aunque sea una relación jurídica diferente) de una de las sociedades partes en la controversia.⁴¹

Recientemente, la Corte de Casación anuló una decisión de la Corte de Apelación de Bordeaux que había decidido que el árbitro no estaba obligado a revelar al comienzo del arbitraje sus vínculos con la sociedad EDF en un caso que oponía una empresa de fabricación de papel a una sociedad de expertos en tarificación de energía respecto de una misión de conciliación que debía realizar ésta última con la empresa de electricidad francesa EDF. La Corte de Apelación había denegado el recurso, basándose en que EDF no era parte en el arbitraje ni tenía intereses opuestos a la parte recurrente, sin embargo la Corte de Casación consideró que se trataba de una circunstancia que podía ser percibida por las partes como susceptible de afectar su imparcialidad, y al no haberlo revelado, el árbitro le impidió a las partes ejercer su derecho de recusación.⁴²

establecida pues las nominaciones no eran tan numerosas, ni eran sistemáticas pues los abogados nominaban igualmente a otras personas: C.A. París de 28 de octubre de 1999, en *Rev. Arb.* 2000, p. 299, nota Philippe GRANDJEAN. También, más recientemente, la C.A. decidió que los vínculos, que fueron investigados y revelados por el árbitro eran muy tenues para comprometer su independencia, C.A. París, 13 de noviembre de 2012, N° 11-11153 reportada por Priscille PEDONE et Julien FOURET en *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2013, I, p. 148.

³⁷ TGI París del 4 de mayo de 2012, en *Rev. Arb.* 2012, som. p. 478.

³⁸ La polémica gira en torno a la eventual asimilación de las *chambers* inglesas con un despacho de abogados, lo que implicaría conflictos entre los *barrister* que pertenezcan a las mismas *chambers*, aunque esta asimilación no es exacta. En los casos de arbitraje de inversión «*Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia*», caso CIADI N° ARB/05/24 y «*Rompétrol Group N.V. v. Romania*», Caso CIADI No. ARB/06/3, los tribunales tuvieron que decidir sobre la exclusión no del árbitro sino del abogado de una de las partes que pertenecía a la misma *chamber* que uno de los árbitros.

³⁹ C.A. París, del 28 de junio de 1991, en *Rev. Arb.* 1992, p. 568, nota de Pierre BELLET. Al parecer esta también es la corriente mayoritaria en Inglaterra, ver al respecto la decisión «*Laker Airways, Inc. c/ FLS Aerospace Ltd.*» 1999 2Lloyd's Rep. 45; WLR 133, y David FOSTER y James BARRATT, «Challenge to and replacement of arbitrators» en Julian D. M. LEW, Harris BOR et al. (editores) *Arbitration in England*, pp. 319 y ss.

⁴⁰ C.A. París del 4 de diciembre de 1979, en *Rev. Arb.* 1981, p. 146, nota de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI.

⁴¹ C.A. Rouen del 28 de octubre de 1998, en *Rev. Arb.* 1999, p. 374.

⁴² C.Cass. civ. 1° del 1 de febrero de 2012, en *Rev. Arb.* 2012, p. 91 con nota de Eric LOQUIN.

v. Prejuicios al juzgar los mismos hechos o del mismo derecho

Se podrá considerar que el árbitro no es imparcial cuando se ha pronunciado con anterioridad, por ejemplo en el marco de una consulta legal, sobre un elemento concerniente al mismo litigio que conocerá o está conociendo como árbitro⁴³, o cuando el árbitro esté participando en un arbitraje paralelo relativo a los mismos hechos y normas jurídicas aunque oponga a diferentes partes.⁴⁴

En un reciente caso, el juez de apoyo francés admitió la solicitud de recusación de un árbitro, que anteriormente había participado como árbitro nombrado por la misma parte en dos arbitrajes anteriores, que si bien presentaban diferentes partes y objetos, se referían a una serie de contratos ejecutados con el mismo fin y que en su conjunto formaban una «*unidad económica*». El juez sin embargo motivó su decisión en la existencia de un flujo de negocios, pues la misma sociedad había nombrado «*sistemáticamente a la misma persona*» respecto de contratos con «*sociedades de un mismo grupo, en contratos conexos o por lo menos vinculados*».⁴⁵

Respecto de los llamados «*issue conflicts*», según los cuales la imparciali-

dad del árbitro se vería afectada si ya ha decidido la misma cuestión de derecho anteriormente o si ha emitido una opinión al respecto, los tribunales franceses han decidido que no existe prejuicio cuando el árbitro debe decidir una situación semejante a una que ya ha decidido anteriormente entre partes diferentes, y menos todavía cuando debe decidir una cuestión de derecho sobre la cual ya se ha pronunciado anteriormente.⁴⁶

Esta tendencia debe celebrarse pues de lo contrario se podría llegar a la absurda situación de que se prefiera confiar los casos a quienes menos hayan publicado o discutido en coloquios sobre el tema (y por lo tanto probablemente menos lo conozcan), o en el extremo opuesto, que los mejores especialistas sobre determinadas materias prefieran no expresar sus ideas (o hacerlo de forma extremadamente prudente) por temor a ser recusados, perdiéndose así una muy valiosa fuente de conocimientos.⁴⁷

Los tribunales franceses tampoco toman en consideración los criterios sociales, como la religión, la opinión política, filosófica o jurídica del árbitro para evaluar su imparcialidad.⁴⁸

⁴³ C.A. Versailles del 14 de noviembre de 1996, *RJDA* 1997, N° 144.

⁴⁴ Ver por ejemplo el caso del árbitro nombrado por el promotor en un litigio contra la empresa de construcción, que también es elegido por la misma parte en el marco de un litigio sobre la garantía respecto de sus subcontratistas, C.Cass civ. 1° del 16 de marzo de 1999, en *Rev. Arb.* 1999, p. 308; y el caso del árbitro que a la vez debe decidir el litigio entre el acreedor y los deudores principales, y el litigio que opone al mismo acreedor a sus cauciones, C.A. París del 14 de octubre de 1993, en *JDI* 1994, p. 446, nota de Eric LOQUIN; en *Rev. Arb.* 1994, p. 381, nota de Pierre BELLET.

⁴⁵ TGI París del 2 de marzo de 2012, en *Rev. Arb.* 2013, p. 182, nota de Jérôme ORTSCHIEDT. El TGI adicionalmente señaló que el hecho de que el árbitro conociera perfectamente el caso (por su experiencia en los anteriores arbitrajes) igualmente era susceptible de crear dudas en la parte opuesta sobre sus cualidades de independencia e imparcialidad.

⁴⁶ C.A. París del 1 de julio de 2011, «Sorbrior», en *Rev. Arb.* 2011, p. 761; *D.* 2011, p. 3023, N° I-B-2, obs. Thomas CLAY. C.A. París del 20 de octubre de 1999, en *Rev. Arb.* 2000, p. 299, nota de Philippe GRANDJEAN.

⁴⁷ Para ver una crítica general sobre la existencia misma de esta causal, en particular en el arbitraje de inversiones, ver Fernando MANTILLA, «L'indépendance d'esprit de l'arbitre (ou l'issue conflict)» en *Liber Amicorum Melanges en l'honneur de Serge Lazareff*. Ed. Pedone, París, 2011.

⁴⁸ Por ejemplo, la Corte de Casación rechazó recientemente un recurso basado en anteriores artículos de prensa en los que un árbitro había expresado su opinión sobre un tema político para intentar demostrar su falta de imparcialidad, C.Cass. civ. 1° del 29 de junio de 2011.

3. LOS MECANISMOS DE CONTROL

En cuanto a los medios de los que disponen las partes para controlar el cumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad, el sistema francés prevé las siguientes posibilidades siguiendo el orden del arbitraje: (a) oposición al nombramiento del árbitro, (b) recusación, (c) anulación del laudo u oposición a su reconocimiento, en caso de tratarse de un laudo extranjero y, aunque mucho más excepcional, (d) el recurso extraordinario de revisión.

Antes de pasar a referirnos a los mecanismos de control, es oportuno recordar una particularidad del Derecho del arbitraje francés que es la llamada regla de la «renuncia», que obliga a las partes a invocar inmediatamente cualquier irregularidad del arbitraje, bajo pena de que se considere que se ha renunciado a hacerlo.⁴⁹ En consecuencia, si los motivos para dudar de la independencia del árbitro son hechos o circunstancias conocidos por ser notorios o porque el árbitro los ha revelado, la parte que los considere inaceptables deberá actuar inmediatamente ante la autoridad competente, ya sea para oponerse a la nominación o para recusar al árbitro que ya ha sido nombrado, y en cualquier caso reservar todos sus derechos.⁵⁰ De no hacerlo, se entenderá que ha renunciado a hacerlo y dichas circunstancias no podrán ser invocadas más tarde para recusar al árbitro durante el curso del arbitraje, ni posteriormente para solicitar la anulación del laudo.

Esta regla pretende evitar la actitud desleal de la parte que, conociendo los hechos polémicos, los haya considerado aceptables para continuar el arbitraje pero al mismo tiempo pretenda reservarse su invocación ulterior para disponer de una «munición» adicional con la cual poder eventualmente obstaculizar el arbitraje en caso de que el mismo tomase un rumbo desfavorable, o poder atacar un laudo perjudicial en sede de anulación.

A) Oposición al nombramiento

En caso de existir una duda razonable sobre la independencia y/o imparcialidad del árbitro nominado por la contraparte o la autoridad nominadora, la primera posibilidad será oponerse a su nombramiento. Al respecto, el artículo 1454 CPC prevé que las controversias relativas a la constitución del tribunal arbitral serán resueltas por la institución, en caso de ser un arbitraje institucional, o por el juez de apoyo.

B) Recusación

Una vez que el tribunal arbitral ya se ha constituido, en la medida en que surjan o se descubran durante la instancia arbitral nuevas circunstancias que pusieran en duda la imparcialidad o independencia del árbitro, procedería su recusación. La recusación deberá plantearse dentro del mes siguiente a la revelación o al descubrimiento del hecho litigioso, y será resuelta por la institución que administre el arbitraje, o en su defecto por el juez de apoyo.⁵¹

⁴⁹ Artículo 1466 CPC: «La parte que, con conocimiento de causa y sin motivo legítimo, se abstuviera de invocar en tiempo útil cualquier irregularidad ante el tribunal arbitral, se considerará ha renunciado a prevalerse de ésta», en original: «La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir».

⁵⁰ El tercer párrafo del artículo 1456 del CPC establece un plazo de un mes a partir de la revelación o del descubrimiento de la circunstancia impeditiva para plantear la recusación del árbitro.

⁵¹ Artículo 1456, párrafo tercero CPC.

La oposición o la recusación que se plantee ante el juez de apoyo y sea decidida por éste último tendrá fuerza de cosa juzgada, por lo que no podrá ser planteada en los mismos términos nuevamente ante el juez francés⁵², mientras que las decisiones de las instituciones no se consideran decisiones jurisdiccionales y no tendrían fuerza de cosa juzgada, por tanto, la parte que no haya logrado la recusación ante la institución podrá plantear de nuevo sus argumentos ante el juez de la anulación.

Al igual que ocurre respecto de la revelación, el CPC no establece específicamente las causales de recusación de los árbitros, sin embargo sus contornos han venido siendo delineados a través de las decisiones de la jurisprudencia. Inicialmente se aplicaban al árbitro las causales de recusación previstas para los jueces, que venían taxativamente enumeradas en el CPC.⁵³ Posteriormente, las causas de recusación pasaron a interpretarse de forma más amplia, abriéndose la posibilidad de

admitir otros motivos fuera de aquellos taxativamente enumerados en la norma.⁵⁴

c) Anulación o apelación al exequatur

El último recurso ordinario sería la anulación del laudo o la apelación contra la decisión de exequatur en caso de tratarse de un laudo extranjero (las causales son idénticas para ambos). Dicho recurso deberá basarse en circunstancias que no habían sido conocidas anteriormente, o que siéndolo, fueron debidamente invocadas (aunque sin éxito) durante el arbitraje.⁵⁵

La ley francesa no enuncia específicamente la falta de imparcialidad o independencia del árbitro como causal de anulación del laudo, sin embargo suele invocarse el apartado segundo del artículo 1520 CPC que se refiere a que «el tribunal arbitral fue constituido de manera irregular». No obstante, algunos autores sostienen que sería más apropiado alegar la violación del orden pú-

⁵² C.Cass. 1° civ. del 13 de marzo de 2013, respecto de la decisión de la C.A. París del 6 de marzo de 2012 en *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2013, p. 510; C.A. Versailles del 2 de marzo de 2006; C.A. París del 10 de noviembre de 2005, en *Rev. Arb.* 2006, p. 469; C.A. París del 3 de marzo de 2005, en *Rev. Arb.* 2006, p. 446, nota de Pierre CALLÉ; C.A. París del 4 de junio de 1992, en *Rev. Arb.* 1993, p. 449 nota de Alexandre HORY; C.A. París del 6 de abril de 1990, en *Rev. Arb.* 1990, p. 880, nota de Matthieu DE BOISSÉSON.

⁵³ Inicialmente previstas en el artículo 341 CPC, que reenvía al artículo L-111-6 del Código de la Organización Judicial. Ver C.Cass. civ. 2° del 14 de diciembre de 1990, en *Rev. Arb.* 1991, p. 75, nota de Charles JARROSSON; en *RTD com.* 1992, p. 167, obs. de Jean Claude DUBARRY y Eric LOQUIN.

⁵⁴ Ver C.Cass. civ. 1° del 28 de abril de 1998, Bull. civ. 1998, I, N° 155; *RTD com.* 1999, p. 371, obs. Eric LOQUIN; C.A. París del 30 de noviembre de 1999, en *Rev. Arb.* 2000, p. 299; C.A. París del 29 de enero de 2004, en *Rev. Arb.* 2005, p. 709; C.A. París del 10 de junio de 2004, en *Rev. Arb.* 2006, p. 154. Ver también Philippe FOUCHARD «Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française» en *Rev. Arb.* 1996., p. 355, N° 61; el divertido artículo de Jean Denis BREDIN «La révélation», en *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret*.

⁵⁵ Al respecto actualmente se discute en la doctrina sobre las consecuencias que tendría frente a las jurisdicciones francesas el hecho de que la parte que recurre en anulación no hubiese respetado los plazos convencionales de recusación establecidos en el reglamento institucional aplicable. Una reciente decisión sostuvo que ni la decisión ni los plazos convencionales de la institución (CCI) eran vinculantes para la Corte de Apelación pues ellos carecían de fuerza de cosa juzgada. «Technimont» C.A. Reims del 2 de noviembre de 2011. En contra de esta interpretación ver Thomas CLAY «L'application perleée du règlement d'arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil», en *Les Cahiers de l'arbitrage* 2011, p. 1109. Por otro lado, una decisión reciente de la Corte de Casación confirmó que no puede intentarse un recurso de anulación basado en los mismos hechos invocados durante la recusación planteada ante el juez de apoyo, la cual ya había sido declarada sin lugar por éste último, ver C.Cass. 1° civ. del 13 de marzo de 2013, en *Les Cahiers de l'arbitrage* 2013, p. 510.

blico internacional (artículo 1520-5°), cuando lo que se sancione es el haber impedido ejercer sus derechos de defensa a la parte recurrente debido a una falta de revelación.⁵⁶

d) Recurso extraordinario de revisión

Finalmente, contra el laudo quedaría también la posibilidad del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 1502 CPC, esencialmente en el caso de que el laudo se haya dictado mediante fraude.

Por último, no ya contra el laudo sino contra la persona del árbitro culpable, quedaría la posibilidad de exigirle su responsabilidad civil si se establece que el árbitro cometió una falta y que ello causó un perjuicio⁵⁷, o incluso la responsabilidad penal, en el caso de que la falta de independencia o imparcialidad se configurara dentro de un delito, como por ejemplo corrupción o tráfico de influencia pasivo.⁵⁸

4. ACTUALIDAD

Las recientes decisiones de los tribunales franceses en relación con los deberes

de imparcialidad e independencia y su coordinación con la obligación de revelación se han caracterizado por una cierta irregularidad y de manera general una mayor severidad al examinar el deber de revelación y sus consecuencias.

Esta mayor severidad se ha manifestado a través de: **(a)** una ampliación excesiva de las circunstancias que deben ser objeto de revelación, y una **(b)** tendencia a asimilar automáticamente el incumplimiento de la obligación de revelación con el incumplimiento de los deberes de independencia y/o imparcialidad. Afortunadamente **(c)** los tribunales franceses también han mostrado su voluntad de moderar posiciones extremas.

a) Ampliación de las circunstancias y del modo en que se deben revelar

i. Vínculos del despacho de abogados del árbitro.

Las decisiones de la «saga» *Avax c. Tecnimont*⁵⁹, ampliamente comentadas por la doctrina⁶⁰, han aportado algunos aspectos

⁵⁶ Basándose en la «violación de una regla de orden público» (antiguo artículo 1484-6° del NCPC), ver C.A. París del 23 de marzo de 1995, en *Rev. Arb.* 1996, p. 446, nota de Philippe FOUCHARD; en *RTD com.* 1995, obs. de Jean Claude DUBARRY y Eric LOQUIN, p. 588; C.A. París del 18 de diciembre de 1983, en *Rev. Arb.* 1983, p. 507. A favor de invocar esta causal (actual artículo 1520-5° CPC) ver Marc HENRY «Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs», en *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, N° 3, pp. 787 y ss. En contra Thomas CLAY «L'arbitre», *Dalloz*, 2001, §§ 442-444. Xavier DELPECH por su parte considera que en ciertos casos la invocación del artículo 1520-2° puede ser artificial, *Dalloz Actualité*, 9 de febrero de 2012, nota sobre C.Cass civ. 1° del 1 de febrero de 2011, y Pierre BELLET consideraba lamentable que en lugar de referirse al principio del contradictorio, la causal 4° del antiguo Código (que se retoma en el actual 1520-4° CPC) no se refiriese de manera más general a las violaciones al derecho de defensa, lo cual encajaría mejor en estos casos.

⁵⁷ Artículo 1142 del Código Civil francés.

⁵⁸ Artículos 434.9 5° o 435.7 5° del Código Penal francés.

⁵⁹ C.A. Reims del 2 de noviembre de 2011, C.Cass civ. 1° del 4 de noviembre de 2010, y C.A. París del 12 de febrero de 2009.

⁶⁰ *ASA Bull.* vol. 3°, N° 1, 2012, pp. 189-196; Marc HENRY en *Rev. Arb.* 2012, p. 120; Yuliana COLORADO en «Panorama de Jurisprudencia Francesa» en *Spain Arbitration Review* N° 15, 2012, pp. 155 y ss.; *Rev. Arb.* 2010, nota de la redacción, p. 825; Thomas CLAY en *Rev. Arb.* 2009, p. 190; Thomas PARIGOT y Alexandra MUÑOZ en «Panorama de Jurisprudencia Francesa» en *Spain Arbitration Review*, N° 6, 2009, p. 159; T. Philippe HEINTZ y G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, «L'obligation d'indépendance de l'arbitre: vers une nouvelle interpretation ad extirpanda en droit français», en *ASA Bull.*, vol. 30, N° 1, 2012, p. 197; Daniel COHEN «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts», en *Rev. Arb.* 2011, p. 611; Christophe SERAGLINI «Droit de l'arbitrage», en *La Semaine Juridique JCPE*, N° 6 10/02/2011, p. 27; LOUIS DEGOS, «Retour sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12/02/

tos relevantes respecto de la concepción en Francia de la obligación de revelación.⁶¹

Recordamos que en este caso, el árbitro, presidente del tribunal arbitral, trabajaba como *of counsel* en la oficina de París de la firma internacional *Jones Day*, y al momento de aceptar el nombramiento reveló algunos vínculos entre dicha firma y una de las partes. Luego de ello, el árbitro fue cuestionado en diversas ocasiones sobre tales vínculos por la otra parte, y fue poco a poco completando y corrigiendo sus anteriores declaraciones. En determinado momento, la parte que lo cuestionaba decidió recusarlo ante la institución que administraba el arbitraje (CCI), la cual decidió que la recusación no era admisible pues había sido presentada fuera del plazo previsto al efecto por el reglamento aplicable. Luego de esta decisión, la parte siguió investigando y solicitando información al árbitro, y él árbitro, luego de haber dictado un laudo parcial sobre responsabilidad, completó finalmente su revelación sobre ciertos hechos solicitados.

La parte afectada decidió solicitar la anulación del laudo ante la Corte de Apelación de París, la cual anuló el laudo. Dicha decisión sin embargo fue luego anulada por la Corte de Casación la cual reprochó a la Corte de París haber modificado el objeto del litigio al no considerar el argumento de una eventual renuncia a ejercer la recusa-

ción por no haber respetado el plazo contractual previsto en el reglamento aplicable. El asunto fue entonces reenviado para ser decidido sobre el fondo ante la Corte de Apelación de Reims, y esta última corte decidió anular el laudo debido a que «la falta de información [...], seguida de una información incompleta y a cuentagotas es susceptible de crear dudas justificadas sobre la independencia de M. [X] y conduce a anular el laudo»⁶², pues el árbitro «debe revelar ‘totalmente’, tanto lo que le resulta estrictamente personal como lo que concierne al despacho».⁶³

Lo primero que podemos retener entonces de estas decisiones es que al analizarse la imparcialidad e independencia, no basta considerar los vínculos del propio árbitro, sino que también deben tomarse en cuenta los vínculos que pueda mantener el despacho en el que trabaje, lo cual parece haber sido una primicia como causal de anulación de un laudo en Francia.⁶⁴

Es irrelevante la naturaleza de la relación que mantenga el árbitro con el despacho, sea como *of counsel*, socio o colaborador. En efecto, el estatus de «*of counsel*» aunque es frecuentemente utilizado en la práctica, y fue alegado para hacer valer un distanciamiento entre el árbitro y la firma, en realidad no se encuentra formalmente definido y por tanto permite referirse a situaciones muy diversas.

2009, sa J. & P. Avax c. Société Tecnimont SpA», en *Gaz. Pal.* N° 349, 15/12/2009, p. 6; Philippe SCHWEIZER «Recusation de l'arbitre: Quatrième espèce», en *ASA Bull.* vol. 27, N° 3, 2009, p. 523 ; Alexis MOURRE Y Priscille PEDONE, «Sommaires de jurisprudence des cours et tribunaux» en *Gaz. Pal.* N° 80, 21/03/2009, p. 53.

⁶¹ El otro gran tema de discusión que ha generado este caso se refiere al alcance de los plazos y de las decisiones sobre recusación de las instituciones arbitrales respecto del control de los tribunales franceses en sede de anulación.

⁶² En original: «le défaut d'information [...], suivi d'une information incomplète et perlée de celle-ci, est de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance de M. [x] et conduit à annuler la sentence».

⁶³ En original: «L'arbitre doit révéler totalement, tant ce qui lui est strictement personnel que ce qui concerne le cabinet».

⁶⁴ Louis DEGOS, en *Gaz. Pal.* 15 de diciembre de 2009, N° 349, p. 6, citando a su vez a Thomas CLAY, en *Rev. Arb.* 2009, pp. 190-205. De hecho, este fue uno de los argumentos de Avax ante la C.A. de París para intentar evitar la primera anulación.

ii. ¿Debe revelarse lo que no se conoce? Obligación de investigación

La decisión parece reconocer que el árbitro no estaba al tanto de los conflictos de intereses que existían, (y por tanto su independencia realmente no se encontraba en juego, ¿cómo poder estar afectado por algo que se desconoce?), sin embargo la Corte de Reims le reprocha al árbitro no haber investigado debidamente la existencia de tales vínculos para contestar a las solicitudes de la parte inconforme.

La decisión de la Corte de Reims aumenta entonces la exigencia de la obligación de revelación, no vale decir que no se conocían las circunstancias, ya que existe una obligación de investigación y de diligencia, que en la práctica será agravada para los árbitros que ejerzan en grandes estructuras legales o colaboren con las mismas.⁶⁵

iii. Revelación completa y continua

De la decisión de la Corte de Apelación de Reims en Tecnimont también pudiera interpretarse que se ha endurecido hasta un nivel improbable el requisito de continuidad en la obligación de revelación del árbitro. Recordemos que la corte decidió que el árbitro «*debe revelar totalmente, tanto lo que le resulta estrictamente personal como lo que concierne al despacho*», y que los potenciales conflictos de un despacho multinacional se encuentran en continua evolución.

Consideramos sin embargo, que la decisión no pretende exigir, en virtud de la continuidad del deber de revelación, que se obligue a los árbitros que trabajan en grandes despachos a dedicarse continuamente (¿todos los días? ¿cada semana? ¿cada mes?) a constatar cualquier posible conflicto, y reportarlo de inmediato y de oficio a las partes. Ello podría ser una labor imposible y hasta contraproducente. Como se ha señalado, el árbitro estaría prácticamente obligado a ocuparse más del control de los posibles conflictos que del propio arbitraje⁶⁶.

Lo que sí consagra la decisión es que, una vez que el árbitro es cuestionado por las partes, la obligación de revelación se ve reforzada, y en tales casos el árbitro tendrá ciertamente menos discreción respecto de lo que debe revelar y tendrá interés en responder de forma completa, correcta y oportuna a los cuestionamientos razonables que formulen las partes.

La misma Corte de Reims también recordó recientemente que la obligación de revelación debe ser completa, en el caso «*Prodim*»⁶⁷. Aquí el árbitro había revelado al comienzo del arbitraje que ya había sido designado árbitro por sociedades del mismo grupo de la parte que lo designó (Promodès), y en la convención de arbitraje las partes dejaron constancia de esta circunstancia, y declararon que la misma no afectaba la independencia e imparcialidad del árbitro.

El árbitro sin embargo, a pesar de haber hecho una revelación genérica, había

⁶⁵ Ya lo adelantaba Pierre BELLET : «*l'extension fantastique de certains cabinets internationaux ne créera-t-elle pas des problèmes plus difficiles à résoudre que ceux qui sont nés de l'existence des Chambres de Londres?*», en su nota sobre C.A. París del 28 de junio de 1991, en *Rev. Arb.* 1992, p. 572.

⁶⁶ Thomas CLAY, nota sobre C.A. París del 12 de febrero de 2009, en *Rev. Arb.* 2009, pp. 190 y ss., § 28.

⁶⁷ «*Prodim*», C.A. Reims del 31 de enero de 2012 N° 10/03288, Alexis MOURRE y Priscille PEDONE, en *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2012 N° 2, pp. 410-413.

obviado revelar que había sido designado en 18 ocasiones (las nominaciones por la misma parte o su grupo sumaban 34 al momento de debatirse la anulación), por tanto, la Corte consideró que al no conocer la amplitud de la circunstancia, la parte no pudo renunciar válidamente a recusar al árbitro, se violaron por ende sus derechos a la defensa y en consecuencia se anuló el laudo. Tratándose de circunstancias claramente relevantes, como un posible flujo de negocios, no basta una revelación genérica sino que se impone una revelación completa.

La Corte precisó que el árbitro tampoco podrá alegar la confidencialidad del arbitraje para negarse a revelar informaciones sobre anteriores nominaciones, ni sostener que se trataba de un hecho notorio porque era conocido por los abogados de la parte recurrente. En efecto, los hechos deben ser conocidos por las partes y las obligaciones de confidencialidad de los abogados impiden que se presuma que éstos puedan compartir tales informaciones con su cliente.

iv. ¿Vínculos entre el árbitro y el despacho de abogados al que pertenece la abogada de una parte?

En el caso *Tecso c. Neoelectra*⁶⁸, la Corte de apelación de París decidió anular el laudo pues el árbitro, un conocido profesor de Derecho, no había revelado que trabajó como «*of counsel*» entre el año 1989 y el año 2000 para el despacho de abogados al que pertenecía la abogada que lo designó, y porque hizo finalmente una revelación imprecisa sobre las consultas que

había proporcionado a dicho despacho en los últimos años.

Hay varios aspectos curiosos en este caso: la parte que solicitó la anulación fue la que ganó el arbitraje en cuanto al fondo, y no se limitó a hacer las señaladas acusaciones en contra del co-árbitro, sino que también intentó atacar el laudo por una supuesta falta de independencia del presidente del tribunal arbitral.⁶⁹

Por otro lado, y mucho más relevante para nuestro análisis, la abogada que designó al co-árbitro acusado de falta de independencia estaba representando en el arbitraje a un cliente personal y no a un cliente de su despacho, por tanto, ella actuaba en el arbitraje a título personal y el despacho era un simple tercero sin interés particular en el caso. La abogada tampoco era socia del despacho, y se había integrado en dicho despacho después de que el árbitro hubiera dejado de ser «*of counsel*». En cuanto a las consultas proporcionadas por el árbitro a dicho despacho, estas fueron aparentemente no más de tres en un período de 9 años.

La corte consideró sin embargo que dichas circunstancias eran indiferentes y decidió que «la circunstancia de que el árbitro tenga o haya tenido vínculos de interés con el despacho en el que la abogada trabaja creaba una obligación de revelación que no fue satisfecha y que privó a la recurrente de su posibilidad de ejercitar su derecho de recusación y fue susceptible de formar una duda razonable en ésta última sobre las cualidades de independencia e imparcialidad de dicho

⁶⁸ C.A. París del 10 de marzo de 2011.

⁶⁹ La alegación contra el presidente se basaba en que ésta había admitido a un abogado de la otra parte como contacto en «facebook», luego de terminado el arbitraje y en relación con una campaña para las elecciones de la barra de París. Esta alegación fue rechazada por la C.A. de París.

árbitro»⁷⁰, y en consecuencia correspondía anular el laudo.

Si bien ya hemos visto que se deben revelar los vínculos con los abogados de las partes, esta decisión extendió la obligación de revelación no sólo a los vínculos con el abogado, en este caso considerado individualmente pues trabajaba personalmente en el caso, ni al propio despacho del árbitro, pues se había separado del mismo hace varios años, sino a los antiguos vínculos que pudiera tener el árbitro con los vínculos del propio abogado! Es decir que, según la Corte de París, el árbitro antes de hacer su revelación hubiera debido investigar en qué despacho trabajaba la abogada, descubrir que se encontraba en el mismo en el que él había colaborado como of counsel entre 1989 y el 2000 (pues al no haber coincidido durante el mismo período nada indica que pudiera estar al tanto de ello), y luego, debería haber considerado como «susceptible de generar dudas razonables sobre su independencia» el hecho de haber colaborado en calidad de of counsel para dicho despacho, que en principio es completamente indiferente respecto del arbitraje, hasta el año 2000, y de haber colaborado a través de 2 o 3 consultas jurídicas en los últimos 9 años.

La carga de revelación parece ser irrazonable y excesiva, ya que no se trata de vínculos con la parte ni con la abogada de la parte, sino que se pretende que se ex-

tienda a un segundo grado. Además, aunque se admitiera que la consideración objetiva de los vínculos pudiera ir tan lejos, quedaría la apreciación subjetiva de saber si tales vínculos eran susceptibles de generar dudas razonables sobre la independencia del árbitro, lo cual en el presente caso, en vista de lo indirecto de los lazos, de su antigüedad y de lo ocasional de las colaboraciones no parecía en absoluto haberse establecido.⁷¹

Como veremos más adelante, la referida decisión de la Corte de Apelación de París fue anulada recientemente por la Corte de Casación, así que habrá que esperar la futura decisión de la Corte de Apelación de Lyon que se encargará de volver a juzgar el asunto para poder escribir el último episodio de esta extraña historia.

v. Flujo de negocios

La Corte de Casación también ha consagrado en dos decisiones recientes⁷² la tesis del flujo de negocios, aclarando los parámetros que permiten distinguir la existencia de dicho flujo de negocios. En dichos casos la aplicación de la tesis y sus consecuencias nos parecen adecuados dentro de su severidad. Otra decisión de anulación, nos parece menos justificada pues la Corte de París se limitó a constatar que el árbitro participaba en otros arbitrajes que involucraban a las mismas partes, sin verificar los extremos necesarios, para establecer un flujo de negocios.⁷³

⁷⁰ En original: «la circonstance que celui-ci ait ou ait eu des liens avec le cabinet d'avocats dont Me S. est collaboratrice créait une obligation de révélation à laquelle il n'a pas été satisfait ce qui a privé la société Tecso de l'exercice de son droit de récusation et a été de nature à faire naître dans son esprit un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance de cet arbitre».

⁷¹ Sobre esta decisión, ver Marc HENRY «Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs» en *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2011, N° 3, pp. 787 y ss. y Daniel COHEN «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts», en *Rev. Arb.* 2011, p. 611.

⁷² Decisiones «Somoclest» y «Prodim», ver nota al pie 29.

⁷³ C.A. París del 10 de marzo de 2011, «Nykcool AB c. Dole France et al.».

b) Confusión entre la obligación de revelación y los deberes de independencia e imparcialidad

Paralelamente a la extensión del campo de la revelación, otra tendencia que parece haberse instalado en las últimas decisiones y que consideramos anómala es la de confundir los deberes de independencia e imparcialidad con la obligación de revelación. Esta confusión conduce a que en los casos en que no se cumpla cabalmente con la revelación esperada, se deduzca automáticamente que el árbitro es parcial o dependiente, y en consecuencia, se admita la recusación o se anule el laudo.⁷⁴

Así, en varias ocasiones, los tribunales franceses han considerado suficiente establecer la falta de revelación de determinados vínculos para deducir automáticamente la falta de independencia, sin detenerse a verificar si efectivamente tales vínculos eran capaces de poner en duda la imparcialidad del árbitro. La propia falta de revelación haría nacer la duda en las partes sobre la independencia del árbitro.

En un reciente caso, la Corte de Apelación anuló una decisión en base a la falta de revelación completa y precisa del árbitro, y tratándose de un arbitraje interno, la

corte debió juzgar de nuevo ella misma el fondo del asunto y finalmente confirmó la decisión del tribunal arbitral en su contenido y sus fundamentos.⁷⁵

En el caso «*Tecnimont*», la Corte de Apelación de Reims admitió que el árbitro posiblemente no conocía los vínculos de su despacho con una de las partes o sus afiliadas, y por tanto parece reconocer que su independencia no se encontraba realmente en peligro, sin embargo lo que castiga es la falta de diligencia del árbitro respecto de su deber de revelación.

En el recientemente comentado caso «*Tecso*», la Corte de Apelación de París consideró suficiente establecer la existencia de un vínculo (aunque lejano y poco determinante) que no fue revelado por el árbitro para anular el laudo, sin estudiar si el mismo era capaz de generar dudas razonables sobre la independencia del árbitro.⁷⁶

De hecho, ciertos autores afirman que desde hace tiempo la obligación de revelación ha sustituido al deber de independencia, y que las últimas decisiones no eran sino ejemplos actuales de esta realidad,⁷⁷ aunque la mayoría de la doctrina parece estar en contra de esta confusión, que han considerado «*errónea y contraproducente*».⁷⁸

⁷⁴ En Derecho comparado tal parece ser el caso en Colombia, según la nueva ley de arbitraje colombiana del 2012 que establece claramente en el 3° apartado de su artículo 15 que «Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados».

⁷⁵ «*Consorts Allaire*», C.A. París 1 de septiembre de 2011, en *Rev. Arb.* 2011, pp. 686-690, citada por Daniel COHEN en «*Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts*», en *Rev. Arb.* 2011 pp. 611 y ss.

⁷⁶ Ver más adelante la decisión de la C.Cass civ. 1° del 10 de octubre de 2012 sobre el mismo caso.

⁷⁷ En particular la posición del Prof. Thomas CLAY en su nota sobre C.A. París del 12 de febrero de 2009, en *Rev. Arb.* p. 186 : «*Depuis ces arrêts, on sait donc que la réalité de l'atteinte à l'indépendance importe peu, seul compte la révélation*», y en *Dalloz* 2011, 3028, refiriéndose a C.Cass civ. 2° de 22 de noviembre de 2001, *Dalloz* 2003, *Som.* 2473, obs. Thomas CLAY, y C.Cass civ. 6 de diciembre de 2001, en *Rev. Arb.* 2003, p. 1231, nota de Emmanuel GAILLARD; *RTD com.* 2002, § 657, obs. Eric LOQUIN; *Dalloz* 2003, *Som.* 2473, obs. Thomas CLAY, y en reenvío: C.A. París de 2 de abril de 2003, en *Rev. Arb.* 2003, p. 1231, nota Emmanuel GAILLARD. Ver también Denis MOURALIS «*Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre*» en *Petites Affiches*, 13 de febrero de 2013, N° 32, p. 18.

⁷⁸ Charles JARROSSON, en *Rev. Arb.* 2013, N° 1, § 8, Eric LOQUIN, «*La dualité des fonctions de l'obligation de révélation*», en *Liber Amicorum Philippe Merle*, Dalloz, 2013; Marc HENRY, «*Le devoir de révélation dans les rapports entre les arbitres et conseils : de la suggestion aux electrochocs*», en *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2011, N° 3, p. 787; Christophe SERAGLINI, en *JCP* 2012 N° 1268, Laura WEILLER, en *Procédures* 12 de diciembre de 2012, comm.354.

En efecto, esa lógica equivaldría a admitir una presunción de dependencia, ante la cual los árbitros tendrían la carga de probar su independencia so pena de ser recusados, lo cual no nos parece acorde con la debida confianza que debe existir en un proceso arbitral.

Si bien la obligación de revelación está vinculada a los deberes de independencia e imparcialidad, estas no deben confundirse pues no tienen ni el mismo contenido ni el mismo objeto. En efecto, es perfectamente posible que un árbitro cumpla a cabalidad su obligación de revelación y no deje por ello de ser parcial o dependiente. De la misma manera, un árbitro también puede ser perfectamente imparcial aunque haya omitido revelar alguna información relevante.

En términos generales, la relación entre revelación e independencia es una relación de «medio» a «fin». ⁷⁹ La independencia del árbitro es imprescindible y de orden público, la revelación es un buen método para tratar de garantizar esta independencia pero no parece ser en sí misma una exigencia imprescindible de orden público. ⁸⁰

La falta de revelación, más que establecer la dependencia o parcialidad del árbitro, lo que implica es que se está privando a la parte afectada de ejercer sus derechos como mejor lo considere. Al no disponer de la debida información, se le estaría impidiendo manifestarse al respecto. ⁸¹ Sin

embargo creemos que lo procedente sería verificar la naturaleza de la información no revelada, pues cabe preguntarse si es adecuado sacar consecuencias tan graves como la anulación del laudo, luego de constatar que los hechos en cuestión eran incapaces de crear dudas justificadas sobre la independencia del árbitro. ⁸²

Otro enfoque sería el de considerar que el hecho mismo de la no revelación se añade a las circunstancias no reveladas como el indicio final determinante de la falta de independencia o imparcialidad del árbitro, es decir la prueba de su mala fe o de su malicia al esconder la evidencia que lo haría incapaz de arbitrar. Esta perspectiva pudiera ser válida cuando se demuestra que el árbitro buscó dolosamente esconder información relevante pero no funcionará en muchos casos en los que, o bien el árbitro no reveló los hechos por no conocerlos, o por negligencia, o sencillamente por considerarlos irrelevantes. La ley únicamente obliga al árbitro a revelar aquellas circunstancias capaces de crear en la mente de las partes una duda razonable sobre su imparcialidad e independencia, se trata de un juicio de valor y por ende es normal que se admita un cierto grado de libertad al árbitro.

Las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional también sostienen que la falta de revelación no debe conducir automáticamente a la recusación del árbitro o a la anulación del laudo. ⁸³ Sólo los

⁷⁹ Marc HENRY, nota sobre C.A. Reims de 2 de noviembre de 2011, en *Rev. Arb.* 2012, p. 112.

⁸⁰ Marc HENRY, nota sobre C.A. Reims de 2 de noviembre de 2011, en *Rev. Arb.* 2012, p. 112.

⁸¹ Philippe PINSOLLE «Chronique de droit de l'arbitrage», en *Petites Affiches*, 14 de noviembre de 2011, N° 226, p. 5.

⁸² Ver Charles JARROSSON, en *Rev. Arb.* 2013, p. 129.

⁸³ Nota explicativa sobre la norma general 3 (b): «El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto. El Grupo de Trabajo confía en que la promulgación de esta Norma General corregirá la percepción equivocada de que el solo hecho de revelar hechos o circunstancias demuestran que hay dudas suficientes para descalificar a un árbitro. En cambio, una recusación sólo deberá prosperar si, al someterla a la prueba objetiva antes mencionada, se comprueba que el árbitro tiene comprometida su imparcialidad e independencia».

hechos concretos, que deberán ser debidamente analizados, pueden constituir la falta de independencia e imparcialidad, no la falta de revelación de los mismos.⁸⁴

c) Moderación

Entre las decisiones más recientes no sólo encontramos un empeño, a veces desmedido, en reforzar la severidad del control de la independencia e imparcialidad de los árbitros sino que también se han dictado decisiones más moderadas y tal vez se puede avizorar una tendencia a restablecer el equilibrio.

Recientemente, la Corte de Casación en el caso «Tecso»⁸⁵ recordó a las cortes de apelación que no basta con establecer que hubo vínculos que no fueron debidamente revelados para poder anular el laudo, sino que es necesario que se exponga el razonamiento de por qué la existencia de tales vínculos era susceptible de poner en duda la independencia e imparcialidad de los árbitros.

La Corte de Casación anuló la decisión de la Corte de Apelación de París al considerar que no pudo ejercer su control sobre dicha decisión pues la Corte de París se limitó a enunciar la falta de revelación de ciertas circunstancias pero no explicó por

qué dichas circunstancias eran susceptibles de provocar en las partes una duda razonable en cuanto a la independencia e imparcialidad del árbitro⁸⁶.

La Corte de Casación también aprovechó para afirmar que el deber de independencia e imparcialidad no se subsumía en la obligación de revelación, aclarando la eventual discusión sobre el tema, y decidió que no bastaba establecer la falta de revelación de una circunstancia objetivamente conflictual para establecer que hubo una violación del deber de independencia o imparcialidad, sino que era necesario analizar subjetivamente por qué esta circunstancia afectaría la confianza de las partes en el árbitro, y el análisis de los efectos de la omisión del árbitro debería poderse verificar en la motivación de la corte de apelación.

Por otra parte, a pesar de que notamos que la Corte de Casación parece querer transmitir un mensaje a las cortes de apelación, debemos recordar que su decisión únicamente está controlando la decisión de la corte inferior, y no se pronuncia respecto de los elementos fácticos del caso. La Corte de Casación por tanto no ha decidido, pues no le corresponde hacerlo, si las circunstancias del caso en particular eran en definitiva suficientemente relevantes o si

⁸⁴ Por lo visto esta es también la posición adoptada en Inglaterra, Italia, Bélgica y Suiza y lo sería incluso en los EE.UU., ver Daniel COHEN «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts», en *Rev. Arb.* 2011.3 pp. 611 y ss., y David ALLEN LARSON «Conflict of Interest and Disclosure: Are we making a mountain out of a molehill?», en *South Texas Law Review*, 2008, Nº 4, pp. 879 y ss.

⁸⁵ C.Cass 10 de octubre de 2012, comentada por Charles JARROSSON en *Rev. Arb.* 2013, pp. 129 y ss.; Sigvard JARVIN, «Eclairages sur l'étendue de l'obligation de révélation», en: *Petites Affiches*, 29 de abril de 2013, Nº 85, p. 7; Laura WEILLER «La nécessaire motivation du manquement de l'arbitre à son devoir d'indépendance et d'impartialité», en: *Procédures* Nº 12, diciembre de 2012, com. 354; Marc HENRY, «Devoir de révélation de l'arbitre : consécration du critère de l'incidence raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre» en: *La Semaine Juridique Entreprise et affaires*, Nº 46, 15 de noviembre de 2012, 1675. T.P. Heinz y G. Vieira DA COSTA CERQUEIRA, «Vers une rationalisation de l'obligation de révélation de l'arbitre en droit français», en: *ASA Bulletin*, vol. 31, Nº 2, 2013.

⁸⁶ En original: «En se déterminant par ces seuls motifs sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de M. X et à son indépendance, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision».

debían ser reveladas por el árbitro, ni tampoco si esta circunstancia era en sí misma capaz de provocar dudas razonables sobre la independencia del árbitro. La Corte de Casación sólo exige al juez de la anulación que justifique la verificación de estos extremos⁸⁷. Tal como ocurrió en el caso Tecnimont, existe la posibilidad de que la Corte de Apelación de Lyon, a la que se reenvió el asunto, reafirme la decisión de la Corte de París, pero esta vez motivando mejor su razonamiento. Habrá que esperar entonces esta decisión para poder sacar conclusiones definitivas en cuanto a la extensión de la obligación de revelación.

5. CONCLUSIONES

Es indudable que la imparcialidad e independencia de los árbitros es fundamental para el adecuado funcionamiento del arbitraje y para mantener la confianza de las partes en el mismo, y no puede perderse de vista que es precisamente la confianza de sus usuarios la que sustenta este sistema de resolución de controversias. Los árbitros deberán honrar la confianza de las partes, respetando los deberes de independencia e imparcialidad, y actuando de la manera más

leal y diligente posible respecto de su obligación de revelación.

En los últimos años hemos presenciado un significativo aumento a nivel internacional del número de recusaciones⁸⁸ y del empleo de las causales relativas a la regularidad de la constitución del tribunal para buscar la anulación de laudos. Este fenómeno quizás en parte se explique por la tendencia generalizada de exigir cada vez mayor transparencia y reforzar los aspectos éticos del arbitraje⁸⁹, y también por la globalización y la intensificación de las transacciones comerciales, así como la evolución de la práctica de la abogacía a través de estructuras multinacionales que han multiplicado las posibilidades de conflictos de intereses.

Desafortunadamente sospechamos que la inflación también se debe a las posturas abusivas de ciertos abogados que buscan aprovechar un terreno de relativa incertidumbre, que pudiera ser fértil para cosechar recusaciones y anulaciones fútiles.⁹⁰

A ello se añade la dificultad intrínseca para controlar estos deberes de los árbitros,

⁸⁷ Ver T.P. Heinz y G. Vieira DA COSTA CERQUEIRA, «Vers une rationalisation de l'obligation de révélation de l'arbitre en droit français», en: *ASA Bulletin*, vol. 31, N° 2, 2013.

⁸⁸ Ver las estadísticas sobre el aumento de recusaciones citadas en Mark BAKER y Lucy GREWOOD, «Are Challenges overused in international arbitration?», en *Journal of Int. Arb.* 2013.2, p. 101.; sobre la CCI Anne Marie WHITESSELL Bull CCI 2007, pp. 7 y ss.; sobre la LCIA: Constantine PARTASIDES *Arb. Intl.* N° 23.2007, p. 1; y respecto de arbitrajes de inversión: *TDM*, vol. 5, N° 4, julio de 2008. Daniel COHEN por su parte se refiere al aumento de los recursos de anulación en Francia motivados en estas causales en «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts», en *Rev. Arb.* 2011.3 pp. 611 y ss.

⁸⁹ Al respecto, es indicativo el constatar que la ética en el arbitraje ha sido y sigue siendo un tema de gran interés en los foros especializados, por ejemplo entre muchos otros: «L'éthique dans l'arbitrage» Coloquio Francarbi del 9 de diciembre de 2011; «Advocacy and Ethics in International Arbitration» presentación de Doak BISHOP durante el Congreso ICCA del 2010 en Rio de Janeiro; Charles N. BROWER, «Keynote Address: The Ethics of Arbitration: Perspectives from a Practicing International Arbitrator», en *Berkeley Journal of Int. Law*, 2010, vol. 5. El 25 de mayo de 2013 la IBA publicó sus Directrices sobre la conducta de los abogados en arbitraje internacional, durante la conferencia anual celebrada en Boston en octubre de 2013, el comité de arbitraje de la IBA señaló que una comisión actualmente está trabajando en la revisión de las Directrices sobre conflictos de intereses del 2004, las cuales probablemente serán publicadas en el 2014.

⁹⁰ Mark BAKER y Lucy GREWOOD, «Are Challenges overused in international arbitration?», en *Journal of Int. Arb.* 2013.2, p. 101. Ya desde hace un tiempo, Guillermo AGUILAR ALVAREZ advertía que hay prácticamente el doble de demandas de recusación de parte de los Demandados que de los Demandantes, lo que indica que en gran medida se hacen con fines dilatorios. Guillermo AGUILAR ALVAREZ, «La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres», en: *Publicación CCI*, N° 472, p. 64.

pues raramente se obtendrá una prueba concluyente sobre la inclinación interna del árbitro o su efectiva falta de libertad para decidir un asunto, generalmente habrá que conformarse con indicios y con sistemas indirectos y subjetivos para establecer el nivel de riesgo de que el árbitro pueda no ser imparcial e independiente. Habrá que decidir entonces si es suficiente constatar una simple apariencia de dependencia o parcialidad para aplicar las severas consecuencias que prevé la ley, o si únicamente los casos de conflictos de intereses evidentes justifican dichas consecuencias.

Nos parece perfectamente legítimo exigir a los árbitros que revelen claramente las circunstancias que pudieran generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad, incluso si ello supone un esfuerzo considerable tratándose de árbitros que formen parte de despachos internacionales con incontables oficinas y clientes (*on ne peut avoir le beurre et l'argent du beurre!*), y creemos que es una obligación a la que debe dársele toda la importancia que se merece. También consideramos que determinadas circunstancias objetivamente analizadas y establecidas, como el flujo de negocios, pudieran hacer presumir una falta de independencia.


Sin embargo, consideramos que no puede llegarse al extremo de establecer de antemano una presunción de dependencia o parcialidad de los árbitros, que éstos tendrían la carga de contradecir mediante la revelación. Cualquier falta de revelación no debería desembocar ineludiblemente en una anulación del laudo o en una sustitución del árbitro sin que se analice previamente la relevancia de los hechos no revelados. También será indeseable que el excesivo celo en la revelación lleve a extremos absurdos de exigencia⁹¹ que compliquen el procedimiento arbitral llamado a ser ágil y expedito.

Deberá entonces en definitiva, como suele ser también el caso para la vida en general, buscarse el justo medio, es decir descubrir la posición de equilibrio que salvaguarde los intereses legítimos de las partes y del propio arbitraje como institución, sin duda, pero que no sea tan excesiva que someta a los árbitros a controles irracionales que entorpezcan su misión, o que debilite el proceso arbitral y los laudos. Las cortes francesas en su afán de proteger la confianza de los usuarios han flirtado con posturas excesivas, siguiendo en cierta forma el ritmo de una tendencia general, pero parece que están retomando una posición de mayor equilibrio.

⁹¹ Según el Prof. Mark KANTOR, para los arbitrajes internos en el estado de California se exige que los árbitros llenen un cuestionario judicial de 14 páginas antes de aceptar la nominación, reporte de *Global Arbitration Review* sobre la discusión sobre la reforma de las Directrices de la IBA el 10 de octubre de 2013 durante la Conferencia Anual de la IBA celebrada en Boston.

DELIBERACIÓN, OPINIÓN DISIDENTE Y CONFLICTO DE INTERÉS EN ARBITRAJE COMERCIAL

FERNANDO ESTAVILLO CASTRO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto. 2.1. Significado gramatical. 2.2. Noción de deliberación en el arbitraje. 3. La deliberación en la práctica del arbitraje. 3.1. Objeto o materia de las deliberaciones. 3.2. Cuándo se debe deliberar. 3.3. Quiénes deben participar en las deliberaciones. 3.4. Atributos de quienes participen en las deliberaciones. 3.5. Deliberaciones armoniosas. 3.6. Deliberaciones patológicas. 3.7. Deliberación y opiniones disidentes. 

1. INTRODUCCIÓN

La *deliberación* constituye una cuestión que permanece totalmente ausente en algunos reglamentos de arbitraje¹, mientras que en otros se le menciona de manera tangencial, generalmente al referirse a la sede del arbitraje, disponiendo que el tribunal arbitral podrá *deliberar* en lugar distinto de la sede del arbitraje². En otros reglamentos³ la *deliberación* no es mencionada expresamente y, por tanto, cuando se refieren al lugar en que pueden ser celebra-

das ciertas reuniones, en algunos casos cabe suponer que la *deliberación* puede constituir el objeto de esas reuniones, mientras que en otros casos es claro que la *deliberación* no forma parte de su objeto.

Autores como Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE⁴, por ejemplo, refieren que el requisito de que existan deliberaciones no siempre aparece señalado en la legislación que regula el arbitraje internacional, y de hecho no existe en la ley francesa sobre arbitraje internacional e igualmente ningun-

(*) Socio fundador, Miranda & Estavillo, S.C. (México, D.F.); miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (enero 2000 a junio 2012), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI, de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALArb) y del Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA).

¹ Reglamento de Arbitraje Internacional AAA/ICDR, 1998.

² Reglamento de Arbitraje de la CCI 2012, Artículo 3(3); Reglamento de Arbitraje de la LCIA 1998, Artículo 16.2; Reglamento de Arbitraje 2007 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Artículo 20(2); Reglamento de Arbitraje del CIADI 2006, Artículo 15; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 1976, Artículo 18(2); Reglamento de la Cámara Suizo-Americana de Comercio 2000, Artículo 15; Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM) 2009, Artículo 20(3); Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) 2012, Artículo 28(4).

³ Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Recursos Públicos (CPR) 2007, Regla 9(5); Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) 2007, Artículo 21(2).

⁴ GAILLARD, Emmanuel, y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/ Boston/London, 1999, pp. 746-747.

na de las causas de anulación de un laudo que enlista el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil (de Francia) se refiere directamente a las deliberaciones, lo que no impide que éstas constituyan una condición fundamental conforme al derecho francés, aplicable aun en caso de que ni las partes ni las reglas de arbitraje elegidas por ellas hagan referencia a las deliberaciones, por lo que podría argumentarse que la ausencia de deliberaciones apropiadas constituye una violación al debido proceso que justificaría la anulación del laudo y, por tanto, es generalmente considerado que la existencia de deliberaciones apropiadas es en sí misma un requisito procesal de orden público internacional, cuyo incumplimiento constituye una causal de anulación del laudo.

En un trabajo más reciente, José María ALONSO⁵ refiere que los artículos 1468 y 1469 del Código de Procedimiento Civil francés establecen, respectivamente, que el árbitro fija la fecha en que tendrán lugar las deliberaciones, y éstas serán secretas, mientras que la ley española no menciona expresamente la palabra *deliberación*.

Independientemente del tratamiento (o de la falta de alusión) que recibe la *deliberación* en los diversos reglamentos de arbitraje y aun en la doctrina misma, donde destacan los trabajos de Yves DERAINS⁶, Yves FORTIER⁷, el ya citado José María

ALONSO y otros autores, se trata de una cuestión de especial importancia que amerita reflexión. Y si bien con lo analizado por todos esos autores en sus trabajos, queda poco que decir, me atrevo a hacerlo en este artículo no obstante ello, con el ánimo de contribuir a la difusión de sus comentarios y continuar las reflexiones sobre un tema tan trascendente; y tal atrevimiento resulta aún mayor, por el hecho de que DERAINS dictó recientemente una conferencia magistral sobre el tema en la Ciudad de México, el 17 de enero de 2013⁸, en el Aula Magna San Ignacio de Loyola de la Universidad Iberomericana, invitado por el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, donde abundó sobre las ideas expresadas en su trabajo.

Existiendo la posibilidad de que un árbitro afectado por un conflicto de interés escape al control de las propias partes (o al de la institución administradora del arbitraje, cuando ésta existe) ya sea por haber sorteado exitosamente una recusación o bien por no haber existido esta última por cualquier causa, que puede haber sido incluso la inadvertencia del conflicto de interés, tanto por las partes como por los demás árbitros cuando no ha existido antes alguna manifestación de la existencia del conflicto de interés, la deliberación puede ser un momento propicio para que ese árbitro carente de imparcialidad e independencia como consecuencia del conflicto de interés,

⁵ ALONSO, José María. «*Deliberation and drafting awards in international arbitration*», en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, editado por Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi y Anne Marie Whitesell. ICC Publishing, París, 2005, pp. 221 a 233.

⁶ DERAINS, Yves. «*La pratique du délibéré arbitral*», en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, editado por Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias. La Ley, Madrid, 2010, pp. 131 a 134.

⁷ FORTIER, Yves. «*The tribunal's deliberations*», en *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, editado por Lawrence W. Newman y Richard D. Hill. Juris Publishing Inc., Huntington, N.Y., 2004, pp. 391 a 396.

⁸ Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», auspiciada por el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, dictada por Yves DERAINS con el tema «*La deliberación de los árbitros*». México, D.F., Universidad Iberoamericana, Aula Magna San Ignacio de Loyola, 17 de enero de 2013.

ponga en riesgo la integridad del procedimiento o la subsistencia misma del laudo arbitral.

Este problema queda en evidencia en las llamadas deliberaciones patológicas, que adelante se comentan; y en algunos casos, es precisamente la existencia de un conflicto de interés, la motivación subyacente en algunas opiniones disidentes.

Si bien los Lineamientos de la *International Bar Association* sobre Conflicto de Interés constituyen un instrumento de indudable utilidad para identificar situaciones ejemplificativas de la posible existencia de un conflicto de interés, dichos Lineamientos no se comentan en este trabajo tanto por no constituir su objeto central, además de que, independientemente de que la situación de un árbitro pueda corresponder o no desde un punto de vista estricto, con alguno de los grupos (rojo, ámbar o verde) previstos en dichos Lineamientos en función de la relevancia de la situación que en cada caso se describe, lo que resulta relevante es que la conducta del árbitro en las deliberaciones, o durante el procedimiento, puede ser reflejo o consecuencia de un conflicto de interés que le impida contar con la independencia e imparcialidad que constituyen un requisito *sine qua non* para el desempeño de sus funciones.

Tiene razón ALONSO⁹, al decir que ocasionalmente surge la oportunidad de analizar algo tan desconocido como el mecanismo mediante el cual un tribunal arbitral llega a su conclusión, y por ello su trabajo se refiere al proceso de deliberación y a las obligaciones que crea y a las etapas del pro-

cedimiento que comprende, intentando proporcionar una visión del proceso de toma de decisión, donde incluye brevemente las opiniones disidentes y las dificultades que pueden encontrarse durante las deliberaciones.

2. CONCEPTO

2.1. Significado gramatical

Gramaticalmente¹⁰, *deliberación* es la «Acción y efecto de deliberar», y esto último significa «Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos»; y, asimismo, significa «Resolver algo con premeditación».

De lo anterior, podría concluirse que el acto de la *deliberación* comprende tanto un proceso interno de análisis y reflexión en torno a una cuestión determinada, como uno externo que consiste en la emisión de la decisión u opinión resultante al mundo exterior, ya sea de manera unilateral o bien para ser contrastada con las opiniones de otros individuos, con el fin de emitir una decisión colegiada.

Evidentemente, ese *análisis y reflexión* pueden estar sesgados o viciados cuando existe una situación de conflicto de interés.

2.2. Noción de deliberación en el arbitraje

En el caso específico del arbitraje, también se advierte que, al referirse diversos tratadistas a la deliberación, llegando incluso a hacer un análisis exhaustivo de lo que

⁹ ALONSO, José María, *Op. cit.* p. 131.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Real Academia Española, Madrid, 2001; y Diccionario Esencial de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006.

implica, en el que algunos aluden a su significado semántico, no incluyen propiamente una definición expresa de la deliberación. FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, por ejemplo¹¹, parece interpretar lo dicho por YVES DÉRAINS en su artículo antes citado (específicamente en la página 33), para concluir que «[L]a deliberación es el acto que da lugar al pronunciamiento de una decisión».

El propio DÉRAINS, en su obra citada¹², afirma que si uno debiera admitir que todas las decisiones de un tribunal arbitral que no son calificadas como laudos no pueden ser objeto de una deliberación, se podría hablar entonces de simples debates, intercambios de ideas o confrontaciones de opiniones entre los árbitros; y bastaría con buscar una expresión de tal distinción para convencerse de su vacuidad y preguntarse ¿qué es una deliberación? En busca de esa respuesta, refiere DÉRAINS¹³ que, «según el diccionario (el Petit Robert), la deliberación es la <<deliberación de un tribunal antes de pronunciar la decisión>>. No importa qué decisión...» Podría decirse que en un sentido semejante aparece la voz *deliberación* en otros diccionarios¹⁴.

José María ALONSO¹⁵ se refiere a la deliberación como «la etapa en la que el tribunal arbitral discute y toma una decisión sobre la materia que le fue encomendado resolver» y, asimismo, tanto DÉRAINS como ALONSO y GONZÁLEZ DE COSSÍO, todos

ellos citando a J.-F. POUURET y S. BESSON¹⁶, mencionan que la conducción de la deliberación es un arte que requiere a la vez de prudencia, habilidad y firmeza. En el contexto del tema central del tercer número del Anuario Latinoamericano de Arbitraje, que es el conflicto de interés, también cabe decir que también se requiere de independencia e imparcialidad, es decir, de ausencia de cualquier conflicto de interés, por parte de quienes participan en la deliberación.

En torno a la importancia de la deliberación, es pertinente la reflexión de Yves FORTIER¹⁷ cuando hace notar que frecuentemente se dice que el elemento más importante de un arbitraje exitoso y la decisión más significativa que debe tomar una parte en un procedimiento arbitral, es la constitución del tribunal, pues la selección de árbitros experimentados es por mucho el medio más sencillo de asegurarse de que el procedimiento será conducido de manera justa y eficiente, y la importancia de esa selección queda de manifiesto cuando se cierra la instrucción de la causa, la audiencia ha quedado atrás y comienza la última labor del tribunal, que es la deliberación.

Es también obligado a acudir a lo dicho por Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES¹⁸ al comentar la forma en que el tribunal arbitral toma su decisión, pues ahí describen brevemente el proceso de la deliberación, hasta llegar a la emisión de opiniones disidentes.

¹¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. 3a. ed., Porrúa, México, 2011, p. 485.

¹² DÉRAINS, Yves, *Op. cit.* p. 223.

¹³ DÉRAINS, Yves, *Op. cit.* p. 223.

¹⁴ Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant, publicado bajo la dirección de Gerard Cornu, 8a.ed., Presses Universitaires de France, París, 2000, p. 265.

¹⁵ ALONSO, José María, *Op. cit.* p. 131.

¹⁶ POUURET, J.-F. y S. Besson, *Droit compare de l'arbitrage international*, Schulthess, 2002, no. 734, p. 693, citado por los tres autores mencionados en sus respectivos trabajos aquí citados.

¹⁷ FORTIER, Yves, *Op. cit.* p. 391.

¹⁸ BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, con REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5a. edición, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 565-578.

Y, como bien dice el propio José María ALONSO¹⁹, «ocasionalmente surge la oportunidad de analizar algo tan desconocido como el mecanismo interno mediante el cual el tribunal arbitral llega a una conclusión», y eso mismo se intenta a continuación.

3. LA DELIBERACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE

3.1. Objeto o materia de las deliberaciones

Si bien los comentarios de diversos autores podrían llevar a concluir que únicamente los laudos pueden ser objeto de deliberación, DERAÏNS²⁰ deja claro que ello no es así y no sólo los laudos pueden ser objeto de deliberación, sino que también pueden serlo otras resoluciones del tribunal arbitral.

Asimismo, teniendo en cuenta que como antes se dijo, una *deliberación* implica una *consideración atenta y detenida del pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla*, así como *resolver algo con premeditación*²¹, es claro que el proceso interno de análisis y reflexión en torno a una cuestión determinada, que es consustancial a la deliberación, debe partir de la lectura de los primeros documentos presentados por las partes en el procedimiento arbitral, de los que habrá de resultar el acta de misión en el caso de aquellos arbitrajes cuyas reglas así lo requieren, o aquel documento en el que el tribunal arbitral defina el alcance de la litis y cuestiones relacionadas, así como los principales lineamientos a seguir para la conducción del procedimiento.

Lo mismo puede decirse respecto de las diversas promociones y memoriales presentados por las partes a lo largo del procedimiento arbitral, sobre las que el tribunal arbitral debe pronunciarse mediante órdenes procesales o comunicaciones de diversos tipos con las que resuelva cuestiones específicas, generalmente de índole procesal, y con mayor razón puede decirse respecto de los laudos parciales o provisionales dictados por el tribunal arbitral, amén de que tratándose del laudo final no existe duda o discusión²². En todos esos casos, es obvio que la *deliberación* no sólo implica esa *consideración atenta y detenida del pro y el contra de los motivos de la decisión, antes de adoptarla*, por parte de cada uno de los miembros del tribunal arbitral, sino la discusión o debate entre los miembros del tribunal arbitral y, en su caso, su votación al respecto luego de haber establecido cada uno de ellos *la razón o sinrazón de su voto antes de emitirlo*. Y, sobra decirlo, tanto las discusiones como las votaciones respectivas, deben de ser objetivas y sin la contaminación resultante del conflicto de interés, que conduce a una votación espuria causada por quien tiene tal conflicto.

3.2. Cuándo se debe deliberar

Dicho lo anterior, lo siguiente resulta una obviedad. Claramente, siendo que es una obligación ineludible del árbitro conocer el expediente completo del caso que se le somete, es igualmente claro que es una tarea ineludible del árbitro empezar a deliberar a partir del momento en que recibe el expediente del caso, realizando primero ese proceso interno de análisis y reflexión a

¹⁹ ALONSO, José María, *Op. cit.* p. 131.

²⁰ DERAÏNS, Yves, *Op. cit.* p. 223.

²¹ Diccionario de la Lengua Española y Diccionario Esencial de la Lengua Española, antes citados.

²² GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. cit.* pp. 492-496; y 552-562.

partir de la lectura de los primeros documentos presentados por las partes, con miras a la realización de los actos previos a la elaboración del acta de misión o bien del documento que defina el alcance de la litis y los principales lineamientos a seguir para la conducción del procedimiento.

Las labores deliberativas del tribunal arbitral, en ese contexto, no se circunscriben al período en que éste da por concluidas las actuaciones en el arbitraje para abocarse a la redacción del laudo que debe dictar para su conclusión —ello denotaría una pésima conducción del procedimiento y un todavía peor desempeño de la función como árbitro, sino que deben iniciarse al entrar en posesión del expediente y deben repetirse cada vez que se reciben nuevas promociones o memoriales de las partes, particularmente si los mismos requieren de un procedimiento o respuesta por parte del tribunal arbitral.

En este sentido se pronuncia Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO²³ al decir que la obligación de deliberación no se limita a la emisión del laudo, sino que es aplicable a todo el procedimiento, y ello queda en evidencia si se toma en cuenta que el deber de dar un trato igualitario y debido proceso aplica al tribunal en su totalidad y no sólo al árbitro que presida.

De particular trascendencia, entonces, son las deliberaciones necesarias para que el tribunal elabore el acta de misión que ha de proponer a las partes, así como aquéllas indispensables para preparar la conferencia inicial con las partes para definir y acto seguido establecer los lineamientos a seguir para la conducción del procedimiento y las actuaciones que deban requerirse para una adecuada instrucción de la causa.

Son igualmente indispensables aquellas deliberaciones requeridas para resolver diversas cuestiones planteadas por las partes a lo largo del procedimiento sobre las cuales deba pronunciarse el tribunal arbitral, o bien para preparar y llevar a la práctica ciertas actuaciones especiales tales como inspecciones *in situ* y otras, así como para preparar y conducir la audiencia del arbitraje, donde por cierto suelen surgir situaciones sobre las cuales el tribunal arbitral, previa deliberación inmediata entre sus miembros, debe pronunciarse y resolver lo conducente.

Y, en torno a la preparación de la audiencia, sobra decir que ésta presupone la relectura y análisis de los principales documentos relacionados con la misma y la reflexión respectiva, por parte de cada árbitro, así como alguna deliberación previa, por breve que ésta sea, entre los integrantes del tribunal arbitral; entendido todo esto, en ese momento procesal, esencialmente como un cambio de impresiones entre los miembros del tribunal, encaminado a resolver cuestiones de procedimiento y logísticas, mas no cuestiones relativas al fondo de la controversia, toda vez que las deliberaciones que tengan por objeto estas últimas, para resolver lo que proceda, únicamente pueden tener lugar cuando el tribunal ha escuchado a las partes y ha estado en aptitud de conocer todo lo que cada una de ellas haya aportado para sostener su caso.

Concluida la audiencia del arbitraje, es frecuente —y recomendable— la práctica de los árbitros de tener una deliberación inmediata para cambiar impresiones, aprovechando la circunstancia de estar reunidos en ese momento, y esa inmediatez y la cercanía propiciada por la oportunidad presencial, pueden ser de especial utilidad.

²³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit.* p. 486.

FORTIER, por ejemplo, comenta²⁴ que las deliberaciones deben comenzar inmediatamente después de que han sido desahogadas las pruebas y tanto los abogados como las partes han partido; e idealmente, deben comenzar unas horas después del cierre de la última audiencia. En ese sentido se manifiestan otros autores²⁵ sugiriendo que, de preferencia, las deliberaciones se deben programar para que tengan lugar tan pronto como sea posible con posterioridad a la celebración de la audiencia de pruebas y a la presentación de los alegatos finales.

Acto seguido, y ello pudiera ser una vez presentados los alegatos finales de las partes, pudiera ser pertinente una deliberación adicional simplemente para decidir sobre la pertinencia o no de declarar cerrada la instrucción para dar paso a la deliberación final, como parte del proceso necesario para redactar y en su oportunidad dictar el laudo final, mediante el cual queden resueltos todos los puntos litigiosos planteados por las partes.

Después de dictado el laudo final, si bien podría hablarse de la necesidad de una *deliberación adicional* en aquellos casos en que el tribunal arbitral debe dictar un *laudo adicional*, cuando así se requiere de conformidad con las reglas de arbitraje convenidas por las partes o con la ley aplicable, para la resolución de alguna cuestión controvertida omitida en el laudo final, por regla general no se requeriría de una deliberación propiamente dicha, ya que en otras circunstancias se requeriría meramente de una revisión de texto y contenido del nuevo documento, en aquellos casos en que el tribunal arbitral debe hacer una interpretación

del laudo sin modificar el fondo o esencia de lo resuelto, o bien cuando debe corregir el laudo para subsanar cualquier error de cálculo, tipográfico o de naturaleza similar.

3.3. Quiénes deben participar en las deliberaciones

De nuevo otra obviedad, que bien podría invitar a abstenerse de incluir este inciso, de no existir algunas cuestiones que conviene mencionar.

Si bien la respuesta es obvia por necesidad y simplemente conduce a decir que quienes deben participar en las deliberaciones son los árbitros, ello también conduce a preguntarse qué árbitros deben participar en las deliberaciones, ya que el tribunal arbitral bien puede estar conformado por un árbitro único, o por más de uno -generalmente tres, y hasta podría tratarse de más o de un número par- y todo esto naturalmente llevaría a responder que todos los árbitros deben participar en las deliberaciones, lo cual llevaría a un par de implicaciones.

En la primera de ellas, aun cuando de un primer análisis alguien pudiera pensar que tratándose de un tribunal arbitral conformado por un árbitro único no cabe hablar de deliberación siendo que éste no tendría un interlocutor con quien discutir sus razonamientos y conclusiones, volviendo al concepto de *deliberación* tanto en su sentido gramatical como material, que se ha comentado en líneas anteriores, es claro que el árbitro único no está exento de la obligación de deliberar, ya que no obstante que no vaya a existir un debate y luego una votación, como sucede en los tribuna-

²⁴ FORTIER, Yves, *Op. cit.* p. 393.

²⁵ BREWER, Thomas J., LEVUIE, Richard A. y GAITIS, James M., en *The College of Commercial Arbitrators Guide to Best Practices in Commercial Arbitration*, editado por Curtis E. von Kann, Editor en jefe, James E. Gaitis y June R. Lehrman. JurisNet, LLC, Huntington, N.Y., 2006, p. 185.

les integrados por más de un árbitro, el árbitro único deberá hacer una *consideración atenta y detenida del pro y el contra de los motivos de su decisión, antes de adoptarla*. Y, según ha dicho el propio DERAÏNS²⁶, cuando el tribunal arbitral está conformado por más de un árbitro, cada árbitro debe haber hecho en soledad una tarea equivalente a la del árbitro único, para analizar las cuestiones y formarse una opinión antes de discutir las cuestiones con sus coárbitros.

No es en vano que Yves DERAÏNS ha dicho²⁷ que no es la *deliberación patológica* la más difícil, sino la del árbitro único, ya que éste vive una soledad muy difícil al deliberar, al no tener la posibilidad de contrastar sus ideas con las de coárbitros.

La segunda de tales implicaciones, lleva a preguntarse quiénes deben deliberar cuando se está en presencia de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro. En este escenario, partiendo del supuesto de que la deliberación es una obligación fundamental de cada árbitro, así como un derecho de las partes en el arbitraje, no es difícil concluir que tal obligación de deliberar alcanza a todos y cada uno de los miembros del tribunal arbitral de manera ineludible y, por tanto, ningún árbitro tiene el derecho de abstenerse de participar en las deliberaciones, por ser una obligación a su cargo cuyo incumplimiento implicaría que no estuviere desempeñando sus funciones, e incurrir en la responsabilidad respectiva. La abstención, incluso, puede ser espuria y reveladora de la existencia de un conflicto de interés.

En este sentido son interesantes los comentarios de Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE²⁸ al referirse a la negativa del árbitro a participar en las deliberaciones, y las implicaciones de tal negativa, y son también interesantes las fuentes que citan en esos comentarios. Asimismo, desde la óptica de la parte que nombró al árbitro omiso en la deliberación, cabe analizar si tal omisión fue consecuencia de la conducta de un árbitro negligente, que dejó de desempeñar cabalmente las funciones a que lo obligaba su nombramiento y con ello violó la confianza de quien lo nombró, o bien la omisión fue la manifestación de una conducta deliberada, espuria y mercenaria, propia de un árbitro afectado por un grave conflicto de interés, cuya omisión pueda haber tenido el propósito de entorpecer el procedimiento o de poner en peligro la subsistencia del laudo final.

Ese criterio incluyente implica, asimismo, que en todo momento los árbitros deben evitar comentar o discutir cualquier cuestión relacionada con el caso, directamente con uno de los coárbitros, sin que participe en la discusión el otro árbitro²⁹. Es decir, las deliberaciones deben ser colegiadas y no bilaterales y excluyentes.

Finalmente, la conclusión de que todos los árbitros deben participar en las deliberaciones, también implica que está impedido de participar en las mismas cualquier tercero que no tenga el carácter de árbitro, considerando por una parte la confidencialidad de las deliberaciones y la falta de facultades de tales terceros, para participar en las mismas y aun para estar presentes en ellas.

²⁶ DERAÏNS, Yves, *Op. cit.* p. 233, y expresado también por él en la Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

²⁷ Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

²⁸ GAILLARD, Emmanuel, y John Savage, *Op. cit.* pp. 749-750.

²⁹ Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

Esto último llevaría a concluir que, salvo que las reglas aplicables al arbitraje dispusieren lo contrario, los secretarios administrativos, cuando han sido nombrados, no deben participar en las deliberaciones del tribunal arbitral, aunque algunos autores, árbitros experimentados, pueden tener una opinión distinta³⁰.

También puede mencionarse, en vía de ejemplo, la nota sobre nombramiento, funciones y remuneración de secretarios administrativos de fecha 1 de agosto de 2012, emitida por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que en su punto 2 señala entre las funciones de los secretarios administrativos, la de asistir a las audiencias, reuniones y deliberaciones, y tomar notas o elaborar minutas o tomar tiempo en las mismas, aclarando al respecto en ese mismo documento que, bajo ninguna circunstancia, el tribunal arbitral podrá delegar funciones de toma de decisión en un secretario administrativo.

3.4. Atributos de quienes participen en las deliberaciones

Según Jean-Francois POUURET y Sébastien BESSON³¹, la deliberación es un arte que requiere prudencia, habilidad y firmeza. Es evidente que otros atributos que también se requieren, necesariamente están implícitos entre los tres que POUURET y BESSON mencionan como esenciales o, de lo contrario, tales atributos no se podrían considerar cumplidos cabalmente; y asimismo, sobra decir que la posesión de esos atribu-

tos, en este momento aplicados de manera específica a las deliberaciones, da por hecho que, en todo momento, el árbitro debe conservar los de independencia, imparcialidad y disponibilidad, que son esenciales para el desempeño de su función y también forman parte del bagaje ético del árbitro³². Y todo esto, como antes se dijo y sobra insistir, implica que el árbitro debe estar libre de cualquier conflicto de interés que demerite su absoluta independencia e imparcialidad.

La cualidad y deber de *prudencia*, implica el cuidado que debe tener el árbitro tanto al hacer un análisis acucioso, responsable y profundo de cada una de las cuestiones que conforman el caso, en un contexto de absoluta honestidad y objetividad, como la precaución, perspicacia y reserva con que debe conducirse al discutir con sus coárbitros cada una de las cuestiones objeto de debate, particularmente cuando esté participando en una deliberación patológica o tenga razones suficientes para pensar que existe la posibilidad de que así sea, particularmente cuando existen indicios para suponer, razonablemente, que alguno de los árbitros tenga un conflicto de interés que demerite o haga nugatoria su independencia e imparcialidad. E igualmente debe emplear esa *prudencia* durante las audiencias y en su relación con cualquiera de las partes, en forma tal que su conducta sea incapaz de transparentar en forma alguna el curso o el resultado de las deliberaciones tanto individuales como colegiadas.

³⁰ Por ejemplo, FORTIER, Yves, *Op. cit.* pp. 395-396.

³¹ POUURET, Jean-Francois y BESSON, Sébastien, «*Droit comparé de L'arbitrage international*», según citas de Yves DERAINS, *Op. cit.* p. 221; José María ALONSO, *Op. cit.* p. 132; FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Op. cit.* p. 485.

³² Ver ESTAVILLO Castro, Fernando, «*Ethics in arbitration*», en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, editado por Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi y Anne Marie Whitesell. ICC Publishing, París, 2005, pp. 390-404; y ESTAVILLO Castro, Fernando, «*Ética en el arbitraje*», Libro Homenaje a Drs. Bernardo Cremades e Yves Derains, en prensa, a ser publicado por el Instituto Peruano de Arbitraje el 24 de abril de 2013.

Asimismo, esa *prudencia* debe ser utilizada por el árbitro en combinación con la *habilidad* necesaria al participar en las deliberaciones de manera colegiada con sus coárbitros, y es en este momento que el tono y forma de las relaciones interpersonales dentro del tribunal arbitral cobran particular importancia. La *habilidad* permitirá a cada uno de los coárbitros comunicar sus respectivos puntos de vista en forma tal que lejos de fomentar el individualismo mal entendido o el antagonismo dentro del tribunal arbitral, permita un esfuerzo y una labor cooperativa por parte de sus integrantes, con los que se sumen de manera constructiva los talentos, capacidad y creatividad de cada uno de los árbitros, en vez de canalizarse de una manera divergente.

A este respecto, sostiene FORTIER³³ que es importante que el presidente del tribunal no apresure a sus coárbitros para llegar a una decisión definitiva sobre todas las cuestiones pendientes, y más bien debe recordar a los miembros del tribunal que su trabajo está apenas comenzando y, por tanto, en ese momento sus opiniones habrán de considerarse como provisionales, sin perjuicio de estar alerta para percatarse de la existencia de posibles consensos en relación con los puntos litigiosos a resolver, ya que de existir desacuerdo entre dos árbitros designados por las partes, será a partir de ese momento cuando el presidente comience a ganarse su estipendio especial como tal, debiendo tenerse presente que ningún miembro del tribunal debe ejercer presión alguna sobre sus colegas durante la primera sesión de deliberaciones, que debiera proporcionar una oportunidad para que todos los árbitros se enfraquen en un diálogo relajado con los demás.

Asimismo, la *firmeza* no es un atributo menor. Una de las riquezas del arbitraje es la posibilidad de que cada una de las partes designe a un árbitro cuya capacidad y características le merezcan la confianza necesaria para encomendarle una labor tan delicada como trascendente como es la solución definitiva de la controversia que enfrenta a las partes, y es por ello que para la parte nominadora resulta esencial que el árbitro no sólo cuente con la capacidad técnica necesaria para analizar cada una de las cuestiones a profundidad y la claridad de mente para tomar de manera independiente e imparcial las decisiones procedentes al respecto, sino la *firmeza* necesaria para sostener con entereza su punto de vista durante los debates respectivos con sus colegas, tratándose de aquellas cuestiones sobre las que el debate no haya arrojado una luz adicional; y ello sin perjuicio de que, como bien dice FORTIER³⁴, el árbitro siempre debe estar preparado para escuchar y para ser persuadido; y si eventualmente resultara aparente que su posición es insostenible, debe estar preparado para modificar su conclusión inicial.

Y como una reflexión final en torno a la *firmeza*, resulta claro que si bien ésta es un atributo de particular importancia tratándose de cualquiera de los árbitros, resulta esencial y por supuesto indispensable tratándose del árbitro presidente y, con mayor razón, debe ser entre todos los miembros del tribunal, quien más esté a salvo de cualquier conflicto de interés.

3.5. Deliberaciones armoniosas

Si bien podría decirse que la generalidad de los autores parece coincidir expresa

³³ FORTIER, Yves, *Op. cit.* p. 393.

³⁴ FORTIER, Yves, *Op. cit.* p. 394.

o implícitamente en que no existen reglas o manuales que especifiquen la manera en que se deben conducir las deliberaciones, lo que por cierto sería imposible en virtud de que cada arbitraje es un caso en sí mismo –un *cas d'espèce*, como diría FORTIER³⁵– ello no es óbice para poder distinguir que puede haber deliberaciones armoniosas, pero también deliberaciones patológicas; y así lo comentan diversos autores³⁶. Comencemos con las armoniosas, que podrían considerarse como el *deber ser* de las deliberaciones... y como tal tiene sus excepciones.

Siendo las deliberaciones armoniosas aquéllas en las que podría decirse que existe el ambiente ideal –o por lo menos propicio– para que los árbitros puedan *considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos*, así como para poder discutir amigable y constructivamente sus respectivos puntos de vista para finalmente resolver *con premeditación* las cuestiones controvertidas, los autores parecen coincidir en que las deliberaciones serán más productivas y armoniosas en la medida en que los árbitros se conozcan más entre sí y exista una mejor relación entre ellos, y comentan que esas circunstancias se encuentran con frecuencia en el arbitraje internacional, considerando el tamaño relativamente pequeño de la comunidad arbitral y la frecuencia con que los árbitros que la integran coinciden en diversos eventos así como en procedimientos arbitrales.

Autores como Yves FORTIER³⁷, por ejemplo, dan especial importancia al entor-

no en que se desenvuelva la relación personal entre los árbitros, así como a aquellos eventos, incluso de índole meramente social, que es aconsejable tomar en cuenta a fin de obtener un entorno favorable tan pronto como se integra el tribunal arbitral y los árbitros tienen la oportunidad de empezar a convivir dentro del procedimiento. Ciertamente FORTIER no es el único que pone cierto énfasis en esas cuestiones, y criterios semejantes aparecen en los trabajos de DERAÏNS³⁸ y de ALONSO³⁹.

Desde luego, es importante enfatizar que la existencia de una armonía entre los árbitros, por cierto deseable y aun conveniente, no representa en forma alguna que deba existir consenso o unanimidad entre ellos⁴⁰ en torno a todas las cuestiones objeto de deliberación y debate entre los árbitros, y decisión del tribunal arbitral. Consecuentemente, es también importante enfatizar que de ninguna manera debe un árbitro modificar el sentido de su decisión sin que exista una razón válida y persuasiva que lo haga modificar su criterio original, únicamente en aras de lograr una unanimidad que en forma alguna es indispensable y, por cierto, en ciertas circunstancias hasta podría ser indeseable. Esto, sería una falta de *firmeza* por parte de ese árbitro.

De igual manera, tampoco quiere ello decir que, en caso de disentimiento, quien piense de manera diferente a los demás árbitros deba emitir una opinión disidente; así como tampoco la persecución de la armonía entre los miembros del tribunal arbitral debe entenderse como si fuera el fin último

³⁵ FORTIER, Yves, *Op. cit.* p. 394.

³⁶ DERAÏNS, Yves, *Op. cit.* pp. 221-233; ALONSO, José María, *Op. cit.* pp. 131-144.

³⁷ FORTIER, Yves, *Op. cit.* pp. 391-395.

³⁸ DERAÏNS, Yves, *Op. cit.* pp. 231-233.

³⁹ ALONSO, José María, *Op. cit.* pp. 136-140.

⁴⁰ Ver DERAÏNS, Yves, *Op. cit.* pp. 231-233; ALONSO, José María, *Op. cit.* pp. 136-142.; FORTIER, Yves, *Op. cit.* pp. 395-396; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit.* pp. 485-486.

e impedir al árbitro en desacuerdo emitir una opinión disidente en aquellos casos, que por supuesto deben ser de verdadera excepción, en que el hacerlo pudiera ser una obligación ineludible para el árbitro disidente.

3.6. Deliberaciones patológicas

Se consideran *patológicas* aquellas deliberaciones llevadas a cabo de manera irregular, ya sea porque un árbitro quede indebidamente excluido de las mismas por los demás o bien porque el tribunal arbitral resuelva sin haber hecho un análisis objetivo del caso, sino animado por un interés más o menos disimulado en el mismo. Y una deliberación no es patológica por el hecho de que los árbitros no sean capaces de llegar a un consenso respecto a la resolución de cualquier cuestión controvertida, siempre y cuando la diferencia de opinión entre los árbitros haya surgido de auténticos puntos de vista diferentes y no de intereses personales. Por tanto, las deliberaciones patológicas surgen del comportamiento indebido de un árbitro, como sucede particularmente cuando ese árbitro tiene un conflicto de interés y trata de beneficiar a la parte que lo nombró.

Ciertos comportamientos indebidos de un árbitro, como sería el caso de una actuación negligente en el estudio del caso o su pasividad en todo el proceso de deliberación, sin otra intención específica, si bien obviamente tendrían como resultado una deliberación deficiente al quedar ésta en manos de los demás árbitros, de permanecer el árbitro en ese estado de conducta o

actitud pasiva, sin llegar a algo más, ello no necesariamente implicaría una deliberación *patológica* en toda la extensión de la palabra, sino simplemente una deliberación incompleta o deficiente, sin querer decir con ello que esto no pueda llegar a ser grave; y, en caso de considerarse *patológica*, generalmente la patología en esas circunstancias podría ser leve en comparación con otras.

Además de conductas u omisiones como las antes mencionadas, las patologías en las deliberaciones del tribunal arbitral se pueden manifestar de diversas maneras mucho más graves y trascendentes, como sería la transmisión de información por parte de un árbitro a alguna de las partes, respecto al curso de las deliberaciones, violando la confidencialidad de éstas, que constituye un valor generalmente aceptado⁴¹. Es lo que DERAINS⁴² llama acertadamente el *árbitro espía*. Este tipo de conductas, claramente ejemplificativas de un conflicto de interés subyacente, suele con frecuencia tener como resultado la preparación de memoriales o la exhibición de documentos no solicitados, con un valor estratégico para la parte interesada, o la búsqueda afanosa de una transacción desventajosa por alguna de las partes, cuando nada de ello habría sucedido si el *árbitro espía*, con un claro conflicto de interés, no hubiera filtrado esa información.

También existe el caso del árbitro que vela por los intereses de una de las partes, lo que se manifiesta mediante la aportación, en la deliberación, de argumentos que lleguen a ser descabellados; o mediante abier-

⁴¹ LEW, Julian D.M., QC, «*The Arbitrators and Confidentiality?*» en *Is Arbitration only as Good as the Arbitrator?*, Dossier VIII, ICC Institute of World Business Law, editado por Yves Derains y Laurent Lévy. ICC Services Publication Department, París, 2011, pp. 117-123; y LEW, Julian D.M., QC, «*The Tribunal's Rights and Duties: What do Parties and Arbitrators Bargain For?*» en *Players' Interaction in International Arbitration*, Dossier IX, ICC Institute of World Business Law, editado por Bernard Hanotiau y Alexis Mourre. ICC Services Publication Department, París, 2012, pp. 56-57.

⁴² Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

tas apologías de la posición de una de las partes –generalmente la que lo designó- o en el afán de ese árbitro de que al deliberar se incluyan cuestiones que no fueron planteadas en el procedimiento por la parte respectiva. Es ese tipo de árbitro, a quien DERAIS⁴³ llama el *árbitro socio*; y su conflicto de interés resulta grotescamente evidente.

Otra manifestación de patología que resulta del comportamiento indebido de un árbitro, se encuentra cuando un árbitro demora deliberadamente el procedimiento para entorpecer el proceso de toma de decisión, ya sea al no llegar a un acuerdo en la fijación de una fecha para deliberar, o al dejar de acudir a la deliberación, obligando a su diferimiento.

La situación anterior representa otro claro conflicto de interés, donde el árbitro sirve a los intereses o designios de una de las partes, deshonorando así su propia integridad y sus obligaciones esenciales en el desempeño de la función para la que fue nombrado y, al respecto, en todo caso debe tenerse presente que esto es igualmente aplicable al árbitro designado por cualquiera de las partes, así como al designado por una institución administradora o por una institución nominadora y, con mayor razón, al presidente del tribunal arbitral, con independencia de que haya sido nombrado por sus coárbitros o por una institución.

Esa patología, con peores consecuencias y merecedora de peores calificativos, existe cuando un árbitro pretende sabotear

el arbitraje y se abstiene expresa o deliberadamente de participar en las deliberaciones del tribunal arbitral y puede llegar al extremo de renunciar a su cargo en un estado avanzado de la instrucción de la causa, obligando en ocasiones a repetir actuaciones procesales, o llega a renunciar a su cargo durante la deliberación final del tribunal arbitral con posterioridad a la audiencia del arbitraje, para impedir la rendición del laudo. Esta es la especie que DERAIS⁴⁴ llama el *árbitro terrorista* y constituye una de las que más daño causan al arbitraje.

En torno a todas estas cuestiones, tan brevemente referidas, son de particular interés e importancia tanto el multicitado trabajo de YVES DERAIS, como sus comentarios en relación con el mismo durante la Conferencia Magistral que se ha venido recordando⁴⁵.

Es también muy pertinente recordar otros ejemplos mencionados por DERAIS⁴⁶, como es el caso de la deliberación no necesariamente representativa de la existencia de un conflicto de interés, mas sí patológica, que llama humorísticamente *Canada Dry* porque *al igual que esa bebida parece que tiene alcohol pero no lo contiene*; y es aquella *seudo deliberación* en la que el presidente del tribunal no admite discusión alguna durante el que normalmente debiera haber sido un proceso de deliberación, limitándose a presentar a sus coárbitros un proyecto de laudo redactado por él mismo, diciéndoles que si no están de acuerdo con ese proyecto quedan en libertad de

⁴³ Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

⁴⁴ Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

⁴⁵ DERAIS, Yves, *Op. cit.* pp. 224-230; DERAIS Yves, Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013; y ALONSO, José María, *Op. cit.* pp. 143-144, siguiendo la primera de las obras citadas de DERAIS.

⁴⁶ DERAIS Yves, Conferencia Magistral «José Luis Siqueiros», antes citada, 17 de enero de 2013.

emitir una opinión disidente. En ese tipo de deliberación, por supuesto, detrás de esa descripción humorística pueden subyacer –y dramáticamente, de no ponerse un alto antes de dictarse el laudo- tanto un *presidente dictador* como unos *coárbitros mansos*, por utilizar un calificativo suave en el caso de los segundos.

Como se aprecia de todo lo antes dicho de manera tan breve, las patologías en la deliberación pueden ser múltiples; y si bien el papel del presidente del tribunal para tratar de prevenirlas o de corregirlas puede tener particular relevancia, la realidad es que cuando se está en circunstancias extremas la solución puede volverse en extremo difícil o rayar en lo imposible, por más que el propio presidente, incluso con el apoyo del árbitro leal, haga acopio de todos los mencionados atributos en materia de *prudencia, habilidad y firmeza*, que pueda tener a su alcance.

Ahí quedan todas esas situaciones para la reflexión, así como el tiempo y circunstancias propias de cada arbitraje en lo individual, para que cada árbitro las enfrente y resuelva en su momento y, así, al compartir con la comunidad arbitral su propia experiencia –como lo han hecho los autores citados y otros no mencionados aquí por falta de espacio- contribuya al desarrollo y superación de la práctica arbitral en todas las jurisdicciones.

3.7. Deliberación y opiniones disidentes

Como han dicho Yves DERAIS y José María ALONSO, y ya hemos citado, la obligación de deliberar no entraña la de llegar a una decisión unánime y es por ello que el tema de las *opiniones disidentes* o *votos particulares* llega a adquirir importancia.

Poco puede decirse ahora respecto a las opiniones disidentes, particularmente porque el espacio ya no lo permite y más aún porque el tema y la problemática que lo rodean son extensos y ameritan un análisis detallado y especial –por cierto ya hecho por distinguidos autores- pero es pertinente hacer aquí unos cuantos comentarios al relacionarlo con la deliberación.

En primer lugar, además de decir que a la fecha el debate sobre la permisividad o no de la emisión de opiniones disidentes, parece estar decidido claramente en la práctica arbitral y en la política de las instituciones arbitrales a favor de la admisibilidad, también debe decirse que subsiste, quizá sin disminuir su intensidad, el debate entre la pertinencia o no de que el árbitro que sustenta una opinión distinta de la de sus compañeros de tribunal, emita una *opinión disidente* o *voto particular*, que documente en detalle su disenso y las razones del mismo.

Mucho y muy bueno ha sido escrito en un sentido y en el opuesto⁴⁷ y, en lo perso-

⁴⁷ Por dar unos cuantos ejemplos ver, entre otros, REDFERN, Alan. «*The 2003 Freshfieldss Lecture – Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*», en *Arbitration International Arbitration*, LCIA, Volume 20, No. 3, 2004, Kluwer Law International, Londres, 2004, pp. 223-242; REES, Peter J., QC y ROHN Patrick. «*Dissenting Opinions: Can they Fulfil a Beneficial Role?*», en *Arbitration International Arbitration*, LCIA, Volume 25, No. 3, 2009, Kluwer Law International, Londres, 2009, pp. 329-346; BROWER, Charles N. y ROSENBERG, Charles B. «*The Death of the Two-Headed Nightingale: why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*», en *Arbitration International Arbitration*, LCIA, Volume 29 No. 1, 2013, Kluwer Law International, Londres, 2013, pp. 7-44; SMIT, Hans. «*Dissenting Opinions in Arbitration*», en *International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 15, No. 1, Spring 2004, ICC Publishing SA, París, 2004, pp. 37-41; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit.* pp. 492-496; y 552-562; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, con REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Op. cit.* pp. 565-578.

nal, me sumo a quienes opinan que por regla general el árbitro disidente no debiera propugnar por dejar una constancia expresa de su disentimiento y mucho menos emitir una opinión disidente, debiendo ser ésta última un último recurso, rara vez a su alcance, para ser utilizado en casos extremos de verdadera excepción, ya que poco o nada beneficioso puede acarrear una vez concluidas las deliberaciones y dictado el laudo, aun en aquellos casos en que la opinión disidente es emitida con rectitud de intención, y mucho de negativo puede acarrear cuando no es ese el caso.

Tratándose de la deliberación, el lado oscuro del tema es que en la mayoría de los casos la *opinión disidente* o *voto particular* proviene del árbitro designado por una de las partes, versando sobre alguna cues-

tion en que la parte nominadora no prevaleció en el laudo; y, en algunos de esos casos, el autor de la opinión disidente puede ser un auténtico *árbitro socio* o un *árbitro terrorista*, que en el epílogo de una deliberación patológica trate de culminar su comportamiento indebido como árbitro, motivado por un conflicto de interés, tratando una vez más de beneficiar a la parte que lo nombró.

En vista de todo lo anterior puede concluirse brevemente que, en caso de ser emitida una opinión disidente, además de tratarse de circunstancias de verdadera excepción que la justifiquen, la misma debe cumplir con el principio de confidencialidad a que están sujetas las deliberaciones del tribunal arbitral, que mencionan coincidentemente diversos autores⁴⁸.

⁴⁸ Ver, entre otros, ALONSO, José María, *Op. cit.* pp. 136-143; DERAIS, Yves, *Op. cit.* pp. 225-227; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, Vol. II, pp. 2269-2270.

IMPARCIALIDAD

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (*)

Just as principles have an interpersonal function of giving assurance to another -she can count on my behavior in planning hers- so too they have intrapersonal function of enabling me to count on certain behavior from my future self-when he too probably will have that principle.

ROBERT NOZICK¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Problema-que es doble. 2.1. Juzgador. 2.2. El Problema del árbitro parcial. 2.3. Dos problemas que confluyen en un principio: Imparcialidad. 3. Noción de imparcialidad. 3.1. Definición. 3.2. Sesgo, prejuicio, predisposición y otras malaise intelectuales. 4. Imparcialidad y racionalidad. 4.1. Pensando sobre pensar. 4.2. Un poco de lógica. 4.3. Análisis del pensamiento. 4.4. Imparcialidad es una condición necesaria, pero insuficiente. 4.4.1. La imparcialidad es necesaria. 4.4.2. ...pero insuficiente... 5. Imparcialidad en otros contextos. 5.1. Imparcialidad y expertos. 5.1.1. Imparcialidad del experto. 5.1.2. ¿El experto hace mal árbitro? 5.1.3. Ataques ad hominem. 5.1.4. Citas en contra. Citas fuera de contexto. 5.2. Imparcialidad y el testigo. 5.3. Imparcialidad y el abogado de parte. 5.4. Imparcialidad y deliberación. 6. Comentario final.



1. INTRODUCCIÓN

La 'imparcialidad' es un principio -lo cual explica y hace relevante el pensamiento de NOZICK al comienzo de este ensayo. No sólo es eso, es además un deber. Y no cualquier deber, es uno de derecho arbitral transnacional. Sin embar-

go, su significado y alcance exacto es objeto de debate- además malentendidos. Lo que es peor, cuando no existe, el valor principal del arbitraje se compromete. A continuación busco explicar por qué adoptando una aproximación pragmática, filosófica y psicológica, no sin antes divulgar el problema que motiva este ensayo.

(*) Socio de González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro y abogado en arbitrajes nacionales e internacionales.

¹ *The Nature of Rationality*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993, p. 14.

2. EL PROBLEMA-QUE ES DOBLE

Dos *quaere* motivan este ensayo. Primero, qué es juzgar (incluyendo cómo hacerlo). Segundo, el problema del árbitro parcial.

2.1. Juzgar

Qué es 'juzgar' y cómo hacerlo es una pregunta profunda que quienes nos dedicamos al arbitraje en algún momento nos hemos planteado. La respuesta es diversa. Hay quienes consideran que cuando se les escoge como árbitro deben de impartir justicia como *ellos* la conciben.² Otros consideran que esa no es la labor del árbitro; es aplicar el Derecho.³ Aún otros la circunscriben a resolver una disputa: la impartición de justicia es una labor diversa.⁴ Finalmente, hay quienes consideran que 'juzgar' significa escoger cuál es la línea argumentativa, de las ofrecidas, que más se apega al Derecho aplicable y a la razón. Me sumo a esta postura. No sólo por que las posturas alternativas, sin duda con buenas intenciones, malentienden la labor del árbitro, sino también por que generan problemas (como el de *iura novit arbiter*⁵ y otros que aquí no abordo⁶) y probablemente arrojen un fallo que no guarde congruencia con el expediente o, lo que es peor, las expecta-

tivas de las partes. Y siendo la congruencia del fallo uno de los principios elementales del proceso,⁷ ello pone en tela de juicio la legitimidad del ejercicio *in toto*.

Pero aún entendida así, la labor de juzgar genera inquietudes. ¿Cómo se forman las personas la opinión que se materializará en el *dispositif* del laudo? No es ninguna noticia para quienes se dedican al arbitraje⁸ que el verdadero proceso de toma de decisión con frecuencia precede la fundamentación y motivación. Y ya hecha, se viste de los principios legales aplicables. Para ilustrar el punto, tomemos la interpretación. Son tan abiertos los principios de hermenéutica que no es infrecuente sospechar (a veces constatar) que son selectivamente usados para adornar (no motivar) la decisión a la que llegó el intérprete. Ya desde hace tiempo lo advertía nada más y nada menos que Hersch LAUTERPACHT:⁹

There is nothing easier than to purport to give the appearance of legal respectability and plausibility – by the simple operation of selecting one or more rules of interpretation – to a judicial decision which is lacking in soundness, in impartiality, or in intellectual vigour.

² Después de todo, si escogen a cierta persona como árbitro, ello obedece a su pericia en cierta materia, misma que debe entenderse que las partes desearon que permeé en su fallo al elegir al individuo en cuestión como su juzgador.

³ Postura que me recuerda la contestación de Justice Wendell Holmes a la pregunta que le hiciera a un periodista mientras subía los escalones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en su primer día: ¿va usted a hacer justicia? Contestó: «No. Voy a aplicar el Derecho».

⁴ En alguna ocasión le escuché a un árbitro destacado distinguir ambos ejercicios en base a lo siguiente: «a un árbitro le corresponde resolver un problema. Impartir justicia le corresponde a Dios».

⁵ Que abordo en *Arbitraje*. 3ª edición. México, D.F. 2011, p. 449.

⁶ Vid, *Arbitraje*, *Op. cit.* pp. 450 et seq.

⁷ Sea *natural justice* (nomenclatura inglesa), *principe de contradiction* (como lo conciben los franceses y suizos), *due process* (como se concibe en Estados Unidos) o normas esenciales de procedimiento (como se concibe en México),

⁸ O en general a juzgar. Sean tribunales judiciales o administrativos, cómo se forma la opinión quien decide es variopinto -a veces errático.

⁹ LAUTERPACHT, Hersch. *International Law, Collected Pages*. Edited by E. Lauterpacht, 4 The Law of Peace, parts VII-VIII, Cambridge University Press. Cambridge. 1978, 2009, p. 411.

[No hay cosa más fácil que pretender dar la apariencia de respetabilidad y credibilidad legal a una decisión judicial que carece de validez, imparcialidad o rigor intelectual mediante la simple operación de seleccionar una o más reglas de interpretación]

Luego entonces, la pregunta sobre cómo los árbitros (y las personas en general) arribamos a conclusiones es importante -además de profunda. Y debe ser motivo de reflexión por quienes nos dedicamos a actuar como árbitros -claro, suponiendo que nos preocupa la calidad de nuestros fallos.

2.2. El problema del árbitro parcial

La práctica del árbitro parcial es corrosiva. Aunque excepcional, sucede que árbitros conciben su deber de imparcialidad en forma relativa: son más imparciales cuando son presidentes de tribunales, que cuando son árbitros de parte.¹⁰ Y lo anterior es la exposición optimista: existen casos de sesgo notorio -inclusive parcialidad flagrante.

Lo expuesto es lamentable. No sólo legal y éticamente, sino utilitariamente.¹¹ El resultado de la parcialidad es que una cantidad (a veces importante) de energía y atención de los tribunales arbitrales (en deliberaciones y otros pasos) se dedica a resolver o contrarrestar la parcialidad de uno de sus miembros. El resultado genérico -pues el específico es casuista: depende de las características, psicología y destreza del res-

to de los miembros del tribunal arbitral- es que el foco de atención -el *quid* de la disputa- se distrae, por lo menos en parte.

2.3. Dos problemas que confluyen en un principio: Imparcialidad

Expuestas las dos vertientes de duda, deseo perfilarlas hacia el mismo objetivo: el valor último del arbitraje.¹² Estoy convencido que *el* valor más importante que brinda el arbitraje es la especialidad¹³ Gracias al mismo, un intelecto cuidadosamente escogido puede dedicarle el tiempo necesario a resolver una controversia que tiene algo que requiere especial atención. Es por ello que cuando un cliente me pide que le recomiende un árbitro le indico que debe escogerlo como escogería a un neurocirujano que le extraerá un tumor en el centro del cerebro. No en base a favoritismos, sino por pericia. Por confiar que la persona que lo juzgará hará su tarea. Estudiará el asunto. Evaluará cuidadosamente tanto la argumentación jurídica como material probatorio. Y todo con miras no a favorecer a una sino a ambas partes. ¿Cómo? Emitiendo la decisión más apegada a Derecho y a la razón

Visto así, la imparcialidad no es mas que un *medio* para un *fin*: el *telos* del arbitraje -especialidad.

Mi rama de especialidad (árbitro) me ha permitido compartir tribunales en una cantidad importante en casos cuya sustancia involucraba temas altamente comple-

¹⁰ Si el lector objeta el relativismo con el que comento un deber que en verdad es absoluto, confesaría coincidencia. Añadiría que sería tanto como decir que se está «un poco» embarazada. O se es imparcial o no. El resto es parcialidad racionalizada.

¹¹ Utilizo el término «utilitariamente» con miras a poner en juego la corriente filosófica del utilitarismo: el valor moral de un acto, práctica, institución o ley debe juzgarse por su efecto en promover la 'felicidad' (utilidad) agregada de todos los habitantes de una sociedad. Visto bajo dicha lupa, la existencia de parcialidad es inconsistente con dicho ideal: reduce la utilidad del instrumento cuando se analiza su efecto agregado.

¹² El término 'valor' lo uso en el siguiente sentido: satisfacción de una necesidad.

¹³ No por que el arbitraje no tenga otras virtudes, sino por que es la que lo caracteriza. (Otras son la flexibilidad, velocidad, finalidad y costo-eficiencia.)

jos o áreas técnicas.¹⁴ Ello me ha permitido compartir tribunales con la *crème de la crème* nacional e internacional, y también con árbitros amateurs; inclusive con árbitros no abogados. Como resultado de dicha experiencia, he acumulado vivencias y lecciones que deseo compartir perfiladas al tema de este ensayo: ¿qué hacer para bien-decidir cuando la materia versa sobre una diversa a la que se especializa el tribunal?

3. NOCIÓN DE IMPARCIALIDAD

3.1. Definición

Llevo algunos años explicando a mis alumnos de arbitraje que la imparcialidad es como la inteligencia o el amor: difícil de definir, fácil de detectar.¹⁵ Sin embargo, aquí propondré una definición.¹⁶

En mi opinión, la ‘imparcialidad’ es apertura intelectual. El carecer de predisposición alguna. Mente abierta. Estar dispuesto a ser convencido de una u otra postura. Cualquiera que sea. Sin que uno de los resultados posibles sea (consciente o inconscientemente) preferido.

Como se indicó al inicio de este ensayo, la imparcialidad es un principio. Y estoy convencido que *los principios sudan*:

se perciben del actuar de las personas, aunque no les den eco verbalmente.

Admito que esta no es la noción tradicional. Aunque muchos libros de arbitraje tocan la imparcialidad, comentaré dos estudios cuya profundidad sobre la cuestión los hace especialmente relevantes.¹⁷

Para Marc HENRY es la ‘independencia’ la que define al arbitraje. Sin ella se caricaturiza.¹⁸ Y la concibe como incluyente de los siguientes tres conceptos: neutralidad, objetividad e imparcialidad. Éstos a su vez los entiende como ‘objetividad’ - «apreciación fiel de la realidad». ‘Neutralidad’: «la desvinculación necesaria del ambiente jurídico, económico y político». Y sobre la imparcialidad, se rehúsa a definirla sino que procede a identificarla en su manifestación objetiva: ‘independencia’.

Para Thomas CLAY el foco de atención también es independencia, no imparcialidad.¹⁹ Aunque ésta se toca, el análisis de los requisitos que aplican al árbitro gira alrededor de la independencia, la cual define como «el proceso intelectual que permitirá, frente a una situación litigiosa, elaborar una decisión jurisdiccional libre de duda o contingencia».²⁰ La distingue de sus vecinos próximos (neutralidad y objetividad) admitiendo que con frecuencia se usa como sinónimo de imparcialidad.²¹

¹⁴ Por ejemplo, problemas cuya solución exigió determinaciones en materia de ingeniería, energía, cálculo de peso de materiales, química, bioquímica, electricidad, medicina, matemáticas, física, economía, contabilidad. Además de disciplinas diversas, también ha involucrado industrias diversas que cuentan con peculiaridades que deben tomarse en cuenta para decidir bien. Algunos ejemplos son propiedad industrial, bancario, marítimo, energía, deporte, tequila, franquicias, bebidas carbonatadas, restaurantera, agricultura, telecomunicaciones, bursátil, transportes, fútbol, automotriz, minas, minerales, basura, financiero, aéreo, competencia económica, chatarra, principios UNIDROIT, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹⁵ Ver *Arbitraje*, *Op. cit.* p. 372.

¹⁶ Que se expone sobre la idea defendida en *Arbitraje*, *Op. cit.* p. 372.

¹⁷ MARC, Henry. *Le Devoir d'Independance de l'Arbitre*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 2001. CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Dalloz, Paris, 2001.

¹⁸ Como lo expone Jean-Denis Bredin, al introducir la obra de Henry, *Op. cit.* p. xi.

¹⁹ CLAY, *Op. cit.* pp. 234 a 347.

²⁰ *Idem.* p. 244.

²¹ *Idem.* p. 247.

Como puede observarse, ambos (letrados y agudos) autores ponen el acento sobre independencia más que imparcialidad. Pero al hacerlo, postulo que la esencia de lo que defienden es lo que aquí he llamado «imparcialidad» - *Liberté d'esprit*. Luego entonces, detecto sintonía sustantiva con lo que aquí defiendo -aunque exista diferencia de nomenclatura.

Existiendo acuerdo²² que la independencia es un criterio objetivo²³ y la imparcialidad uno subjetivo,²⁴ la preferencia de la doctrina y praxis ha sido enfocarse sobre la primera. El motivo ha sido pragmático: la independencia es mucho más fácil de verificar que la imparcialidad -que versa sobre un estado de ánimo (algo de difícil constatación). Y como medida profiláctica, creo que la práctica ha hecho bien. Pero dicha preferencia práctica no puede prevalecer sobre -ni nublar- la pureza conceptual: la ausencia de sesgo.

Entendido así, ambos autores tienen un punto. Los llevaría al extremo postulando que *la* imparcialidad no sólo es un deber deontológico, sino un elemento ontológico. Para *ser* árbitro, es necesario ser imparcial. Si ello no existe, el título simplemente no aplica. Se tratará de algo distinto, como 'abogado de parte', mas no un 'árbitro' correctamente entendido.

Habiendo propuesto una noción deseo admitir que no carece de vacilación. No sólo eso, contiene suposiciones que deseo identificar y explicar.

3.2. Sesgo, prejuicio, predisposición y otras *malaise* intelectuales

Es probable que al leer la definición que propongo el lector cuidadoso se haya rascado la cabeza en son de duda: ¿dónde existe un individuo que carezca de predisposición alguna? La duda -tengo que admitirlo- es legítima. Deseo examinar el punto para explicar a lo que me refiero y defender por qué creo que debe constar en mi definición.

Comencemos con el cuestionamiento. Es cierto. Todos, por el simple hecho de existir, tenemos predisposiciones. Por 'predisposiciones' me refiero al sedimento intelectual que todos tenemos en nuestro subconsciente (cultural y jurídico), mismo que en buena medida explica muchas de nuestras conclusiones, además de conducta. Dicha materia está compuesta por muchos conocimientos, conceptuales y empíricos. Desde nuestra cultura y formación personal (familiar, educación y profesión) hasta experiencias. Pondré algunos ejemplos enfocados en lo jurídico. Si estudiamos en una escuela de Derecho que tiene como énfasis derecho civil, probablemente tengamos una predisposición a ver bajo dicha lupa el problema frente a nosotros. Y si en dicha escuela el maestro que más nos influyó era un férreo defensor de una idea determinada, probablemente ésta esté inmersa en el cuerpo de ideas que traemos sembradas en nuestro subconsciente. Nuestra formación y trayectoria profesional también impacta. Si por ejemplo nos hemos siempre desempeñado en un despacho corporativo, probablemente nuestras predisposiciones sean

²² Mucha de la doctrina así lo admite; y CLAY le da eco (*Idem*. pp. 245-246).

²³ La ausencia de vínculos entre el árbitro y las partes o sus representantes. Recientemente, ello se ha extendido a la materia en disputa mediante el concepto de los *issue-conflicts*.

²⁴ El estado de ánimo del árbitro *vis-à-vis* ambas partes.

diversas a si hemos únicamente fungido en una notaría o como litigantes.

¿Quiere lo anterior decir que somos esclavos de nuestras predisposiciones? Por supuesto que no -siempre que tomemos consciencia de las mismas. Y ese es el mensaje medular de este ensayo: debemos tomar consciencia de nuestras predisposiciones²⁵- claro, suponiendo que nos preocupa la calidad de nuestras decisiones. El motivo: sesgan seriamente el resultado al que arribamos. Como lo expone un pensador importante:²⁶

A rational person will not simply extrapolate from the net balance among all the reasons she has to a conclusion about the truth. She will consider the possibility that the reasons she is aware of are not a representative sample of all the reasons there are. A rational person, then, will be self-conscious about possible biases in her own intellectual functioning and in the information she receives.

[Una persona racional no simplemente extrapolará el total de las razones que

tiene para llegar una conclusión acerca de la verdad. Tomará en cuenta la posibilidad de que las razones de las que es consciente no sean una muestra representativa de todas las razones que hay. Una persona racional, entonces, será consciente de los posibles sesgos en su funcionamiento intelectual y en la información que recibe].

¿Pero cómo tomar consciencia y manejar nuestras predisposiciones?

4. IMPARCIALIDAD Y RACIONALIDAD

4.1. Pensando sobre pensar

Aunque tengamos la mente abierta, ¿cómo sabemos que estamos pensando bien? Muchos pensadores se han hecho la pregunta: ¿cuándo ‘conocemos’? ¿Cuándo tenemos ‘certeza’? Es decir, cuándo arribamos a un conocimiento ‘válido’. La respuesta es tan voluminosa como estimulante. Desde ensayos de pensadores literarios,²⁷ como tratados filosóficos²⁸ y epistemológicos,²⁹ hasta análisis psicológicos,³⁰ inclusive obras

²⁵ Fue mi amigo Richard Posner quien por vez primera me hizo ver esta profunda lección sobre el arte de juzgar. (Abundo sobre ello en *Arbitraje*, *Op. cit.* p. 373.)

²⁶ NOZICK, Robert. *The Nature of Rationality*, *Loc cit.* p. 100.

²⁷ BALMES, Jaime L. *El Criterio*. México, D.F.: Porrúa, 1999. GRACIÁN, Baltasar. *Oráculo Manual y Arte de Prudencia*. 8ª edición. Madrid: Cátedra Letras Hispánicas, 2009.

²⁸ RUSSELL, Bertrand. *Our Knowledge of the External World*. Reprint, New York: Barnes & Noble, 2008. HUME, David. *A Treatise of Human Nature, libro I sobre el entendimiento*. SHOPENHAUER, Arthur. *Essays and Aphorisms*. Penguin Classics, 2004. RUSSELL, Bertrand. *The Analysis of Mind*. New York: Dover, Philosophical Classics, The Macmillan Company, 2005. KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. ARISTÓTELES. *The Nicomachean Ethics*. New York: Oxford World's Classics, 1998. LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. New York: Penguin Classics, 1997. SHOPENHAUER, Arthur. *The Art of Controversy*. SHOPENHAUER, Arthur. *The Wisdom of Life*. SEN, Amartya. *Rationality and Freedom*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002. PÉREZ VALERA, José Eduardo. *El Método Cognoscitivo en Bernard Lonergan*. Colección Iberoamericana de Ciencias Religiosas, Universidad Iberoamericana.

²⁹ AUDI, Robert. *Epistemology*. USA: Routledge, 2003; SHUM, David A, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Northwestern University Press, 1994.

³⁰ HEUER, Richard J. *Psychology of Intelligence Analysis*. Center for the Study of Intelligence, Central Intelligence Agency, 1999. Uno enfocado en temas jurídicos es MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. «La Influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una Aproximación» En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2011. WALLER, Bruce N. *Critical Thinking: Consider the Verdict*. 4ª edición. New Jersey: Prentice Hall, 2001. KIRBY, Gary R y Jeffrey R. GOODPASTER. *Thinking*. 3ª edición. New Jersey: Prentice Hall, 2002.

que analizan el pensamiento enfocado a temas específicos,³¹ existe un acervo abundante sobre este tema, el cual no replicaré ni siquiera resumiré. Me ceñiré a seleccionar algunas lecciones que el mismo arroja y que son relevantes al tema de este ensayo.

Es interesante observar cómo la gente se forma juicios. Invito al lector a que medite sobre ello. ¿Cuántas veces no ha visto en su vida cotidiana cómo personas toman decisiones que descansan en un análisis visiblemente erróneo? Por ejemplo, el famoso 'hubiera': cuántas veces no hemos experimentado la falacia *ex post facto*: «hubiera optado por X. Fue un error optar por Y dado lo que pasó después». Como dice el proverbio coloquial: «el 'hubiera' no existe». No puede ser más atinado.³² No obstante, el defecto analítico es ubicuo.

Otro ejemplo interesante es cómo las personas ajustan lo que *perciben* a lo que *quieren*. Y el análisis racional sigue las consecuencias. Un caso particular de ello es cómo un abogado se casa con la postura que defiende, y no percibe alternativas. Un (desafortunado) efecto de ello es sorpresa: al recibir un laudo que no le asiste, no lo entiende. (O no lo quiere entender.) Y en vez de ponderar sobre la posibilidad de que exista un defecto en su presentación o, no obstante lo atinada de su labor, simplemente

no le asiste el Derecho, muestra proclividad a denostar al órgano que lo generó, a veces cuestionando la integridad de las personas que lo encarnan. Ello se agrava cuando asegura éxito a su cliente. Es más fácil aducir *mala fide* del tribunal que admitir a su cliente que se cometió un error (sea en la presentación o prognosis del caso). Y la facilidad con la que algunas personas usan adjetivos serios no me deja de asombrar. Postulo que sería mucho más maduro, profesional y pro-Estado de Derecho³³ reconocer que no siempre se tiene la razón. El análisis económico del derecho enseña que un motivo por el que el litigio existe y puede ser sensato es que las partes tienen diferentes expectativas de su caso y el resultado.³⁴ Entender esta lección puede ser útil además de importante- para las personas que incurren en lo que aquí describo.

Pero los ejemplos citados son sencillos. La cantidad de errores analíticos observables inclusive en gente entrenada e inteligente es impactante. Y lo que es cierto de estos casos particulares que son fáciles de detectar y remediar, lo es más cierto de otros menos conspicuos o más complejos.

La buena noticia es que pensar analíticamente es una habilidad que puede ser enseñada y que no tiene nada que ver con inteligencia. Llevando el punto a nuestro tema, el foco debe ser cómo hacer bue-

³¹ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2008. LLANO CIFUENTES, Carlos. *El Examen Filosófico del Acto de Decisión*. México, D.F.: Universidad Panamericana, Publicaciones Cruz O, S.A., 1998. ARIELY, Dan. *Predictably Irrational. The Hidden Forces that Shape our Decisions*. New York: Harper Collins Publishers, 2009. NUSSBAUM, Martha C. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*. Cambridge University Press, 2001. (éste último haciendo un análisis interesante sobre el papel de los sentimientos *inter alia* en la toma de decisiones).

³² Las decisiones se toman con la información disponible en el momento en que se toman. Si después ocurre algo imprevisto que cambia la conveniencia de la decisión, ello no es motivo para válidamente criticar la rectitud de la decisión tomada.

³³ Pues lo descrito implica cuestionar el sistema *qua* sistema, lo cual es corrosivo *inter alia* a la percepción de seguridad jurídica.

³⁴ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5ª edición. New York: Aspen Law & Business. 1998, pp. 607-615.

nos juicios en base a información incompleta o ambigua -lo cual casi siempre ocurre. (Es muy raro encontrar un caso donde existe una prueba contundente e inquestionable, y un desierto probatorio del otro lado).

4.2. Un poco de lógica

Del universo de la lógica dado nuestro tema deseo enfocarme en la 'inferencia'. El paso de derivar una conclusión a partir de ciertas premisas. El proceso inferencial.

La inferencia es la materia prima del actuar del árbitro. El ladrillo analítico de la infraestructura conceptual con la que se construirá el laudo. Y la lógica es el molde. Es en dicho terreno que deben analizarse los argumentos que se someten a su consideración. Mucho puede decirse sobre esto. Lo que deseo enfatizar en el contexto de la imparcialidad es que, sin la misma, el proceso inferencial se contamina. El resultado: una decisión que probablemente sea menos acertada.³⁵ El punto: la imparciali-

dad es una condición necesaria, pero insuficiente, para decidir bien.

Un caso particular de lo explicado es la inferencia sobre cuestiones fácticas (no jurídicas). Y con respecto a ello, una duda frecuentemente observada es qué hacer ante elementos probatorios encontrados.³⁶ Una solución es la teoría pendular de la carga de la prueba. Empieza del lado de quien afirma, estando éste obligado a demostrarlo con un nivel probatorio que por lo menos sea *prima facie* y que atienda a las características del hecho puesto en tela de juicio.³⁷ De satisfacerse dicho umbral probatorio, la carga se columpia hacia la otra parte para desvirtuar el hecho con un nivel probatorio superior a aquél ofrecido por quien tenía la carga de la prueba. Si esto ocurre,³⁸ la carga se columpia de regreso a la otra parte para que refute los elementos probatorios ofrecidos por su adversario con un nivel probatorio superior. Es el resultado de lo anterior lo que determinará quién prevalece en la demostración de un hecho controvertido.³⁹

³⁵ Y siendo que, como se detallará abajo, todo proceso inferencial a lo más que puede aspirar es a ser 'probable', el que exista imparcialidad alejará -salvo coincidencias aleatorias- el resultado del deseado. Es decir, forzosamente será menos probable.

³⁶ Mi práctica reciente me ha hecho pensar mucho sobre esto. Son muchos los casos que he participado en los cuales, estando frente a abogados de alta calidad, la exposición es de alto nivel, y existen 'buenas' pruebas de ambos lados, contradiciéndose frontalmente.

³⁷ Por ejemplo, si es un hecho probable, pocos elementos probatorios son suficientes para demostrarlo. Para una determinación de la existencia del hecho. En cambio, si el hecho es improbable, la generación de convicción en el juzgador tiene que darse únicamente mediante muchos elementos probatorios. (Este marco conceptual descansa en nociones elementales de razonamiento probabilístico.)

³⁸ Es decir, si la parte que desea refutar el hecho ofrece más elementos probatorios que aquellos ofrecidos por quien cumplió su carga de la prueba.

³⁹ Esta forma de entender la carga de la prueba no sólo es útil, sino que ha recibido eco. Por ejemplo, en el contexto de la OMC, en el caso *United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974* el Reporte del Panel del 22 de diciembre de 1999 explicó así la carga de la prueba:

«Part of our task in accordance with Article 11 of the DSU is to make factual findings. We are guided in this matter, as well as others, by the jurisprudence of the Appellate Body. In accordance with this jurisprudence, both parties agreed that it is for the EC, as the complaining party, to present arguments and evidence sufficient to establish a *prima facie* case in respect of the various elements of its claims regarding the inconsistency of Sections 301-310 with US obligations under the WTO. Once the EC has done so, it is for the US to rebut that *prima facie* case. Since, in this case, both parties have submitted extensive facts and arguments in respect of the EC claims, our task will essentially be to balance all evidence on record and decide whether the EC, as party bearing the original burden of proof, has convinced us of the validity of its claims. In case of uncertainty, i.e. in case all the evidence and arguments remain in equipoise, we have to give the benefit of the doubt to the US as defending party». (énfasis añadido)

Las conclusiones deben descansar en razones, que no son más que cosas que la mente tiene el poder de reconocer.⁴⁰ Las conclusiones deben estar razonablemente soportadas en sus premisas.⁴¹ El contenido y alcance exacto del análisis silogístico ha dado mucho de qué hablar, tanto jurídica⁴² como filosóficamente.⁴³ En este contexto, lo que deseo transmitir es que las inferencias que forman parte del ejercicio silogístico que el árbitro realizará deben estar razonablemente vinculadas con el material contenido en el expediente, de tal forma que las conclusiones tengan valor lógico como resultado de las premisas de las que se dice derivar. En el lenguaje de la lógica: sean ‘válidas’. SCHOPENHAUER lo explica así:⁴⁴

From *one* proposition nothing more can follow that what is already contained in it, i.e. than what it itself implies when its meaning is exhausted; but from *two* propositions, if they are joined together as premises of a syllogism, more can follow than is contained in either of them taken individually - just as a body formed by

chemical combination exhibits qualities possessed by none of its constituents. That logical conclusions possess value derives from this fact.

[De *una* proposición no puede surgir más que lo que ya se encuentra contenido en la misma, es decir, lo que implica en sí misma cuando su significado ha sido agotado; pero de *dos* propuestas, si se juntan como premisas de un silogismo, puede surgir más que lo que está contenido en cada una de ellas individualmente – tal y como un cuerpo formado por una combinación química exhibe cualidades que no poseen ninguno de sus componentes. El valor de dichas conclusiones lógicas deriva de este hecho.]

El ejercicio es necesario so pena de hacerse acreedor al reproche que Bertrand RUSSELL hacía al tratamiento de HUME⁴⁵ de la inferencia en la lógica:⁴⁶

The lunatic who believes that he is a poached egg is to be condemned solely on the ground that he is in a minority

⁴⁰ NOZICK, Robert. *Invariances. The Structure of the Objective World*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. 2001, p. 123.

⁴¹ Ello implica el ejercicio de juicio. De discernimiento. Y no quiere decir que cada argumento esgrimido tiene que citarse y analizarse, sino que la conclusión a la que se llega debe estar soportada con suficientes elementos para explicar al lector cómo se llegó a la misma, atendiendo a las características del hecho (que fueron explicadas arriba).

⁴² Por ejemplo, recientemente dos destacados intelectuales y árbitros escribieron una obra sobre este tema en el contexto de arbitraje de inversión: AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo y W. Michael REISMAN. *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers. 2008.

⁴³ POPPER, Karl le dedicó un ensayo entero: «Conjectural Knowledge: My solution to the problema of Induction». En: *Objective Knowledge, an Evolutionary Approach*. Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1979.

⁴⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. *Essays and Aphorisms*. Penguin Classics. 2004, p. 120.

⁴⁵ DAVID HUME concluye que de la experiencia y observación nada puede aprenderse. Ello decepciona a RUSSELL, no sólo por que considera su conclusión desastrosa, sino también por que lo consideraba más capaz que LOCKE (de cuya teoría parte la de HUME). Como resultado, tilda el trabajo de HUME como «the bankruptcy of eighteenth-century reasonableness» (RUSSELL, Bertrand. *A History of Western Philosophy*. New York: Simon & Schuster, Inc. 1972, p. 672.) Lo único útil que de ello puede obtenerse es que probó que el empirismo puro es una base insuficiente para la ciencia (*Idem*. p. 674) - para mi gusto, una conclusión no sólo aguda y atinada, sino la base del doble ángulo seguido en este ensayo (empírico y filosófico).

⁴⁶ La cita completa de RUSSELL es «It is important to discover whether there is any answer to Hume within a philosophy that is wholly or mainly empirical. If not, there is no intellectual difference between sanity and insanity. ...» (RUSSELL, Bertrand. *A History of Western Philosophy*. Op. cit. 672. POPPER, Loc cit. p. 5).

[El loco que cree que es un huevo tibi-
bio debe ser condenado únicamente en
base a que se encuentra en la minoría]

Aclarada la necesidad del ejercicio,
¿cómo saber si los procesos cognitivos que
estamos siguiendo son adecuados? Si el
conocimiento al que estamos llegando es
'correcto'. Después de todo:⁴⁷

Knowledge is a very imprecise term
covering a number of different things
and a number of stages from certainty
to slight probability

[El conocimiento es un término muy
impreciso que cubre un número de co-
sas diferentes y de etapas, desde certe-
za hasta probabilidad tenue]

Y la forma de hacer crecer dicho co-
nocimiento es partiendo del existente si-
guiendo pasos analíticos aceptables, como
advierde POPPER:⁴⁸

The growth of knowledge proceeds
from old problems to new problems, by
means of conjectures and refutations

[El crecimiento del conocimiento pro-
viene de problemas viejos a problemas
nuevos, mediante conjeturas y refuta-
ciones]

Al hacerlo, debe buscarse que la
fuerza de la deducción sea lo suficiente-
mente robusta como para justificar la con-
clusión que se busca que arroje. Después
de todo:⁴⁹

Every inference worthy of its name is
inductive, therefore all inferred
knowledge is at best probable.

[Toda inferencia merecedora de su
nombre es inductiva, por lo tanto, todo
el conocimiento inferido a lo más que
puede aspirar es a ser probable.]

Siendo la probabilidad una cuestión de
grado, se sugiere al árbitro seguir la sugere-
ncia de LOCKE al discurrir sobre la pro-
babilidad:⁵⁰

The mind, if it will proceed rationally,
ought to examine all the grounds of
probability, and see how they make
more or less, *for or against* any pro-
bable proposition, before it assents or
dissents from it, and upon a due
balancing the whole, reject, or receive
it, with a more or less firm assent,
proportionably to the preponderancy of
the greater grounds of probability on
one side or the other.

[La mente, para proceder racionalmen-
te, debe examinar todos los fundamen-
tos de probabilidad, y ver cómo hacen
que una propuesta sea más o menos
probable; cómo sirven *a favor o en
contra* de la misma, antes de asentir o
disentir. Balanceando debidamente
todo antes de rechazarla o recibirla con
una aceptación más o menos firme,
proporcional a la fortaleza de los fun-
damentos de probabilidad que existan
de un lado o del otro.]

⁴⁷ RUSSELL, Bertrand. *Theory of Knowledge, The Basic Writings of Bertrand Russell*. New York: Routledge, London. 2009, p. 203.

⁴⁸ POPPER, Karl. *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach, Revised Edition*. Oxford: Clarendon Press. 1979, p. 258.

⁴⁹ RUSSELL, Bertrand. *Validity of Inference. The Basic Writings of Bertrand Russell*. New York: Routledge, London. 2009, p. 162.

⁵⁰ LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. London: Penguin Classics. 1997, Chapter XV: of Probability, p. 579.

4.3. Análisis del pensamiento

Tomando consciencia que todas las conclusiones a las que lleguemos a lo más que pueden aspirar es a ser 'probables', ¿qué hacer para que sean lo más probables posibles?

El análisis y psicoanálisis de la inteligencia tiene un cuerpo importante de lecciones, algunas de las cuales son útiles para nuestro tema. A partir de ellas, me propongo derivar cánones de comportamiento inferencial para el árbitro. Previo a darlos, para entenderlos, comencemos con algunas lecciones sobre cómo razonamos:

- a) La gente no tiene experiencia consciente de la mayoría de lo que ocurre en su mente.
- b) Dada la complejidad del mundo, la gente construye modelos mentales de la realidad para manejar la enorme cantidad de información que recibe:⁵¹ heurísticos. Procesos de simplificación que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples.⁵² Algunos son representatividad,⁵³ disponibilidad,⁵⁴ anclaje⁵⁵ y el sesgo retrospectivo.⁵⁶ Uno relevante para nuestro tema es el sesgo de confirmación,⁵⁷ que con frecuencia provoca profecías autocumplidas.⁵⁸
- c) La gente construye su propia versión de la realidad en base a la información que recibe por sus sentidos.⁵⁹ Este insumo sensorial se organiza mediante procesos mentales complejos. Lo que la gente percibe, qué tanto lo percibe y cómo lo procesa después de recibirla está altamente influenciado por experiencias pasadas, educación, valores culturales, lo que se espera de sus roles, normas organizacionales, así como detalles de la información recibida.⁶⁰ (Lo que arriba llamé «sedimento intelectual».)
- d) Tendemos a percibir lo que esperamos percibir. Esto es más poderoso inclusive que lo que queremos percibir. Ello hace que se requiera más información y que sea menos ambigua para reconocer un fenómeno sin precedentes que uno esperado.
- e) Los estados mentales (*mental frames*) tienden a formarse rápido y se tornan en resistentes al cambio.⁶¹ La mente,

⁵¹ Pues su capacidad intelectual tiene límites, lo que se conoce como «bounded rationality».

⁵² TVERSKY, Amos y Daniel KAHNEMAN, *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1974.

⁵³ *Representativeness*: errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad derivados de ausencia de sensibilidad a la probabilidad previa de resultados y el tamaño de la muestra. Incluye errores relacionados con aleatoriedad y regresión a la medida.

⁵⁴ *Availability*: valorar la probabilidad de que suceda algo tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de eventos similares.

⁵⁵ *Anchoring*: la realización de una estimación a partir de un valor inicial (anclaje) que progresivamente se ajusta a medida que obtiene información adicional.

⁵⁶ *Hindsight bias*: al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, lo cual genera una tendencia a considerar que eran previsibles desde el inicio —aunque no sea cierto.

⁵⁷ *Confirmation bias*: tendencia a filtrar información que se recibe, consciente o inconscientemente, sobrevalorando los argumentos y pruebas que confirman la posición inicial y subvalorando aquellas que la contradicen.

⁵⁸ *Self-fulfilling prophecy*: una predicción que, una vez hecha, es en sí misma la causa por la que se hace realidad.

⁵⁹ HUME, David. «An Inquiry Concerning Human Understanding», en WOLFF, Robert Paul. *Ten Great Works of Philosophy*. USA: Signet Classics. 2002, p. 196.

⁶⁰ HEUER, *Psychology of Intelligence Analysis*, pp. 4 y 7.

⁶¹ HEUER, *Op. cit.* p. 10.

el estado mental, es una pantalla, un filtro, a través del cual se percibe el mundo. Ello no es bueno o malo. *Es*. Lo cual es inevitable.

- f) La exposición inicial a estímulos ambiguos interfiere con la percepción correcta inclusive cuando después se obtiene mejor información.⁶²
- g) La nueva información se asimila en base a información existente.⁶³ Es por ello que las percepciones establecidas son tan difíciles de cambiar. La gente se forma impresiones en base a poca información. Y una vez formada, no la cambian o rechazan a menos que obtengan pruebas sólidas que así lo exijan.⁶⁴ Ello genera una asimetría cuestionable y peligrosa en el proceso de formación de una opinión. Sobre ello, SCHOPENHAUER advierte:⁶⁵

It is quite natural that we should adopt a defensive and negative attitude towards every new opinion concerning something on which we have already an opinion of our own. ... it shatters the calm of mind we have attained through this system, demands renewed efforts of us and declares our former efforts to have been in vain. ... the individual obstinately clinging to his errors ... with the mass of men it is even worse: once they have acquired an opinion, experience and instruction can labour for centuries against it and labour in vain.

[Es bastante natural que adoptemos una actitud defensiva y negativa ante

cualquier opinión nueva relacionada con algo sobre lo que ya tenemos una opinión propia. ... destruye la calma mental que hemos alcanzado con este sistema, exige esfuerzos renovados de nuestra parte y torna inservibles nuestros esfuerzos pretéritos. ... el individuo se aferra a sus errores de manera obstinada...con la masa de los hombres es aún peor: una vez que han adquirido una opinión, la experiencia y preparación pueden trabar por siglos en su contra, y aún así trabajar en vano.]

Tomando en cuenta las anteriores lecciones psicológicas y observaciones filosóficas sobre los procesos mentales y la forma en que se genera el conocimiento, deseo proponer algunas reglas de conducta durante la deliberación. Cinco cánones que en principio pueden parecer banales, pero que la experiencia enseña que -dadas las lecciones cognoscitivas arriba mencionadas- pueden propiciar resultados favorables y conducentes a una mejor decisión. A determinaciones más «probables»:

1. No asumir posturas u opiniones: No hablemos de «mi» opinión cuando deliberamos sobre el caso. Pongamos distancia entre nosotros y la opinión o postura. Indiquemos que la conclusión que empieza a dibujarse en nuestra mente es X, misma que se somete a la consideración del resto del tribunal. Distanciar una postura de quien la emite facilita ser sacado de un error y por ende llegar a la conclusión correcta. Cuando decimos «yo considero que» o «mi opinión es que» es más difícil ver con claridad cuando un

⁶² HEUER, *Op. cit.* p. 13.

⁶³ HEUER, *Op. cit.* p. 11.

⁶⁴ HEUER, *Op. cit.* p. 14.

⁶⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. *Essays and Aphorisms*, Penguin Classics, 2004, pp. 124-125.

coárbitro nos hace el favor de ofrecer una lectura alternativa o señalar un error en nuestro razonamiento.

2. Apertura a ser sacados del error: Es-temos abiertos a ser corregidos. Llama la atención cuán mal toman la corrección de un error inclusive personas sofisticadas y altamente preparadas. Para eso es la deliberación. Por eso el tribunal es plural: tres mentes piensan mejor que una. Adoptemos el dicho de BENJAMIN FRANKLIN: «nuestros críticos son nuestros amigos, pues nos hacen ver en que podemos mejorar». Si un coárbitro nos saca de un error, el sentimiento que deberíamos encarnar es agradecimiento, no resentimiento.
3. Cuidado con el origen: Tomemos nota de dónde comenzamos, pues sesga en forma sería dónde acabamos. Los orígenes anclan. Tienen gravedad analítica. Ser alejados de los mismos puede probar ser difícil, sin que ello signifique que son el resultado correcto o el más probable -simplemente el natural dado el punto de partida.
4. Tardémonos en adoptar una postura: permitamos que el proceso de formación de una opinión sea lento. Que sea hasta que veamos toda la historia, según la cuentan ambos lados, hasta que nos permitamos aquilatarla. Hacerlo en cualquier momento previo pone en riesgo la calidad de la decisión. Incrementa la posibilidad de que las pruebas disonantes sean subvaloradas.

No digamos «no» tan rápido. Tampoco adoptemos una postura rígida tem-

prano en el asunto o la deliberación. Ello puede no sólo osificarse inadvertidamente sino reducir la posibilidad de que nuestro intelecto capture otras pruebas que, de no habernos atrincherado en forma temprana, nos llevarían a otra conclusión. No olvidemos lo que enseñan estudios empíricos:⁶⁶

People usually seek confirming rather than disconfirming evidence

[Las personas por lo general buscan pruebas corroborativas más que contradictorias]

Una vez formada una opinión por lo general la gente no busca pruebas que contradigan, sino que avalen. Y cuando pruebas disonantes son excavadas, tienden a ser descontadas. Además, con frecuencia ocurre que la evidencia que se obtiene a favor de una hipótesis podría ser utilizada a favor de otra -si se viera bajo otra luz o con la mente abierta: con una mente imparcial.

5. Tabla de alternativas: Antes de decidir, exponamos las opciones y analicemos las pruebas que defienden o contradicen cada opción. Si esto se hace en una matriz, tanto mejor: una tabla donde se ponga por título la postura y en su contenido el soporte probatorio o argumentativo. Completémosla antes de ponderar. Que sea hasta que esté completa y tengamos el panorama entero en frente que cotejemos posturas con sus respectivos cimientos.

Tomando en cuenta lo anterior, como árbitros procuremos que nuestros hábitos

⁶⁶ WASON, P.C. «On the Failure to Eliminate Hypotheses in a Conceptual Task». The Quarterly Journal of experimental Psychology, Vol. XII, Part 3, 1960.

cognoscitivos sean consecuentes con estas lecciones, tomando precauciones. Si se siguen, las pautas anteriores pueden ser útiles para facilitar el proceso de toma de decisión, incrementando la probabilidad de que la decisión final sea la «más probable». No estoy sólo en verlo así, un importante pensador, NOZICK, al hablar de *Objective Beliefs and Biasing Factors* nos dice:⁶⁷

A judgment or belief is objective when it is reached by a certain sort of process, one that does not involve biasing factors that lead belief away from the truth. (...)

A judgment or belief is *rational*, relative to certain epistemic goals, if it is reached or maintained by a process that is effective and efficient at achieving those epistemic goals. (...)

objectivity and rationality are connected. Non-objectivity lessens rationality. If a belief is arrived at by a process in which biasing factors that lead one away from the truth play a significant role, then that process will be less effective and efficient in arriving at the truth, and so (...) less rational

[Un juicio o creencia es objetivo cuando se alcanza mediante cierto tipo de proceso, uno que no implique factores de parcialidad que alejen la creencia de la verdad (...)]

Un juicio o creencia es *racional*, relacionado con ciertos objetivos epistemológicos, si se alcanza o se mantiene mediante un proceso efecti-

vo y eficiente para alcanzar dichos objetivos epistemológicos. (...)

la objetividad y racionalidad están conectadas. La falta de objetividad disminuye la racionalidad. Si se llega a una creencia mediante un proceso en el que los factores de parcialidad que alejan de la verdad juegan un papel importante, entonces ese proceso será menos efectivo y eficiente para llegar a la verdad, y así (...) menos racional].

Someto al lector que, si se siguen las pautas sugeridas, se incrementa la probabilidad de que la decisión a la que se arribe sea la correcta. La sensata. La racional. Y regresando al tema de nuestro ensayo, esto pone en evidencia por qué la imparcialidad es una condición necesaria del bien-juzgar.

4.4. Imparcialidad es una condición necesaria, pero insuficiente

El título de esta sección contiene un doble postulado para juzgar bien. Veámoslo por separado.

4.4.1. La imparcialidad es necesaria

Si se acepta la definición que he propuesto (imparcialidad como apertura de mente), ¿garantiza ello que la decisión que arroje sea ‘correcta’? Es más, ¿es posible lograr el postulado?

La respuesta a ambas preguntas es la misma: «no».

a) ¿Garantiza la imparcialidad una decisión ‘correcta’?

⁶⁷ Nozick, Robert. *Invariances, The Structure of the Objective World*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p. 94. (La explicación contenida en la página 236 abunda sobre ello.)

En sí, la ausencia de sesgo o predisposición no garantiza que la decisión a la que se arribe sea correcta. La más ‘probable’. Esto último se propicia (el que aún así se logre, es imposible asegurar) mediante introspección sobre los procesos mentales. Cómo la gente decide. Cómo se forma una decisión. Bertrand RUSSELL solía decir: «lo que la gente está dispuesta a concluir ante información incompleta, dice mucho de ella». La aseveración es tan profunda como atinada.

b) ¿Es logvable el postulado: mente aséptica?

La interrogante busca tomar con seriedad mi propia definición. ¿Es posible carecer de sesgo o predisposición alguna? La respuesta también es un tajante «no». El motivo: todos tenemos sedimento intelectual (sesgos y predisposiciones) -como expliqué en la sección III.B de este ensayo.

c) Conclusión: imparcialidad es condición necesaria para juzgar bien

Siendo que la respuesta a ambas interrogantes es negativa, la pregunta es obligada: ¿de qué sirve ser imparcial? Mi respuesta: la imparcialidad es una condición necesaria para decidir bien. Sin la misma, lo que el árbitro hará dista de ser evaluar. Analizar. Más bien, será abogar. Y la calidad del fallo sufrirá las consecuencias.

4.4.2. ...pero insuficiente

Lamentablemente, simplemente intentar ser objetivo (imparcial) es insuficiente para asegurar una percepción co-

rrrecta.⁶⁸ Necesitamos conocer nuestras limitaciones intelectuales -para lo cual se hicieron las sugerencias de la sección anterior. Y ello es importante. La moraleja de todo esto para nuestro tema: el deber de imparcialidad es una condición necesaria pero no suficiente para juzgar bien. Es ello lo que me lleva a lamentar la ausencia de imparcialidad: aún suponiendo que exista, hay mucho más por hacer para lograr una ‘buena’ decisión. Pero el que dicho pre-requisito sea inexistente le resta el punto de partida necesario para lograr que el arbitraje cumpla su fin último: especialidad.

Ahora bien, cuando se logra, algo extraordinario sucede. Tres mentes -generalmente muy entrenadas- se sientan a analizar un problema complejo en aras de llegar a la mejor conclusión posible. Ello brinda un valor no obtenible en cualquier otro lugar. Por más bueno que sea un juez perteneciente a un poder judicial -cualquiera que sea-, tiene que dedicarle la menor cantidad de tiempo a un asunto por el simple hecho que él (su intelecto y tiempo) es un bien público que debe ser usado frugalmente en cada caso a efecto de optimizar la cantidad de casos que atienda. Ello no necesariamente es conducente para calidad. El arbitraje ofrece una opción: escoger un tribunal compuesto por personajes/intelectos cuidadosamente pensados para resolver el problema en cuestión. Este valor, que llamo «especialidad», ninguna otra institución en ninguna parte del mundo la ofrece -inclusive en las mejores judicaturas del orbe. Y dicho valor es útil: existe en toda sociedad una veta de problemas que merecen mucha atención y labor. Para éstos es el arbitraje.

⁶⁸ HEUER, *Op. cit.* p. 9.

5. IMPARCIALIDAD EN OTROS CONTEXTOS

¿Aplica el deber de imparcialidad a actores diversos que el árbitro? Este tema es no sólo controvertido, sino escabroso. Dado que se le ha dedicado poca atención, lo que ahora propondré es una tesis que someto al lector con miras a recibir retroalimentación.⁶⁹

5.1. Imparcialidad y expertos

Con respecto a expertos, deseo abordar la interrogante desde ángulos diversos.

5.1.1. Imparcialidad del experto

¿Está obligado el experto a ser imparcial? Mientras existirá coincidencia que el experto está obligado a conducirse *con la* verdad, ¿es lo mismo que el deber de conducirse con imparcialidad?

Mientras el lector pondera sobre ello, invito a que considere que la verdad es relativa.⁷⁰ Y lo que es cierto en general, la experiencia demuestra que lo es más en temas técnicos: la verdad de un perito puede ser diversa a la de otro. De allí el viejo adagio: «ante dos expertos, ¡tres opiniones!»

¿Quiere ello decir que decir *la* verdad es distinto a actuar con imparcialidad? Considero que sí. Pero ello no quiere decir

que la imparcialidad no sea útil al perito. Me explico.

La *verdad* es la correspondencia con los hechos⁷¹ -algo distinto a la opinión. Un perito está obligado a compartir su opinión con el tribunal. Pero cuando un perito aproxima un asunto de una manera parcial, se pierde algo. Cuando, en vez de formarse una opinión ‘objetiva’ que sea de utilidad al tribunal que analizará el producto de su intelecto, incurre en alguna de las diversas cosas que se pueden hacer para defender una postura,⁷² el resultado es que arroja una opinión que no sólo dista de reflejar una auténtica opinión experta, sino que es de poca utilidad al juez o tribunal arbitral.

Con frecuencia, los errores analíticos son observables. El sesgo puede ser perceptible. Pero en ocasiones no. Y la constante es duda por parte del tribunal que la analizará. De allí que se observe que algunos tribunales tiendan a preferir la designación de un perito en discordia u otros procesos que reduzcan sesgo de expertos.⁷³

5.1.2. ¿El experto hace mal árbitro?

Recientemente escuché una observación aguda de un experimentado árbitro con quien he tenido el gusto de compartir tribunales, que merece eco: uno no debe escoger expertos como árbitros, pues están llenos de prejuicios y no están abiertos a ser conven-

⁶⁹ Las observaciones son bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

⁷⁰ Esta aseveración me ha inmiscuido en debates arduos en más de una ocasión. Sin embargo, invito al lector a que pondere sobre ella. La verdad tiende a variar dependiendo del ángulo bajo la cual se vea. Ya lo decía SHAKESPEARE: «We do not see things as *they* are, but as *we* are».

⁷¹ NOZICK, Robert. *Invariances, The Structure of the Objective World*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. 2001, p. 236.

⁷² Como puede ser empezar por la conclusión y encontrar premisas para soportarla (algo así como *reverse-engineering*). O buscar argumentos técnicos para defender (a toda costa) la postura –el interés– de quien lo ofrece. Ello es *in natura* diverso a la labor que se espera del experto: *abogar* en vez de ilustrar.

⁷³ SACHS, Klaus. *Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence, en Arbitration Advocacy in Changing Times*. ICCA Congress Series No. 15, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, 2011, p. 135. A su vez, DUSHYANT, Dave, Should Experts Be Neutrals or Advocates?, *Idem*. 149.

cidos.⁷⁴ Al escuchar dicha frase diferí. Propuse que, aunque no estaba de acuerdo con la misma, los ‘expertos’ deberían escucharla. El motivo: con mucha frecuencia observo personas -árbitros y otros- casadas con su opinión. Y entre más letradas son, tienden a caer en el (entendible) error de considerar que ostentan *la razón*; y que quien difiere de ellos está ‘mal’. Pero por dicho motivo descartar a expertos como árbitros es ir demasiado lejos. Mucho mejor hacer ver lo aquí descrito que descartarlos *tabula rasa*. Después de todo, el extremo opuesto invita otro peligro, el expuesto por el dicho «*an open mind is an empty mind*».

Moraleja: los expertos deben tomar en cuenta las precauciones detalladas en este ensayo sobre defectos de análisis.⁷⁵ Deben lograr vencer el obstáculo de cerrazón propiciada por su propia pericia -algo nada fácil, es de admitirse.

5.1.3. *Ataques ad hominen*

Un aspecto que me ha dado mucho en qué meditar es la práctica seguida en arbitraje, nutrida de la praxis del *common law*, de refutar las opiniones de los expertos haciendo ataques *ad hominen* al experto (lo que en inglés llaman *impeach the character* o *impeach the credibility*). Un caso particular de ello frecuentemente observado es encontrarle alguna contradicción o buscar hacerlo caer en ella. Dicha práctica me genera dudas. Aunque coincidí con que es contrario a lo que se espera de un experto el decir, en una opinión pagada por la parte que la ofrece, algo distinto a lo que en verdad piensa, tengo dudas que ello es lo que

esté ocurriendo en la praxis frecuentemente observable. Siendo una suposición *ab initio* aceptable que la opinión de un experto es observable en el producto pretérito de su intelecto,⁷⁶ muchas de las proposiciones de contradicción que observo no son en verdad contradicciones, sino exposiciones parciales, con frecuencia sacadas de contexto o manipuladas, con la finalidad de imbuir duda. De hacer parecer que existe contradicción. Si a ello se le añade la agresividad con la que con frecuencia se realizan, el resultado es un diálogo que dista de cumplir la función de una pericial: brindar materia prima al tribunal arbitral sobre un aspecto de la disputa en la que no es experto.

Deseo dejar claro que la observación no es fruto de sobre-sensibilidad (no tengo la piel delgada y con gusto debato con quien sea, donde sea, cuando sea, temas en los que me especializo o me he pronunciado). Mi punto es que el nivel de discusión baja. De hecho, se distrae. En vez de sintonizarse con el (con frecuencia, profundo) canal en el que se está dirigiendo el experto al tribunal, lo que se propicia son líneas argumentativas (a veces largas) de justificación, batallas de egos y contestaciones que se alejan del *quid* de la disputa. Resultado: mucha de la energía (y costo) de las opiniones periciales desvía la atención del tribunal de lo que se debería estar ponderando. Y salvo las mentes fáciles de impresionar, el resultado del desparrame de sangre es poco -a veces inocuo, y ocasionalmente contraproducente: una masacre argumentativa tal que deja al tribunal sintiéndose como testigo de una corrida de toros.

⁷⁴ El autor de la frase fue Don Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. El contexto fue el evento del Club Español del Arbitraje en la Ciudad de México, el 8 de noviembre de 2012.

⁷⁵ Sección IV, *supra*.

⁷⁶ Por ejemplo, libros, artículos, conferencias, o demás formas de vertir opinión.

Me pregunto si no ganamos más centrando la discusión en el corazón de la disputa, dejando de lado las luchas de egos o intentos de trampas argumentativas que, aunque pueden ofrecer material anecdótico para charlas en Pubs o cantinas, ofrecen poca materia prima sería para construir buenos laudos arbitrales en casos complejos.

5.1.4. Citas en contra. Citas fuera de contexto

Aunque casi no actúo como experto,⁷⁷ un caso reciente que tuve me hizo ponderar sobre este punto. En síntesis, me ví confrontado con un artículo escrito hace más de una década donde una oración aislada—considerada, fuera de contexto, parecía contradecir mi postura en una opinión que emití, y sobre la cual estoy convencido. Sabiendo que no estaba ajustando mi opinión,⁷⁸ la duda que me surgió fue qué estaba sucediendo. Deseo compartir el resultado de dicha reflexión —que es doble.

Primero, la mayoría de las veces que me he encontrado con citas en mi contra detecto que se trata de extirpes parciales, con frecuencia alterados, de obras que he escrito que descuidan en resto de lo que se expone. Y como enseña el proverbio: texto sin contexto es pretexto. Luego entonces, ello no es en verdad una contradicción. Lo más que puede estar pasando es que el lec-

tor del mismo adolece sin percatarse⁷⁹ de *cognitive bias*: la gente ve lo que quiere ver.⁸⁰

Pero supongamos que hay casos en que ello no ocurre. Despejemos las citas incorrectas y abordemos—para aclarar el deber de experto—el verdadero impacto que puede tener una contradicción entre una opinión académica y una dada en forma casuista.⁸¹ Ello merecería la (aguda) contestación que una de las grandes mentes económicas que ha existido, JOHN MAYNARD KEYNES, ofrece a una crítica similar:

«When the facts change, I change my mind. What do you do, Sir?»

Si los hechos cambian, no sólo es natural —es obligado— cambiar de opinión. Después de todo, la aplicación del Derecho es contextual. Y es de sabios cambiar de opinión.

Segundo, aun suponiendo que exista una contradicción directa, no es obligado concluir que ello en verdad sea fruto de ajuste o sesgo por fungir como perito de parte. Quienes le roban tiempo al ocio para contribuir a la doctrina hacen un ejercicio que nunca puede en verdad ser entendido como contradictorio con un asunto. Se invita a que se pondere sobre esto. La labor de hacer doctrina es en esencia deductiva. Es decir, busca generalizar a partir del caso

⁷⁷ El grueso de mi práctica es actuar como árbitro y como abogado de parte. Sin embargo, ocasionalmente he aceptado actuar como perito en casos especialmente complejos o delicados —o aquellos que me atraen intelectualmente (por ejemplo, por que versan sobre un tema interesante).

⁷⁸ Quien me conoce o haya contratado sabe que no ajusto mis opiniones. Nunca. De hecho, he rechazado clientes (algunos importantes) que así lo deseaban o asuntos que implicarían tener que incurrir en ello. Y en casos menos radicales donde se ‘sugería’ una postura, me opuse firmemente a matizar mi opinión.

⁷⁹ En ocasiones he detectado que no es inadvertido.

⁸⁰ Más formalmente, la desviación en el juicio que puede propiciar juicios incorrectos, y que puede ocurrir por motivos diversos. Estos sesgos se producen por la forma en que opera la mente. Cómo percibe, genera memorias y hace juicios.

⁸¹ He platicado con muchas personas sobre esto, y me doy cuenta que es un fenómeno pandémico. Y ello me genera algo de preocupación pues, si no se trata con seriedad, la gente que más sabe tendrá incentivos fuertes para dejar de generar conocimiento.

particular. Es así como se teje y amplía el conocimiento jurídico. Pero *ex definitione* ello no quiere decir que (i) la generalidad es idéntica a todos sus casos particulares;⁸² (ii) que la regla no carece de excepciones, o (iii) que la regla no tiene formas diversas de aterrizar en la (dinámica) realidad. Bien puede suceder que la regla conceptualmente defendida tenga una *aplicación* distinta a la prevista doctrinalmente, cuando se comentó como generalidad. Y ello no quiere decir que exista contradicción. Existe aplicación. KANT lo expone así:⁸³

Because people's situations can vary widely, so too can their decisions about how to act. Since we are rarely in a position to know all the factors that may go into others' decisions, we are also rarely, if ever, in a position to judge how well or badly they are fulfilling their positive obligations.

[Dado que las situaciones de las personas pueden variar mucho, también lo harán sus decisiones acerca de cómo actuar. Siendo que rara vez nos encontramos en una posición en la que conozcamos todos los factores que pueden formar parte de las decisiones de los demás, también rara vez, si es que sucede, nos encontramos en una posición de juzgar qué tan bien o mal se encuentran cumpliendo con sus obligaciones positivas.]

Luego entonces, despejando *cognitive bias* y superficialidad de análisis, lo único que en verdad se logra cuando se cita doctrina «en

contra» de un autor, es hacerle el favor de enriquecer su acervo de experiencias y conocimiento, y dar eco a las ideas que defiende. Más aun, facilitarle la (difícil) tarea lograr una de las virtudes intelectuales más difíciles: ser consistente.⁸⁴ Dado el esfuerzo que implica escribir, ello asiste al autor en propagar las nociones e ideales que postula. Es por ello que—analizando las cosas con seriedad—lo que debería hacer un autor que es citado «en su contra» cuando actúa como experto, árbitro o abogado de parte es extender un encarecido agradecimiento.

5.2. Imparcialidad y el testigo

Un testigo es alguien que ha percibido un hecho con sus sentidos, y que es llamado a proceso para corroborarlo dado que ha sido puesto en tela de juicio. En base a ello se harán a determinaciones fácticas que servirán de premisa de conclusiones jurídicas. Su labor es por ende importante. Y también lo es que se conduzca con la verdad—mas no imparcialidad. La apertura intelectual no es necesaria a su labor. Lo que es necesario es que su exposición sea fiel a lo ocurrido.

Siendo que se ha despejado la aplicabilidad del principio objeto de este ensayo, la exposición podría detenerse aquí. Es sin embargo atingente tocar un tema relacionado con lo ya descrito: los procesos cognoscitivos: la «memoria». La memoria es un conjunto de elementos que entraron a la mente a través de los sentidos y que forman un cuerpo amorfo de conocimiento. Lo que llamamos «memoria» es un conjunto de cosas, unas de las cuales ocurrieron, y otras no.⁸⁵

⁸² Un axioma para quien sabe de lógica.

⁸³ KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006, p. xix.

⁸⁴ Así lo defendí en la Conferencia de Presentación de la obra *Arbitraje* (Ed. Porrúa, tercera edición) el 23 de febrero de 2012, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

⁸⁵ Esta apreciación puede parecer cuestionable, inclusive preocupante. No es mi propósito insinuar que pueden inventarse hechos, sino hacer ver que la memoria no es un conjunto de fotografías, si no un cuerpo de recuerdos que puedan no ser fieles a lo ocurrido, sin que ello sea intencional; lo que con frecuencia se alude como «trucos de la memoria».

Y todas sufren del mismo defecto: entraron a la mente a través del prisma de los sentidos, lo cual los hace imperfectos. ¿La relevancia de esta apreciación con nuestro tema? En ocasiones el testigo no recuerda con claridad lo ocurrido, o yerra en su descripción—inclusive a veces contradiciéndose. Pero ello no quiere decir que esté mintiendo. Quiere decir que su recuento contiene tropiezos. Y siendo que fueron capturados por un medio imperfecto (los sentidos), ello no necesariamente impacta o debe impactar su credibilidad.

¿Cómo diferenciar un tropiezo de buena fe de una mentira -máxime que una constante de las personas más hábiles para mentir es contar con habilidades histriónicas?- eso es una habilidad que se aprende sobre la marcha. Es la sustancia de la experiencia. Se percibe mas que enseña. Lo que en este contexto es relevante decir es que el testimonio no puede ser descontado por existir un tropiezo—algo que tiende a hacerse por el árbitro primerizo. El que no ha tenido experiencia previa (sea como abogado de parte o como árbitro) o la oportunidad de ponderar sobre este punto.

5.3. Imparcialidad y el abogado de parte

El título de esta sección debe a primera impresión parecerle raro al lector. El motivo: el abogado de parte no está obligado a ser imparcial. Todo lo contrario, es su deber cerciorarse de encontrar y presentar todos los argumentos posibles para defender el interés que representa. Sin embargo, una aseveración de un adversario al calor de una audiencia me hizo ponderar sobre

ello. Durante un debate intenso en una audiencia un (experimentado y prestigiado) colega me acusó de exponer parcialmente los hechos del caso. Y aunque probablemente ello es fruto de lo agitado de una audiencia, inclusive en sí una aseveración parcial, me hizo ponderar sobre el alcance del deber del abogado con respecto a la exposición del caso. Si bien se puede estar de acuerdo en que un abogado no está obligado a ser imparcial, ¿quiere ello decir que puede decir lo que sea? Opino que no. Lo vincula el deber ético de decir la verdad. Es decir, el deber de defender a su cliente a toda costa está matizado por el deber de conducirse dentro del plano de la legalidad y la veracidad. Dicho negativamente, no puede hacer 'lo que sea'. Puede hacer 'lo que sea, siempre que sea lícito y ético'.

La importancia de lo anterior no debe menospreciarse. Estoy seguro que no soy el único que ha presenciado conducta indebida—ilícita inclusive—de abogados adversarios. Desde mentir ante un tribunal arbitral, la presentación de pruebas falsas, hasta la fabricación de las mismas,⁸⁶ hasta el abogado adversario que se acerca a mi cliente a ofrecerle información confidencial de *su* cliente a cambio de dinero, la conducta deplorable abunda. Y las consecuencias tienden a ser pocas—definitivamente mucho menos de las que deberían ser. En un caso que abogué, nos vimos obligados a solicitar la exclusión de un abogado adversario por haber incurrido en un prevaricato arbitral.⁸⁷ Dicha petición despertó una interesante y profunda discusión sobre el alcance de las facultades de un tribunal arbi-

⁸⁶ Por ejemplo, que sea el abogado quien escribe la opinión pericial del perito, o el maquillaje de material probatorio (en un caso, su confección *in toto*).

⁸⁷ Para ser exactos, había sido consultado previamente al equipo que fue definitivamente designado como representante de un caso importante, en el cual yo participé. Durante dicho proceso de consultas, se intercambié información delicada que incluyó la estrategia del caso.

tral para tomar pasos que versan sobre deberes deontológicos, máxime la laguna internacional que al respecto existe. Deseo defender la postura que, aunque un tribunal arbitral no es un órgano de vigilancia de deberes éticos ni puede sancionar por conducta poco profesional,⁸⁸ sí es un guardián del proceso. Y como tal, debe cerciorarse que en el proceso no se generen asimetrías ni ventajas procesales como resultado de conducta estratégica. Para lograrlo cuenta con el (importante) acervo de facultades inherentes:⁸⁹ los poderes para tomar las medidas que considere necesarias para cerciorarse que el proceso que dirige merezca el adjetivo «debido». De tal forma que si, por ejemplo, observa que la conducta denunciada le da una ventaja procesal a una parte por sobre de otra, tiene la facultad para tomar medidas en dicho proceso, mismas que *puede* -a veces *tiene que*- ejercer como custodio de la legitimidad del proceso.⁹⁰

5.4. Imparcialidad y deliberación

Deliberar es un arte. Siendo que las psicologías de grupo de cada tribunal son diferentes, cómo se maneja ello muestra la destreza del presidente del tribunal. En *Ética Nicomaquea*⁹¹ ARISTÓTELES aborda la deliberación en el contexto de las virtudes

intelectuales, explicando que es una indagatoria. Quien delibera busca y calcula algo. La distingue de disponibilidad mental ('readiness of mind' -lo que yo llamaría imparcialidad), y dice que la excelencia en la deliberación incluye *razonamiento*. La buena deliberación es lenta- aunque sus conclusiones sean rápidamente efectuadas. Y si se sigue bien, será proclive a llegar a lo que llama «sabiduría práctica».

En el contexto del tema de imparcialidad deseo hacer eco de una duda que me ha surgido con frecuencia, proponiendo una solución que someto al lector para recibir retroalimentación: ¿Qué hacer cuando existe diferencia de opinión, sea en premisa o conclusión? Todos sabemos que el árbitro que se encuentre en la minoría puede emitir una opinión disidente, pero mi pregunta es más profunda: ¿cuándo hacer uso de dicha facultad? Recordando que el árbitro individual es parte de un órgano colegiado, al cual le aplica el principio de las mayorías, ¿cuándo dar el paso de cristalizar su postura individual en un voto particular (disidente o concurrente)? Percibo que, aunque se ha escrito mucho sobre opiniones disidentes, no hay una respuesta clara a esta interrogante. Como resultado, se observan muchas posturas (inclusive variaciones de un mismo árbitro).

⁸⁸ Para esto están los colegios u órganos profesionales locales.

⁸⁹ Fuente importante de medidas procesales otrora inexistentes explícitamente, pero que paulatinamente se han cristalizado en facultades expresas. Desde el principio *Kompetenz-Kompetenz* (cuya primera instancia fue *The Betsey* (1797) bajo el Tratado de Jay de 1794 donde el Comisionado de Estados Unidos indicó «A power to decide whether a claim preferred to this board is within its jurisdiction, appears to me *inherent* in its very constitution, and indispensably necessary to the discharge of any of its duties. ...») hasta otros pasos procesales como la permisión de *amicus curiae* en arbitraje de inversión (inclusive antes de la reforma al Reglamento CIADI para permitirlo). También lo son la emisión de órdenes de suspensión, la facultad para restaurar reclamaciones y la facultad para analizar cuestiones *motu proprio*. (*Methanex Corporation c. Estados Unidos de America*, Decisión del Tribunal sobre Peticiones de Terceros de Intervenir como *Amicus Curiae*, 15 de enero de 2001, especialmente paras. 29 y ss.) (Véase Amerasinghe, Chittharanjan. «Jurisdiction and International Tribunals», 2003, pp. 121-128).

⁹⁰ Algunos casos así lo han hecho bajo el mismo razonamiento aquí defendido. Ver por ejemplo, *The Rompetrol Group N.V. v Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3) decisión del 14 de enero de 2010. *Hwatska Elektroprivreda, d.d. v The Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/05/24) decisión del 6 mayo 2008. Y existen otros no reportados.

⁹¹ ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, Oxford: Oxford World's Classics, Oxford University Press. 1998, p. 149. Libro VI, punto 9: Goodness in deliberation, how related to practical wisdom.

La praxis ofrece muchas alternativas. Por ejemplo, quienes nunca hacen opiniones disidentes, hasta quienes las hacen con frecuencia—a veces *ad nauseam*. Y hay quien considera que dependiendo de la materia ello debe variar. Por ejemplo, si se trata de arbitraje de inversión, será más justificado ver opiniones disidentes que en otras especies.⁹²

Deseo proponer la siguiente aproximación.⁹³ Como punto de partida: el árbitro, siendo parte de un órgano colegiado, no debe de emitir opiniones individuales: *nemine dissentiente*. El que su opinión no sea idéntica a la que está tomando el tribunal *in toto* no es causa suficiente, para mi gusto, para votar en contra ni para proferir una postura individual. Y mucho menos para negarse a firmar el laudo. Después de todo, el significado jurídico de la firma de un laudo no es que se está de acuerdo con todo; es que el árbitro individual formó parte del órgano colegiado que arribó a la conclusión del mismo. Esto es importante, pues puede ser el origen de muchos malos entendidos que han terminado en disidencias.

Un árbitro que tiene diferencias de opinión tiene otras alternativas. Una es solicitar que el laudo califique la conclusión de «mayoritaria». Puede también incluir hacer párrafos dentro del laudo que

mencionen la postura minoritaria. Hecho esto, puede considerarse votar a favor de la mayoría para efectos de darle solidez al laudo. Al fin, la vertiente minoritaria ha quedado decantada en el razonamiento del laudo.

Como excepción, puede emitir una opinión separada.⁹⁴ Existen diferencias sobre cuándo ello debe ocurrir. (Por ejemplo, SHORE y FIGUEROA indican que ello puede ocurrir cuando se evoca una cuestión de principio.⁹⁵) Propongo que la emisión de una opinión separada sea algo en verdad excepcional. Que ocurra, no sólo cuando el árbitro difiera de la mayoría, sino que la diferencia verse sobre lo que considera que es un «error»; no solamente una diferencia de opinión admisible dado que el tema es discutible. Y no debe ser cualquier error; debe ser un error «grave». Cuándo el yerro es «grave» es una cuestión que el árbitro tendrá que valorar *in casu*.

Admito que esta postura la he seguido en muchos casos. Inclusive en uno reciente viví la interesante situación de ser el minoritario no obstante que actuaba como presidente. Uno de mis coárbitros me invitó a hacer una opinión independiente. Me rehusé dando como motivo el razonamiento aquí expresado.

⁹² El motivo argüido es su importancia y politización.

⁹³ Que he llamado «Escalonamiento de la diferencia de opinión», y que presenté en el Seminario Especializado de Arbitraje que organizan el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) y la Universidad Iberoamericana (sesión del 16 de enero de 2013), y que recibió eco favorable.

⁹⁴ Esta opción es discutida -a veces enérgicamente. Hay quien dice que *nunca* debe tener lugar. Hay quien dice que sí, aduciendo situaciones diversas que la pueden justificar. Y dentro de las mismas, muchos muestran asentimiento con unas mas no con otras. La diferencia de opinión es tan ardua como internacional, y todo parece indicar que no será resuelta en el futuro cercano. Es ante ello que considero conveniente permear una postura que sirva de guía conceptual, admitiendo que nunca he emitido una opinión disidente. Después de todo, sin una teoría, estamos a la deriva. (Mucho mejor tener una teoría que pueda ser refinada con el tiempo ante la experiencia ganada, que carecer de la misma respondiendo (probablemente erráticamente) a las mareas del casuismo.)

⁹⁵ En sus palabras, a «*principled basis to do so*». SHORE, Lawrence y Kenneth Juan FIGUEROA, *Dissents, Concurrences and a necessary divide between investment and commercial arbitration*, Global Arbitration Review, n.º 3, issue 6, p. 2.

Hay casos donde el laudo refuta la opinión disidente. El que ello sea posible y conveniente y sus límites también merece comentario. Lo he visto sólo dos veces, una de las cuales autoré la opinión mayoritaria. El motivo por el cual refuté enfáticamente la opinión disidente fue que la misma aducía una violación procesal que podría actualizar una causal de nulidad del laudo. El paso dio lugar a especulación. Hubo inclusive quien consideró que había un problema en el tribunal. Lo curioso es que quien más defendió la imparcialidad del árbitro disidente fui yo -el más 'herido' por la opinión disidente (que hacía una crítica áspera al laudo). El motivo: existiendo una diferencia de opinión aguda, había (y hay) respeto intelectual. Más aún, certeza de imparcialidad: el coárbitro que tomó este paso fue fiel a sus convicciones. Fue ello lo que lo llevó a diferir. Y no puedo más que respetar el paso.

Una pregunta obligada sobre lo anterior es si el árbitro disidente debe tener oportunidad para ajustar su voto disidente después de ver que el laudo lo ha refutado. Opino que no. El motivo: el objetivo del ejercicio no es demostrar quién tiene razón, ni quien es más inteligente. El objetivo es únicamente plasmar las posturas. Dar cabida a más interlocución arriesga el laudo

—además de suscitar la duda de cuándo detener el proceso (que podría continuar *ad perpetuam*).

6. COMENTARIO FINAL

Entendida como aquí la defino, la imparcialidad es:

- un elemento ontológico del concepto 'árbitro';
- un principio deontológico aplicable al árbitro;
- plausible utilitariamente; y
- necesaria para lograr el *telos* del arbitraje. Como lo expone Nozick:⁹⁶

If a belief is arrived at by a process in which biasing factors that lead one away from the truth play a significant role, then that process will be less effective and efficient in arriving at the truth, and so (...) less rational

[Si se llega a una creencia mediante un proceso en el que los factores de parcialidad que llevan a uno lejos de la verdad juegan un papel importante, entonces el proceso será menos efectivo y eficiente para llegar a la verdad, y por ende (...) menos racional].

⁹⁶ Nozick, Robert. *Invariances, The Structure of the Objective World*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. 2001, p. 94.

CONFLICTO DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS. DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS

JAVIER NAVARRO-VELASCO (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 1.1. La relación jurídica del árbitro con las partes. 1.2. Aspecto ético. 1.3. Aspecto legal. 2. Conflicto de interés. 2.1. Deber de revelación. 2.2. Recusación. 3. La violación al deber de revelación en caso de conflicto de intereses desde el aspecto ético. 3.1. Consecuencias legales del incumplimiento del deber de revelación y deber de declaración de los árbitros. 4. Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El tema por demás interesante y sobre todo muy importante para todo creyente del arbitraje, por lo suyo, merece un estudio desde un doble aspecto el ético y el legal.

Efectivamente, independientemente de la normatividad de carácter legal, que podemos encontrar en donde se regula la conducta de los árbitros, especialmente en el tema de conflictos de intereses y el deber de revelación, tenemos el aspecto ético, que a éste solo lo puede regular la conciencia de cada uno de aquellos que funjan como árbitros.

En razón de lo anterior, es por lo que este pequeño artículo se dedicará al aspecto ético y el estrictamente legal entendiéndose de los conflictos de interés de los árbitros, en

cuanto al deber de revelación y el deber de declaración de los árbitros, esperando alcanzar a tener una conclusión en cada uno de estos rubros sobre la importancia de la imparcialidad e independencia de los árbitros.

1.1. La relación jurídica del árbitro con las partes

Existen diversas formas de pensar respecto a la relación jurídica del árbitro con las partes. Hay quienes sostienen que la relación jurídica nace de un contrato de prestación de servicios, mientras otros consideran que es un contrato de mandato; por último, también hay quien sostiene que es una relación compleja de carácter *sui generis* que escapa de la normatividad aplicable al contrato de prestación de servicios y al del mandato, pese a su similitud en algunos elementos.

(*) Socio principal de la firma Baker & McKenzie Abogados, S.C., Coordinador del Área de Litigio en Latinoamérica de la misma Firma. Presidente Nacional de la Fraternidad Jurídica Internacional Phi Alpha Delta. Expresidente del Capítulo Nuevo León de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. Miembro del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles en la especialidad de Conciliador/Sindico a partir del 19 de marzo de 2001 a la fecha. Presidente del Comité de Arbitraje ICC México en Nuevo León de 2012 a la fecha.

En lo particular considero que el acuerdo mediante el cual los árbitros aceptan ser designados como árbitros en una disputa, es un contrato, que los compromete de manera legal con cada una de las partes por el ejercicio de dicha función, misma que inicia con la aceptación y declaración de independencia de las partes, con el irrestricto compromiso de imparcialidad y de respeto a los derechos procesales de las partes, concluyendo con la emisión del laudo.

Este contrato o relación profesional, se acerca en mucho a un contrato de prestación de servicios profesionales y, como tal, crea derechos y obligaciones entre las partes contratantes, que se asume por el profesionista, en este caso el árbitro, y por los clientes que serían las partes contendientes en el arbitraje. Podemos definir al contrato de prestación de servicios profesionales como el contrato por el que una persona llamada profesionista se obliga a prestar un determinado servicio, que requiere de una preparación especial, ya sea técnica o profesional, a otra persona denominada cliente, que se obliga a pagar una determinada retribución llamada honorario. Este contrato trae acarreada la responsabilidad profesional en su doble aspecto, ético y el legal.

1.2. Aspecto Ético

Las normas morales son regidas por la conducta interna de la persona y sujetas al reproche social en caso de violación a las mismas, con excepción de los abogados que

formamos parte de Colegios o Asociaciones, que podemos ser sancionados por las Comisiones de Ética o de Honor y Justicia o como se lleguen a denominar en cada agrupación. En México, la falta de ética profesional puede tener una sanción por parte de la Barra de Abogados u otras asociaciones o colegios serios de abogados, que va desde una amonestación hasta una expulsión del gremio, al tenor de lo previsto por la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal¹ y otras disposiciones legales análogas o relativas.

1.3. Aspecto Legal

Las normas jurídicas, sí crean consecuencias legales, derechos y obligaciones, que la ley permite exigir mediante una acción judicial, ya sea civil, administrativa o penal.

No podemos soslayar que la legislación civil federal mexicana establece una responsabilidad civil indemnizable a cargo de quien no actúe conforme a la ley o a las buenas costumbres², como tampoco podemos dejar de señalar que el artículo 2615 del Código Civil Federal mexicano establece que quien presta servicios profesionales solo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia y dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito³.

El concepto de daño se encuentra definido como el detrimento, perjuicio o me-

¹ Artículo 50. Los Colegios de Profesionistas tendrán los siguientes propósitos:
a).- Vigilancia del ejercicio profesional con objeto de que éste se realice dentro del más alto plano legal y moral.
...

q).- Expulsar de su seno, por el voto de dos terceras partes de sus miembros, a los que ejecuten actos que desprestigien o deshonren a la profesión...

² Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

³ Artículo 2615.- El que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

noscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda ó la persona⁴.

Efectivamente, como sostiene Eduardo GARCÍA MÁRQUEZ en su libro *Introducción al Estudio del Derecho*, la unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir que frente al sujeto al que obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes, mientras las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones⁵.

Mientras las normas éticas o morales son de carácter interno, las normas jurídicas son de carácter externo, como resulta de la doctrina moral de Kant. De igual manera, entre una norma y otra existe la coercibilidad y la incoercibilidad, pues mientras la norma moral es incoercible, la norma jurídica es coercible, ya que el cumplimiento de las normas morales son de cumplimiento espontáneo, mientras las normas jurídicas son de cumplimiento forzoso. Por último, tenemos que las normas morales gozan de autonomía mientras las normas jurídicas son heterónomas.

Es la autonomía de la voluntad en el cumplimiento de las normas éticas, la que sirve para soportar mi tesis, respecto a que todo árbitro deberá como primer análisis para declararse impedido para conocer un asunto, recurrir a su conciencia y cuando no haya reproche alguno, proceder al análisis de las condiciones normativas de carác-

ter legal, para ver que no se encuentra en ningún supuesto de impedimento.

2. CONFLICTO DE INTERÉS

Debemos entender como conflicto de interés en forma general, cuando dos personas pudieran llegar a tener intereses opuestos, con motivos originales o posteriormente que se llegaren a presentar.

En el caso particular de los árbitros, el conflicto de interés, se da cuando su actuación como juez privado, se puede ver afectada o comprometida, por causa de un interés particular en favor de una de las partes, originada por su actividad profesional, social o personal; que pudiera tener como consecuencia la suspicacia o sospecha de una parcialidad en beneficio de una de las partes.

Cuando existe un conflicto de interés, inmediatamente tenemos en mente la colusión⁶ de partes en perjuicio de un tercero, ya sea por enemistad, simpatía, amistad o motivos económicos.

Si el conflicto de interés debe ser un obstáculo para aceptar un contrato de prestación de servicios profesionales, mas aun, debe serlo para ejercer una función jurisdiccional o un cargo de árbitro.

Cuando las partes someten una disputa para que un tercero la resuelva, están confiando plenamente en la integridad ética y profesional de quien vaya a ejercer la

⁴ ESCRICHE. Don Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tomo I, 1979, p. 528.

⁵ GARCÍA MÁRQUEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. Trigésimaquinta Edición, 1984, p. 15.

⁶ Colusión. El convenio fraudulento y secreto que se hace entre dos ó mas personas sobre algún negocio en perjuicio de un tercero. ESCRICHE. Don Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tomo I, 1979, p. 455.

función jurisdiccional, mas allá de su capacidad profesional o técnica.

La designación de un árbitro es el reconocimiento público de la honorabilidad y trayectoria de un profesional. No hay mayor responsabilidad que juzgar causas ajenas.

2.1. Deber de revelación

Tanto en la función jurisdiccional como en la resolución de controversias mediante arbitraje, quien tenga esta alta responsabilidad de arbitrar, está sujeto a no asumir el cargo si llegase a tener algún conflicto de interés.

Como mera referencia y para conocer las causas de impedimento o excusa en la función jurisdiccional, mencionamos las siguientes⁷:

- I. En negocios en que tenga interés directo o indirecto;
- II. En los que interesen de la misma manera a sus parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grados, a las colaterales dentro del cuarto grado y a los afines dentro del segundo, uno y otro inclusive;
- III. Cuando tengan pendiente el juez o

sus expresados parientes un pleito semejante al de que se trate;

IV. Siempre que entre el juez y alguno de los interesados haya relación de intimidad nacida de algún acto religioso o civil, sancionado y respetado por la costumbre;

V. Ser el juez actualmente socio, arrendatario o dependiente de alguna de las partes;

VI. Haber sido tutor o curador de alguno de los interesados, o administrar actualmente sus bienes;

VII. Ser heredero, legatario o donatario de alguna de las partes;

VIII. Ser el juez, o su mujer, o sus hijos, deudores o fiadores de alguna de las partes;

IX. Haber sido el juez abogado o procurador, perito o testigo en el negocio de que se trate;

X. Haber conocido del negocio como juez, árbitro o asesor, resolviendo algún punto que afecte a la sustancia de la cuestión;

XI. Siempre que por cualquier motivo haya externado su opinión antes del fallo;

XII. Si fuere pariente por consanguinidad o afinidad del abogado o procurador de alguna de las partes, en los

⁷ Artículo 1132. Todo magistrado, juez o secretario, se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los siguientes casos:

I. En negocios en que tenga interés directo o indirecto;

II. En los que interesen de la misma manera a sus parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grados, a las colaterales dentro del cuarto grado y a los afines dentro del segundo, uno y otro inclusive;

III. Cuando tengan pendiente el juez o sus expresados parientes un pleito semejante al de que se trate;

IV. Siempre que entre el juez y alguno de los interesados haya relación de intimidad nacida de algún acto religioso o civil, sancionado y respetado por la costumbre;

V. Ser el juez actualmente socio, arrendatario o dependiente de alguna de las partes;

VI. Haber sido tutor o curador de alguno de los interesados, o administrar actualmente sus bienes;

VII. Ser heredero, legatario o donatario de alguna de las partes;

VIII. Ser el juez, o su mujer, o sus hijos, deudores o fiadores de alguna de las partes;

IX. Haber sido el juez abogado o procurador, perito o testigo en el negocio de que se trate;

X. Haber conocido del negocio como juez, árbitro o asesor, resolviendo algún punto que afecte a la sustancia de la cuestión;

XI. Siempre que por cualquier motivo haya externado su opinión antes del fallo;

XII. Si fuere pariente por consanguinidad o afinidad del abogado o procurador de alguna de las partes, en los mismos grados que expresa la frac. II de este artículo.

mismos grados que expresa la frac. II de este artículo.

En la función de los árbitros, estos conflictos de interés son todavía más amplios con motivo del ejercicio profesional del árbitro, así como por la propia globalización y se encuentran señalados por las Directrices de la IBA (International Bar Association), mediante un semáforo de eventos que de acuerdo a los colores rojo, naranja y verde, nos indica si son irrenunciable, renunciabile, revelable o no revelable.

En la legislación mercantil mexicana tenemos que a los árbitros solo se les puede recusar si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. De igual manera tenemos la obligación del árbitro de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a esas dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia⁸.

En lo personal pienso que las directrices de la IBA son muy benéficas en la materia de este ensayo, pero sin embargo, también ofrecen un grado de complejidad para entenderlas y aplicarlas. La aplicación depende de haberlas adoptado por las partes, pues de lo contrario quedarían como mera referencia o sugerencia; el entenderlas ya que debido a lo extensas de las hipótesis de las mismas y lo casuístico de cada una de ellas, pareciera en casos donde no es necesario, revelarlas o excusarse.

A manera de ejemplo cito solo algunas de cada uno de los colores del semáforo:

1. Listado Rojo Irrenunciable

1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.

1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.

1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.

1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial o el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

2. Listado Rojo Renunciabile

2.1.1. El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto a la controversia a instancia de las anteriores.

2.2. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia

2.2.1. El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.

2.3. Relación del árbitro con las partes o sus abogados

2.3.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

⁸ Artículo 1428. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo 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.

2.3.2. El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

2.3.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

3. Listado Naranja

3.1. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso

3.1.1. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, o a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.

3.1.2. Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.

3.2. Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad

3.2.1. El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

3.2.2. El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.

3.3. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado

3.3.1. Los árbitros son abogados del mismo bufete.

3.3.2. Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales.

3.3.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.

3.4. Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje

3.4.1. El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.

3.4.2. Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho que el árbitro y alguna de estas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales.

3.5. Otras circunstancias

3.5.1. El árbitro es accionista, directa o indirectamente, de una de las partes o de una filial de éstas cuando se trate de una sociedad pública que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades.

3.5.2. El árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

4. Listado Verde

4.1. Dictámenes anteriores al arbitraje

4.1.1. Anteriormente el árbitro expre-

só en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).

4.2. Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes

4.2.1. El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.

4.3. Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes

4.3.1. El bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

4.4. Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes

4.4.1. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social.

4.4.2. Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados.

4.4.3. El árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de éstas, siempre que se trate de sociedades públicas que coticen en bolsa pero la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante.

No hay mejor regla para saber si hay un conflicto de interés, que la propia conciencia de quien haya sido designado como árbitro.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) establece en sus artículos 11.1, 11.2 y 11.3⁹, la obligación de revelar por parte del árbitro cualquier hecho o circunstancia susceptible desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia o así como cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a duda razonable sobre su imparcialidad.

Esta obligación a cargo del árbitro, lo obliga a hacer un profundo examen de conciencia, para situarse en el lugar de las partes y de considerar qué puede causar duda sobre su imparcialidad, en dado caso, revelar el hecho o circunstancia de inmediato. No obstante lo anterior, esta obligación de revelación y de excusarse a cargo del árbitro es de carácter permanente desde el momento del nombramiento del árbitro y durante todas las actuaciones arbitrales, hasta la emisión del laudo.

⁹ 11.1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje.

11.2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe 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, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios.

11.3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje.

2.2. Recusación

La recusación es el medio por el cual las partes en un arbitraje o en un procedimiento judicial pueden solicitar se declare impedido el juez o el árbitro, dependiendo el tipo de procedimiento legal que se esté siguiendo.

Para efectos que proceda la recusación, deberá caer en alguno de los supuestos que la ley establezca de acuerdo al derecho aplicable o bien a las directrices de la IBA en caso de que éstas resultaran adoptadas por las partes.

La recusación sin causa en materia arbitral no procede, por lo que deberá fundarse adecuadamente la causal invocada y probar su existencia o bien la aceptación expresa por parte del árbitro recusado.

No obstante lo anterior, tenemos que el artículo 1429 del Código de Comercio mexicano, faculta a las partes acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros y a falta de dicho acuerdo, el dispositivo legal establece el procedimiento adecuado con plazos mas acotados que las propias Reglas de Arbitraje de la CCI¹⁰. Inclusive esta libertad que tienen las partes en materia de recusación, llega a la oportu-

nidad de limitar la propia intervención judicial en la revisión de la decisión que se tome en la recusación.

Este tema de la recusación es complejo, pues en muchas ocasiones es utilizada para retrasar el procedimiento arbitral. Debido a ello, deberá ser considerada esta conducta procesal de la parte de que se trate, por el tribunal arbitral o el árbitro, para la condena en gastos y costas o bien como una conducta procesal de mala fe que evidencia culpabilidad, pretendiendo con ello erradicar esta mala costumbre de la «chicana», siempre y cuando sea clara la intención de esa parte de abusar de la recusación.

Las Reglas de Arbitraje de la CCI establecen que la solicitud de recusación deberá presentarse en los términos del artículo 14, fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia o con cualquier otro motivo. Esta solicitud deberá presentarse ante la Secretaría mediante escrito que establezca con precisión los hechos y las circunstancias del caso. El plazo para la admisión de la solicitud de recusación es de 30 días siguientes a la recepción o confirmación del árbitro recusado o bien a los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte haya sido informado de los hechos o circunstancias en que funde su solicitud de recusación¹¹.

¹⁰ Artículo 1429. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad del árbitro o su independencia, o si no posee las cualidades convenidas, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

Si no prosperase la recusación incoada en los términos del párrafo anterior, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes de notificada la decisión por la que se rechaza la recusación, resuelva sobre su procedencia, decisión que será inapelable. Mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

¹¹ Artículo 14. Recusación de árbitros.

1. La solicitud de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha solicitud.

2. Para que sea admisible, la solicitud de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o

3. LA VIOLACIÓN AL DEBER DE REVELACIÓN EN CASO DE CONFLICTO DE INTERESES DESDE EL ASPECTO ÉTICO

El incumplimiento al deber de revelación y deber de declaración de los árbitros, no debe tener como consecuencia únicamente la recusación en caso que procediera, sino también una sanción ética consistente en el repudio social y profesional de acuerdo a la gravedad de la falta, aunado a enfrentar las acciones civiles, administrativas o penales que resulten en caso de que existiera alguna consecuencia legal derivada a su indebida conducta, originada por dolo o mala fe.

En materia de conflicto de intereses de los árbitros, nadie puede argüir desconocimiento o supuesta inocencia, ni las partes ni los árbitros, pese a que los que deben decidir a final de cuentas si aceptan o no a un árbitro bajo circunstancias especiales, después de saber el potencial conflicto de intereses, son las partes.

Es importante hacer notar que las partes tienen una participación importante en este tema y deben ayudar en la vigilancia

del cumplimiento de estas disposiciones sobre independencia, imparcialidad y divulgación, ya que si no lo hacen o pretenden una ventaja con su incumplimiento, el laudo que les resulte favorable puede ser anulado o no reconocido y ejecutado por ser el resultado de un procedimiento que no se ajustó al acuerdo de las partes o a los imperativos mínimos del Código de Comercio mexicano, al tenor de los artículos 1457 fracción I, inciso d. y 1462 fracción I, inciso d.¹²

3.1. Consecuencias legales del incumplimiento del deber de revelación y deber de declaración de los árbitros

Los árbitros que incumplen lo previsto por el artículo 1428 del Código de Comercio mexicano o, en su caso, las normas de los reglamentos de arbitraje, como es el caso de la CCI en sus artículos 11.2, 11.2 y 11.3, deberán responder desde dos puntos distintos a su responsabilidad.

Como ya lo dijimos, en el aspecto ético, deberán enfrentar el repudio profesional de sus colegas, gremios y colegios, hasta llegar posiblemente a una expulsión y al retiro de la cédula profesional que le permite el ejercicio de la profesión.

dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su solicitud, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación.

3. La Corte debe pronunciarse sobre la admisibilidad y, al mismo tiempo y si hubiera lugar a ello, sobre el fondo de la solicitud de recusación, después que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, la(s) otra(s) parte(s) y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros.

¹² Artículo 1457. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

I.- La parte que intente la acción pruebe que:

...

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; ...

Artículo 1462. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:

...

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;...

En el aspecto civil, tenemos que si sostenemos que la relación contractual entre las partes y el árbitro consisten en un contrato de prestación de servicios profesionales, el artículo 2615 ya mencionado en este ensayo, establece que el que presta servicios profesionales solo es responsable, hacia las partes a quienes sirve, por negligencia, impericia y dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito. Una situación similar sería conforme al Código Civil mexicano para el caso de que la relación entre las partes y el árbitro se considerara como un mandato.

Bajo el derecho civil también tenemos el caso de la responsabilidad extracontractual que, como ya lo comentamos, se encuentra prevista en el artículo 1910¹³ del Código Civil Federal mexicano, que establece que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El artículo 1915¹⁴ del mismo ordenamiento legal, establece que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación ante-

rior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

De igual manera, tenemos que el artículo 1916¹⁵ del Código Civil Federal por su parte establece que, por daño moral se entiende «la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás... Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual (...). El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso».

La prescripción de la acción en caso de una responsabilidad civil derivada de un contrato de servicios profesionales, será de 10 años conforme al artículo 1159¹⁶ del Código Civil Federal mexicano; para el caso de un mandato el artículo 1164¹⁷ del mismo ordenamiento le-

¹³ Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

¹⁴ Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios...

¹⁵ Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás... Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

¹⁶ Artículo 1159. Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento.

¹⁷ Artículo 1164. Prescribe en cinco años la obligación de dar cuentas. En el primer caso la prescripción comienza a correr desde el día en que el obligado termina su administración; en el segundo caso, desde el día en que la liquidación es aprobada por los interesados o por sentencia que cause ejecutoria.

gal mencionado, establece una prescripción de 5 años para la obligación de dar cuentas.

Por último, la acción para exigir la reparación del daño en actos extracontractuales, a que hemos hecho referencia, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1934¹⁸ del Código Civil Federal mexicano.

4. CONCLUSIONES

Como ya se pudo observar durante este trabajo, el tema da para mucho, por lo que invita a seguir estudiando y escribiendo sobre el mismo.

Mi conclusión particular es que los árbitros deberán sentirse libres de exponer a las partes cualquier posible potencial causa

de recusación, aun mas allá de las previstas en la ley o en las Directrices de la IBA, ya que pueden existir otras diversas causas no estipuladas en dichos ordenamientos, que pudieran hacer sospechar un desarrollo sano, profesional e imparcial en los arbitrajes, que solamente la conciencia, la moral, la ética y el profesionalismo de cada árbitro podrá liberarlo, no obstante de saber por adelantado, que alguna de las partes podrían utilizar esa revelación, por pequeña que sea, para entorpecer el procedimiento mediante recusaciones frívolas e improcedentes.

Con la conducta anterior no solamente se callarían las voces de la conciencia, sino de las propias partes, que sabiendo cualquier potencial conflicto, éstas lo aceptan, liberando de cualquier sospecha o suspicacia la conducta del árbitro y por ende la responsabilidad no sería exigible.

¹⁸ Artículo 1934. La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.

CONFLICTO DE INTERESES: EL DEBER DE DECLARACIÓN Y REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

FELIPE OSTERLING PARODI (*)
GUSTAVO MIRÓ QUESADA MILICH (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Idoneidad del árbitro y relación de agencia con las partes.* 3. *Asimetría de información.* 4. *Deber de revelación.* 5. *Información relevante e información suficiente.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La globalización, el desarrollo de nuevas especialidades y técnicas en la ciencia, el derecho y la industria, así como el crecimiento económico y demográfico de las naciones evidenció la insuficiencia del sistema judicial para atender oportuna y adecuadamente la demanda de fallos acertados, sofisticados e independientes.

En efecto, la carga procesal de las cortes y su falta de especialización en nuevas y diferentes materias, así como los cuestionamientos respecto de algunos magistrados, determinaron que se perdiera con-

fianza en el sistema judicial y que se prestara atención al desarrollo de mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

Como sabemos, el arbitraje se originó inclusive antes que la estructura jurisdiccional estatal. Sin embargo, quizá nunca como hoy su utilización haya resultado tan divulgada y frecuente. De forma acelerada, el arbitraje es preferido bajo diferentes regulaciones locales y supranacionales. Las partes, y en particular los inversionistas extranjeros, optan por el arbitraje apostando por un sistema, en principio, más prestigioso e independiente. Confían en la institución y particularmente en la capacidad de sus operadores jurídicos.

(*) Abogado. Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio de Osterling Abogados; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

(**) Abogado. Magister en Derecho por UC Berkeley. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Arbitro registrado en la Cámara de Comercio de Lima. Socio de Osterling Abogados.

¹ PICÓ I JUNOY, Joan. «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales». En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. España: 2005, p. 1438.

Como señala Picó¹, «la confianza en el árbitro como tercero imparcial para resolver un conflicto privado resulta la esencia misma del arbitraje».

La confianza en los árbitros puede estar vinculada a sus cualidades profesionales y técnicas, pero principalmente se refiere a sus condiciones morales. Vale decir, a su independencia e imparcialidad.

La independencia es fácilmente comprobable ya que se refiere a la proximidad objetiva -profesional o personal- del árbitro con una de las partes. La imparcialidad en cambio resulta de más difícil confirmación ya que se trata de un concepto más abstracto que se refiere a un estado mental: «a la ausencia de cualquier sesgo a la hora de resolver una controversia²».

La declaración del árbitro con relación a su independencia e imparcialidad para resolver un caso contribuye a la generación de confianza, pero la práctica demuestra que no es suficiente puesto que, como veremos, existen diversos motivos por los que un árbitro podría fallar -aún involuntariamente- a este deber. Así, el deber de revelación pretende complementar la declaración de los árbitros, dándole la oportunidad a las partes para que confirmen la opinión del propio árbitro respecto de su imparcialidad.

En tal sentido, el presente trabajo pretende identificar las debilidades y los problemas de revelación de los árbitros, como paliativos al problema que enfrentan las partes para asegurar la independencia e imparcialidad de sus árbitros.

2. IDONEIDAD DEL ÁRBITRO Y RELACIÓN DE AGENCIA CON LAS PARTES

El árbitro, desde su designación, debe evaluar si reúne la experiencia y conocimientos técnicos suficientes para atender el encargo profesional que se le propone asumir y, asimismo, si cuenta con el tiempo suficiente para avocarse diligentemente al proceso. De igual forma, el árbitro debe examinar si existe alguna situación que, a su criterio, pudiese comprometer su independencia o imparcialidad al momento de emitir un voto con relación a la controversia cuya resolución motiva el arbitraje. En razón de su impericia o de situación de conflicto, el árbitro deberá declinar a su nombramiento.

Este autoexamen de capacidad profesional y de conflicto de intereses resulta uno de los controles elementales para asegurar la transparencia del proceso arbitral y es quizá, por su proximidad a los supuestos que podrían descalificarlo, el más exacto. En efecto, nadie mejor que el propio árbitro para conocer de sus cualidades profesionales, personales, sentimentales, económicas o académicas que podrían influir en su lectura sobre el caso. Así, con la aceptación de su designación, el árbitro debe declarar no encontrarse en circunstancias que lo limiten profesional o éticamente para atender el encargo.

La mayoría de leyes, reglamentos y directrices en materia arbitral, nacional e internacional, exigen de los árbitros este autoexamen como requisito previo para aceptar su designación y exigen una decla-

² ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. «Independence, impartiality and conflict of interests of the arbitrator» En: *International Law*. Colombia: 2009, p. 185.

ración jurada para confirmar su nombramiento. Existen legislaciones y reglamentos que no consideran aspectos de solvencia profesional en este autoexamen. Sin embargo, no existen casos bajo los cuales la imparcialidad del árbitro no sea un prerequisite para su designación y sobre el cual deba versar su autoanálisis.

Este autoexamen de independencia e imparcialidad no es tarea fácil y resulta ser menos exacto de lo que presume el sistema. Si bien podría afirmarse que tras una rápida identificación de las partes, sus abogados y el asunto controvertido, el árbitro puede objetivamente validar su capacidad para asumir la designación, lo cierto es que en su análisis entran a tallar consideraciones subjetivas que podrían alejar al árbitro de la idoneidad exigida para su labor jurisdiccional.

En efecto, podría ocurrir que el árbitro subestime su grado de vinculación con alguna de las partes y considere que, a pesar de la existencia de una relación objetiva, se encuentra en capacidad de ser imparcial. También podría suceder que un árbitro no probo decida aceptar su nombramiento a pesar de haber advertido una clara situación de conflicto de intereses. Esto ocurre porque, en adición a los honorarios profesionales, el árbitro gana prestigio y experiencia con cada arbitraje en el que participa; y esto determina que ese profesional sea más demandado y mejor cotizado para resolver controversias.

Entonces, podríamos decir que existen suficientes incentivos para que un árbitro

de carrera -o para el que pretende desarrollarla en atención a sus intereses particulares- sea, consciente o inconscientemente, menos riguroso en el autoexamen demandado. A estos incentivos -propios del sistema- se suman las irregularidades a las que, si bien con menos frecuencia que bajo el régimen judicial, también están expuestos los árbitros.

Así, las partes le exigen a sus árbitros que sean independientes e imparciales, pero difícilmente podrán comprobar que tal exigencia se cumpla a cabalidad basándose solo en su declaración, sobre todo considerando que existen suficientes motivos e incentivos para que éstos no cumplan con tal exigencia.

Estas consideraciones son propias de la relación de agencia que, según Vergés, se da cuando existe «un contrato de ocupación en el que una persona encarga a otra la gestión de una unidad económica, dejándole autonomía en la toma de decisiones, y aceptando el agente actuar defendiendo los intereses del principal»³. En el arbitraje, los problemas de esta relación estarán referidos a la dificultad de determinar cuál será el esfuerzo realizado por el árbitro en aras de actuar sin sesgos y si tal esfuerzo resulta suficiente.

En efecto, los problemas en las relaciones de agencia surgen «cuando un individuo (árbitro/agente) pueda beneficiar a otro individuo (partes/principal) tomando alguna acción, y el último no pueda controlar directamente al primero y pagarle por hacer lo correcto»⁴.

³ VERGÉS, Joaquim. «Control e incentivos en la gestión empresarial». Disponible en: <http://gent.uab.cat/jverges/sites/gent.uab.cat/jverges/files/2CONTROL.pdf>. Revisado el 20 de mayo de 2013 p. 52.

⁴ POSNER, Eric. Modelos de agencia en el análisis económico del derecho. En: POSNER, Eric (compilador). El análisis económico del derecho y la escuela de Chicago. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002. p.[*].

Considerando ello el sistema arbitral introduce un segundo control que se refiere ya no a la autoevaluación que cada árbitro haga respecto de sus calificaciones profesionales y éticas, sino a la evaluación y cuestionamientos que las partes puedan practicar en igual sentido. Así, para asegurar la imparcialidad e independencia de los operadores del sistema arbitral, no basta la interpretación del árbitro con relación a los supuestos de conflictos de intereses, sino que dicha interpretación deberá coincidir *-a priori-* con la opinión que sobre el particular tuvieran las partes.

Sin embargo, el control de imparcialidad e independencia de los árbitros a cargo de las partes nos enfrenta a nuevos problemas como lo son: la asimetría de información y la estrategia de frustración.

3. ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN

La asimetría informativa es la situación en la cual dos o más sujetos, al contratar sobre un determinado bien o servicio, cuentan con niveles de información diferentes.

En el arbitraje, el problema de asimetría de información resulta de la incapacidad de las partes para conocer todos los supuestos y situaciones -personales y profesionales- que evidenciarían un conflicto de intereses para los árbitros.

En efecto, si bien se espera que las partes y sus asesores hagan un examen exhaustivo de la trayectoria y vinculación de los árbitros que designan, difícilmente llegarán a identificar todos los hechos perti-

nentes a la controversia, que sí conoce, maneja y administra el árbitro.

Así, en adición a su deber de declarar cualquier situación que a su criterio pudiera comprometer su independencia e imparcialidad, los árbitros tienen el deber de revelar los considerandos utilizados para tal evaluación, de modo que las partes pueden practicar la propia y eventualmente utilizar dicha información como fundamento de un recurso de recusación, de anulación de laudo o de responsabilidad contra los árbitros.

Este deber adicional no es ajeno a nuestra legislación arbitral y es recogido -con mayor o menor rigurosidad- en las distintas legislaciones y reglamentos arbitrales del mundo con igual propósito. En efecto, el ordenamiento en materia arbitral exige que cierta información sea revelada por los árbitros, pues su conocimiento podría influir directamente en las decisiones de las partes al tolerar su designación.

Como veremos, el deber de revelación según distintas regulaciones «se refiere a que el árbitro debe revelar todo aquello que pueda generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad⁵. En palabras de Matheus: «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 árbitro. 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 controversia⁶».

⁵ ALONSO PUIG, José María. «El deber de revelación del árbitro». En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión*, Tomo 2. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 325

⁶ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI». En: *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Vol. 3, Nº 2. España: 2010, p. 463.

De esta manera, con el deber de revelación se pretende solucionar el problema de asimetría informativa. Sin embargo, tal como ocurre en nuestro país, el sistema arbitral en el mundo se enfrenta con un subproblema en lo que se refiere al deber de revelación: ¿Cuánta y qué información debe ser revelada por los árbitros?

Si bien existen normas que dan cierto grado de objetividad al deber de revelación, los árbitros tienen la labor de analizar las circunstancias que pretenden revelar a fin de determinar si éstas pueden ser consideradas como relevantes o no para las partes y ello, por su alto componente subjetivo, genera un despropósito en la revelación.

4. DEBER DE REVELACIÓN

Son muchas -por no decir todas- las legislaciones en materia arbitral que recogen el deber de declaración de los árbitros. Por ejemplo, el artículo 1456⁷ del Código Procesal Civil francés establece que le corresponde al árbitro, antes de aceptar la designación, revelar todas las circunstancias que puedan afectar a su independencia o imparcialidad, precisando que tal obligación incluye la revelación continua de cualquier circunstancia que pueda surgir después de la aceptación de su misión y que la afectara de igual manera. Y, al respecto, la *Cour d'appel de París* ha señalado que «el árbitro deberá revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar su juicio y hacer que en la mente de las partes exista

una duda razonable acerca de sus cualidades de imparcialidad e independencia, que son la esencia de la función arbitral»⁸.

En la misma línea, las leyes de arbitraje española⁹ y peruana¹⁰ señalan que la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, incluyendo cualquier circunstancia sobrevenida a su nombramiento.

Por su parte, regulaciones internacionales en materia arbitral también contemplan el deber de revelación. Tal es el caso, por ejemplo, del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En su artículo 11°, el referido Reglamento establece que: «*Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto*».

De igual forma, las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), disponen¹¹ que los árbitros, en la primera

⁷ Artículo 1456 del NCPC en idioma original: «*Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission*».

⁸ Sentencia de la Cour d'appel de París (1ère Chambre – Section C), de 12 de febrero de 2009. S.A. J&P Avax S.A. contra Société Technimont SPA. Texto original: «*L'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale*»

⁹ Ley No. 60/2008, artículo 17°.

¹⁰ Artículo 28°.

¹¹ Regla N° VI.

sesión del Tribunal, deberán firmar una declaración con el siguiente tenor: «*Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento (...) 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*».

A su vez, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) establece¹² que «*la persona propuesta como árbitro debe 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, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad*».

Pero, si la información que será proporcionada es escogida por los propios árbitros, malintencionadamente éstos podrían interpretar como relevante aquella información que se alinee con las conclusiones de su propio autoexamen. Podría ocurrir también que de manera bienintencionada los árbitros omitieran cierta información que sinceramente consideren poco relevante. En ambos supuestos, la información revelada por los árbitros podría resultar insuficiente para el control al que tienen derecho las partes.

Por el contrario, si la información que se exige que revelen los árbitros es toda aquella que -con independencia de su evaluación subjetiva de relevancia- identifica circunstancias que podrían relacionarse directa, indirecta o remotamente con el interés de las partes, se generaría un desincentivo para que los árbitros asuman tal condición, ya que por el tiempo, esfuerzos y costos involucrados en la tarea su cumplimiento resultaría improbable y, consecuentemente, su exposición a recusaciones, anulaciones de laudos y acciones de responsabilidad aumentaría.

A modo de ejemplo, imaginemos un profesional con una carga promedio anual de veinticuatro procesos administrados en los que es designado como miembro de un tribunal arbitral y de los cuales seis son de corte internacional. Consideremos ahora que dicho árbitro inició su práctica en esta especialidad hace diez años y que la completó, en paralelo, ejerciendo como abogado de clientes locales y extranjeros, así como con el dictado de cátedra universitaria.

Este profesional habrá acumulado un record de doscientos cuarenta procesos en los que fue árbitro con aproximadamente otros cuatrocientos ochenta profesionales (considerando paneles de tres árbitros). Asimismo, éste árbitro se ha visto involucrado en decisiones que afectan los intereses de igual número de partes distintas, y puede ahora ser relacionado con por lo menos igual número de abogados litigantes, sus firmas y los abogados miembros de éstas. Asimismo, supongamos que nuestro árbitro se ha relacionado con igual número de clientes, contrapartes y litigantes en su condición de abogado y con mil estu-

¹² Artículo 11°.

diantes aproximadamente en su cátedra universitaria.

Por último, consideremos como factores multiplicadores de su vinculación todos los cargos, empresas, procesos, firmas, relaciones sociales y familiares, trabajos profesionales y académicos en los que los otros árbitros, abogados, clientes, contrapartes y estudiantes podrían haberse involucrado.

Fácilmente este árbitro al ser llamado a revelar cualquier situación de conflicto de intereses con motivo de su nombramiento como árbitro debería, entre otras consideraciones, hacer un escrutinio de todas -absolutamente todas- las relaciones antes detalladas para poder identificar aquellas que pudiesen ser entendidas por las partes como potenciales supuestos contaminantes de su carácter independiente e imparcial y, siendo puristas, debería revelar todas de las que tenga o haya podido tener conocimiento para permitir que las partes efectúen un correcto control y, con ello, evitar la eventual frustración de su designación y/o la anulación del laudo.

Carece de lógica exigirle a este profesional que revele todas las relaciones que haya tenido en su vida, pues este análisis podría ser interminable, infinitamente costoso, de poco interés para las partes y sin ninguna relación con la confirmación de imparcialidad que exige el sistema. Sin embargo, la consecuencia de no revelar toda la información disponible podría determinar que el árbitro sea, en razón de un presumible ocultamiento o de su falta de diligencia, recusado y eventualmente sancionado. Adicionalmente, el no revelar toda la información disponible podría determinar que el laudo sea anulado y consecuentemen-

te que el arbitraje no explote su ventaja competitiva de celeridad. Y, como los árbitros quieren serlo y como el sistema no quiere perder sus atributos, parecería que revelar toda la información disponible -sin filtros ni miramientos- resultaría la regla recomendable para los árbitros.

Pero la revelación absoluta tiene también sus bemoles y por lo mismo no se espera que el árbitro realice una declaración de todas sus relaciones laborales y personales¹³, pues esto también dilataría el proceso. El tiempo de escrutinio, acopiamiento y organización de la información de dominio de los árbitros podría ser muy largo y su puesta a disposición muy costosa, enervando con ello la eficiencia y celeridad del sistema arbitral. Adicionalmente, la revelación de información inocua proporcionaría excusas para que las partes dilaten los procesos con infundadas solicitudes de recusación y posteriormente con intentos de que los fallos -en la mayoría de casos inapelables- se frustren. Efectivamente, cuando un árbitro revela demasiada información, le da herramientas a una parte que pretende dilatar el proceso, pues esta tendría más situaciones para buscar la recusación del árbitro.

Esta dicotomía entre la conveniencia e inconveniencia de revelar por completo toda la información disponible ubica nuevamente a los árbitros en una difícil situación que hasta hace no mucho solo la costumbre y la experiencia ayudaban a superar.

5. INFORMACIÓN RELEVANTE E INFORMACIÓN SUFICIENTE

Hasta aquí hemos visto cómo los deberes de revelación y declaración de los

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Jurisprudencia extranjera: Alcances del deber de revelación del árbitro». En Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones. España: 2010, p. 598.

árbitros contribuyen a reducir la situación de desventaja informativa en la que se encuentran las partes para evaluar la idoneidad de los árbitros que resolverán sus controversias. Sin embargo, cuánta y qué información deberá ser considerada suficiente para satisfacer eficientemente este propósito resulta, por su cuantía y alto componente subjetivo, una materia por demás controvertida.

En efecto, como hemos visto, si bien existen obligaciones creadas normativamente en materia de revelación, éstas no cuentan con un nivel de detalle que permita identificar precisamente qué circunstancias deben de ser reveladas sin duda por los árbitros. A pesar de estas limitaciones, las partes esperan que el árbitro determine qué información es relevante y cuál no a efectos de ser revelada, equiparando su capacidad de discernimiento en esta materia a su aptitud para resolver la cuestión de fondo.

Considerando la complejidad y relevancia del encargo, algunos esfuerzos regulatorios han contribuido a la labor informativa de los árbitros introduciendo conceptos objetivos respecto del alcance de la información que los árbitros deben revelar; pero tal contribución no ha sido significativa.

Por ejemplo, el Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); establece¹⁴ como obligaciones en materia de revelación de cargo de los árbitros, las siguientes: (i) Suscribir una Declaración Jurada al momento de aceptar el cargo, la cual deberá ser entregada a la Secretaría General del Centro, la cual se realizara por escrito y será puesta a disposición de las par-

tes; (ii) Revelar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia. Adicionalmente presentar una lista enunciativa de situaciones que se deben revelar, entre las que encontramos su- puestos como el tener relaciones de parentesco, dependencia, amistad íntima o frecuencia con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores; y, (iii) El deber de revelar la existencia de relaciones de negocios, sociales o cualquier otra que se haya tenido.

Por su parte, el *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* de la *American Arbitration Association (AAA)* establece¹⁵ como obligaciones para los árbitros designados, las siguientes: (i) Revelar cualquier interés personal, sea directo o indirecto en el proceso; (ii) Revelar cualquier relación financiera, personal, profesional o de negocios que pueda razonablemente afectar la imparcialidad o independencia del proceso; y, (iii) Revelar cualquier conocimiento previo que tengan del caso sobre el cual decidirán.

Advirtiendo estos problemas, diversas instituciones arbitrales y organizaciones de profesionales se avocaron a diseñar normas modelo que facilitarían la labor de los árbitros en cuanto a su deber de revelación, sin sacrificar la celeridad, seguridad y eficiencia del sistema arbitral, ni el necesario control de conflictos de intereses a cargo de las partes.

Quizá el más celebrado de esos esfuerzos resulte la investigación encargada por la *International Bar Association (IBA)* a profesionales reputados de jurisdicciones

¹⁴ Artículo 11°.

¹⁵ Canon II de la versión vigente desde el 1° de marzo de 2004.

distintas con el objetivo de identificar objetivamente qué información, de no ser revelada, pone en riesgo la condición de árbitro y el laudo como fin último del arbitraje. Este trabajo fue posteriormente discutido, aprobado, editado y publicado como las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.

Las directrices de la IBA regulan, entre otros aspectos, los deberes de revelación y renuncia que tienen los árbitros dentro de un proceso arbitral; además de ello, regulan diversos supuestos como plazos que, una vez transcurridos, evitarán que se pueda recusar al árbitro. Regulan también criterios para interpretar las relaciones de los árbitros con otros sujetos como miembros de su estudio de abogados. Todos estos deberes que regulan las directrices IBA están basados en el siguiente Principio General¹⁶: «Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios».

Pero las directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional cuentan con una segunda sección en la cual podemos encontrar convenientes ejemplos prácticos para la aplicación de las normas referidas al deber de revelación e incluyen listados en las que se agrupan las situaciones que podrían presentarse con relación a un posible conflicto de intereses. Ellas son el Listado Rojo (Irrenunciable y Renunciable), Listado Naranja y Listado Verde.

En el Listado Rojo Irrenunciable encontramos supuestos en los que la persona designada como árbitro se encuentra imposibilitada de realizar dicha función, como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte. El Listado Rojo Renunciable se diferencia del anterior, pues si bien son circunstancias que deben ser reveladas, no obligan al árbitro a renunciar; estas situaciones pueden ser superadas si las partes facultan al árbitro a continuar su labor al conocerlas. El Listado Naranja presenta situaciones que no son consideradas un impedimento para el ejercicio de la labor de árbitro, pero aun así deben ser reveladas. En este supuesto, el solo hecho de revelarlas permitirá al árbitro aceptar su designación así no sea ratificado por las partes. Finalmente, el Listado Verde presenta situaciones en las cuales no es necesario revelar la información a las partes, pues no representan conflicto de interés alguno para el arbitraje.

Estas recomendaciones han contribuido indudablemente a la labor de los árbitros y de los consejos superiores de arbitraje en materia de revelación y recusación, e inclusive del poder judicial en cuanto a su función revisora. Sin embargo somos de la opinión que estas directivas son perfectibles y que, aun cuando sean idóneas, no solucionarán del todo los problemas que la asimetría de información y el problema de agencia presenten en el arbitraje con relación al encargo de independencia e imparcialidad dado a los árbitros por las partes.

En efecto, consideramos que toda ayuda para el debido cumplimiento del deber de revelación de los árbitros contribuye a la reducción de la situación de desventaja

¹⁶ Norma 1 de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004.

informativa en la que se encuentran las partes con relación a sus árbitros. Pero dicha información debería ser complementada con aquella que el árbitro no desea compartir y que, por motivos de confidencialidad en el arbitraje, resulta de imposible acceso a las partes. Nos referimos a la experiencia de los árbitros en arbitrajes en los que han sido recusados, y al porqué de tales recusaciones.

Conocer dichos supuestos ayudaría mucho a las partes en su tarea de elegir a sus árbitros y en la de confirmar su designación. Sistemas como el utilizado por la OSCE podrían ser replicados en otros centros de administración de arbitrajes en los que, sin entrar al detalle de la controversia, por lo menos se hace público el nombramiento de los árbitros y los casos en los que éstos fueron recusados con éxito.

Esta publicidad contribuiría sin duda a superar la «dificultad de controlar al agente» que Mitnick¹⁷ identifica como parte del moderno estudio del problema de agencia. Para lograr ésta publicidad, los Colegios Profesionales también tendrían mucho que aportar.

Adicionalmente, consideramos que los esfuerzos en el diseño de perfeccionar los mecanismos de control que asisten a las partes para asegurar la independencia e imparcialidad de sus árbitros -como lo son el deber de declaración y revelación y el derecho de recusación-, deberían estar acompañados por similares esfuerzos en el diseño de normas -particularmente en el Perú- que desincentiven conductas negligentes o impropias de los árbitros.

En efecto, a falta de sanción administrativa para el árbitro cuya situación de conflicto de intereses no revelada motiva su recusación y/o la eventual anulación del laudo, ello podría inducir a algunos árbitros a actuar indebidamente.

6. CONCLUSIONES

La independencia e imparcialidad que se exige de los árbitros resulta el pilar en el que descansa la confianza de las partes en el sistema arbitral.

El encargo de independencia e imparcialidad que les dan las partes a los árbitros configura una relación de agencia. En esta relación, los árbitros (como agentes) tienen diversos incentivos para no cumplir fielmente con el referido encargo, y las partes (como principales), debido a su falta de información, tienen grandes dificultades para supervisar el debido desempeño de los árbitros.

El deber de revelación surge como una solución a estos problemas, puesto que contribuye a reducir la asimetría de información existente entre árbitros y partes, proporcionando mecanismos de control a los principales de la relación. Sin embargo, el deber de declaración adolece de complejidades para su debido cumplimiento y correcto aprovechamiento. Dichas complejidades se refieren a la calidad y cantidad de información que se debe revelar, o dejar de revelar.

Esfuerzos perfectibles como las directrices de la IBA en materia del deber de revelación de los árbitros han contribuido

¹⁷ MITNICK, Barry M., Origin of the Theory of Agency: An Account by One of the Theory's Originators (March 25, 2013). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1020378>. Revisado el 20 de mayo de 2013.

mucho a superar dichas complejidades y, por lo mismo, consideramos que deberían replicarse e incorporarse en la legislación nacional.

Sin embargo, somos de la opinión que perfeccionar el deber de revelación no resulta suficiente para enfrentar el proble-

ma de falta de independencia e imparcialidad en los árbitros. Consideramos que la publicidad podría resultar una herramienta útil en este sentido y, asimismo, que la responsabilidad civil de los profesionales podría utilizarse como un gran desincentivo de conductas arbitrales no deseadas.

ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO DE LA RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO POR LA PARTE QUE LE HA DESIGNADO

FILIPA CANSADO CARVALHO (*)

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Cuestiones implicadas en el tema. 1.2. Pertinencia del tema. 2. Reglas existentes. 3. Propuesta.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Cuestiones implicadas en el tema

Tradicionalmente, en el procedimiento arbitral, al revés de lo que sucedía – y sucede aún hoy – en muchas disputas sometidas a jurisdicciones nacionales, no había mucho espacio para maniobras dilatorias. Aunque sean comunes las quejas de los integrantes de la comunidad del arbitraje internacional cuanto al aumento de las tácticas dilatorias (con par-

ticular incidencia en las recusaciones de árbitros),¹ la experiencia directa e indirecta sugiere que tales prácticas son mucho menos frecuentes y tienen mucho menos suceso en el arbitraje que en los tribunales estatales. Así, si- gue siendo verdad que desde el momento en que una parte coloca en marcha el arbitraje, la otra no logra normalmente² impedirlo de progresar de forma significativa, mismo si no participa en el procedimiento o no colabora. Así, uno de los méritos reconocidos al proce- dimiento arbitral es su efectividad.³

(*) Asociada sénior de PLMJ y miembro de su equipo de arbitraje. Ha sido designada co-coordinadora del CEA-40 para el bienio 2013-2014.

(**) Socio fundador de PLMJ y coordinador de su equipo de arbitraje, profesor universitario y árbitro internacional. Miembro de las juntas directivas del Club Español de Arbitraje y de la Asociación Portuguesa de Arbitraje, de la Corte Internacional de Arbitraje de CCI y del Consejo Consultivo do Anuario Latinoamericano de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje. Lista de árbitros y conciliadores ICSID.

Los autores agradecen la asistencia de investigación de Carla F. MACHADO.

¹ Véase por ej. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, Introducción, puntos 1 y 4; BORN B., Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1553.

² Con algunas excepciones, como el no pago de las provisiones para gastos del arbitraje cuando la otra parte no pueda o no quiera suportarlos en ciertos casos. Por ej. en el caso de CIADI, si queda por abonar la mitad de un pago adelantado o suplementario, el procedimiento puede primero suspenderse y, si tras seis meses consecutivos la falta de pago se mantuviera, ser –previa consulta con las partes– terminado.

³ LEW D. M., Julian, Loukas A. MISTELIS y Stefan Michael KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 546 y 547; BLACKBAY, Nigel y Constantine PARTASIDES, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2009, pp. 2 y 30. El grado de efectividad de cada procedimiento arbitral en concreto puede variar de acuerdo con sus características propias, por ej. BLACKBAY, Nigel y Constantine PARTASIDES señalan que en condiciones adversas los procedimientos ad hoc suelen ser menos efectivos que los institucionales (*Op. cit.* p. 54).

Una de las otras ventajas tradicionales del arbitraje es la posibilidad para las partes de poder intervenir en la constitución del tribunal que va a juzgar su disputa, a través de la designación directa o indirecta de por lo menos uno de los árbitros que va a decidir su litigio.⁴ Este derecho de poder participar en la formación del tribunal – típicamente concretado a través de la designación⁵ de un co-árbitro por cada parte⁶ y eventualmente a través de su participación directa o indirecta en la designación del presidente – es una manifestación del principio de la autonomía de las partes, uno de los principios estructurales del arbitraje.⁷

Aunque no haya sido siempre así, hoy día la independencia e imparcialidad (como quiera que definamos estos dos conceptos)⁸ de todos los árbitros son también consideradas, casi unánimemente,⁹ como pilares fundamentales del procedimiento arbitral.

Las reglas de la mayor parte de las leyes y reglamentos modernos de arbitraje reflejan, *inter alia*, las características arriba mencionadas del arbitraje, que están las tres en tensión cuando hablamos del tema de la recusación de árbitros por las partes que los han designado,¹⁰ una tensión que no siempre es resuelta de la misma forma.

1.2. Pertinencia del tema

Este tema no aparece con frecuencia discutido en la doctrina o en las pocas (en términos relativos) decisiones de tribunales e instituciones arbitrales que son tornadas públicas.¹¹

Y se comprende por qué: afuera de situaciones abusivas o de conocimiento superveniente, la parte que ha nombrado un árbitro no tendrá normalmente razones para recusarlo: fue ella quien lo eligió. Además,

⁴ BORN B., Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012, p. 121.

⁵ Ya sea con necesidad de posterior confirmación por un tercero, como es el caso en la CCI, o no, como es el caso bajo el reglamento CNUDMI.

⁶ Hay autores que consideran que la designación unilateral de un árbitro por una parte es incompatible con el imperativo de que el arbitraje sea (y sea visto como) una forma imparcial de resolución de disputas – por ej. PAULSONN, Jan, *Moral Hazard in International Arbitration*, disponible en www.arbitration-icca.org. Juan Fernández Armesto es otro de los árbitros internacionales que ha varias veces defendido que el actual sistema debería de ser cambiado.

⁷ No consideramos a tribunales singulares, una vez que el tipo de cuestiones de que trata este artículo se plantea sobretudo en tribunales colectivos.

⁸ Este es un punto en el que existe aún alguna ambigüedad terminológica. En general se distingue independencia de imparcialidad, pero algunos autores consideran las dos en conjunto y otros se refieren a neutralidad, término que hoy día es a menudo también utilizado para designar la cualidad del árbitro que no es de la misma nacionalidad de ninguna de las partes y/o no tiene otras afinidades particulares con la cultura – por ej. religiosa – de apenas una de ellas. La neutralidad con este último sentido se empieza a discutir mucho y puede que en el futuro veamos evoluciones en la forma como este requisito es mirado.

⁹ La excepción típicamente comentada son los E.E.U.U. donde todavía se permiten co-árbitros llamados no neutrales, siempre y cuando las partes consientan en ello (Código de Ética AAA/ABA, canon X; véase también el canon IX).

¹⁰ Aunque en este artículo hablemos apenas de la recusación del árbitro en conexión con la ausencia o dudas sobre su independencia e imparcialidad, estos no son los únicos deberes o requisitos que un árbitro tiene que cumplir y hay otros motivos que pueden llevar al término de sus funciones como árbitro antes del final del procedimiento *motu proprio* o por iniciativa de una o de ambas partes o de la institución que administra el procedimiento, cuando sea el caso.

¹¹ Son pocas las instituciones que dan razones y aún menos las que publican las decisiones sobre recusación de árbitros. La LCIA las publica, desde hace algunos años, con descripción de los hechos y la motivación y omitiendo la identidad del árbitro recusado y de las partes. La CCI – que no da razones – publica de tiempos a tiempos estadísticas y datos al respecto, que incluyen descripciones muy cortas y en términos muy generales de los hechos de algunos casos. En otras instituciones, como por ej. el CIADI, algunas decisiones con razones han sido publicadas. Existen también decisiones de tribunales estatales sobre el tema.

las partes y/o sus abogados normalmente investigan, estudian¹² y muchas veces hasta entrevistan a las personas que consideran nombrar como árbitros.¹³ Por ende, no deberán ser muchas las causas de conocimiento superveniente de recusación.

Sin embargo, este tema es importante. Aún raras, situaciones de este tipo pueden suceder.¹⁴ Cuestiones de falta de independencia e imparcialidad pueden llevar a la anulación y/o a la denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia, lo que perjudica la efectividad y también la eficiencia y finalidad de todo el sistema.¹⁵ A lo largo, cada discusión sobre si en un caso concreto hubo o no falta de independencia o imparcialidad afecta la legitimidad misma del arbitraje como método de dirimir pleitos.

En el pasado, en muchas jurisdicciones, se aceptaba (de derecho o, por lo menos, de hecho) que los árbitros designados por una parte estaban sujetos a un estándar distinto (inferior, si podemos considerarlo

cuantitativamente) del aplicable a los presidentes o árbitros únicos. Así, contrariamente a estos, los árbitros entonces muchas veces llamados «de parte» podían y/o debían actuar como una especie de defensores adicionales de las partes dentro del tribunal.¹⁶ Es más, en algunas jurisdicciones, la ley determinaba que a los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no se aplicaban los criterios destinados a garantizar que la decisión del árbitro no fuese influida por factores que no tuviesen que ver con el mérito del caso.¹⁷

Este es un punto en el que – felizmente – hubo una gran evolución en las últimas décadas del siglo XX.¹⁸ Así hace sentido verificar si las reglas sobre el tema están adecuadas a los tiempos actuales y a los diversos valores que deberían preservar.

2. REGLAS EXISTENTES¹⁹

El deber de los árbitros de, durante todo el arbitraje, no ser partidario, no tener prejuicios contra una parte y de no tener

¹² Aunque este deber sea más intenso en lo que respecta a los árbitros, también las partes tienen un deber de hacer averiguaciones diligentes al designar un árbitro. Esto resulta por ej. de la Norma General 7 de las Directrices IBA, que aunque no sean reglas imperativas representan el estándar más comúnmente utilizado y referenciado en arbitraje internacional al respecto.

¹³ La cuestión de las entrevistas a árbitros previa su designación genera mucho debate y tiene muchos matices culturales. Sobre los contornos del debate véase «The Art of Arbitrating: Act I. Constitution of the Tribunal Arbitration International» En: *Arbitration International*, 2007, volumen 23, p. 181 y ss. London Court of International Arbitration y Kluwer Law International; para datos al respecto véase Queen Mary University International Arbitration Survey 2012: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, pp. 2 y 5 y ss., disponible en <http://arbitrationpractices.whitecase.com>.

¹⁴ Por ej. el bufete del árbitro puede asociarse con otro que tiene una conexión potencialmente problemática con el caso o un cliente de un socio del árbitro puede adquirir una participación relevante en una de las partes.

¹⁵ Como caso relativamente reciente, se discutió mucho la decisión de la Cour d'Appel de Reims del 2 de noviembre 2011, No rép. gén.: 10/02888 S.A. J. & P. Avax c/ Société Technimont SPA anulando decisión CCI N° 12273/ACS/MSJB/JEM; véase también el artículo 18(3) de la ley del arbitraje española.

¹⁶ BORN B., Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012, p. 131; PHILIP, Allan. «The duties of an arbitrator» En: *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, 1ra. Edición, Juris Publishing 2004, pp. 68-69 y ss.

¹⁷ Era el caso del artículo 10(1) de la antigua ley portuguesa. Aunque concordemos con el principio de que se debe considerar, en general, que las partes renunciaran a su derecho de objetar a posibles conflictos de interés si no actuaban con rapidez y claridad, aquí se trataba de algo distinto, esto es, de la presunción de que por el simple hecho de que las partes se habían puesto de acuerdo en un árbitro – como el presidente o un árbitro único – no podían invocar motivos de recusación, ¡aunque sobrevinidos!

¹⁸ LOWENFELD, Andreas F. «The Party-appointed arbitrator: Further reflections» en: *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, 1ra. Edición, Juris Publishing 2004, pp. 41 y ss.

¹⁹ Nuestro análisis de las reglas existentes no pretende ser exhaustivo pero más bien representativo. Así, al lado de los reglamentos de las instituciones más utilizadas, tratamos de incluir leyes y reglamentos de diferentes culturas e inspiraciones de diferentes latitudes.

un interés directo o indirecto en la disputa está consagrado en la generalidad de las reglas aplicables a arbitrajes,²⁰ sea con referencia expresa a los conceptos de independencia e imparcialidad o no.²¹

La generalidad de las leyes y reglamentos modernos también clarifica que este deber se mantiene durante todo el procedimiento y que va acompañado de un deber de revelación de las circunstancias que puedan razonablemente suscitar dudas justificadas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro.²²

Gran parte de las leyes y reglamentos analizados²³ contienen, en la línea de la Ley Modelo de la CNUDMI, reglas específicas para la recusación de árbitros cuando la parte autora de la recusación haya participado en la designación del árbitro en causa, que determinan que una parte no puede recusar al árbitro en cuyo nombramiento haya participado por causas de las que tuviese conocimiento antes de efectuada la designación.²⁴

Al contrario de lo que podría pensarse a primer vistazo, el propósito de este tipo de norma no es crear reglas materialmente distintas para la recusación del árbitro si la parte recusante es la parte que le ha nombrado²⁵ pero simplemente adaptar o clarificar para estas situaciones el principio de que si una parte no actúa de forma clara y diligente al tomar conocimiento de la existencia de circunstancias que dan lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia de un árbitro corre el riesgo de que pueda entenderse que ha renunciado a presentar esa objeción.²⁶ De no ser así, partes saboteadoras eventualmente con la complicidad de árbitros deshonestos lograrían retrasar o mismo impedir el procedimiento de progresar²⁷ o podrán guardar en la manga causales para más tarde atacar, si necesario, la sentencia arbitral.

El punto donde hay soluciones más divergentes respecta a lo que pasa si la recusación prospera. El análisis de los reglamentos y leyes que hemos consultado al preparar este artículo nos permite separar las soluciones aplicables a la designación de un árbitro sustituto²⁸ en tres grupos distintos:

²⁰ Artículos 11(1) del reglamento CCI, 5.2 del reglamento LCIA, 11.5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 28 de la ley del arbitraje peruana, 10.1 del reglamento SIAC, del reglamento SCC 14(1), 11 del reglamento CNUDMI, 9(3) de la ley portuguesa, 11 del reglamento AAA/ICDR.

²¹ Así el artículo 4.1 del reglamento CCJA, en la línea del anterior reglamento CCI, no habla de imparcialidad.

²² Artículos 11(1) del reglamento CCI, 22 y 29 del reglamento CIETAC, 13 de la ley portuguesa, 11(1) del reglamento AAA/ICDR, 11.3 del reglamento HKIAC.

²³ Pero no todos. Así en los reglamentos CCI y CCJA esta norma no existe. La ley inglesa y el reglamento CIETAC tampoco tienen una regla equivalente.

²⁴ Artículos 12(2) de la Ley Modelo y del reglamento CNUDMI, 10.3 del reglamento LCIA, 28.5 de la ley peruana, 180 de la ley suiza para el arbitraje internacional, 13.3 del reglamento DIAC, 15.1 del reglamento SCC y 11.4 del reglamento HKIAC. La letra del artículo 10(2) de la antigua ley portuguesa exigía para que la parte que había designado el árbitro pudiera recusarle que las causales –y no su conocimiento– fueran posteriores a la designación, solución muy criticable por las mismas razones expuestas arriba en la nota 17.

²⁵ Lo que sería contradictorio con la nivelación de todos los miembros de un panel arbitral en términos de los requisitos de equidistancia que deben mantener en cuanto a las partes, sus abogados y el objeto de la disputa.

²⁶ LEW D. M., Julian, Loukas A. MISTELIS y Stefan Michael KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 268. Directrices IBA, norma general 4. Algunas leyes y reglamentos lo dicen expresamente - véase artículo 14(2) del reglamento CCI. Notamos que este tipo de normas puede suscitar algunas dificultades en situaciones más complejas en la medida en que los tribunales estatales pueden considerar que no están obligados por este tipo de reglas - véase la decisión mencionada en la nota 15.

²⁷ Como veremos abajo, en la mayor parte de las leyes y muchos reglamentos, la sustitución del árbitro destituido sigue el procedimiento aplicable a la designación original que –en el caso de co-árbitros– típicamente será designación por una de las partes.

²⁸ A veces la vacante no es llenada.

- (i) seguir el procedimiento por el que se designó o por el que se debería haber designado el árbitro que se ha de remplazar²⁹ –en la mayor parte de los casos el procedimiento original para co-árbitros será designación por la parte;
- (ii) posibilidad de seguir un procedimiento distinto del procedimiento original de designación³⁰ –en la mayor parte de los casos el procedimiento distinto será designación por una autoridad nominadora;
- (iii) designación del árbitro sustituto por una autoridad nominadora.³¹

Como lo comenta Gary BORN, la primera solución, que es la tradicional, se explica porque, de no ser así, la otra parte podría sentirse tentada a presentar recusaciones determinadas únicamente por el objetivo de privar su oponente de su derecho de elegir libremente un árbitro.³²

Con todo, esta solución también puede tener sus propios efectos perversos y generar otro tipo de tácticas obstruccionistas y comportamientos desleales.³³

Es de presumir que quienes tengan (los otros árbitros, las instituciones) la competencia de decidir sobre la recusación de un árbitro no vean con buenos ojos este

tipo de distorsión. Por lo que, cuando haya una percepción negativa sobre el comportamiento de la parte recusante a respecto de la recusación del árbitro o de los hechos implicados en ella y la regla sea que esa parte tendrá el derecho de designar el sustituto del árbitro si la recusación es procedente, ese resultado injusto puede ser contemplado en la decisión sobre la recusación (el único aspecto de la ecuación controlable por quien la decide). Esto puede hacer con que en casos grises (a lo mejor, la regla en este tipo de cuestiones) y de forma más o menos inconsciente, la razón decisiva para que el árbitro no sea recusado sea que la autora de la recusación fue la parte que lo designó (por otras palabras, si hubiera sido la otra parte a recusarlo, la decisión sería distinta). Esta solución no nos parece satisfactoria.

3. PROPUESTA

La solución que en nuestra opinión mejor preserva todos los valores en causa en el momento actual es la segunda solución, que podemos designar de solución flexible. Es un cliché en arbitraje decir que las decisiones sobre independencia e imparcialidad dependen mucho de los hechos del caso concreto. Si es así y los criterios que son establecidos de forma más o menos general y abstracta tienen que ser vistos casuísticamente, hace todo el sentido que lo que pasa después de la recusación también sea visto caso por caso.

²⁹ Artículos 15(4) de la Ley Modelo, 10(1) de la ley española, artículo 31 de la ley peruana, 16.2 del reglamento de la corte de arbitraje de Madrid, 12.1 del reglamento del HKIAC, regla 11 del reglamento CIADI y aunque como solución supletoria, 16 de la ley brasileña y 27(3) de ley inglesa.

³⁰ Por ej. artículos 15(4) del reglamento CCI, 11.1 del reglamento LCIA, 17(1) del reglamento SCC, 14.1 del reglamento DIAC. Aunque formalmente perteneciente a la categoría de designación por una autoridad nominadora, nos parece que materialmente lo que sucede en arbitraje bajo el artículo 4.4. del Reglamento CCJA se puede incluir en esta categoría, como también lo que sucede bajo los artículos 13(2) (a) del reglamento suizo de arbitraje internacional y 14(2) del reglamento CNUDMI.

³¹ Ley del arbitraje sueca, artículo 16.

³² BORN B., Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012, p. 141.

³³ BORN B., Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1583.

De hecho, parece ser excesivo privar, sin consideración de las circunstancias concretas del caso, la parte que ha nombrado el árbitro recusado del derecho de nombrar su sucesor (como hace la ley sueca). Estamos con la mayoría que considera que el derecho de nombrar un árbitro es un derecho significativo. Pero en los casos en que haya dudas sobre si hubo algún comportamiento negligente o doloso de la parte en el camino que llevó a la recusación³⁴ hace más sentido sacrificar el derecho de la parte de elegir unos de los miembros del tribunal (que afecta únicamente a esta) que la independencia e imparcialidad (que afecta a las dos partes,³⁵ a ese procedimiento en concreto y al arbitraje como institución).

La autonomía de las partes tiene sus límites³⁶ y la mayor parte de las reglas y leyes contempla circunstancias en que partes que no cumplen sus deberes pueden perder el derecho de designar un co-árbitro. Es cierto que muchas también contemplan renuncias a prevalecerse de potenciales conflictos de interés. Pero esta situación trasciende esos casos.

Más, esta solución, al ser expresamente prevista en las reglas del juego (como discrecional) es más transparente, luego más justa, y la amenaza de que si hubieran dudas sobre la corrección de su comportamiento con relación a la designación / recusación del co-árbitro las partes podrán perder el derecho a nombrar a su sustituto presumiblemente estimulará los buenos

comportamientos, haciendo con que para las partes, tal como para los árbitros, no baste actuar correctamente, siendo también necesario aparentarlo, lo que en nuestra opinión contribuye para elevar los estándares.

Puede parecer que esta solución es obvia. No obstante, y a pesar de que ya fuera este el régimen en las reglas de algunas instituciones arbitrales destacadas (incluyendo la CCI y la LCIA) cuando la Ley Modelo – una fuente muy pertinente de reglas de arbitraje – fue revista en 2006, este punto permaneció inalterado. Es más, todavía hay muchas instituciones que contemplan la primera solución en sus reglamentos.

En lo que toca a los arbitrajes institucionales lo que diremos en seguida al respecto de la eficiencia y efectividad no se aplica, por lo que haz aun más sentido pasar de la primera regla a la segunda, tanto más que no parece que esta regla aleje los usuarios (considerando que esta es la regla en algunas de las instituciones más populares en el mundo).

Para los arbitrajes ad hoc, donde importan más las soluciones supletorias de las leyes, la cuestión no es tan simple. Quizás la razón por la cual la Ley Modelo no consagra el modelo flexible (a pesar de que el reglamento CNUDMI consagra una solución que podemos subsumir en este modelo) sea porque en la Ley Modelo, y salvo acuerdo en contrario de las partes (que no

³⁴ Por ej., porque no hizo un mínimo de investigación o no comunicó al árbitro algo que debió haberle comunicado o porque hay dudas sobre la superveniencia del conocimiento de la justificación para la recusación.

³⁵ Los co-árbitros tienen también deberes para con las partes que no les han nombrado y la otra parte tiene derecho a un árbitro independiente e imparcialidad. No parece razonable que ese derecho –que tiene de ser considerado superior, dadas sus razones justificativas, al de designar el árbitro– pueda ser sacrificado porque hay dudas sobre si la parte recusante actuó correctamente.

³⁶ BORN B., Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012, p. 129. BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 83.

será frecuente), quien decide el pedido de recusación en primer instancia son los restantes miembros del tribunal.³⁷

Concordamos que no haría sentido³⁸ que después que los dos co-árbitros hubiesen elegido el presidente, este y uno de ellos eligieran un sustituto para el otro co-árbitro. Sin embargo, podría pensarse (en la revisión de la Ley Modelo o en su adaptación) en un modelo en la línea de la del reglamento CNUDMI en que, si el tribunal decidiese estimar la recusación en los casos en análisis aquí, la otra parte podría pedir a la autoridad competente,³⁹ en vista de las circunstancias del caso, que determinara que estaba justificado privar a la parte de su derecho a nombrar al árbitro sustituto, previa audición de las partes y de los

otros árbitros. En los casos en que el tribunal arbitral no la estimara y la parte recusante recurriese a la autoridad competente para tomar una decisión final sobre la recusación, la otra parte al pronunciarse sobre la propuesta formularía, si lo entendiese, el pedido de que si la recusación fuese estimada, la autoridad nominadora designara el árbitro sustituto.

Reconocemos que podría haber aquí una cierta pérdida de efectividad y de eficiencia. Sin embargo, los casos en que esto pasará no serán muchos y esto permitirá no sacrificar el valor mayor: la independencia e imparcialidad de todos los árbitros que debe de ser un anhelo de todos los que creen en el arbitraje como verdadera forma alternativa de resolución de disputas.

³⁷ Artículo 13(2).

³⁸ Y hasta podría suscitar cuestiones de igualdad de las partes.

³⁹ Esto es, en el sistema de la Ley Modelo la autoridad competente bajo la ley nacional para designar árbitros cuando necesario o para decidir en última instancia sobre la recusación de un árbitro.

CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS. DEBER DE REVELACIÓN Y DEBER DE DECLARACIÓN DE LOS ÁRBITROS

FRANCESCA GESUALDI^(*)
FERDINANDO EMANUELE^(**)

SUMARIO: 1. Premisa. 2. El deber de revelación del árbitro. 3. Artículo 815 C.P.C.: hipótesis de recusación. 4. El proceso de recusación. 5. Conflictos de interés de los árbitros y aplicación de reglamentos arbitrales. 6. Conclusiones.

1. PREMISA

Tal como ocurre a escala internacional¹, también el ordenamiento italiano necesita que los árbitros encargados de decidir de un litigio sean imparciales respecto de las partes, e independientes de influencias externas.

La doctrina italiana vincula esta necesidad ya sea con un principio fundamental de orden público, de acuerdo con el cual la

resolución judicial o extrajudicial de los litigios sólo puede confiarse a un sujeto imparcial e independiente, o con los deberes de imparcialidad e independencia que se exigen a los jueces del Estado². De hecho, igual que los fallos de los jueces estatales, también los laudos dictados por árbitros particulares son un medio para proteger los derechos en conformidad con los principios constitucionales. En especial, la Constitución italiana garantiza el derecho de actuar

^(*) Los Coautores dan su agradecimiento especial a Roberto LIPARI y Silvia CAVALOT por su ayuda valiosa.

¹ A fin de analizar las fuentes de las que emana el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros en los arbitrajes internacionales, véase BORN, *International arbitration: law and practice*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 130-133. Y para conseguir una definición de imparcialidad e independencia, véase MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge, 2012, pp.135-136, que también subraya la importancia de las «IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration» (2004) y de las «IBA Rules of Ethics for Arbitrators» (1987). Opinión parecida es la de REDFERN, HUNTER et al. en *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 336-337: «de las actitudes y conductas de los principales árbitros internacionales se puede extraer una guía general de estándares aceptables de comportamiento».

² Véase CANALE, *Ricusazione dell'arbitro per aver conosciuto della causa e momento preclusivo*, en *Giur. It.*, 2001, p. 3; GIANZI, voz: «Incompatibilità del giudice», en *Digesto Civ.*, IX, Turín, 1993, p. 27; PALMA, *Sulla ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa: in particolare, l'ipotesi del giudice che abbia istruito la causa in primo grado senza poi deciderla e che si trovi a conoscerne nuovamente in appello* en *Giust. Civ.*, 1998, I, 1929. Véase BALDI también, *Ipotesi di ricusazione e rapporto arbitri-parti*, en *Riv. Arb.* 2006, pp. 186-187, en que se subraya que la analogía de la función judicante ha sido reconocida por el mismo Tribunal Constitucional, con fallo N° 376 de 28 de noviembre de 2001, (publicado en *Riv. Arb.* 2001, pp. 664 y ss. con acotación de BRIGUGLIO, *Merito e método nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*.

«de cada ciudadano a fin de *proteger sus propios derechos e intereses legítimos*», y define «*inviolable*»³ el derecho de defensa en el juicio. A su vez, el juicio tendrá que desarrollarse en observancia del «*contradictorio entre las partes*», y primeramente, «*en condiciones de paridad*» y «*ante un juez independiente e imparcial*».⁴

Asimismo la necesidad de asegurar la imparcialidad del órgano judicante se deriva de un conjunto de convenciones internacionales ratificadas por Italia y acogidas en el ordenamiento nacional con rango normativo privilegiado. Entre ellas, especialmente el Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y del ciudadano, la Declaración universal de los derechos del hombre y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; en ellos se establece, casi con la misma formulación, que cada individuo tiene derecho a una audiencia pública y equitativa «*ante un tribunal independiente e imparcial*».⁵

A la luz de los principios arriba mencionados, en este artículo intentaremos in-

vestigar la manera en que se ha aplicado el principio de independencia e imparcialidad del árbitro en el ordenamiento italiano. Asimismo, procuraremos señalar aquellos casos en que la jurisprudencia nacional ha individuado un conflicto de intereses del árbitro u otra situación que pudo justificar la abstención o recusación del mismo por las partes. Finalmente, se ilustrará cómo las partes pueden coordinar las disposiciones internas mediante reglamentos arbitrales que disciplinan los conflictos de intereses de los árbitros y su relativo deber de declaración a las partes.

2. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

La ley italiana no contempla algún deber de los árbitros de revelar a las partes todos aquellos hechos, existentes en el momento de su nombramiento, u ocurridos sucesivamente, cuya índole pueda perjudicar en principio su imparcialidad, o justificar su recusación (el llamado deber de revelación o *duty of disclosure*)⁶. Además de la libre iniciativa de cada árbitro – quien siem-

³ El artículo 24 de la Constitución establece que «*todos pueden acudir a juicio para proteger sus propios derechos e intereses legítimos. El derecho de defensa es inviolable en todo estado y grado del procedimiento*».

⁴ Véase artículo 111, inciso 2, Constitución. El inciso fue insertado por el artículo 1, 1 de la Constitución el 23 de noviembre de 1998, Nº 2, en *Leggi coll.*, II, 8. El principio de independencia e imparcialidad del juez está vinculado con las disposiciones del artículo 101, inciso 2, Constitución («*Los jueces sólo están sujetos a la ley*»), y del artículo 104, inciso 1, Constitución, («*La judicatura representa un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder*»).

⁵ Véanse en especial, el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y el Protocolo adicional del mismo Convenio, firmado en París el 20 de marzo de 1952. Ambos fueron ratificados en Italia por la Ley Nº 848 de 4 de agosto de 1955, publicada en el Nº 221 del B.O. en fecha 24 de septiembre de 1955. Es preciso recordar que los Estados miembros de la UE tienen que respetar los principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (también conocida como «Carta de Niza»), que se ha tomado plenamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de fecha 1 de diciembre de 2009. También el artículo 47, apartado 2, de la Carta de Niza sanciona el derecho de cada individuo a comparecer ante un juez «*independiente e imparcial*». Sin embargo se ha optado por mantener la referencia al Convenio, puesto que la misma Carta de Niza afirma que «en la medida en que contenga derechos correspondientes a los garantizados por el Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, su significado y su alcance son iguales a los otorgados por el arriba mencionado Convenio» (artículo 52), salvando la posibilidad de que la Unión conceda una protección más amplia. La Declaración universal de los derechos del hombre ha sido adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La referencia al principio de independencia e imparcialidad del juez aparece en el artículo 10. El Pacto internacional de los derechos civiles y políticos fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor en fecha 23 de marzo de 1976. La referencia al principio de independencia e imparcialidad del juez aparece en el artículo 14.

⁶ Análogamente a lo que pasa en Italia, el deber de revelación no es impuesto manifiestamente en otros ordenamientos. La legislación inglesa, por ejemplo, impone a los árbitros solo un deber genérico de imparcialidad,

pre tiene la posibilidad de dejar dicha declaración o rechazar el mandato – a efectos de garantizar la imparcialidad e independencia de los árbitros el ordenamiento italiano se vale del proceso de la recusación y de declaración de nulidad del laudo en que ha participado un árbitro no imparcial.

Sin embargo, es conocido que las partes pueden exigirle al árbitro que deje esta declaración en el procedimiento que éstas adopten, o sea que pueden invocar reglamentos arbitrales que contemplan dicha obligación. Por ejemplo, los reglamentos que suelen utilizarse con más frecuencia en los arbitrajes italianos – el de las Cámaras de Comercio o de las Cámaras arbitrales de Roma y Milán – establecen que al aceptar el mandato, los árbitros tienen que declarar sobre la posible existencia de conflictos de intereses, sancionando una eventual inercia con su mismo decaimiento. Además, es posible suponer que, a falta de una manifiesta referencia a la obligación de declarar, las partes pueden igualmente exigir que los árbitros revelen situaciones de posible conflicto de intereses u otras circunstancias que podrían justificar su recusación, y por lo tanto pueden inducirlos a declarar su propia independencia, con tal de no suscitar más sospechas.

Además, hay que destacar la tendencia de los árbitros italianos a manejar la fase de la declaración de eventuales conflictos de intereses en conformidad con la disciplina prevista por las «*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*» en la fase de declaración, lo que sitúa el arbitraje italiano suficientemente en línea con la praxis internacional.

Cabe recordar que el Código deontológico forense italiano⁷ hace referencia manifiesta a las obligaciones de independencia de los árbitros, aunque se limita a los abogados que tienen que asumir, o lo hayan asumido en pasado, el cargo arbitral.

En especial, el artículo 55 obliga al abogado que haya sido designado árbitro «a centrar su conducta integralmente en la honradez y la lealtad, y a velar por la imparcialidad e independencia de todo el proceso», y también a quedar «*inmune de influencias y condicionamientos externos de cualquier tipo*». Aún más, tendrá que tomar iniciativa personal, y comunicar a las partes por escrito cada «*circunstancia concreta y cada relación con los defensores que puedan influenciar su independencia*»; todo ello «*a fin de conseguir que las partes le otorguen el consentimiento para ejer-*

sin agregar nada en materia de *disclosure* (section 33(1) Arbitration Act 1996). Sin embargo, según la doctrina y la jurisprudencia el árbitro siempre debe revelar eventuales hechos relevantes, con independencia de que hayan ocurrido antes o después de su nombramiento (sic AT&T Corporation, v. Saudi Cable Co [2000] 1 All ER). Del mismo modo, el ya mencionado artículo 180 (1) de la ley federal suiza en materia de derecho internacional no contempla explícitamente ningún deber de los árbitros, aunque doctrina y jurisprudencia refieren de su existencia. En especial, según el dictamen del Tribunal Supremo suizo, el árbitro tiene la obligación de informar a las partes de cada hecho que pueda constituir motivo de recusación, salvo que él mismo tenga una razón plausible para considerar que la parte que podría sacar ventaja de ello ya está al tanto (Tribunal Supremo, Decisión de 14 de marzo 1986, ASA Bull 2/1986, Kluwer Arbitration, 76; Tribunal Supremo Federal suizo, Decisión de 9 de octubre 2012, ASA Bull 1/2013, Kluwer Arbitration, 174). Distintamente, el artículo 1456 del código de procedimiento civil francés determina de forma manifiesta el deber de revelación de los árbitros, estableciendo que «*le corresponde al árbitro, antes de aceptar su mandato, revelar toda circunstancia que pueda afectar su independencia o su imparcialidad. Asimismo tiene la obligación de revelar tempestivamente toda circunstancia parecida que pueda producirse después de aceptar su misión*».

⁷ El texto del Código deontológico forense hoy en vigor fue aprobado por el Consejo Nacional Forense durante la sesión del 17 de abril de 1997, y sucesivamente actualizado con modificaciones aportadas en fecha 16 de octubre de 2002, 27 de enero de 2006, 18 de enero de 2007, 12 de junio de 2008, 15 de julio de 2011 y, por último, 16 de diciembre de 2011, respectivamente. Precisamente esta última modificación influyó el texto del artículo 55.

cer su mandato». Además, éste tendrá que rechazar el mandato si una de las partes del proceso es representada, o lo fue en los últimos dos años, «por un profesional que le sea socio, asociado o desempeñe su profesión en el mismo bufete».

A pesar de su acotada eficacia subjetiva, y de la falta de sanciones específicas de las incumplimientos que puedan producirse,⁸ las normas examinadas confirman que en el ordenamiento italiano los árbitros tienen que cumplir con la obligación de imparcialidad e independencia.

3. ARTÍCULO 815 C.P.C.: HIPÓTESIS DE RECUSACIÓN

La principal disposición para la reglamentación de los conflictos de intereses del árbitro es el artículo 815 del código de enjuiciamiento civil italiano, que regula las hipótesis y el procedimiento de recusación de los árbitros.

El actual planteamiento del art. 815 C.P.C. deriva de una modificación aportada por el decreto de ley 40/2006, en el marco

de una más amplia reforma del derecho procesal civil italiano⁹. En virtud de tal modificación, el artículo 815 C.P.C. refleja hoy una disciplina *ad hoc* de la recusación del árbitro, mientras que anteriormente la disposición remitía a la disciplina que regula recusación y abstención del juez estatal, contemplada en el artículo 51 C.P.C.¹⁰. Esta innovación fue acogida con favor por quienes deseaban que «el legislador reconociera la distinta realidad en que operan árbitro y juez, aunque desempeñan la misma función respecto de un litigio determinado»¹¹. Sin embargo, la misma doctrina justamente pone de manifiesto que el legislador se limitó a «transcribir» el texto del artículo 51 C.P.C., aportando únicamente adaptaciones marginales¹².

Aunque sin innovar radicalmente, la introducción de una disciplina autónoma en materia de recusación de los árbitros trajo una importante consecuencia. En realidad, antes de la reforma del año 2006, la formulación textual del artículo 815 C.P.C. se refería sólo en términos generales a los «*motivos mencionados en el artículo 51*». De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias¹³, ello autorizaba a

⁸ El incumplimiento de las disposiciones examinadas sólo podrá conllevar medidas disciplinarias para el árbitro-abogado, sin consecuencias en su capacidad y sin autorizar su recusación.

⁹ Especialmente, el artículo 815 C.P.C. fue modificado por el artículo 21 del decreto de ley N° 40 del 2 de febrero de 2006, en que cabían «*modificaciones del código de procedimiento civil en materia de proceso de casación con función nomofiláctica y de arbitraje con arreglo al artículo 1, inciso 2, de la Ley 80 del 14 de mayo de 2005*».

¹⁰ Antes de la reforma de 2006, el artículo 815 C.P.C. establecía: «*La parte puede recusar al árbitro, que ella no designó, por los motivos mencionados en el artículo 51. La recusación será propuesta por recurso al presidente del tribunal indicado en el artículo 810, segundo inciso, dentro de diez días a partir de la modificación de la designación o del conocimiento de la causa de la recusación. Una vez escuchado al árbitro o tomada la información sumaria que haga menester, el presidente dicta mediante ordenanza no impugnabile*».

¹¹ Véase BERGAMINI, *Artículo 815 C.P.C.*, en AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cargo de BRIGUGLIO, CAPPONI, III, Padua, 2009, pp.196 y ss.

¹² A este respecto, hace falta señalar que la ley de delegación n.80/2005, en la que se basa el decreto de ley N° 40/2006, invitaba en cambio a definir una «*disciplina específica*» con el fin de garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros.

¹³ En lo que a doctrina a se refiere, véase BALDI, *Op. cit.* pp. 189 y ss.; BENATTI, *Arbitrato irrituale: deontología ed etica*, en *Riv. Trim.*, 1999, pp. 139 y ss.; BRIGUGLIO, *Epigramma sulla ricasazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, in *Giur. It.*, 2004, p. 460; CONSOLO, *Arbitri di parte non «neutrali»?*, en *Riv. Arb.*, 2001, p. 21; DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno e internazionale*, en *Riv. Arb. Dire. Proc.*, 1995, I, pp.147 y ss.; FAZZALARI, *Ancora sulla imparzialità dell'arbitro*, en *Riv. Arb.*, 1998, pp. 2 y ss.; OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, en AA. VV., *Il nuovo processo arbitrale*, a cargo de CECHELLA, Milán edición *Il Sole 24 Ore*, 2006, p. 107; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padua, 2000, pp. 348 y ss.; RONCO, *Dialogo*

admitir la recusación del árbitro no solamente en el supuesto de la recusación del juez ordinario (artículo 51, inciso 1), sino también en el caso en que se dieran aquellas «graves razones de conveniencia», por las cuales el juez ordinario tiene la facultad de abstenerse, previa autorización del presidente del tribunal (artículo 51, inciso 2)¹⁴. Con la reforma de 2006 la referencia al artículo 51 C.P.C. fue sustituida por un conjunto pormenorizado de supuestos de recusación, que la doctrina dominante asumió como preceptivos¹⁵. No cabe duda de que el nuevo texto introdujo una mayor certeza en las relaciones de las partes con los árbitros, reduciendo los riesgos de un uso distorsionado del medio de la recusación¹⁶. Sin embargo, su introducción anuló la «válvula de escape» que representaba el mencionado artículo 51, inciso 2, C.P.C. (los «graves motivos de conveniencia») con el riesgo de que las partes no tengan algún reme-

dio para solucionar situaciones de conflicto de intereses que no remitan al catálogo preceptivo establecido por el legislador.¹⁷

A efectos de comprender integralmente el alcance de la elección del legislador en 2006, es útil analizar los supuestos de recusación específicamente contemplados en el artículo 815 C.P.C., detectando las lagunas legislativas que puedan existir, y procurando entender en qué medida es posible colmarlas mediante una interpretación extensiva de la legislación, o la aplicación de otras fuentes normativas.

Al margen del supuesto en que el árbitro no posea «*las cualificaciones expresamente acordadas por las partes*»¹⁸, la ley italiana contempla otras cinco hipótesis de recusación para evitar los conflictos de intereses de los árbitros. Más precisamente, la primera parte de la norma establece que un árbitro «*puede recusarse*» cuando:

sulla ricasazione degli arbitri, en *Giur. It.*, 2003, 1972; SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, en *Riv. Dir. Proc.* 2004, p. 415. En tema de jurisprudencia, véanse, *ex multis*, Tribunal de Turín, 14 de enero de 2002, en *Giur. It.*, 2003, p. 269; Tribunal de Nápoles, 4 de abril de 1996 y Tribunal de Nápoles, 8 de marzo de 1996, respectivamente en *Riv. Arb.*, 1998, pp. 57 y ss., y en *Corr. Giur.*, 1997, p. 1449. En sentido contrario, véase Tribunal de Busto Arsizio, 18 de julio de 2000, en *Giur. Mil.*, 2002, p. 731.

¹⁴ El apartado 2 del artículo 51 establece que: «en cualquier otro caso en que se den graves motivos de conveniencia, el juez puede solicitar al presidente del tribunal la autorización para abstenerse; cuando la abstención concierne al presidente del tribunal, la autorización se pide al presidente del tribunal de grado superior». En la jurisprudencia, véase, entre otros, Tribunal de Turín, 14 de enero de 2002, en *Foro it.*, 2002, I, pp. 1614 y ss., con acotación de Scarselli, que acogió la recusación porque reconoció la presencia de «graves motivos de conveniencia».

¹⁵ Tal dictamen resultó ser dominante ya durante la vigencia de la disciplina anterior. A este respecto, véase ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Nápoles, 1979, p. 212; GIALONGO, *Come ricasare un'intera Corte d'Appello*, en *Giur. It.*, 1979, II, p. 5; SATTÀ, voz «*Astensione e ricasazione del giudice (dir. proc. civ.)*», en *Enc. Dir.*, III, Milán, 1958, p. 947. En la jurisprudencia, véase en cambio Casación, 28 de enero de 1984, N° 55, en *Foro it.*, 1984, I, p. 978. Opinión contraria tienen ALLORIO, *In tema di ricasazione dei giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, en *Giur. It.*, 1950, I, 2, p. 513; JEMOLO, *Sulla ricasazione dei giudici*, en *Temi*, 1950, p. 258; ORLANDO, *Sulla ricasazione dei giudici*, *Ibid.* p. 250; En relación con el nuevo texto del artículo 185 C.P.C., esta opinión fue recalçada por NELA, *Commento dell'articolo 185 C.P.C.*, en AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cargo de CHIARLONI, Bologna, 2007, II, p. 1709.

¹⁶ Véase BERGAMINI, *Op. cit.* p. 657.

¹⁷ Véase ZUCCONI GALLI FONSECA, en *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cargo de MENCHINI, PADUA, 2010, p. 1204. Véase también CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricasazione*, en *Riv. Arb.*, 2005, p. 728, quien destaca que la cancelación de un elemento flexible de individuación de los motivos de recusación hace evolucionar nuestro sistema en una dirección distinta a la emprendida por los países que más experiencia tienen en esta materia, los cuales optaron por un sistema de recusación de «*mallas anchas*».

¹⁸ Véase artículo 185, apartado 1, N° 1, C.P.C. Trátese del único supuesto de recusación cuyo fin no es el de garantizar la observancia de la obligación de independencia e imparcialidad del árbitro, sino más bien la protección de la voluntad de negociación de las partes que hayan acordado las características que debe tener la persona del árbitro» (CONSOLO, *La ricasazione dell'arbitro*, en Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione* Bologna, 2009, III, p. 381).

- i. «*Él mismo, o una entidad, asociación o sociedad de que sea administrador, tiene intereses en el litigio*»¹⁹. No es necesario que dicho interés sea de índole patrimonial, más bien lo que cuenta es la ventaja personal que el árbitro pueda sacar de la decisión del litigio. Por ejemplo, se ha considerado que el judicante tiene un interés personal en el litigio cuando participa de una relación jurídica conectada, por objeto o título, a la presentada en el juicio, o de una relación jurídica con aquella incompatible, o de una relación jurídica que de aquella dependa.
- ii. «*Él mismo o el cónyuge es consanguíneo hasta el cuarto grado o es conviviente o comensal habitual de una de las partes, o de un representante legal de las partes, o de uno de los defensores*»²⁰. La referencia a la convivencia y a la comensalidad habitual hace que, al margen de los casos de objetiva cercanía debido a parentesco, se pueda invocar este motivo de recusación en todos aquellos supuestos en que se da una «manifestación tangible» de intensa familiaridad y reciprocidad de relaciones de la que se puede inferir en el judicante la falta del necesario requisito de imparcialidad respecto de la vicisitud de la que debe decidir».²¹
- iii. «*Él mismo o el cónyuge tiene un litigio pendiente o grave hostilidad con una de las partes, con uno de sus representantes legales o con algún defensor de la misma*»²². En este caso también la norma remite a las relaciones de índole personal entre el árbitro y las partes o sus defensores, pero desde el ángulo opuesto. La imparcialidad del árbitro no peligra por la tentación de favorecer a una de las partes, sino por la tentación de echarle trabas.
- iv. «*El árbitro está vinculado con una de las partes, una sociedad controlada por ella, el sujeto que la controla, o una sociedad controlada en común, por una relación de trabajo dependiente, una relación continuada de consultoría o de colaboración retribuida, u otras relaciones de índole patrimonial o asociativa que perjudiquen su independencia; además, si es tutor o síndico de una de las partes*»²³. Este articulado motivo de recusación, con razón defi-

¹⁹ Compárese el artículo 185, apartado 1, N° 2, C.P.C. con el artículo 51, apartado 1, N° 1, C.P.C., que establece que «el juez tiene la obligación de abstenerse [...] si él mismo tiene intereses en el litigio o en otra vertiente de la misma cuestión de derecho».

²⁰ Compárese el artículo 185, apartado 1, n.3, con el artículo 51, apartado 1, n.2, C.P.C. que así reza: *El juez tiene la obligación de abstenerse [...] si él mismo o el cónyuge es consanguíneo hasta el cuarto grado, o vinculado por afiliación, o conviviente o comensal habitual de una de las partes o de algún defensor*».

²¹ Véase COLESANTI, *Colleganza accademica e ricasazione del giudice civile*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 6, 1520. Véase también: DITTRICH, *Incompatibilità, astensione, e ricasazione del giudice civile*, Padua, 1991, pp.113 y ss.; SPACCAPELO, *Se la colleganza universitaria e un interesse comune di carattere scientifico possano integrare motivi di ricasazione dell'arbitro*, en *Giur. It.*, 2012, 1, pp. 143-148 (acotación a la orden del Tribunal de Nápoles, 31 de enero de 20119), quien opina que «con esta expresión el legislador quiso aludir a una relación de íntima amistad entre el árbitro y una de las partes» o uno de sus defensores.

²² Compárese el artículo 185, apartado 1, n. 4, C.P.C. con el artículo 51, apartado 1, N° 3, C.P.C., que establece que «*El juez tiene la obligación de abstenerse [...] si él mismo o su cónyuge tiene un litigio pendiente o grave hostilidad, o créditos o deudas con una de las partes o algunos de sus defensores*».

²³ Véase artículo 185, apartado 1, N° 5, C.P.C. Se trata del supuesto de recusación que más se distingue del «modelo» presentado por el artículo 51, apartado 1, N° 5, C.P.C., que establece que «el juez tiene la obligación de abstenerse [...] si es tutor, síndico, administrador de respaldo, apoderado, empleador o colaborador de una de las partes; o si es administrador o gerente de una entidad, de una asociación incluso no reconocida, de un comité, de una sociedad o un establecimiento que tengan intereses en el litigio».

nido «*torcido*»²⁴, representa, de acuerdo con la doctrina, «*la más grande y trabajosa novedad del nuevo art. 815*»²⁵ en la que algunos hasta vislumbran una cláusula general capaz de reemplazar la «*válvula de escape*» representada por el art. 51, apartado 2, c.p.c.²⁶. Si bien este motivo de recusación incorpora todas las relaciones de índole patrimonial o asociativa que puedan darse entre las partes y el árbitro, destacan rotundamente algunos factores que impiden asimilarlo por completo a los «*graves motivos de conveniencia*» que podían invocarse antes de la reforma. En efecto, por un lado queda excluido que al planteamiento en cuestión puedan remitirse relaciones de índole personal. Por el otro, la trascendencia de las arriba mencionadas relaciones patrimoniales y asociativas queda acotada, por explícita disposición legislativa, solamente a la persona del árbitro y de las partes. Algunos opinan que así quedarían excluidos «*tanto los vínculos de la parte con otros sujetos cercanos al árbitro*» como los lazos del árbitro con los defensores²⁷, lo que tal vez sea aún más importante. En cambio, la autora de este artículo está convencida de que, precisamente porque el defensor es un representante de la parte, la dependencia económica que el árbitro pueda tener de uno de los defensores es sin lu-

gar a dudas motivo de recusación del mismo. Más complejo es el caso de vínculos que la parte pueda tener con sujetos cercanos al árbitro. En semejantes supuestos, el juicio de recusación tendrá doble objeto: por un lado, la averiguación del vínculo del árbitro con la parte o su defensor y, por el otro, la comprobación del hecho de que tales lazos pueden perjudicar concretamente la independencia del árbitro.

- v. «*Ha brindado consultoría, asistencia o defensa a una de las partes en una fase anterior de los hechos o ha declarado como testigo*»²⁸. A diferencia de los motivos anteriores, que autorizan la recusación del árbitro por tener actual vinculación con una de las partes, el motivo que se está comentando se refiere a «*relaciones profesionales que el árbitro, en relación con los hechos objeto del litigio, hubiese tenido con una de las partes en virtud de una relación ya terminada*»²⁹. Por decisión explícita del legislador, por lo tanto, tales relaciones pueden motivar la recusación solamente si atañen el mismo litigio del que el árbitro tiene que decidir, mientras que ningún remedio se ofrece a la parte en el caso en que asistencia, asesoramiento o defensa, ya acabados, hayan sido prestados por el árbitro en un litigio diferente³⁰.

²⁴ Véase CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, Op. cit. p. 729.

²⁵ Véase CONSOLO, *Ibid.* p. 730.

²⁶ Véase ZUMPANO, *Commento all'articolo 815 C.P.C.*, en AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cargo de MENCHINI, Padua, 2010, p. 166.

²⁷ Véase SPACCAPELO, *Op. cit.* p. 147.

²⁸ Véase artículo 185, apartado 1, N° 6, C.P.C. Comparar con el artículo 51, apartado 1, N° 4, C.P.C. que así establece «*El juez tiene la obligación de abstenerse [...] si ha asesorado o representado a la parte en el litigio o si ha declarado en el mismo como testigo; o si ha conocido del litigio en otro grado del proceso como magistrado o como árbitro o si ha prestado asistencia como perito técnico*».

²⁹ RUFFINI, POLINARI, *Artículo 815*, en BENEDELLI, CONSOLO, RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padua, 2010, p. 163.

³⁰ Véase BERGAMINI, *Op. cit.* p. 633. No parece que el motivo contemplado en el N° 5 pueda colmar la laguna, puesto que siempre el vínculo tiene que ser actual, entre el árbitro y una de las partes (GIOVANNUCCI ORLANDI, *Ricusazione degli arbitri*, en AA. VV., *L'arbitrato*, a cargo de CARPI, Bologna, 2007, 2, p. 294. RUBINO-SAMMARTANO, *Op. cit.* p. 503).

A este respecto hay que añadir que tal laguna no podrá colmarse invocando los otros motivos contemplados en el artículo 185 C.P.C., puesto que estos suponen una relación actual entre el árbitro y la parte.

Por ende puede afirmarse que la gama de supuestos analizados es bastante detallada y que, puesto que se basa en los supuestos de recusabilidad de los jueces estatales, puede contar con una casuística pormenorizada, y una interpretación jurisprudencial consolidada en el tiempo. Lo cierto es que la ausencia de una «norma de clausura» puede poner en tela de juicio la recusabilidad del árbitro en algunos supuestos que el artículo 185 C.P.C no menciona explícitamente, en que las partes podrían dudar legítimamente de la efectiva independencia e imparcialidad del árbitro. Sin embargo no parece oportuno ni aconsejable adoptar una interpretación rigurosamente formalista de las normas en cuestión. Por el contrario, es probable que la jurisprudencia va a adoptar una lectura constitucionalmente orientada del artículo 815 C.P.C., permitiendo así la recusación del árbitro en todos aquellos casos en que su independencia puede ser perjudicada por vínculos económicos o personales con una de las partes o sus defensores, incluso fuera de los casos previstos expresamente por la norma. De hecho, el rango constitucional del derecho de obrar y resistir en juicio en el proceso debido obliga a interpretar incluso extensivamente las normas en materia de recusación que tales intereses deben proteger.

4. EL PROCESO DE RECUSACIÓN

Del procedimiento de recusación de los árbitros conoce el presidente del tribunal en cuya jurisdicción se encuentra la sede del arbitraje.³¹

La recusación se presenta por recurso y tiene que someterse, so pena de decaimiento, en el plazo de diez días desde la notificación del nombramiento del árbitro al que se quiere recusar, o en el plazo de diez días desde que se conoció el motivo de la recusación³². En principio, la demanda de recusación puede ser presentada por la parte contra cualquier árbitro, pero el ordenamiento italiano plantea algunas restricciones para la parte que ha nombrado directamente o contribuido a nombrar al árbitro al que quiere recusar. En este caso, en efecto, al artículo 815, apartado 2, C.P.C., para impedir nombramientos «ficticios» con fines dilatorios, establece que la recusación puede invocarse solamente por motivos que hayan sobrevenido después del nombramiento o que, de todas formas, la parte desconocía en el momento en que se nombró al árbitro.

La reforma de 2006 introdujo innovaciones también en el proceso de recusación al establecer que la demanda de recusación no suspende automáticamente la actuación arbitral. La posible suspensión del procedimiento depende efectivamente de la decisión de los árbitros, quienes podrán evaluar «*prima facie*» la procedencia de la demanda de la parte.

³¹ El artículo 810, apartado 2, C.P.C, al que remite el artículo 815, efectivamente establece que: «*En el caso en que las partes no hayan determinado todavía la sede del arbitraje, el recurso tiene que presentarse al presidente del tribunal del lugar en que se ha otorgado la convención arbitral o, si ese lugar se halla en el extranjero, al presidente del tribunal de Roma*».

³² Así establece el artículo 185, apartado 3, C.P.C.

Una vez admitida a trámite la demanda de recusación, el presidente del tribunal está obligado a escuchar al árbitro recusado, para que éste pueda defenderse. Si es necesario, la ley permite tomar alguna información sumaria. El presidente decide entonces por ordenanza «no impugnabile». Sin embargo, se admite la revisión de la censura formulada y no admitida en el juicio de recusación, proponiendo la impugnación del laudo dictado por (o con el aporte de) un árbitro sospechoso de no ser imparcial. El artículo 829 C.P.C., que regula los supuestos de nulidad del laudo, efectivamente establece que ése puede impugnarse por el motivo, entre otros, de que «los árbitros no han sido nombrados con arreglo a las formas y los modos establecidos» por la ley, «con tal que la nulidad haya surgido del juicio arbitral»³³. En cambio, si a lo largo del juicio la demanda de recusación no se plantea tempestivamente, se podrá conseguir la anulación del laudo sólo demostrando que el árbitro tenía un interés directo y personal en el litigio³⁴, puesto que en semejante supuesto la índole sustancialmente no imparcial del árbitro anularía su función judicante.

Finalmente, la reforma de 2006 introdujo novedades también en los efectos derivados de la admisión o del rechazo de la demanda de recusación. En especial, en el caso de rechazo de la demanda, se ampliaron los poderes del presidente del tribunal³⁵, al que ahora se le permite condenar a la parte que haya presentado una demanda de recusación manifiestamente improcedente o infundada a pagar una suma equitativamente fijada³⁶. En cuanto a la admisión a trámite de la demanda, el decreto de Ley N° 40 de 2006 recalcó en cambio que si en el proceso de recusación se averigua la no imparcialidad del árbitro «la actividad realizada por el árbitro o con su participación será ineficaz»³⁷. A la luz de todo esto es absolutamente oportuno que las partes establezcan la obligación de revelación para los árbitros. A falta de eso sería demasiado fácil para el adversario invocar la ignorancia de una circunstancia «sospechosa» en una fase avanzada de la actuación arbitral, y esto conllevaría el riesgo de que la actividad realizada hasta aquel momento por el árbitro recusado (o realizado con su participación) sea tachada de ineficaz. Finalmente, cabe considerar que, si la demanda es

³³ A este respecto, cabe observar que también la individuación del motivo de impugnación del que depende la censura planteada y no admitida de recusación es tema de un importante debate en el seno de la doctrina italiana. Algunos consideran que la impugnación del laudo tendría que presentarse ex artículo 829, apartado 3, vale decir «por violación de las reglas de derecho relativas al objeto del litigio» (aunque se puede observar que en la mayoría de los casos se trata de reglas de derecho sustancial, mientras que los asuntos de independencia e imparcialidad tienen carácter procesal, puesto que conciernen la facultad del árbitro para decidir del litigio. *Sic* MARINUCCI, *Op. cit.*). Otros, en cambio, consideran que en el supuesto de no imparcialidad del árbitro, las partes tendrían que apelar al motivo contemplado en el artículo 829, N° 9, C.P.C., en tema de inobservancia del contradictorio. Finalmente, otros más opinan que la nulidad del laudo por falta de imparcialidad del árbitro debería invocarse, también con arreglo al artículo 829, apartado 3, por «violación del orden público», puesto que este motivo de impugnación abarca la violación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y también judicial, a condición de que tales principios no estén protegidos por uno de los otros motivos contemplados en el artículo 829.

³⁴ Véase PUNZI, *Op. cit.* p. 213. Para él se trata, en este caso, de un conflicto de intereses de especial gravedad, «cuya admisibilidad no puede ser obstaculizada por la presentación intempestiva de la instancia» En este tema, véase también CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo articolo 816 C.P.C.* en *Riv. Arb.*, 2000, p. 442. *Id.*, *La ricusazione dell'arbitro*, en RUBINO-SAMMARTANO, *Op. cit.* p. 387. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, Turín, 2008, p. 246.

³⁵ En este caso también destaca la voluntad del legislador de evitar un uso distorsionado del medio de la recusación por las partes.

³⁶ Véase artículo 185, apartado 4, C.P.C., donde se establece que esta suma tiene que corresponderse a la contraparte y que no puede superar «el triple del máximo de la retribución máxima correspondiente a cada árbitro, de acuerdo con las tarifas forenses».

³⁷ Véase artículo 815, último apartado, C.P.C.

admitida a trámite, es necesario proceder a sustituir al árbitro recusado. A este respecto, el artículo 811 C.P.C.³⁸ establece que la sustitución debe realizarse con arreglo a lo establecido en materia de nombramiento de los árbitros en el acuerdo de arbitraje³⁹, mientras que la actuación de la autoridad judicial está prevista solamente si el acuerdo no contempla nada al respecto, o si la parte o un tercero a que le corresponda el nombramiento no determine nada.

Cabe tener en cuenta que el artículo 832, apartado 1, C.P.C., en materia de procedimiento de recusación, permite a las partes «remitir a un reglamento arbitral preestablecido». Sin embargo, la coordinación de la disciplina de los códigos con la disciplina regulatoria no es muy fácil en este tema, puesto que el artículo 815 C.P.C. no contiene una norma que enlaza la recusación judicial con la recusación administrativa.

Antes de la reforma de 2006, la doctrina mayoritaria solía distinguir los arbitrajes domésticos de los arbitrajes de derecho italiano con rasgos internacionales. En el primer caso, se consideraba que las partes no podían disciplinar de forma autónoma el procedimiento de recusación de los árbitros. En

el segundo, en cambio, se admitía que las partes pudieran prever no sólo motivos, sino también «procedimientos muy particulares»⁴⁰ de recusación de los árbitros. De hecho, el artículo 836 C.P.C. establecía que la recusación de los árbitros estaría regulada por el artículo 815, pero solamente en el caso en que las partes no «se hubiesen acordado de otra forma», y esta disciplina especial se justificaba por el que en «los reglamentos de los arbitrajes internacionales se suele prever la atribución de la decisión en tema de recusación a los Tribunales Arbitrales, que brindan garantías elevadas de objetividad»⁴¹.

Una vez abrogado el artículo 836 C.P.C., la doctrina se ha vuelto a interrogar sobre el tema y la mayoría de los autores considera que hoy se puede prever la aplicabilidad de un procedimiento de recusación alternativo a todas las clases de arbitraje, con independencia de la presencia o de la ausencia de elementos ajenos al ordenamiento italiano. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma⁴², hoy en día se considera que el procedimiento previsto por el artículo 815 C.P.C. no puede ser sustituido por el disciplinado directamente en el acuerdo de arbitraje o en el reglamento a que éste se refiera⁴³. La vía jurisdiccional, por lo tanto,

³⁸ Nótese que la disciplina contemplada en el artículo 811 C.P.C. es aplicable a todos los supuestos en que «por un motivo cualquiera faltasen todos o algunos de los árbitros nombrados» (por lo tanto, incluso al caso de admisión de la instancia de recusación).

³⁹ Nada impide que el acuerdo de arbitraje establezca un procedimiento de sustitución de los árbitros distinto al previsto para su nombramiento. Como destaca una parte de la doctrina, la norma en cuestión «parece determinada para el supuesto en que no exista alguna indicación específica de las partes en tema de sustitución de los árbitros» (véase RUFFINI, *Artículo 811 C.P.C.*, en BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BRONZOLO, *Op. cit.* p. 130). De forma similar, también Briguglio: *La sostituzione dell'arbitro (The Replacement of the Arbitrator)*, en *Riv. Arb.*, 1993, p. 195; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, en *Riv. Arb.*, 2006, p. 426. *Contra*: RAMPAZZI, en CARPI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padua, 2006, p. 2182).

⁴⁰ Véase PRENDINI, *Questioni in tema di ricasazione dell'arbitrato amministrato*, en *Corr. Giur.*, 2005, 6, p. 844.

⁴¹ Así el Informe Ministerial del proyecto de ley de reforma del arbitraje de 1994. Véase CONSOLO, *Elasticità convenzionale*, *Op. cit.* p. 437 y ss., para una crítica del contenido de esta disposición, tan concisa que hasta podría resultar críptica.

⁴² Véase CONSOLO, *Elasticità convenzionale*, *Op. cit.* pp. 437 y ss.; GIOVANNUCCI, ORLANDI, *Op. cit.* pp. 300 y ss.; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema, l'esperienza*, Milán, 2004, p. 213.

⁴³ Véase ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, en *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2008, p. 1006. En su opinión, el recurso al procedimiento *ex artículo 815 C.P.C.* no podría excluirse tampoco si las partes hubiesen establecido explícitamente su exclusión.

quedará excluida solamente si así quede establecido por acuerdo manifiesto, mientras que, en el caso contrario, ambas vías serán procedentes, incluso en tiempos diferentes, sin perjuicio de los respectivos plazos⁴⁴.

5. CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ÁRBITROS Y APLICACIÓN DE REGLAMENTOS ARBITRALES

Otro medio útil para integrar las disposiciones del artículo 815 C.P.C. es el reglamento arbitral preestablecido que las partes opten por aplicar al litigio⁴⁵. El marco regulatorio interior, de hecho, admite explícitamente que tales reglamentos contemplan «*más casos de sustitución y recusación de los árbitros*», aunque solamente «*por aña-*

didura»⁴⁶, y no en sustitución o excepción de los previstos por la ley⁴⁷.

La adopción de un reglamento arbitral es importante por dos motivos principales.

Primeramente, desde la perspectiva de la recusación y sus supuestos, en la mayoría de los casos el reglamento arbitral contendrá, a diferencia del artículo 815 C.P.C., una cláusula general en tema de independencia e imparcialidad de los árbitros, o de todas formas preconizará un sistema de recusación de «*mallas anchas*»⁴⁸. En este sentido, es paradigmático que el Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán⁴⁹, una de las instituciones nacionales más importantes, prevea que cada parte puede presentar una demanda motivada de recusación «*por*

⁴⁴ Así estaban las cosas incluso antes de la reforma de 2006; véase CARRATTA, en AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cargo de CHIARLONI, Bologna, 2006, p. 1911; RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 13.

⁴⁵ Véase artículo 832, apartado 1, C.P.C.: «El acuerdo de arbitraje puede remitir a un reglamento arbitral preestablecido». Al respecto, algunos autores pusieron de manifiesto una posible distinción de los arbitrajes regulados por reglamentos preestablecidos, que prescinden del recurso ante la institución de la que deriva el reglamento, y arbitrajes administrativos verdaderos, caracterizados por la voluntad de disfrutar no sólo del reglamento, sino también de los servicios brindados por la institución arbitral de la que emana el reglamento (entre otros: LUIISO, *Il nuovo articolo 832 C.P.C.*, en *Riv. Arb.*, 2007, pp. 349-356; MONTALENTI, en cambio, se refiere a «arbitraje mixto» en *La Camera arbitrale del Piemonte e le novità in materia di arbitrato*, en <http://images.pie.camcom.it/f/Varie/Mo/Montalenti>, n. 16). Sin embargo, tal distinción no tiene aplicación significativa, debido a que casi todos los reglamentos arbitrales más utilizados confían a la institución muchas funciones no solo organizativas, hasta el punto que a falta de una institución, el procedimiento arbitral no puede desarrollarse concretamente. La única excepción es el Reglamento Arbitral de la CNUDMI que no por casualidad es tipificado por la doctrina internacional como una forma especial de arbitraje ad hoc (BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, 2008, pp. 126-127.; BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, pp. 149-153; RHOADES, KOLKEY, CERNICK, *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*, JurisNet, 2007, pp. 92-93).

⁴⁶ Véase artículo 832, apartado, 5, C.P.C.

⁴⁷ Véase CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti preconstituiti*, en *Riv. Arb.*, 2007, p. 294; LUIISO, *Op. cit.* p. 353. Sobre la disciplina de la recusación administrativa con arreglo a las leyes vigentes, véase PUNZI, *Op. cit.* p. 358; GIOVANNUCCI, ORLANDI, *Op. cit.* Bologna, 2001, pp. 215 y ss.

⁴⁸ Mencionando algunos ejemplos: el artículo 11 del Reglamento arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, que establece que «*todo árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes implicadas en el proceso arbitral*»; el artículo 10(3) del Reglamento arbitral de la LCIA, con arreglo al cual un árbitro puede ser recusado si se dan «*circunstancias que cuestionen razonablemente su imparcialidad e independencia*»; el artículo 14 del Reglamento arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que de forma parecida alude genéricamente a la imparcialidad e independencia de los árbitros; el artículo 9 del Reglamento de arbitraje internacional suizo, que establece que «*todo arbitro implicado en un arbitraje bajo este Reglamento es y sigue siendo imparcial e independiente de las partes en cada momento del proceso*». Asimismo, la Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que «*un árbitro puede ser recusado sólo si se producen circunstancias que plantean dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia*», sin más aclaraciones al respecto.

⁴⁹ Es posible encontrar en varios idiomas el texto del Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán, en vigor desde hace el 1 de enero de 2010, en la siguiente dirección: <http://www.camera-arbitrale.it/it/Arbitrato/Reglamento.php?id=64>

cualquier motivo que pueda cuestionar» la independencia o imparcialidad de los árbitros⁵⁰. Una formulación muy extensa del deber de imparcialidad está contemplada en los artículos 5 y 6 del Código deontológico del árbitro, asumido por la misma Cámara Arbitral de Milán, donde se especifica que el árbitro tiene que permanecer independiente «*en cada fase del procedimiento e incluso después de dictar el laudo, por el período de impugnación del mismo*».

En segundo lugar, la adopción de un reglamento arbitral resulta ser especialmente relevante en el tema del deber de revelación de los árbitros.

Ya antes del año 2006 la jurisprudencia consideraba que la circunstancia en que el árbitro no dejara alguna declaración en el momento de su nombramiento no podía perjudicar en absoluto la validez del laudo o representar un motivo válido de anulación⁵¹. Sucesivamente este principio fue reiterado también por el Supremo, que confirmó la total irrelevancia del incumplimiento del árbitro que no haya declarado su independencia a la hora de valorar la procedencia o improcedencia de las censuras, tanto en el proceso de recusación como en el de impugnación del laudo.⁵² Por lo tanto, las partes que quieran

vincular al árbitro siguen obligadas a determinar, con previsión expresa en el acuerdo de arbitraje o, como suele pasar más frecuentemente, remitiéndose a un reglamento arbitral, el deber de revelación del mismo y las consecuencias que puedan derivar de su incumplimiento. Podemos observar que la Cámara Arbitral de Milán, también en este aspecto, consigue integrar las normas existentes en esta materia. En especial, el artículo 18 del Reglamento establece la obligación del árbitro de transmitir a la Secretaría General de la Cámara su declaración de independencia, donde tendrá que indicar toda relación que haya tenido con las partes, sus defensores u otro sujeto implicado en el arbitraje, especificando período y duración, todo interés personal o económico relativo al objeto del litigio, o todo prejuicio o reserva sobre el mismo⁵³. Las notas para rellenar la declaración de independencia facilitadas por la Cámara junto con el formulario correspondiente establecen que el árbitro a efectos de cumplir con su deber de revelación, podrá consultar con las «*Pautas de la Asociación Internacional de Abogados (IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional*» que vienen anexadas con la carta de designación, aunque esto no es vinculante a efectos de la evaluación de la declaración por parte del Colegio Arbitral⁵⁴.

⁵⁰ Véase artículo 19 del Reglamento de la Cámara arbitral de Milán. La doctrina ha destacado que la fórmula utilizada por el artículo 19 recuerda mucho el «*apparent bias test*», utilizado en los Países de *common law*. Formulaciones parecidas aparecen también en el § 1036 (2) del Código de procedimiento civil alemán; en el artículo 14 de las *ICC Rules of Arbitration* (2011), que establece que el árbitro puede ser recusado en base a una «*alleged lack of impartiality or independence*»; en el artículo 10, apartado 3, del Reglamento de LCIA y en el artículo 15 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo, ambos mencionando circunstancias «*que dé lugar a dudas razonables sobre la independencia y la imparcialidad [del árbitro]*»; aparecen también en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento Arbitral de la Cámara de Comercio suiza en Italia que se refiere con igual formulación a «*cualquier motivo que pueda cuestionar gravemente*» la independencia o imparcialidad del árbitro (véase CONSOLO, STELLA, Artículo 19 – *Challenge to arbitrators*, en AA. VV., *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*, a cargo de DRAETTA, LUZZATTO, Juris, 2012, pp. 270-271).

⁵¹ A fin de tener una reseña exhaustiva de la jurisprudencia sobre este tema, véase Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milán, 2009, p. 212.

⁵² Véase Supremo, 15 de noviembre de 2010, Nº 23056

⁵³ Además, la declaración de independencia puede ser reiterada a lo largo del procedimiento arbitral, a petición de la Secretaría General, si así lo requieren hechos que se hayan producido durante el proceso (Artículo 18, apartado 5).

⁵⁴ Visualizar el texto de las notas para rellenar el formulario en: http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/note_compilazione_disclosure.pdf.

Por lo tanto, aplicar al litigio un reglamento arbitral determinado es evidentemente importante, puesto que este medio capta las peculiaridades del juicio arbitral mejor que las normas estatales. Finalmente, si ni siquiera la adopción de un reglamento es suficiente para disciplinar los conflictos de intereses de los árbitros, las partes podrán establecer reglas más o menos rígidas en fase de compromiso⁵⁵. Al respecto, una parte de la doctrina ha subrayado que, a raíz de la entrada en vigor del decreto de ley n. 40/2006, hoy es posible que las partes puedan valerse de «*el incumplimiento del deber de declaración de independencia como motivo válido de impugnación del laudo ex artículo 829, apartado 1, n. 7, C.P.C.*» con independencia de que se produzca o no la recusación del árbitro⁵⁶. Tal decreto ha modificado, entre otros, también este motivo de impugnación del laudo, estableciendo que las formas procesales cuyo incumplimiento puede representar un motivo válido ya no son solamente las «previstas para los juicios [ante los jueces estatales] son pena de nulidad», como mantenía el texto anterior, sino más en general, las «previstas por las partes bajo expresa sanción de nulidad»⁵⁷.

6. CONCLUSIONES

Para finalizar, vamos a sintetizar las indicaciones principales que pueden servirle a quien opte por someter un litigio a un proceso arbitral con sede en Italia.

En lo que a recusación se refiere, las partes tendrán que respetar las disposiciones establecidas por el artículo 815 C.P.C., sin poder excluir ninguno de los motivos de recusación en éste contemplados. Por el contrario, será posible prever motivos adicionales, de los que quedará constancia en el acuerdo de arbitraje o en el acto de nombramiento de los árbitros, o remitiendo a un reglamento arbitral.

Análogamente, habrá que proceder a imponer a los árbitros el deber de revelación, que la ley no determina. En los arbitrajes administrativos tal deber será contemplado casi ciertamente por el reglamento de la institución arbitral a la que se haya acudido. En los arbitrajes *ad hoc*, les corresponderá a las partes acordarse previamente para este fin.⁵⁸ En ambos tipos de arbitraje podrá preverse que el incumplimiento del deber de declaración de independencia pueda tornarse en motivo de impugnación del laudo, incluso en el caso en que el árbitro no sea recusado. Para este fin será suficiente imponer tal declaración «bajo expresa sanción de nulidad», como previsto por el artículo 829, apartado 1, N° 7. C.P.C.

En materia de procedimiento, también serán las partes quienes, queriendo excluir el procedimiento de recusación judicial, establezcan expresamente la aplicación de un procedimiento de recusación alternativo.

⁵⁵ Sin embargo, sin poder excepcionar los supuestos de recusación contemplados en el artículo 815 C.P.C.

⁵⁶ Véase MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo reso dall'arbitro invano ricusato*, en Riv. Dir. Proc., 2011, 5, pp.1240 y ss.

⁵⁷ En este tema, se remite a GHIRGA, *Artículo 816-bis C.P.C.*, en AA. VV., *La nueva disciplina dell'arbitro*, a cargo de MENCHINI, Padua, 2010, p. 193, quien mantiene que en la actualidad las partes tienen la facultad para «crear» supuestos de nulidad que no se daban anteriormente.

⁵⁸ Además, el artículo 816-bis C.P.C. establece que «*las partes pueden acordar en el acuerdo de arbitraje, o mediante acto escrito por separado antes del inicio del juicio arbitral, las normas que los árbitros tendrán que observar en el procedimiento*», añadiendo que a falta de tales normas, «*los árbitros están facultados para regular el desarrollo del procedimiento [...] de la forma que consideren más oportuna*».

AGRADECIMIENTOS

La Dirección del *ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE* agradece a las personas e instituciones que han colaborado directa e indirectamente con la publicación del tercer número de nuestro *ANUARIO*:

Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil – Canadá/CCBC – Brasil (Brasil)

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (España)

Biaggi & Messina – Abogados (República Dominicana)

Consortium Centro América Abogados (Centroamérica)

DLA Piper LLP (Miami)

Estudio de Abogados Moreno Baldivieso (Bolivia)

Hogan Lovells US LLP (Miami)

L. O. Baptista Schmidt – Valois – Miranda – Ferreira – Agel (Brasil)

Medina & Rizek Abogados (República Dominicana)

Quevedo & Ponce (Ecuador)

Amprimo & Flury Abogados

Caral Ingeniería y Consultoría S.A.C.

Carlos Alberto Soto Coaguila – Árbitro

Carmela Rocío Montezuma Chirinos – Árbitro

Delia Revoredo Marsano de Mur – Árbitro

Estudio García & Abogados Sociedad Civil

Estudio Jurídico Juan Huamaní Chávez Abogados

Estudio Montezuma Abogados

Estudio Olaechea Abogados

Estudio Oré & Abogados

Estudio Rodríguez Larraín Abogados S.C.R.L

Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados

Horacio Canepa Abogados

Hugo Sologuren Calmet – Árbitro

Lex Asesores S.A.C.

Linares Prado & Asociados Abogados

Martin Consultores Abogados

Miranda & Amado Abogados

Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados

Roxana Jiménez Vargas - Machuca - Árbitro

Indice General

Indice
General



ÍNDICE GENERAL

| | |
|------------------------------|---|
| Presentación | 5 |
| Carlos Alberto Soto Coaguila | |
| Prólogo | 9 |
| Alexis Mourre | |

El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño

OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)

| | |
|---------------------------------------|----|
| 1. Introducción | 17 |
| 2. Antecedentes internacionales | 19 |
| 3. El Árbitro | 24 |
| 4. Conclusiones | 37 |

Conflictos de interés y el deber de revelación.

Las reglas aplicables en Bélgica bajo la nueva ley belga de arbitraje

ERICA STEIN (*Bélgica*)

CHARLOTTE VILLENEUVE (*Bélgica*)

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introducción | 41 |
| 2. El deber de revelación del árbitro en Bélgica | 42 |
| 2.1. La obligación bajo la Nueva Ley | 42 |
| 2.2. El alcance de la obligación de revelación | 43 |
| 3. Consecuencias de la revelación (o no) de conflictos de interés | 43 |
| 3.1. Recusación del árbitro | 43 |
| 3.2. Anulación del laudo | 45 |
| 4. Conclusión | 46 |

Relaciones sociales de los árbitros y el deber de revelación en el Arbitraje Comercial

FREDERICO JOSÉ STRAUBE (*Brasil*)

PATRÍCIA SHIGUEMI KOBAYASHI (*Brasil*)

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Las relaciones sociales de los árbitros y el impacto en el análisis de la imparcialidad | 47 |
| 2. La imparcialidad y la independencia de los árbitros | 48 |
| 3. El deber de revelar | 49 |
| 4. Fundamentos | 51 |
| 5. LCIA court decisions in challenges to arbitriors | 54 |
| 5.1. LCIA Reference n. 81132, de 15 de noviembre de 2008 | 54 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.2. LCIA Reference No. 1303 4.3 de 22 de noviembre de 2001 | 54 |
| 6. CAM-CCBC y las decisiones proferidas por los comités especiales | 55 |
| 6.1. Procedimiento arbitral CAM-CCBC n. 06/2009 | 55 |
| 6.2. Procedimiento arbitral CAM-CCBC N. 45/2009 | 57 |
| 7. Conclusión | 58 |

Breves apuntes sobre la extensión del deber de revelación del árbitro en el arbitraje internacional y en la realidad brasileña

RICARDO DALMASO MARQUES (*Brasil*)

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introducción | 59 |
| 2. Conceptos básicos: El deber de revelación de los arbitrios | 61 |
| 2.1. La imparcialidad, la independencia y la neutralidad del árbitro | 61 |
| 2.2. Las causas y las finalidades del deber de revelación: la confianza de las partes en la persona del árbitro como elemento básico | 63 |
| 3. Problemática: La extensión del deber de revelación en el ámbito internacional y en la realidad brasileña | 66 |
| 3.1. La especificidad de la figura del árbitro y los hechos y circunstancias que deben ser revelados | 66 |
| 3.2. Las normas existentes: reglamentos, leyes y códigos que tratan del deber de revelación y de su extensión | 68 |
| 3.3. Las nociones de full disclosure e overdisclosure | 74 |
| 4. Una propuesta: La adopción de estándares universales del deber de revelación en la realidad brasileña | 75 |
| 4.1. La posibilidad (o no) del establecimiento de un estándar universal | 76 |
| 4.2. El camino a ser trazado en la realidad brasileña | 78 |
| 5. Conclusión | 80 |

El Deber de imparcialidad e independencia de los árbitros en la Nueva Ley Colombiana de Arbitraje.

La necesidad de darle contenido y contexto a un novel régimen legal.

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO (*Colombia*)

JULIO CÉSAR GONZÁLEZ ARANGO (*Colombia*)

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introducción | 83 |
| 2. Las directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional | 86 |
| 3. Conclusiones | 91 |

El deber de revelación de los árbitros

CAROLINA POSADA ISAACS (*Colombia*)

MARÍA ALEJANDRA ARBOLEDA GONZÁLEZ (*Colombia*)

| | |
|-----------------------|----|
| 1. Introducción | 93 |
|-----------------------|----|

| | | |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. | Regulación del deber de revelación de los arbitrios | 94 |
| 3. | Perspectiva jurisprudencial del deber de revelación de los arbitrios | 98 |
| 3.1. | Un caso colombiano | 98 |
| 3.2. | Un caso suizo | 99 |
| 3.3. | Un caso francés | 100 |
| 4. | PROBLEMAS PRÁCTICOS | 101 |
| 4.1. | La institución arbitral elegida por las partes debe nombrar a los árbitros y así lo hace. Los árbitros deben aceptar o rechazar su nombramiento dentro de los 5 días siguientes (en el caso colombiano ese es el plazo legal para que confirmen o no su nombramiento) | 101 |
| 4.2. | Las partes nombran a los árbitros de común acuerdo y éstos aceptan el cargo; admitida la demanda, el convocado formula llamamiento en garantía a un tercero, figura posible bajo la ley colombiana | 101 |
| 5. | Consideraciones finales | 101 |

Reflexiones sobre el Issue Conflict (o la Presentación del Issue Bias)

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*Chile*)

| | | |
|------|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción: El sistema actual de nombramiento de árbitros | 103 |
| 2. | Definición de issue conflict y diferencia con otros dilemas | 106 |
| 2.1. | Aspecto sustantivo | 106 |
| 2.2. | Aspecto formal | 108 |
| 3. | Tratamiento del issue conflict | 108 |
| 3.1. | Regulación normativa | 108 |
| 3.2. | Jurisprudencia: la Decisión Urbaser | 110 |
| 4. | Conclusión | 112 |

Los conflictos de interés y el deber de declaración en los arbitraje en Chile

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (*Chile*)

| | | |
|------|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Explicación introductoria | 115 |
| 2. | La regulación en el derecho arbitral chileno | 117 |
| 2.1. | En el arbitraje ad hoc | 117 |
| 2.2. | En el arbitraje institucional | 118 |
| 2.3. | En el arbitraje comercial internacional | 118 |
| 3. | Algunos problemas no resueltos en la práctica arbitral chilena | 119 |
| 4. | La propuesta en la modificación del sistema arbitral | 123 |
| 5. | El recurso de queja como mecanismo control | 124 |
| 6. | Conclusión | 125 |

Algunas consideraciones sobre el deber de revelación en el Arbitraje CIADI

NOIANA MARIGO (EE.UU.)
 RICARDO CHIRINOS (EE.UU.)

| | | |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 127 |
| 2. | Los requisitos de independencia e imparcialidad y el deber de revelación | 128 |
| 3. | El deber de revelación en las reglas de arbitraje CIADI | 130 |
| 4. | El alcance del deber de revelación | 131 |
| 4.1. | Deber de investigación | 133 |
| 4.2. | Información públicamente disponible | 134 |
| 4.3. | El deber de revelación en supuestos específicos | 136 |
| 4.3.1. | Designación como miembro de la junta directiva de un banco internacional | 136 |
| 4.3.2. | Experiencias académicas previas con el abogado de una de las partes | 137 |
| 4.3.3. | Relación profesional previa entre el árbitro y los abogados de las partes | 137 |
| 4.3.4. | Nombramientos como árbitro en casos anteriores | 138 |
| 4.3.5. | Fusión entre firmas de abogados que involucren a un árbitro y a una de las partes | 138 |
| 5. | Las consecuencias de la violación del deber de revelación y la distinción entre los estándares de revelación y recusación en el arbitraje CIADI..... | 139 |
| 6. | Consideraciones finales y conclusiones | 141 |

Entre la imparcialidad y la convicción: Issue conflict en el arbitraje internacional

STEPHEN P. ANWAY (EE.UU.)
 RAÚL B. MAÑÓN (EE.UU.)

| | | |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 145 |
| 2. | Recusación del árbitro por parcialidad de criterio | 148 |
| 2.1. | Posiciones encontradas | 149 |
| 2.2. | Propuestas para posibles soluciones | 152 |
| 3. | Circunstancias que pueden dar lugar a recusación por parcialidad de criterio | 156 |
| 3.1. | Declaración hecha en calidad de árbitro | 156 |
| 3.2. | Declaración hecha en calidad de abogado de parte | 160 |
| 3.3. | Declaración hecha en calidad de académico..... | 163 |
| 3.4. | Declaración hecha en calidad de parte interesada o activista | 165 |

Algunos factores a considerar en el análisis de si los nombramientos repetidos deben descalificar al árbitro

ALFONSO GÓMEZ-ACEBO MUNTAÑOLA (España)

| | | |
|----|--------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 167 |
| 2. | Número y tiempo de los nombramientos | 168 |

| | | |
|----|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. | Relación personal o profesional e ingresos del árbitro aparejados | 169 |
| 4. | Casos relacionados | 170 |
| 5. | Número reducido de candidatos | 171 |
| 6. | Posición del árbitro en los otros casos | 172 |
| 7. | Deber de revelación | 173 |
| 8. | Tipo de árbitro | 173 |

**Conflictos de interés y deber de revelación
de árbitros no marceanos**

MANUEL CONTHE (*Madrid*)

ANTONIO DELGADO (*Madrid*)

| | | |
|----|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 175 |
| 2. | Limitada sensibilidad ética | 176 |
| 3. | Ley de reciprocidad vs. «efecto Beckett» | 178 |
| 4. | Incentivos económicos y auto-complacencia | 181 |
| 5. | Sesgo confirmatorio y predisposición doctrinal («issue conflict») | 183 |
| 6. | Conclusiones | 190 |

**Contenido ético del deber de revelación
del árbitro y consecuencias de su trasgresión**

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (*Madrid*)

| | | |
|----|---------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Obligaciones éticas del árbitro | 193 |
| 2. | Revelación de los conflictos de interés | 198 |
| | 2.1. Conflictos de interés y arbitraje | 198 |
| | 2.2. Deber de revelación | 199 |
| | 2.3. Alcance e inflexiones | 201 |
| | 2.4. Precisión temporal | 205 |
| 3. | Resultado de la declaración | 207 |
| | 3.1. Contenido | 207 |
| | 3.2. Tipología | 209 |
| 4. | Consecuencias de la infracción del deber de declaración | 214 |
| | 4.1. Recusación del árbitro | 214 |
| | 4.2. Anulación del laudo | 215 |
| | 4.3. Responsabilidad del árbitro | 219 |
| 5. | Consideraciones finales | 221 |

**Conflictos de interés de los arbitros. Deber
de revelación y deber de declaración de los árbitros**

JULIO GONZÁLEZ-SORIA (*Madrid*)

| | | |
|----|-------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 223 |
| 2. | Principio general | 227 |

| | | |
|----|--------------------------------------------|-----|
| 3. | Conflictos de intereses | 227 |
| 4. | Revelaciones del árbitro | 227 |
| 5. | Renuncia de las partes | 228 |
| 6. | Alcance o ámbito de aplicación | 229 |
| 7. | Relaciones | 229 |
| 8. | El deber del árbitro y de las partes | 229 |
| | 8.1. Listado Rojo Irrenunciable | 232 |
| | 8.2. Listado Rojo Renunciable | 232 |
| | 8.3. Listado Naranja | 233 |
| 9. | Listado Verde | 234 |

**Conflictos de interés de los árbitros.
Deber de revelación y deber de declaración de los árbitros**
VICENTE ROLDÁN MARTÍNEZ (*Madrid*)

| | | |
|----|---------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 237 |
| 2. | Imparcialidad e independencia | 237 |
| 3. | Deberes de los árbitros: Revelación y Declaración | 238 |
| 4. | Conclusiones | 240 |

El punto de vista del derecho francés.

LAURENCE KIFFER (*Francia*)
ANNE-SOPHIE TONIN (*Francia*)

| | | |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 241 |
| 2. | El fundamento del deber de revelación y del deber de declaración de los árbitros | 243 |
| | 2.1. La distinción entre el deber de independencia, el deber de revelación y el deber de declaración | 243 |
| | 2.2. La consagración del deber de revelación en el derecho francés | 244 |
| 3. | La aplicación en la jurisprudencia francesa: Una jurisprudencia abundante y severa | 246 |
| | 3.1. La exigencia de «independencia directa» con respecto a las partes | 247 |
| | 3.2. La exigencia de «independencia indirecta» con respecto a terceros | 248 |
| 4. | Un reciente retorno a una jurisprudencia más equilibrada | 252 |

**Los deberes de imparcialidad e independencia
y la obligación de revelación en Francia. Panorama general y últimos desarrollos**
BINGEN AMEZAGA ZUBILLAGA (*Francia*)

| | | |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción. Los deberes de independencia e imparcialidad | 255 |
| 2. | La consagración de los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro en Francia | 257 |
| | 2.1. El deber de revelación | 258 |

| | | |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) | ¿Cuándo se debe revelar? | 258 |
| b) | Contenido del deber de revelación. Generalidades | 258 |
| c) | Concretamente ¿qué debe ser revelado? | 260 |
| 3. | Los mecanismos de control | 265 |
| a) | Oposición al nombramiento | 265 |
| b) | Recusación | 265 |
| c) | Anulación o apelación al exequatur | 266 |
| d) | Recurso extraordinario de revisión | 267 |
| 4. | Actualidad | 267 |
| a) | Ampliación de las circunstancias y del modo en que se deben revelar . | 267 |
| b) | Confusión entre la obligación de revelación y los deberes de independencia e imparcialidad | 272 |
| c) | Moderación | 274 |
| 5. | Conclusiones | 275 |

**Deliberación, opinión disidente y conflicto
de interés en arbitraje comercial**

FERNANDO ESTAVILLO CASTRO (*México*)

| | | |
|------|-------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 277 |
| 2. | Concepto | 279 |
| 2.1. | Significado gramatical | 279 |
| 2.2. | Noción de deliberación en el arbitraje | 279 |
| 3. | La deliberación en la práctica del arbitraje | 281 |
| 3.1. | Objeto o materia de las deliberaciones | 281 |
| 3.2. | Cuándo se debe deliberar | 281 |
| 3.3. | Quiénes deben participar en las deliberaciones | 283 |
| 3.4. | Atributos de quienes participen en las deliberaciones | 285 |
| 3.5. | Deliberaciones armoniosas | 286 |
| 3.6. | Deliberaciones patológicas | 288 |
| 3.7. | Deliberación y opiniones disidentes | 290 |

Imparcialidad

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (*México*)

| | | |
|------|------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 293 |
| 2. | El problema - que es doble | 294 |
| 2.1. | Juzgar | 294 |
| 2.2. | El problema del árbitro parcial | 295 |
| 2.3. | Dos problemas que confluyen en un principio: Imparcialidad | 295 |
| 3. | Noción de imparcialidad | 296 |
| 3.1. | Definición | 296 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.2. Sesgo, prejuicio, predisposición y otras malaise intelectuales | 297 |
| 4. Imparcialidad y racionalidad | 298 |
| 4.1. Pensando sobre pensar | 298 |
| 4.2. Un poco de lógica | 300 |
| 4.3. Análisis del pensamiento | 303 |
| 4.4. Imparcialidad es una condición necesaria, pero insuficiente | 306 |
| 5. Imparcialidad en otros contextos | 308 |
| 5.1. Imparcialidad y expertos | 308 |
| 5.2. Imparcialidad y el testigo | 311 |
| 5.3. Imparcialidad y el abogado de parte | 312 |
| 5.4. Imparcialidad y deliberación | 313 |
| 6. Comentario final | 315 |

**Conflicto de interés de los árbitros.
Deber de revelación y deber de declaración
de los árbitros**

JAVIER NAVARRO-VELASCO (*México*)

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introducción | 317 |
| 1.1. La relación jurídica del árbitro con las partes | 317 |
| 1.2. Aspecto ético | 318 |
| 1.3. Aspecto legal | 318 |
| 2. Conflicto de interés | 319 |
| 2.1. Deber de revelación | 320 |
| 2.2. Recusación | 324 |
| 3. La violación al deber de revelación en caso de conflicto de intereses desde el aspecto ético | 325 |
| 3.1. Consecuencias legales del incumplimiento del deber de revelación y deber de declaración de los árbitros | 325 |
| 4. Conclusiones | 327 |

Conflicto de intereses: El deber de declaración y revelación de los árbitros

FELIPE OSTERLING PARODI (*Perú*)

GUSTAVO MIRÓ QUESADA MILICH (*Perú*)

| | |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introducción | 329 |
| 2. Idoneidad del árbitro y relación de agencia con las partes | 330 |
| 3. Asimetría de información | 332 |
| 4. Deber de revelación | 333 |
| 5. Información relevante e información suficiente | 335 |
| 6. Conclusiones | 338 |

**Algunas reflexiones a respecto de la recusación del árbitro por la parte
que le ha designado**

FILIPA CANSADO CARVALHO (*Portugal*)

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*Portugal*)

| | | |
|------|----------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción | 341 |
| 1.1. | Cuestiones implicadas en el tema | 341 |
| 1.2. | Pertinencia del tema | 342 |
| 2. | Reglas existentes | 343 |
| 3. | Propuesta | 345 |

Conflictos de interés de los árbitros.

Deber de revelación y deber de declaración de los árbitros

FRANCESCA GESUALDI (*Italia*)

FERDINANDO EMANUELE (*Italia*)

| | | |
|----|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Premisa | 349 |
| 2. | El deber de revelación del árbitro | 350 |
| 3. | Artículo 815 C.P.C.: hipótesis de recusación | 352 |
| 4. | El proceso de recusación | 356 |
| 5. | Conflictos de interés de los árbitros y aplicación de reglamentos arbitrales . | 359 |
| 6. | Conclusiones | 361 |
| | Agradecimiento | 363 |