

## CONTENIDO ÉTICO DEL OFICIO DE ÁRBITRO

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Perfeccionamiento normativo y reglamentario de la ética arbitral. 1. Compromiso de valores éticos por el propio árbitro. 2. Normas éticas impuestas por las legislaciones y por los centros de arbitraje. 3. Códigos de ética arbitral. II. Contenido ético del acceso a la función arbitral. 1. Revelación de conflicto de intereses. 2. Deber de transparencia: A) Imparcialidad; B) Independencia. 3. Árbitros designados por una parte. 4. Inhabilitación de los árbitros por violación del deber de transparencia: A) Diversidad de supuestos; B) Relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes; C) Pertenencia del árbitro o del secretario del tribunal arbitral al Consejo de un centro de arbitraje. III. Contenido ético del ejercicio de la función arbitral. 1. Disponibilidad. 2. Relaciones de los árbitros con los intervinientes en el proceso arbitral. 3. Confidencialidad: A) Alcance; B) Secreto de las deliberaciones. IV. Repercusión en el laudo arbitral del quebrantamiento de los valores éticos. 1. Contravención del deber de transparencia. 2. Contravención del deber de confidencialidad. V. Consideraciones finales.

### I. Perfeccionamiento normativo y reglamentario de la ética arbitral

#### *1. Compromiso de valores éticos por el propio árbitro*

1. La función esencial de un árbitro consiste en proporcionar el diálogo entre las partes facilitando el acuerdo, tanto individualizando los puntos litigiosos como llegando a una respuesta justa. Bien entendido que las obligaciones éticas de un árbitro comienzan a regir a partir del momento en que acepta el nombramiento y subsisten durante todos las etapas del procedimiento arbitral.

El buen árbitro es el que impone sus valores éticos en la conciencia de que ello compromete su prestigio y de que su futura actuación en tal oficio va a verse favorecida por una conducta conforme con su criterio, y no plegado a las exigencias de un caso concreto. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación de todo profesional, adquieren especial importancia tratándose de la labor desarrollada por los árbitros<sup>1</sup>. No es casual que las

---

<sup>1</sup> F. N. Andrichi, “A ética como pilar de segurança da arbitragem”, *Revista de Doutrina e Jurisprudência* (Brasília), nº 53, 1997, pp. 24-26; S.M. Ferreira Lemes, *Princípios da independência e da imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001; H. Gabriel y A.H. Raymond, “Ethic for Commercial Arbitrators: Basic Principles and Emerging Standards”, *Wyoming L. Rev.*, vol. 5, nº 2, 2005, pp. 453-470; R. Mullerat Balmaña, “Ethical Rules for Arbitrators”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 6, 2005, pp. 77-117; C.A. Rogers, “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); P. Mitchard, “Ethics in European Arbitration”, *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009. <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/509/ethics-european-arbitration/>.

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 árbitro<sup>2</sup>.

2. Las diferencias que existen entre imparcialidad, independencia y neutralidad en función de su carácter indeterminado y ambiguo han dado lugar a largos y estériles debates de carácter dogmático que han actuado muchas veces como cortina de humo sobre su verdadero significado en el juicio de árbitros<sup>3</sup>. En realidad, la imparcialidad y la independencia constituyen dos caras de una misma moneda. La neutralidad está referida principalmente a los árbitros designados por una parte; éstos últimos pueden estar predispuestos a favor de la parte que los designó pero esta circunstancia no puede prevalecer sobre su juicio profesional si considera que la otra parte tiene razón<sup>4</sup>.

In *Rostock Poyectos, S.L. / Técnicas Reunidas, S.A.* la Audiencia Provincial de Madrid matizó en el siguiente sentido

“Generalmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar. Ahora bien, el requisito de la independencia no garantiza en si mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser parcial”<sup>5</sup>.

Con frecuencia estas nociones han sido abordadas a partir de un enfoque marcadamente jurisdiccionalista<sup>6</sup>, que debiera abandonarse para insistir en las características propias del arbitraje pues la función arbitral, a diferencia de la judicial, tiene como eje esencial la voluntad de las partes. No debe olvidarse que nos árbitros no son jueces<sup>7</sup>: No es pensable que las leyes de arbitraje puedan establecer fórmulas que garanticen la independencia de los árbitros de un tenor similar al establecido en las normas jurisdiccionales respecto de los jueces. Pero tampoco puede admitirse que la

<sup>2</sup> Vid. B.M. Cremades, “Nuevo Código ético para los árbitros internacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA)*, vol. IV, 1987, pp. 9-14.

<sup>3</sup> X. de Mello, “Réflexion sur les règles déontologiques élaborées par l’*International Bar association* pour les arbitres internationaux”, *Rev. arb.*, 1988, pp. 339-348. P. Lalive, “Rapport de synthèse”, *La procédure arbitrale et l’indépendance des arbitres*, ICC Publications n° 472, 1991, p. 59.

<sup>4</sup> A. Redfern y M. Hunter (con N. Blackaby y C. Partasides), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, n° 4-54 and 4-46.

<sup>5</sup> SAP Madrid 13 de junio de 2007, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (Arbitraje)*, vol. I, n° 2, 2008, p. 547 ss y nota de E. Vallindes García.

<sup>6</sup> Desde la perspectiva del juez *vid., inter alia*: V. Angiolini, “Indipendenza della magistratura e verifiché di professionalità”, *Questione Giustizia*, 2000, n° 2, 315-329; P. Fernández-Viagas Bartolomé, *El Juez imparcial*, Granada, Comares, 1997; P. González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993; R. Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Pamplona, Aranzadi, 2002; G. Masson, *Les juges et le pouvoir*, París, A. Moreau, 1977; J. Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, Civitas, 1990; J.L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989; R. Rodríguez Fernández, *La contaminación procesal: El derecho al juez imparcial. Causas de abstención y recusación*, Granada, Comares 2000; D. Simon, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985; R. Stevens, *The Independencia of the Judiciary: the View from the Lord Chancellor’s Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

<sup>7</sup> H. Gabriel y A.H. Raymond, “Ethic for Commercial Arbitrators...”, *loc. cit.*, p. 453.

noción de “imparcialidad” únicamente pueda predicarse en relación al poder judicial<sup>8</sup>. Existen numerosas coincidencias entre ambas funciones; como puso de relieve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 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”.

El Tribunal Constitucional español ha confirmado el derecho subjetivo que tienen las partes que someten sus controversias a la imparcialidad del árbitro, y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales, como un derecho que deriva precisamente de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos. Sin embargo, considera que dicho derecho se desenvuelve en el concreto ámbito de la legalidad ordinaria tutelándose exclusivamente a través de la acción de anulación<sup>9</sup>.

## 2. Normas éticas impuestas por las legislaciones y por los centros de arbitraje

3. Las obligaciones éticas a que se encuentran sujetos los árbitros, según la mayoría de legislaciones de arbitraje y los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes, reposan en los aludidos principios esenciales de imparcialidad y de independencia, añadiéndose en algunos casos el de neutralidad. Si bien, *prima facie*, imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta administración de justicia, éstas han de entenderse, a su vez, como garantías para los que solicitan justicia, esto es, como derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. El art. 12 Ley Modelo Uncitral de 1985 (LMU) establece el deber de los árbitros de permanecer independientes e imparciales durante el arbitraje y esta circunstancia se refleja puntualmente en el art. 17.1º Ley de Arbitraje (LA) española de 2003. Este deber comienza desde el instante en que los árbitros son designados y concluye, salvo supuestos de terminación excepcional –art. 38.2º–, en el momento en que dicten su laudo definitivo o, en su caso, la correspondiente resolución de aclaración corrección o complemento –arts. 38.1º y 39–<sup>10</sup>. Dicha conclusión no libera, sin embargo, a los árbitros de todo compromiso ético con el arbitraje. Ello que implica que debe transcurrir un periodo razonable de tiempo para que vuelvan a mantener relaciones personales, profesionales o comerciales con las partes y que deben de abstenerse de colaborar con la parte perdedora en la preparación de su acción de anulación.

<sup>8</sup> J.Mª Ruiz Moreno, “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.

<sup>9</sup> STC 9/2005, 17 de enero de 2005.

<sup>10</sup> La LA 2003 elimina la remisión del art. 17 de la antigua LA 1988, en materia de recusación, a las mismas causas que los jueces por considerar que no siempre son adecuadas en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, por lo que se prefiere una cláusula general (Exposición de Motivos IV).

4. Los Reglamentos de las Instituciones de Arbitraje suelen recoger los principios éticos de la imparcialidad y la independencia, con el objeto de asegurar que el árbitro designado sea apto para decidir en forma justa y desinteresada la controversia sometida a su conocimiento<sup>11</sup>. Sin embargo, el contenido de ambos deberes no es similar produciéndose enormes variantes que muchas veces pueden condicionar la elección de una determinada institución administradora si no regula estas cuestiones con detalle. El árbitro puede desempeñar su función sin problemas en una institución y ser rechazado en otra. Dentro de los Reglamentos deben distinguirse los que son ajenos a una institución administradora del arbitraje y aquéllos que responden una determinada estrategia institucional y que incorporan, evidentemente, un prefijado juego de intereses<sup>12</sup>.

i) Entre los primeros es obligado referirse al Reglamento Modelo de la Uncitral de 1976, en cuyo art. 9 se dispone que “(L)a persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias 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”.

ii) Entre los segundos resulta oportuno referirse a lo dispuesto en los Reglamentos de las principales instituciones de arbitraje: Art. 5.2º Regl. LCIA (1998)<sup>13</sup>; art. 14.1º Convenio CIADI (1965)<sup>14</sup>, o a los *AAA International Dispute Resolution Procedures* (2009), que además de exigir en su art. 7 que “*Arbitrators acting under these Rules shall be impartial and independent*” precisa en el apartado 2 que:

“*No party or anyone acting on its behalf shall have any ex parte communication relating to the case with any arbitrator, or with any candidate for appointment as party-appointed arbitrator except to advise the candidate of the general nature of the controversy and of the anticipated proceedings and to discuss the candidate's qualifications, availability or independency in relation to the parties, or to discuss the suitability of candidates for selection as a third arbitrator where the parties or party designated arbitrators are to participate in that selection. No party or anyone acting on its behalf shall have any ex parte communication relating to the case with any candidate for presiding arbitrator*”.

El Regl. CCI (1998) brinda una marcada caracterización profesional centrada en la dimensión externa, esto es, en la independencia del árbitro –art. 7.1º–; en particular, para confirmar un árbitro propuesto por una parte, exige la suscripción de una

<sup>11</sup> Un examen de la práctica a partir de los reglamentos de las instituciones de arbitraje y de las normativas nacionales con especial proyección en el Derecho mexicano se encuentra en el estudio de F. González de Cossío, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 32, 2002, pp. 459-479.

<sup>12</sup> T. Giovannini, “Arbitres et institutions d’arbitrage: conflits d’intérêts”, *Rev. dr. aff. int.*, 2002, n° 6, pp. 629-641.

<sup>13</sup> “*All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocates for any party. No arbitrator, whether before or after appointment, shall advise any party on the merits or outcome of the dispute*”.

<sup>14</sup> “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”.

declaración de independencia<sup>15</sup> en la cual dicho árbitro debe exteriorizar las razones por las cuales esa independencia podría ser puesta en tela de juicio; y si la parte contraria a la que lo propuso cuestiona la independencia del árbitro, es finalmente la Corte la que decide si confirma o no a las nominadas por las partes –art. 9.2º–. Nótese que no se refiere a la “imparcialidad”, en tanto concepto objetivo que alude, por lo general, a un estado mental cuya determinación puede ocasionar enormes dificultades en el momento de la designación del árbitro. A diferencia de las leyes estadounidense, inglesa y sueca de arbitraje, que prefirieron emplear el concepto de “imparcialidad”, el Regl. CCI ha optado conscientemente por limitarse al concepto de “independencia”<sup>16</sup>.

### 3. Códigos de ética arbitral

5. No sólo los centros de arbitraje de reconocida reputación internacional, sino las principales asociaciones internacionales de abogados consideran que los árbitros asumen serias responsabilidades que incluyen substanciales obligaciones éticas tanto frente al público como frente a las partes. Estas instituciones han marcado la pauta al señalar que la ética ocupa un lugar de especial relevancia no solo para las partes del arbitraje sino para la sociedad en su conjunto. El objetivo es preservar el valor confianza en las interrelaciones humanas, lo que permite un desarrollo fluido de los intercambios comerciales, culturales, etc.

El desarrollo del arbitraje y los atentados que se cometen contra éste por parte de ciertos operadores hace cada vez más aconsejable el establecimiento de unos códigos de ética arbitral<sup>17</sup>. Es habitual que las instituciones de arbitraje inserten en el propio Reglamento de arbitraje unas reglas sobre esta cuestión, redacten de manera autónoma un Código ético propio<sup>18</sup> o se incorporen a algún Código de conducta elaborado por alguna asociación profesional o de abogados con disposición al ejercicio de la actividad arbitral<sup>19</sup>. En este último caso existen importantes realizaciones como las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, el *AAA-ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* o, en España, las Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje.

---

<sup>15</sup> Art. 7.2º Regl. CCI: “Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios”. Vid. R.S. Bond, “The Selection of ICC Arbitrators and the Requirement of Independencia”, *Arb. Int'l*, vol. 4, 1988, pp. 300 ss.

<sup>16</sup> Art. 11.1º. Vid. la justificación de esta actitud en Y. Derains y E.A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 2005, ch. 4.

<sup>17</sup> V.V. Veeder, “Is there any Need for a Code of Ethics for International Commercial Arbitrators?”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, París, Centre Français de Droit Comparé, 8, 2005, pp. 187-194.

<sup>18</sup> V.gr., el Código ético de la *Society of Maritime Arbitrators, Inc.* <http://www.smany.org/sma/about6-3.html>. No obstante, reglamentaciones de esta índole suelen caracterizarse por su generalidad y no acostumbran a descender a situaciones casuísticas por lo que siempre requerirán de una interpretación previa. Determinadas instituciones concernidas por las transacciones mercantiles internacionales han entendido que debía avanzarse el proceso armonizador de la ética arbitral internacional.

<sup>19</sup> C.A. Rogers, “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”, *Michigan J. Int'l L.*, vol. 23, 2003, pp. 341 ss.

6. El propósito de las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, cuya última versión fue aprobada en mayo de 2004 gracias al esfuerzo común de la ABA y la AAA<sup>20</sup>, es ayudar a las partes, a los abogados, a los árbitros y a las instituciones de arbitraje en cuestiones tan relevantes como la imparcialidad e independencia y otros deberes éticos de los árbitros, conocidos como de revelación; de comunicación; de diligencia; y de confidencialidad. La aceptación casi generalizada de las reglas de ética de la IBA han supuesto un factor destacado de la armonización del arbitraje a escala mundial, pues estas reglas tuvieron un impacto notable en las disposiciones adoptadas por la CCI en 1988, en lo referente a la aceptación de los árbitros y el cumplimiento del deber de información, respecto de la eventual existencia de conflictos de interés que pudieran generar dudas sobre independencia, neutralidad o imparcialidad<sup>21</sup>. Textos como éste son portadores de una serie de pautas de conducta para conseguir una decisión justa y eficaz del litigio, aunque no poseen carácter obligatorio para las partes ni para los árbitros salvo acuerdo expreso en tal sentido<sup>22</sup>. A partir de ellos el árbitro tiene un triple deber de comportamiento, en primer lugar, con las partes, en segundo lugar, frente a los demás árbitros y, por último, respecto de la institución administradora. En el primer caso, el árbitro deberá actuar con extrema prudencia evitando vestigio alguno de duda en torno a su imparcialidad e independencia; el hecho de que en ocasiones haya sido nombrado por una de las partes no significa vinculación alguna respecto a ella, debiendo mantener las notas indicadas frente a ambas partes conservando en tal cometido un comportamiento correcto y cortés para con ellas, dentro y fuera del proceso. En el segundo caso, ha de observar con sus compañeros unas relaciones de cordialidad y solidaridad y una actuación respetuosa, evitando hacer referencia a comportamientos descalificadores de las actuaciones que conozca de los otros árbitros realizadas en otros arbitrajes. Por fin, en relación con la institución administradora, debe cooperar en el desarrollo de la calidad de los servicios arbitrales por ella desempeñados, salvaguardando los criterios de calidad exigidos y acatando las normas institucionales y éticas que imponga.

7. La *American Bar Association* y la *American Arbitration Association* entendieron que era de interés público formular normas de conducta ética generalmente aceptadas para orientación de árbitros y partes de disputas comerciales y para ello redactaron en 1977 el *AAA-ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*<sup>23</sup>, revisado en 2004<sup>24</sup>, en la confianza de contribuir al mantenimiento de altos estándares y a la

<sup>20</sup> En 1956 la IBA ya había elaborado un Código de Ética para los árbitros que actúan en arbitrajes internacionales, que fue modificado sustancialmente en 1987 y en 2004. Vid. *Business Law International at BLI*, vol. 5, nº 3, 2004, pp. 433-458; B.M. Cremades y W.L. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *RCEA*, vol. XVII, 2002, pp. 15-61, esp. p. 31; Ph. Landolt, “The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview”, *J. Int'l Arb.*, vol. 22, nº 5, 2005, pp. 409-418.

<sup>21</sup> E. Helmer, “International Commercial Arbitration, Americanized, Civilized or Harmonized”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, pp. 35-67.

<sup>22</sup> Vid. B.H. Sheppard, “A New Era of Arbitrator Ethics for the United States The 2004 Revision to the AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”, *Arb. Int'l*, vol. 21, nº 1, 2006, pp. 91 ss.

<sup>23</sup> R. Coulson, “An American Critique of the IBA’s Ethic for International Arbitrators”, *J. Int'l. Arb.*, vol. 4, nº 2, 1987, pp. 103 ss.

<sup>24</sup> <http://www.finra.org/ArbitrationMediation/ResourcesforArbitratorsandMediators/p009525>. Vid. B. Mayerson and J.M. Townsend, “Revised Code of Ethics for Commercial Arbitrators Explained”, *Disp. Res. J.*, vol. 59, nº 1, 2004, [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3923/is\\_200402/ai\\_n9392136](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200402/ai_n9392136).

preservación de la confianza depositada en el proceso de arbitraje. Aun cuando la práctica no consigna un número apreciable de supuestos de ausencia de ética por parte de los árbitros mercantiles, resulta de utilidad un Código que fije estándares de ética generalmente aceptados para la Guía de árbitros y partes en controversias mercantiles, en la esperanza de contribuir al mantenimiento de estándares altos y continuar la confianza en el proceso de arbitraje. Se limita, de esta suerte, a incorporar estándares de ética generalmente aceptados para la guía de árbitros y de las partes en las controversias comerciales con el objetivo de consolidar la confianza en la propia institución arbitral por lo que establece el deber fundamental del árbitro de preservar la integridad y la justicia del proceso arbitral. Para ello parte de una presunción de neutralidad para todos los árbitros, o, mejor, de una presunción de independencia y de imparcialidad de conformidad con las reglas de arbitraje acordadas por las partes y las leyes que les sean aplicables; por esta razón exige que todos los árbitros elegidos por las partes declaren, tan pronto como sea posible, si son neutrales o no. De conformidad con sus previsiones los árbitros no contravienen la regla de la neutralidad si en virtud de la experiencia o pericia, mantienen, por ejemplo, en artículos científicos o de divulgación, puntos de vista sobre ciertas cuestiones generales que, probablemente se planteen en un arbitraje en el que sean designados.

8. El Club Español del Arbitraje se creó en 2005 con el objetivo esencial de fomentar el recurso al arbitraje como método de resolución de conflictos, promocionar España como centro internacional de arbitraje, y desarrollar el arbitraje en el área iberoamericana. Entre sus diversas actividades ha tenido una especial preocupación por las cuestiones de ética arbitral que se ha traducido en la redacción de las Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros (2008)<sup>25</sup>, con el objeto de ofrecer criterios que puedan ayudar a delimitar los contornos de los conceptos legales precisando las circunstancias de abstención de los árbitros y aquellas que no tienen que ser reveladas. El contenido de estas Recomendaciones constituye un importante punto de partida para la práctica del arbitraje en España pero su contenido evidencia que el ámbito de actuación de los árbitros, desde la perspectiva ética, es mucho mayor que el existente en las reglamentaciones que hemos examinado<sup>26</sup>.

## II. Contenido ético del acceso a la función arbitral

### 1. Revelación de conflicto de intereses

9. 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<sup>27</sup>. Las legislaciones<sup>28</sup> y los reglamentos de arbitraje, con

<sup>25</sup> [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/recomendacion\\_independencia\\_arbitral\\_eng.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/recomendacion_independencia_arbitral_eng.pdf).

<sup>26</sup> Vid. S. Álvarez González, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 273-276, esp. p. 275.

<sup>27</sup> L. Shore, "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/](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200202/ai_n9069935/).

<sup>28</sup> En el caso de Suiza la obligación se ha configurado por vía jurisprudencial. Con posterioridad la LDIP dispuso en su art. 180 que "*An arbitrator may be challenged: (...) c. If circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his independence*". *In the United States, claims against arbitrators for failure to disclose conflict of interest do not result in any loss of arbitral immunity. Under Section 14(c) of the Revised Uniform Arbitration Act 2000, an arbitrator's failure to make a disclosure required by*

carácter más riguroso por lo general<sup>29</sup>, 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 independencia<sup>30</sup>. 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”. 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 fe. El árbitro cuenta en cada caso concreto con suficientes elementos para determinar qué aspectos debe revelar a las partes para que estas consideren si afectan verdaderamente a su imparcialidad e independencia y en que casos debe proceder su abstención. El deber de revelación a sido descrito a partir de aquí como un auténtico “seguro de vida” de la instancia arbitral<sup>31</sup>. Por eso su incumplimiento puede traer consigo tres mecanismos sancionadores: la anulación del laudo arbitral, la recusación y la propia responsabilidad del árbitro<sup>32</sup>. Este principio experimenta ciertas inflexiones en los distintos sistemas estatales.

10. En EE UU cuando exista la más mínima duda sobre la existencia 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 tengan un carácter meramente trivial<sup>33</sup>. Por ejemplo, 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*”<sup>34</sup>. El fallo en cuestión es importante porque aunque el árbitro acreditó que no había motivos suficientes para determinar la falta de independencia o imparcialidad, el Tribunal Supremo entendió que había incumplido su deber de divulgar. Desde entonces, algunos tribunales federales

---

*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*”.

<sup>29</sup> AAA-ABA Code of Ethics, Canon II; IBA Guidelines, General Standard 2(b). En la reforma de 2006 del Regl. CIADI se ha pretendido aumentar las garantías de independencia e imparcialidad de los árbitros. En la declaración que deben firmar todos los árbitros en el momento de la constitución del tribunal incorporada en la regla 6 se ha añadido la obligación de los árbitros de declarar cualquier circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en la imparcialidad de juicio del árbitro. *Vid.* nota de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *Arbitraje*, vol. I, nº 1, 2008, pp. 284-285.

<sup>30</sup> A.K. Hoffmann, “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.

<sup>31</sup> Th. Clay, *L’arbitre*, París, Dalloz, 2001, p. 318.

<sup>32</sup> Ch. Seraglini, *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.), París, Litec, 2005, pp. 980-988; Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, pp. 325-372 (364).

<sup>33</sup> A.R. Robertson and L.M. Brennan, “The Law on Overturning Arbitration Awards for Partiality Is Confused”, *The Committee on Commercial & Business Litigation*, vol. 10, nº 3, 2009 <http://www.cprad-r.org/DesktopModules/iBN%20News%20Articles/Download.aspx?AttachmentID=147>.

<sup>34</sup> 714 F.2d 679 (7th Cir. 1983). <http://openjurist.org/714/f2d/673>.

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<sup>35</sup>.

En el Derecho francés la obligación de revelación tiene un contenido propio en el art. 1452.2º NCPC (“*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*”). Dicho precepto presenta una doble subjetividad en el sentido de que el árbitro debe revelar lo que él cree que las partes considerarían una causa de recusación lo que obliga a realizar al árbitro un “razonamiento que tiende a objetivar la situación<sup>36</sup>”. La *Cour d’appel* de París 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 dicho tribunal 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<sup>37</sup>. La jurisprudencia francesa es pródiga en ejemplos sancionadores de una mala práctica del deber de información.

El art. 17.2º LA española (2003) recoge puntualmente el sentido del art. 12.1º LMU configurándose como una obligación que el árbitro debe cumplimentar antes de aceptar su nombramiento. 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”.<sup>38</sup>. La práctica española mantiene esta posición. En el asunto *Skoda Power, S.A. / Abener Energia–El Sauz, S.A. de C.V.* la Audiencia Provincial de Madrid afirmó que el árbitro debe, conforme al

“... 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”<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Vid. *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Cas.*, 393 U.S. 145, 151-52 (89 S.Ct. 337, 21 L.Ed.2d 301) (1968), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=393&invol=145>; *Schmitz v. Zilveti*, 20 F.3d 1043 (9th Cir. 1994). <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/20/1043/523107/>; *HSMV Corp. v. ADI Ltd.*, 72 F.Supp.2d 1122 (C.D. Cal. 1999); *Al-Harbi v. Citibank*, 85 F.3d 680 (D.C. Cir. 1996). <http://openjurist.org/85/f3d/680/al-harbi-v-citibank-na-as>. Vid. T. Weiner, “Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: Arbitration”, *George Washington L. Rev.*, vol. 65, 1997, pp. 616 ss.

<sup>36</sup> Vid. Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre...”, pp. 347-348.

<sup>37</sup> *Inter alia*, CA París (1<sup>re</sup> Ch. suppl), June 2, 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 ss; 1992, pp. 568 ss y nota P. Bellet y 1996, pp. 496-502.

<sup>38</sup> Vid. Regla 11.2º Regl. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid (2009), *Arbitraje*, vol. II, nº 3, 2009, p. 909.

<sup>39</sup> SAP Madrid 5 de mayo de 2008, *Arbitraje*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 554 ss y nota C. Martín Brañas.

11. Rara vez acontece que en las cláusulas de arbitraje que opten por un arbitraje *ad hoc* se detallen pautas negativas que fijen impedimentos y obligaciones del árbitro para evitar situaciones conflictivas, especialmente aquéllas que no están previstas claramente como causales de implicancia o 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 vamos a examinar tiene plena efectividad en el arbitraje administrado por la existencia de un centro de arbitraje que puede actuar ejerciendo una labor de control al contar con competencia para pronunciarse sobre una eventual recusación. Incluso se afirma que es una de las virtudes esenciales del arbitraje administrado. Junto al objetivo de preservar el prestigio de la institución administradora el referido 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 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 mismo<sup>40</sup>. De lo expuesto se infiere que 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 incluyen criterios objetivos como la independencia del árbitro, que pueden dar lugar a impugnaciones forzadas basadas en una aparente imparcialidad del árbitro<sup>41</sup>.

12. Las partes del arbitraje, una vez informadas, son las que tienen el protagonismo del control 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 árbitro<sup>42</sup>. El árbitro está obligado a revelar a 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*”<sup>43</sup>, 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

---

<sup>40</sup> B.M<sup>a</sup> Cremades, “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.

<sup>41</sup> E. Gaillard, “Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796, esp. p. 761; A. Fré, “Delaying Tactics in Arbitration”, *Disp. Res. J.*, vol. 59, n° 4, 2004-2005.

<sup>42</sup> Th. Clay, *L’arbitre*, op. cit., n°s 378-395.

<sup>43</sup> CA París (1<sup>ère</sup> Ch. Sec. C) 12 de febrero de 2009, *S.A. J&P Avax S.A. / Société Tecnimont SPA*, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 ss y nota de Th. Clay.

se formula motivo alguno de abstención o de recusación, el árbitro podrá desempeñar libremente sus funciones.

Interesa, sin embargo, insistir sobre el contenido de la declaración. Ésta 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 del dictamen del miembro del tribunal en el caso *Commonwealth Corp* por el cual se dictaminó que es mejor que se haga pública la relación al principio, cuando las partes tienen la libertad de rechazar o aceptar al árbitro sabiendo de la existencia de la relación. Al mismo tiempo, debe reconocerse que las relaciones comerciales de un árbitro pueden ser verdaderamente diversas, 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*”<sup>44</sup> hasta llegar a situaciones absurdas como el deber de declarar un encuentro fugaz en la calle. 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 académicas, 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 propuesto. 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.

13. Como es natural en los reglamentos de arbitraje el deber de información de los árbitros suele estar minuciosamente regulado. Baste atender a que el art. 9 Regl. Uncitral (1976) dispone que: “La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias 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”. Y el art.10 añade que “Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”, aunque también da cuenta de una precisión temporal en el sentido de que “Una parte no podrá recusar al

---

<sup>44</sup> 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).

árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación”.

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 art. 7.2º Regl. CCI: “Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios”.

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, profesional, 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 nº 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 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”.*

14. El deber de información al que nos estamos refiriendo comienza en el momento designación o propuesta de nombramiento el 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.

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 problemático 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 razonablemente 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.

Lo 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.

## 2. Deber de transparencia

### A) Imparcialidad

15. La imparcialidad constituye una cualidad esencial de todo juzgador, ya sea árbitro o juez; pero la dificultad de su prueba objetiva requiere la remisión a situaciones de hecho objetivas<sup>45</sup>. En el arbitraje presupone la posición equidistante que deben mantener los árbitros respecto de las posiciones de las partes expresadas al inicio del procedimiento. Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa en la consideración de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta; generalmente dicha apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro. La imparcialidad debe tener un carácter absoluto para todos los miembros de un tribunal de arbitraje, y no puede hacerse ninguna distinción en cuanto a los parámetros de imparcialidad, entre los miembros de un tribunal de arbitraje, cualquiera que haya sido el método de su nombramiento<sup>46</sup>.

Es una situación que únicamente puede verificarse a partir de la práctica, *v.gr.*, los vínculos de dependencia con alguna de las partes pueden proporcionar indicios que cuestionen la imparcialidad que deben ser cumplidas por todo árbitro para asegurar un proceso justo<sup>47</sup>. Las modernas legislaciones de arbitraje cada vez son cada vez más sensibles a asegurar la garantía del postulado que estamos examinando observándose un marcado condicionamiento internacional en la regulación de estas cuestiones<sup>48</sup>; dicha garantía adquiere su máxima eficacia a través de la impugnación del laudo sobre el que recaiga una sospecha de parcialidad<sup>49</sup>; incluso se llega a afirmar que la violación por

<sup>45</sup> E. Verdera y Tuells, "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial", *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 137-177, esp.p. 174.

<sup>46</sup> M. Tupman, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 38, 1989, pp. 26 ss, esp. p. 45.

<sup>47</sup> D. Bishop and L. Reed, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 14, n° 4, 1998, pp. 407-423.

<sup>48</sup> *V.gr.* el nuevo art. 815 *c.p.c.* italiano. *Vid.* C. Consolo, "La ricusazione dell'árbitro", *Riv. arb.*, vol. VIII, 1998, pp. 17-31; *id.*, "Imparcialità degli arbitri. Ricusazione", *Riv. arb.*, vol. XV, 2005, pp. 727-743.

<sup>49</sup> E. Fazzalari, "Ancora sulla imparcialità dell'árbitro", *Riv. arb.*, vol. VIII, 1998, pp. 3-4.

parte del árbitro del deber de imparcialidad constituye una evidente infracción del orden público<sup>50</sup> o que ha de ser apreciada desde un parámetro “quasi-judicial”<sup>51</sup>.

Una vez iniciado el arbitraje es factible observar una actuación parcial, cuando el árbitro, sin motivación alguna, confiere prevalencia a la tesis de una de las partes aun cuando exista en sentido contrario una evidencia legal incontrovertible o se considere probado un determinado hecho que ni siquiera ha sido probado de manera indiciaria.

Así concebida, la imparcialidad se configura como una noción de carácter subjetivo de muy difícil precisión pues se refiere a una determinada actitud mental que comporta la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o hacia el asunto en particular. Y es aquí donde es oportuna la distinción entre dos conceptos, el de “predilección” y el de “parcialidad”. La predilección significa favorecer a una persona sin perjudicar a la otra, mientras que la parcialidad implicar favorecer a una persona perjudicando a otra<sup>52</sup>. Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes. La imparcialidad no significa el no ser parte; es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente; el árbitro, al igual que el juez, debe poner entre paréntesis todas sus consideraciones subjetivas y en el objeto, olvidándose de su propia personalidad. Es, en la esfera de lo emocional, lo que la objetividad es en la órbita intelectual; por su parte, los autores anglosajones definen la imparcialidad como el actuar libre de presiones, lo que se traduce en resolver el asunto en forma justa. Por analogía con lo que acontece con los Jueces y los Magistrados, la imparcialidad de un árbitro es algo que se presume y las pruebas de su inexistencia deben revestir cierta contundencia fáctica y no deducirse de meras apreciaciones personales dictadas por las circunstancias<sup>53</sup>. En este punto no se consideran circunstancias generadoras de parcialidad, en términos generales, determinados “índices sociales” como pertenencia confesional, profesional o política, o presencia común en manifestaciones científicas, como, por ejemplo, un instituto de estudios e investigación o una publicación periódica.

Cuanto antecede ofrece una especial relevancia en el arbitraje comercial internacional por lo frecuente de la coexistencia de culturas jurídicas diversas, que puede dar lugar a equívocos, sobre todo cuando existen en el procedimiento personas procedentes del ámbito anglosajón y del ámbito del Derecho escrito y lo que para unos resulta una conducta parcial, para otros puede que no sea así<sup>54</sup>.

## B) Independencia

16. Se ha dicho con razón que la independencia no es sólo una virtud, sino una condición inherente a la libertad de juzgar, implicando dicha libertad estar ajeno a cualquier consideración ideológica, política o de solidaridad profesional<sup>55</sup>. El principio

<sup>50</sup> C. Giovannucci Orlandi, “Ethics for International Arbitrators”, *University of Missouri-Kansas City L. Rev.*, vol. 67, 1998, pp. 93 ss, esp. p. 109.

<sup>51</sup> En los tribunales británicos: *Wessanen’s Koninklijke Fabrieken N.V. v. Isaac Modiano, Brother & Sons, Ltd.*, 2 Lloyd’s Rep.257 (1960).

<sup>52</sup> D.J. Branson, “American Party-Appointed Arbitrators –Not the Three Monkeys”, *University of Dayton L. Rev.*, vol. 30, n° 1, 2004, pp. 1-62 (51).

<sup>53</sup> ECHR Jun 23, 1981, *Le Compte, Van Leuven y De Meyer*, ECHR 1981, 2, serie A, n° 43, p. 25, ap. 58.

<sup>54</sup> L. Salvaneschi, “Sull’imparzialità dell’árbitro”, *Riv. dir. proc.*, vol. 59, pp. 409-434.

<sup>55</sup> *Vid.* J.D. Bredin, “Qu’est-ce que l’indépendance du juge?”, *Justices*, n° 3, janvier-juin, 1996, p. 165.

de la independencia en el arbitraje comercial es un presupuesto habilitante objetivo y material respecto de las partes y de la institución arbitral. Implica una valoración objetiva con el propósito de determinar si el árbitro y una de las partes actúan bajo una relación de parentesco o, *v.gr.*, bajo una relación de negocios o de carácter financiero. Dicha valoración tiene por objeto realizar comprobar la apariencia de perjuicio, no de su verdadera existencia<sup>56</sup>. Si la imparcialidad es una predisposición del espíritu, la independencia es una situación de carácter objetivo, mucho más fácil de precisar<sup>57</sup>, pues se desprende de la existencia de vínculos de los árbitros con las partes o con las personas estrechamente vinculadas a éstas o a la controversia, ya sea en relaciones de naturaleza personal, social, económicas, financieras o de cualquier naturaleza<sup>58</sup>. En este caso la valoración debe derivarse de las circunstancias concretas que rodean el ejercicio de la función arbitral en un caso concreto. Garantizar la independencia del árbitro tiene dos propósitos: asegurar la transparencia requerida para las partes que de otra forma no podrán gozar y asegurar la integridad del procedimiento, ya que el silencio de una parte respecto a un hecho relevante conocido por ella durante un plazo corto, se sanciona con la pérdida del derecho de protestar o recusar después de haber transcurrido dicho plazo.

El estudio de esos vínculos permite concluir si un árbitro es o no independiente, el problema es su cualidad acreditada para apreciar la falta de independencia, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente. La jurisprudencia inglesa considera que la independencia es “*an absence of connection with either of the parties in the sense of an absence of any interest in, or of any present or prospective business or other connection with, one of the parties, which might lead the arbitrator to favour the party concerned*”<sup>59</sup>. Destaca el asunto *Laker Airways Incorporated v. FLS Aerospace Ltd and another*<sup>60</sup>. Se trataba de un árbitro que había actuado en varias instancias como consejero de una de las partes. El tribunal consideró que “*the test for removal of an arbitrator under section 24 of the Arbitration Act 1996 was objective in at least two respects. First, the court had to find that circumstances existed, and were not merely believed to exist, although it was possible that a belief could be a circumstance. Secondly, the circumstances found by the court had to justify doubts as to the arbitrator's impartiality. An unjustifiable or, perhaps, an unreasonable doubt was not sufficient*”.

<sup>56</sup> S. Donahey, “The Independencia and Neutrality of Arbitrators”, *J. Int'l Arb.*, vol. 9, 1992, p. 31.

<sup>57</sup> En el Derecho inglés se insiste en la nota de imparcialidad respecto a la de independencia, *v.gr.*, Sections 24 and 33 English Arbitration Act (1996).

<sup>58</sup> Acerca de contenido del deber de independencia del árbitro, *vid.* la interesante y sugerente monografía de M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, París, LGDJ, 2001; *vid.*, asimismo, N. Alam, “Independencia and Imparciality in International Arbitration . As Assessment”, *Trasnational Dispute Management*, vol. I, n° 2, 2004. [http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article205b.htm#\\_ftn21](http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article205b.htm#_ftn21); L. Trakman, “The Impartiality and Independencia of Arbitrators Recosidered”, *Int'l Arb'n L.Rev.*, vol. 10, n° 4, 2007, pp. 124-134.

<sup>59</sup> England's Court of Appeal, *AT&T Corp v Saudi Cable Co* [2000] 2 All ER (Comm) 625. *Vid.* Ph. Sarrailhé, “L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre devant les juges anglais”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 211-227.

<sup>60</sup> (England and Wales) High Court (Queen's Bench Division, Commercial Court), *Rix J.*, 20th April 1999 [2000] 1WLR 113; 1999] 2 Lloyd's Rep 45.

17. Debe abundarse en que la independencia del árbitro ha de predicarse no sólo en relación a las partes sino también con sus representantes, con los demás árbitros o a la institución arbitral. La jurisprudencia contempla estas situaciones con cierta severidad considerado, *v.gr.*, una falta de independencia el hecho de que la hija del árbitro trabaje como abogada en el despacho que le ha propuesto y que dicho árbitro no informe de tal circunstancia<sup>61</sup>.

Según parece, las veces que ha sido nominado árbitro o presidente del tribunal arbitral por el centro de arbitraje van en relación inversa a la presunción de independencia. Y esa presunción desaparece cuando una misma firma de abogados utiliza con asiduidad un determinado “árbitro independiente” pues cabe sospechar una tendencia al favorecimiento de sus intereses, para seguir siendo propuesto con posterioridad. Resulta aconsejable que el árbitro, caso de ser designado por una de las partes, manifieste en su declaración de independencia cuántas veces ha sido designado por los abogados de la parte que lo propone. Configurado así el ámbito de la independencia de los árbitros no cabe duda que puede entrañar una situación diferencial en orden a la participación como árbitros de los abogados de las grandes firmas pues éstas son más proclives al mantenimiento de conflictos de intereses. Por esta razón se percibe una cierta predisposición al abandono por parte de juristas especializados en arbitraje de la *law firm* para establecerse en despachos propios con la denominación un tanto pomposa de “árbitros independientes” (equivalente a la de “soldado valiente”), como si fueran los únicos en que concurre tal condición<sup>62</sup>.

### 3. *Árbitros designados por una parte*

18. La figura denominada como árbitros designados por una parte si bien proviene esencialmente del arbitraje internacional, se ha extendido también al arbitraje interno; a partir de la misma se acepta que las partes designen unilateralmente a uno de los árbitros de un tribunal colegiado. Dicha figura se ha visto favorecida por la concepción contractualista del arbitraje que domina en ciertos sistemas, donde la intervención de estos terceros es una actividad de complemento en la interpretación de un acto o contrato, más que la solución de una controversia ante la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia francesa a partir del asunto *Ury / Galeries Lafayette*<sup>63</sup> ha negado tajantemente que la misión del árbitro derive de un contrato de mandato que le vincule a la parte que lo ha designado y, en consecuencia, rechazado la concepción misma del *arbitre-partie*. Ello cual ha tenido importantes consecuencias en relación con la responsabilidad vinculada al ejercicio de su misión y en relación con el cobro de sus honorarios<sup>64</sup>. Por esa razón la presencia de árbitros designados por una parte constituye para ellas la garantía moral y psicológica de que su punto de vista será comprendido

<sup>61</sup> CA París, 18 de diciembre de 2008 (*SARL Avelines Conseils*): “*En l’espèce, force est de constater qu’il n’a pas été satisfait à cette obligation d’information, la société A. ayant été laissée dans l’ignorance du lien professionnel étroit existant entre la fille de l’un des arbitres et le conseil [de l’autre partie, qui l’avait choisi]*”.

<sup>62</sup> *Vid.* P.F. Schlosser, “L’impartialité et l’indépendance de l’arbitre en droit allemand”, *Riv. arb.*, vol. XV, 2005, pp. 1-15.

<sup>63</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, April 13, 1972, *Rev. arb.*, 1975, pp. 235 ss note E. Loquin.

<sup>64</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, July 3, 1996 (*Société méridionale d’équipements sanitaires et sociaux (Somes) / de Saint-Rapt et autres*), *Rev. arb.*, 1996, pp. 405 ss; *vid.* Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre...”, *loc. cit.*, p. 330.

aunque no sea el que al final se adopte<sup>65</sup>. Y en el asunto *I.S.A. v V*, el referido Tribunal afirmó que “*a party-appointed arbitrator does not lose his independenty just because one of his partners is acting against one of the parties’ affiliate*”<sup>66</sup>.

19. Los árbitros designados por una parte han dado lugar en EE UU a una copiosa literatura jurídica y han acaparado gran atención de los tribunales<sup>67</sup>. Los árbitros designados por las partes tradicionalmente no estaban obligados a satisfacer los mismos niveles de independencia e imparcialidad que se imponen al resto de los árbitros. Así, en su versión original el Canon VII del *AAA-ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* permitía a estos árbitros estar “predispuestos” en favor de la parte que los designa y tener comunicaciones con dicha parte, sometiéndoles únicamente a una obligación general de integridad y buena fe. Semejante posición obedecía a una corriente jurisprudencial de la que era expresiva la decisión de la *Court of Appeals* de Nueva York 28 de marzo de 1962 que afirmó expresamente que un árbitro de este tipo, que “*partisan may be but not dishonest*”<sup>68</sup> consintiendo la designación de un árbitro que era miembro del consejo de administración de una de las partes.

No obstante, en 2004 la ABA y la AAA revisaron su Código a fin de armonizarlo con la tradición y práctica internacionales, estableciendo a partir de entonces la presunción de neutralidad para todos los árbitros, incluyendo los árbitros designados por una parte, y exigiendo de todos ellos por igual la más absoluta independencia e imparcialidad<sup>69</sup>. Es conveniente recordar que el Código revisado sujeta el principio de neutralidad a que las partes, la ley o las reglas aplicables al arbitraje en cuestión establezcan lo contrario. En una palabra, el principio de neutralidad es de carácter dispositivo. Las obligaciones éticas establecidas en el Código de 2004 se distinguen entre las aplicables a los árbitros en general y las que se prescriben para los árbitros designados por una parte. En este sentido, se permite que tales árbitros actúen de forma predispuesta hacia las partes que los han designado e incluso que mantengan comunicación con ella fuera del marco del arbitraje. El principio de neutralidad de los árbitros designados por una parte ha prevalecido en la doctrina y en la práctica arbitral pero no han dejado de suscitarse los problemas éticos o que sean menos peligrosos para la debida imparcialidad e independencia de los árbitros. Quizá por ello el Código enfatiza, al mismo tiempo, que los árbitros deben actuar de buena fe, con integridad y equidad. Dicha dependencia no les exonera, sin embargo de la sujeción a las normas éticas, que propugnan la integridad y equidad del proceso de arbitraje, tales como las obligaciones antes apuntadas, no

<sup>65</sup> CA París, January 16, 2003 (*Société des télécommunications internationales du Cameroun (Intelcam) / SA France Télécom*), *Rev. arb.*, 2004, pp. 369 ss note L. Jaeger.

<sup>66</sup> ATF, February 9, 1998, *I.S.A. v V*, *Bull. ASA*, vol. 16, 1999, pp. 634 ss. Vid., asimismo el asunto *Hitachi*, ATF, June 30, 1994, *Hitachi Ltd SMS Schloemann*, *Bull. ASA*, vol. 15, 1997, pp. 99-107.

<sup>67</sup> M. Hunter and I. Paulsson, “A Code of Ethics for Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arbitration*, vol. 13, 1985, pp. 153 *et seq*; P. Bellet, “Des arbitres neutres et non neutres”, *Études de droit international en l’honneur del Pierre Lalive*, Bâle/Frankfurt Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 399-409; L.S. Murray, “Impartiality of the Party – Appointed Arbitrator”, *Arb. Int’l*, vol. 6, 1990, pp. 320-322; D.A. Kennedy, “Predisposed With Integrity: The Elusive Quest for Justice in Tripartite Arbitrations”, *Georgetown. J. Legal Ethics*, vol. 8, 1995, pp. 749 *et seq*; J.H. Carter, “Living with the Party-Appointed Arbitrator: Judicial Confusion, Ethical Codes and Practical Advice”, *Am. Rev. Intl. Arb.*, vol. 3, 1992, pp. 153 *et seq*; *id.*, “Improving Life with the Party-Appointed Arbitrator: Clearer Conduct Guidelines for ‘Non Neutrals’”, *Am. Rev. Intl. Arb.*, vol. 11, 2000, pp. 295 ss

<sup>68</sup> *Matter of Astoria Medical Group (Health Ins. Plan)*, 11 NY 2nd; 182 N.E. 2d 85(1962).

<sup>69</sup> D.J. Branson, “American Party-Appointed Arbitrators...”, *loc. cit.*, pp. 1-62.

participar en tácticas dilatorias; no efectuar declaraciones a los otros árbitros, que a su leal saber y entender sean falsas o engañosas, etc.

20. Desde un punto de vista teórico, se entiende que dicho nombramiento no debiera menoscabar la libertad del árbitro, pero la práctica demuestra que esta forma de designación puede llegar a deformar la función arbitral, por todo lo que entraña de pérdida de independencia e imparcialidad y el riesgo de que el tercero llamado a resolver la contienda se convierta en un mandatario de la parte, desvirtuando su misión originaria<sup>70</sup>. La práctica se fue en efecto decantando hacia el nombramiento como co-árbitros a las personas que se sentían cercanas a las partes y actuaban, prácticamente, como representantes de ellas, considerándose suficiente la imparcialidad del tercer árbitro, que ejercía las funciones de presidente del tribunal arbitral<sup>71</sup>; hasta el punto que se ha llegado a afirmar que la presencia de los árbitros designados por las partes constituye para estas últimas una garantía moral o psicológica de que su punto de vista será considerado, aunque a la postre no sea aceptado<sup>72</sup>. No obstante, cierto sector de la práctica arbitral se pregunta por qué utilizar un árbitro para que actúe como defensor cuando las partes cuentan con abogados para ese menester. Y el problema se agrava por el hecho de que en determinados arbitrajes el círculo de los eventuales árbitros puede ser muy reducido y las partes tiendan a nombrar al árbitro afecto con la intención de que favorezca sus pretensiones<sup>73</sup>.

21. Por influencia directa del art. 12.2º LMU suele figurar en la generalidad de las legislaciones la exigencia a “todos” los árbitros de guardar su independencia e imparcialidad<sup>74</sup>. El legislador español de 2003 impone estos deberes a los árbitros “al margen de quien los haya designado” (Exposición de Motivos)

La selección de los árbitros es acaso uno de los aspectos más delicados del arbitraje<sup>75</sup>. Es evidente que las partes buscan en esta operación del árbitro, entre otros factores<sup>76</sup>, el máximo de predisposición a su favor y el mínimo de hostilidad, esto es, una mezcla entre juez y abogado de la parte que lo ha nombrado que se resume con la expresión “mí

---

<sup>70</sup> L. Laudisa, “Árbitro nominato dalla parte o árbitro di parte?”, *Riv. arb.*, vol. IX, 1999, pp. 363-374; J. Dolinger, “O Árbitro da Parte – Considerações Éticas e Práticas”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 6, 2005, pp. 29-44.

<sup>71</sup> C. Consolo, “Arbitri di parte ‘non neutrale’”, *Riv. arb.*, vol. XI, 2001, pp. 9-17.

<sup>72</sup> D. Hascher, “Principes et pratiques de procedure dans l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 279, 1999, pp. 51-193 (141).

<sup>73</sup> R.D. Taichert, “Why not Provide for Neutral Party-Appointed Arbitrators?”, *Disp. Res. J.*, vol. 57, nº 4, 2002-2003.

<sup>74</sup> E. Fazzalari, “L’etica dell’arbitrato”, *Riv. arb.*, vol. II, 1992, pp. 1-6, esp. pp. 3-4.

<sup>75</sup> T.E. Carbonneau, “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement”, *Vanderbilt J. Trans’l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1189 ss, esp. p. 1209.

<sup>76</sup> L. Kopelmanas, “La rédaction des clauses d’arbitrage et le choix des arbitres”, *Hommage à Frédéric Eisemann*, París, ICC Services Sarl, 1978, pp. 23-30; E. Robine, “Le choix des arbitres”, *Rev. arb.*, 1990, pp. 315-336; J.H. Carter, “The Selection of Arbitrators”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 5, 1994, pp. 84-96; D. Bishop and L. Reed, “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int’l*, vol. 14, 1998, pp. 395 ss; P. Lalive, “Le choix de l’arbitre”, *Mélanges Jacques Robert, “Libertés”*, París, Montchrestien, 1998, pp. 353-363; C.T. Salomon, “Selecting in International Arbitrator: Five Factor To Considerer”, *Mealey’s International Arbitration Report*, vol. 17, nº 10, 2002, pp. 25-28. <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/0405202743129.pdf>.

árbitro<sup>77</sup>. Para ello requieren una copiosa información acerca del candidato e incluso recurren a la incorrecta práctica de someterle a una entrevista previa para interrogarle acerca de su actitud frente al asunto. Pero al margen de estas prácticas viciosas en las que el candidato no debe colaborar, proponer a una personalidad para ser árbitro de parte no tiene nada de irregular<sup>78</sup>, no obstante el árbitro así nombrado normalmente asume asegurar que el caso presentado por la parte que lo nombró sea adecuadamente oído y entendido por todos los miembros del tribunal arbitral. La independencia no lleva aparejada la indiferencia e, incluso, la hostilidad del árbitro nombrado<sup>79</sup>.

No se trata de un deber hacia la parte que lo nombró, que en modo alguno es su cliente, y siempre deberá actuar de forma imparcial e independiente respecto de todas las partes en el arbitraje, asegurándose de que todas las cuestiones planteadas estén resueltas y que se valoren los argumentos y pruebas ofrecidas por todas las partes. Dichos deberes impiden a este tipo de árbitro tener comunicación con la parte que lo designó sobre cuestiones relativas al arbitraje, ya que ello violaría el derecho de igualdad que tienen las partes y además evitan que se sientan obligados a dar a conocer su voto particular, cuando el laudo no favorece a la parte que lo designó.

Constituye una grave incorrección considerar que el árbitro debe proteger los intereses de la parte que lo designó y esta cuestión nos conduce de nuevo al tema de los “arbitrajes truncados”: podría darse el caso de que el árbitro designado por una de las partes perjudicada por ese juicio de valor, olvidando la neutralidad que debe presidir su actuación en todo momento, abandone al Tribunal para impedir o demorar el resultado previsible del arbitraje.

#### 4. Inhabilitación de los árbitros por violación del deber de transparencia

##### A) Diversidad de supuestos

22. No existe un modelo único para obtener la inhabilitación de los árbitros y, pese a lo que suele sostenerse, la tradición continental es sólo aparentemente más restrictiva que la de los países del *common law*<sup>80</sup>. En el Derecho comparado se aprecian dos opciones técnicas, que oscilan entre aplicar a los árbitros las mismas causales previstas para los jueces ordinarios, o bien establecer un sistema más flexible, con causales genéricas; este último modelo viene abriéndose paso en los distintos sistemas estatales, por influencia de la LMU<sup>81</sup>.

Procederá la recusación de un árbitro cuando sea razonable inferir la ausencia de imparcialidad, la presencia de una parcialidad o de algún interés por su parte en el resultado de un arbitraje; este interés o parcialidad puede ser directo, cierto y susceptible de ser razonablemente comprobado en lugar de ser algo distante o especulativo. Son múltiples las circunstancias que pueden poner en marcha una recusación por parcialidad del árbitro aunque, con carácter general, lo que debe acreditarse es que el árbitro

<sup>77</sup> Ph. Grandjean, *Rev. arb.*, 2000, p. 310.

<sup>78</sup> *Vid.* la práctica en U.S.A. en A. Lowenfeld, “The Party-Appointed Arbitrator in International controversies: Some Reflections”, *Tex. Int’l L. J.*, vol. 30, 1995, pp. 59-69.

<sup>79</sup> Se apunta en tal sentido a que no resulta aceptable que el árbitro mantenga una actitud de desconocimiento absoluto hacia la parte que lo ha seleccionado: A. Beyly, “The Manager and Arbitration”, *J. Int’l Arb’n*, vol. 3, n° 7, 1986, pp. 7 ss

<sup>80</sup> L. Dittrich, “L’imparzialità dell’arbitro nell’arbitrato interno ed internazionale”, *Riv. dir. proc.*, vol. L, 1995, p. 160.

<sup>81</sup> C. Consolo, “La ricusazione dell’arbitro”, *Riv. arb.*, vol. 8, 1998, pp. 17-32.

mantenga una “parcialidad personal” con respecto a una de las partes<sup>82</sup>. Sin pretender un análisis exhaustivo, la falta de transparencia puede derivarse

i) De relaciones de índole personal, *v.gr.*, mantener o haber mantenido un vínculo de parentesco por consanguinidad o matrimonio con alguna de las partes, sus abogados o testigos<sup>83</sup> o ser miembro de la familia, socio comercial o garante o fiador de las obligaciones de alguna de las partes o bien ser tenedor de bonos o accionista de una parte que sea una empresa.

ii) De una postura hostil respecto a una de las partes, sus abogados o testigos como, *v.gr.*, haber presentado una demanda en contra de una de las partes o haber sido acusado por una de ellas en otra acción, instituida o resuelta, en los últimos años. En la jurisprudencia canadiense el asunto *Société de transport de la Rive-Sud de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique, S.L.* se apoya en la existencia de un odio manifiesto entre el árbitro y una de las partes como elemento justificativo de la recusación de un árbitro: “*La récusation peut aussi être accordée s’il y a inimitié capitale entre les arbitres et une partie. L’inimitié est plus forte que la partialité*”<sup>84</sup>.

iii) Del conocimiento previo por parte del árbitro de ciertos hechos relacionados con el litigio que puedan condicionar su decisión futura; esta circunstancia puede dar lugar a la anulación del laudo o a la anulación parcial por considerarse que ha existido una falta de independencia<sup>85</sup>.

iv) De la pertenencia del árbitro al consejo de la institución arbitral encargada de la designación de los árbitros; o de ser miembro de una asociación de arbitraje a la que pertenezcan otros participantes en el proceso arbitral. Sin embargo, in *Red Eléctrica de España, S.A. / Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.* la Audiencia Provincial de Madrid consideró que el hecho de que el Presidente del tribunal arbitral y de uno de los árbitros designado fueran vicepresidentes de una asociación de arbitraje, de donde era secretario también el abogado de una de las partes, no vulneraba los principios de independencia y de imparcialidad determinados en el art. 17.1º LA española (2003)<sup>86</sup>.

v) De la existencia de una relación académica o pertenecer a un determinado cuerpo de la Administración del Estado. Estas circunstancias no suelen prosperar. Resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica, de 3 de mayo de 2002 (*Scott Paper Company, S.A. / Dario Express R. Castro e hijos, S.A.*), en relación con unos profesores de la Escuela Libre de Derecho, al afirmar que “... la condición de profesores universitarios que pueden compartir dos abogados dentro de una misma casa de estudios, no es un motivo que necesariamente deba generar dudas sobre la imparcialidad de los funcionarios llamados a resolver la controversia. Por las

<sup>82</sup> H. Van Houtte, “Les critères de récusation de l’arbitre”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, París, Centre Français de Droit Comparé, 8, 2005, pp. 95-100.

<sup>83</sup> ATF, September 16, 1988, *Société Ligier et Société Diffusia / Société Alfa Lancia Industriale, Rev. arb.*, 1989, pp. 505 ss.

<sup>84</sup> [2001] 3333, IIJCan 11369 (QC A.G.).

<sup>85</sup> P. Lalive, J.-F. Poudret and C. Raymond, *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989, p. 440; C.A. París, December 4, 1979, *Cornú / Comptoir commercial André & Cie, Rev. arb.*, 1981, p. 146 y nota J. Rubellin-Devichi.

<sup>86</sup> SAP 15 de febrero de 2008, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 269 ss y nota de S. Álvarez González.

particularidades que este especial tipo de relación de subordinación presenta, en virtud del principio de libertad de cátedra (...), se considera que esta situación está muy alejada de las relaciones de compañerismo y amistad”<sup>87</sup>. Del segundo caso es elocuente el asunto *Minas de Almadén y Arrayanes, S.A. / Normaluminium, S.A.* donde la Audiencia Provincial de Madrid consideró absolutamente absurdo entender que la pertenencia al Cuerpo español de Abogados del Estado produce vínculos tan fuertes con las instituciones y organismos de la Administración “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”<sup>88</sup>.

23. En un la designación de un árbitro no pueden prevalecer en ningún caso las cuestiones religiosas, étnicas, de género, de clase o las orientaciones sexuales. Pero se han dado supuestos en los que se desprende un cierto aroma de “conflicto de civilizaciones”. In *Westland Helicopters* la sociedad demandada egipcia puso en duda la regularidad de la composición del tribunal arbitral compuesto por un sueco, un francés y un suizo y, posteriormente, por no incluir ningún nacional perteneciente a un país en vías de desarrollo; y la cuestión no puede descartarse, sobre todo el arbitrajes con países árabes, respecto a la religión del árbitro. In *casu*, la impugnación de los árbitros obedeció a raras razones de localismo por vincularse su nacionalidad a la sede del arbitraje; es el caso de un arbitraje ICC donde se fijó Ginebra como la sede de un arbitraje y se nombró un árbitro de ese lugar, cuestión que fue objetada por considerar que se trataba de un país de la Unión Europea (*sic*) y, al ser advertido del error, persistiendo en la misma actitud con el argumento de que Ginebra es una ciudad demasiado cercana y bajo la influencia de Francia<sup>89</sup>.

Cuestión distinta es determinar la posibilidad de ser nombrado árbitro en dos procedimientos diferentes (y ante diferentes instituciones) por la misma parte. La primera consideración es que la confianza de una parte en un profesional no es constitutiva de incompatibilidad por imparcialidad demostrada, sino creencia en el buen juicio y buen cumplimiento de su misión. Hasta tal punto es así, que en los EE UU la *American Arbitration Association*, se detiene en este supuesto en su tabla de contenidos éticos para los árbitros internacionales. La participación pasada o presente del árbitro en una controversia conexa ha dado lugar a una cierta controversia en la doctrina francesa, que se ha decantado en favor de la inexistencia de falta de independencia o de imparcialidad. En *Ben Nasser et autre / BNP et Crédit Lyonnais* la *Cour de appel* dejó constancia de que si el árbitro ha intervenido en instancias paralelas puede estar condicionado a la hora de pronunciarse sobre el asunto suscitado en segundo lugar; sin embargo no existe “*ni prévention ni préjugé lorsque l’arbitre est appelé à se prononcer sur une situation de fait proche de celle examinée antérieurement, mais entre parties différentes*”<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> [http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur\\_repartidor.asp?param1=XYZ&param2=1&nValor=1&nValor2=196342&strTipM=T&lResultado=9&strLib=LIB](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ&param2=1&nValor=1&nValor2=196342&strTipM=T&lResultado=9&strLib=LIB).

<sup>88</sup> SAP Madrid 15de septiembre de 2008, <http://audiencias.vlex.es/vid/51238484>.

<sup>89</sup> P. Lalive, “Sur des dimensions culturelles de l’arbitrage international”, *Theory of International Law at the threshold of the 21 st. Century. Essays in honor of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, La Haya, 1996, p. 771; *id.*, “Dérives arbitrales (II)”, *Bull. ASA*, vol. 24, n° 1, 2006, p. 4.

<sup>90</sup> CA París, 14 de octubre de 1993, *Rev. arb.*, 1994, pp. 380 ss y nota de P. Bellet; C. Raymond, “Des connaissances personnelles de l’arbitre à son information privilégiée”, *Rev. arb.*, 1991, pp. 3-18.

Dentro de los supuestos anteriores, la práctica reciente insiste en dos situaciones en las que la imparcialidad del árbitro puede verse comprometida. Su vinculación con las partes o con las firmas de los abogados de éstas o su pertenencia a determinada entidad de promoción del arbitraje de la que también formen parte dichos abogados y/o otros árbitros.

#### B) Relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes

24. La existencia de relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes no conduce inexorablemente a una situación de dependencia que justifique la recusación de un árbitro<sup>91</sup>. El círculo del arbitraje es lo suficientemente reducido como para contemplar la posibilidad de que los árbitros tengan o hayan tenido algún contacto de carácter profesional con las partes. De otra parte, algunos contenciosos exigen una especialización y un conocimiento tan profundo de la materia abordada que reduce el círculo de los operadores o propicia la constante aparición, desde distintas posiciones procesales (árbitros, representantes legales, representantes corporativos, expertos, etc...), de un reducido número de juristas. Dicha situación, y la frecuencia de las interacciones de puestos en el arbitraje desempeñados por las mismas personas, atenta con frecuencia al principio de neutralidad<sup>92</sup>. Teniendo en cuenta estas observaciones la práctica arbitral registra numerosas inflexiones.

La jurisprudencia francesa ha dado muestras de gran flexibilidad en el asunto *Philipp Brothers* rechazando la posibilidad de que un profesional recuse en bloque a todos los demás profesionales de su entorno<sup>93</sup>; y ha insistido en que la pertenencia a una firma legal de dimensiones considerables con divisiones y especializaciones múltiples no implica necesariamente una “asociación de intereses” que justifique semejante recusación<sup>94</sup>. Ahora bien, sentada esta apreciación, la práctica cada vez muestra una mayor individualización de supuestos en los que es admitida la recusación por falta de independencia del árbitro.

Las Cortes inglesas han sostenido que la mera apariencia de parcialidad es suficiente para descalificar a un árbitro<sup>95</sup>. Un precedente interesante lo constituye el caso *Veritas Shipping Corp. v. Anglo-Canadian Cement, Ltd.* en el cual una corte de Londres removió al árbitro designado por una de las partes en un arbitraje ya que él se designó a sí mismo como el árbitro de la parte demandada. En el asunto el árbitro fue descalificado porque existía una evidente relación entre éste y una de las partes por haber sido con anterioridad Director gerente de la misma. El fundamento que la corte londinense dio fue que los árbitros no sólo deben actuar judicial e imparcialmente, sino que además deben aparentarlo<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> J. Robert, “Influence sur la validité de l’arbitrage des rapports antérieurs des arbitres avec les parties”, *Rev. arb.*, 1969, pp. 43-55; Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité d’arbitrage commercial international*, París, Litec, 1999, pp. 584; J.L. Delvolvé, J. Roche and G.H. Pointon, *French Arbitration. Law and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 97 ss.

<sup>92</sup> *Vid.* las atinadas observaciones de P. Lalive, “Sur l’irresponsabilité arbitrale”, *Etudes de Procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435.

<sup>93</sup> TGI París 28 de octubre de 1988 and 29 Juin 29, 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 497.

<sup>94</sup> CA, 28 de junio de 1992 (*KFTCIC / Icori Estero*), *Rev. arb.*, 1992, pp. 568 ss y nota P. Bellet.

<sup>95</sup> *Metropolitan Properties Co. Ltd. v. Lannon* [1969] QB 577 (599) (per Lord Denning). M. Tupman, “Challenge and Disqualification of Arbitrators...”, *loc. cit.*, p. 50.

<sup>96</sup> [1966] 1 Lloyd’s L. Rep. 76 (Q.B. 1965).

25. Diversas decisiones emanadas en el contexto del ICSID se han pronunciado sobre esta cuestión aunque no pueda extraerse una doctrina consolidada pues supuestos conflictos de interés han dado lugar a resultados diversos sobre la elegibilidad de un árbitro. En el caso *Holiday Inns v. Marocco* el árbitro de la parte demandante tuvo que renunciar cuando divulgó que cuatro años antes había sido el director de uno de los demandantes<sup>97</sup>. Por su parte, el caso *Amco v. Indonesia*, la parte demandada recusó el árbitro nombrado por la parte demandante por el hecho de que antes de su nombramiento había asesorado personalmente en materia tributaria al accionista principal de la sociedad demandante; asimismo, su firma de abogados había también tenido, antes del comienzo del arbitraje, un arreglo para la distribución de utilidades con los abogados que representaban a las demandantes, si bien durante el periodo de dicho arreglo ni el accionista ni la demandante habían sido clientes de ninguna de dichas firmas de abogados. A pesar de lo razonable de la preocupación de la parte recusante la propuesta para descalificar fue rechazada por no considerarse lo suficientemente trascendente ante las circunstancias del caso<sup>98</sup>.

En el caso *Zhinvali* la recusación se basó en la existencia de contactos ocasionales y puramente sociales entre el árbitro en cuestión y un ejecutivo que fue clave en la inversión de la parte demandante. Los otros dos árbitros remarcaron la ausencia de cualquier relación profesional o de negocios entre el árbitro y la persona involucrada, y concluyó que el sugerir que un contacto meramente ocasional y personal pudiera afectar manifiestamente el juicio de un árbitro, en la ausencia de hechos adicionales, era puramente especulativo y, en consecuencia desestimaron la recusación<sup>99</sup>. Por último, en el asunto *Vivendi* el árbitro recusado había declarado que uno de sus socios en su firma de abogados prestado servicios de asesoría fiscal a la compañía predecesora de la entidad inversora y que no había tenido participación personal alguna con dicha actividad. En este caso los árbitros que decidieron sobre la recusación consideraron que la relación continua entre el socio y la entidad no era suficientemente significativa para estos efectos y, en consecuencia desestimaron la recusación<sup>100</sup>.

26. Tras el asunto *Promotora Industrial Balear, S.A. / Alba Balear Motor, S.A.*, donde se anuló el laudo arbitral, por acreditarse que el árbitro mantenía relaciones profesionales con el accionista mayoritario de una de las sociedades en litigio<sup>101</sup>, la jurisprudencia española se inclina hacia una interpretación flexible en orden a la verificación de las relaciones entre el árbitro y la parte que lo ha propuesto. Para ello niega la interpretación analógica a los árbitros de las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados, como se desprende del asunto *Rostock Poyectos, S.L. / Técnicas Reunidas, S.A.* En este caso la Audiencia Provincial de Madrid consideró que no se había acreditado la vinculación del árbitro con una importante firma de abogados

<sup>97</sup> *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* (Case No. ARB/72/1), *ICSID Ann.Rep.*, 1977, pp. 32 ss).

<sup>98</sup> ICSID Case No. ARB/81/1, *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Decision sobre propuesta de descalificación del árbitro (24 de junio de 1982), no publicada.

<sup>99</sup> ICSID Case No. ARB/00/1, *Zhinvali Development Ltd. c. Republica de Georgia*, Decision sobre propuesta de descalificación de un árbitro, 19 de enero de 2001, no publicada).

<sup>100</sup> ICSID Case No. ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, Decision on the challenge to the President of the Committee, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, pp. 182-196.

<sup>101</sup> AP Baleares, 4 de febrero de 1997, AC\1977\318.

que representaba a una de las partes<sup>102</sup>. Con posterioridad, in *Skoda Power, S.A. / Abener Energia–El Sauz, S.A. de C.V.* la misma Audiencia Provincial entendió que no atentaba contra los principios de igualdad y de independencia el hecho de que el presidente del tribunal arbitral en el momento de dictar el laudo fuese miembro de en una firma de abogados que negociaba un proceso de fusión (que concluyó con éxito) con el despacho de abogados de una de las partes<sup>103</sup>. En estos casos los tribunales españoles han tenido que tomar partido dentro de una “batalla de indicios” potencialmente comprometedores de la imparcialidad del árbitro contrarrestados por otros de signo contrario que, por el momento, han prevalecido.

### C) Pertenencia del árbitro o del secretario del tribunal arbitral al Consejo de un centro de arbitraje

27. La complejidad de las funciones que competen los centros de arbitraje obliga a cuestionarse muy seriamente acerca de lo que debe hacerse en el caso de que un miembro integrante de un centro de arbitraje sea parte litigante en el arbitraje que administra frente a otra parte que no tenga ningún tipo de relación con aquélla. En tal caso es indudable que concurre una posición de privilegio respecto al nombramiento de los árbitros poniéndose en duda la imparcialidad necesaria en todo arbitraje<sup>104</sup>. Por esa razón los centros de arbitraje más consolidados dan una respuesta tajante a esta cuestión impidiendo que sus funcionarios ejerzan funciones arbitrales en las causas que se tramitan ante ese centro. A este respecto el art. 2 apéndice II Regl. CCI parte de la incompatibilidad absoluta, aunque admite ciertas inflexiones, mostrando una cierta protección corporativa. Según este precepto

1. El Presidente y los miembros de la Secretaría de la Corte no podrán intervenir como árbitro o asesor de parte en asuntos sometidos a arbitraje CCI.

2. Los Vicepresidentes y los demás miembros de la Corte no podrán ser nombrados directamente como árbitros por la Corte. Sin embargo, pueden ser propuestos, para desempeñar tal función, por una o varias partes o conforme a cualquier otro procedimiento de designación convenido por las partes, sujeto a confirmación.

3. Cuando el Presidente, alguno de los Vicepresidentes o cualquier otro miembro de la Corte o de la Secretaría estén involucrados, a cualquier título, en un proceso pendiente ante la Corte, debe así manifestarlo al Secretario General de la Corte desde el momento en que tenga conocimiento de tal situación.

4. Dicha persona deberá abstenerse de toda participación en los debates o en la toma de decisiones de la Corte relacionados con el mencionado proceso y deberá ausentarse de la sesión de la Corte cuando dicho proceso le sea sometido.

5. La persona involucrada no recibirá documentación ni información alguna relacionada con dicho proceso”.

Es frecuente encontrar esta incompatibilidad en los Reglamentos de arbitraje existentes de las plazas más importantes. Incluso figura en algunos sistemas estatales como muestra en Italia el art. 832 *c.p.c.* al regular los arbitrajes que se desarrollan de conformidad con un reglamento preconstituido y que puede afectar a los arbitrajes

<sup>102</sup> *Vid. supra*, note

<sup>103</sup> *Vid. supra* note

<sup>104</sup> *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Luces y sombras del arbitraje internacional en los litigios internacionales”, *RCEA*, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104, esp. pp. 85-86.

internacionales que eligen Italia como sede del arbitraje<sup>105</sup>. Desde el punto de vista deontológico, también se producirá una incompatibilidad manifiesta cuando un miembro de una institución arbitral actúe como asesor en la redacción del documento que incorpora el convenio arbitral, puesto que puede tener interés en la validez de dicho convenio o, incluso, de forma indirecta en favorecer los intereses que, en su momento, defendió por cuenta de la parte a la que asesoró. Y la misma situación acontecerá cuando un miembro del centro arbitral intervenga durante el arbitraje como asesor de una de las partes en litigio, pues cabe la posibilidad de su participación bien en las decisiones prearbitrales que condicionan la intervención del árbitro, o bien en el control de la actuación de los árbitros que es inherente a la administración del arbitraje.

Algunos Códigos éticos no suelen ser especialmente estrictos en este sentido limitándose a advertir a las instituciones arbitrales que se abstengan de designar como árbitros a personas que desempeñen cargos de administración, dirección o gestión, sean miembros de sus órganos de gobierno, o formen parte de su personal empleado, salvo que las partes de mutuo acuerdo las nombren o el Reglamento lo permita. Prescribiendo que en tales supuestos las designaciones deberán limitarse al puesto de árbitro único o presidente del tribunal.

Esta tendencia de la práctica es aún más flexible en España como evidencia el asunto *Comsa, S.A. y Emte, S.A. Ingeniería y Promociones Eólicas, S.L. e Índalo Eólica, S.L.* donde la Audiencia Provincial de Madrid rechazó la impugnación de falta de independencia y de imparcialidad aunque dos de los árbitros fueran, respectivamente, presidente y vicepresidente, de la Corte de Arbitraje que los designó<sup>106</sup>.

28. En la medida en que el secretario del tribunal arbitral desempeñe una actividad meramente organizativa su presencia en un procedimiento arbitral no suscita problema alguno. El límite está en la invasión por parte del secretario de cometidos que incumben únicamente a los árbitros y sus funciones; dígame de paso, en ningún caso podrán extenderse a las funciones decisorias. Las discrepancias se presentan, sin embargo, cuando practiquen tareas jurídicas que desborden la mera asistencia al tribunal o tengan una determinada relación de dependencia con la institución administradora<sup>107</sup>. En el primer caso, es perfectamente asumible la aportación de documentos doctrinales o jurisprudenciales y la preparación de resúmenes de los mismos, la preparación de determinados proyectos de resoluciones de contenido procesal o, incluso, la redacción del resumen fáctico del laudo arbitral. En el segundo caso, aun cuando algunos reglamentos de arbitraje confirmen que el secretario del tribunal arbitral debe pertenecer al personal de la institución de arbitraje y que permitan e, incluso, estimulen la presencia de un secretario procedente de su personal, la respuesta debe ser contraria pues supone una quiebra de la necesaria independencia que debe mantener el tribunal arbitral respecto de la institución administradora.

### **III. Contenido ético del ejercicio de la función arbitral**

<sup>105</sup> Article 832.3º: “Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionale non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi”. Vid. A. Briguglio, “La dimensione transnazionale dell’arbitrato”, *Riv. arb.*, vol. 15, 2005, pp. 679-709, esp. p. 699.

<sup>106</sup> SAP Madrid 25 de noviembre de 2008, JUR 2009\182094.

<sup>107</sup> J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 571-573.

## 1. Disponibilidad

29. Los profesionales en los que recae la función de árbitros asumen una función hondamente compleja y delicada, pues han de dar respuesta a una situación controvertida que enfrenta a las partes y, por eso, su desempeño debe acomodarse a determinados principios y estándares que garanticen la idoneidad de la decisión que alcancen; es decir, con absoluto respeto a una serie de aspectos éticos del arbitraje. Partiendo de su origen se produce una combinación de especialidades desde la dedicación a la Universidad a abogados litigantes, con la formación típicamente pragmática de la tradición del *common law*.

Sin perjuicio de la mayor o menor bondad en esta última elección una característica fundamental que debe adornar la función del árbitro es la disponibilidad de la que debe cerciorarse de una manera muy estricta la institución administradora si se opta por un arbitraje administrado; este última debe, en efecto, garantizar que los árbitros estén en posibilidad material de analizar y valorar de forma razonable todas las alegaciones de las partes evitando en todo momento el nombramiento de árbitros con excesiva carga de trabajo. Precisamente uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la práctica seguida en determinados círculos de arbitraje es el de la escasa atención de los árbitros a los asuntos sometidos a su consideración por la saturación de los encargos<sup>108</sup>. Un árbitro puede ser excelente pero debe tener tiempo para dedicarlo al litigio que se le encomienda y a veces no resultar el adecuado para resolver el asunto en un plazo prudencial y la práctica demuestra que los árbitros codiciados por sus cualidades prolongan en demasía el resultado de la litis con el consiguiente perjuicio para las partes proponentes<sup>109</sup>. V.gr., la sección 33.1º.b de la *English Arbitration Act* de 1996 establece que “*that an arbitrator who fails to proceed with reasonable speed in conducting the arbitration and making his award, may be removed by competent court*”. La disponibilidad es una situación que queda reflejada en los reglamentos de arbitraje y acompaña a la declaración de independencia. Baste atender a que el art. 20.1º Regl. CCI establece que “El Tribunal Arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados”. En el mismo sentido se pronuncia el Canon IV Code of Ethic AAA-ABA, que determina que un árbitro debe cumplir con sus obligaciones en forma diligente y concluir el caso a la mayor brevedad posible conforme lo permitan las circunstancias del caso.

Asimismo, el árbitro debe estar en disposición de afrontar las dificultades legales que se le susciten en el desempeño de su misión y, caso de integrarse en un tribunal arbitral, debe estar a la altura del resto de los árbitros para participar en un plano de igualdad en las deliberaciones. De esta manera, si se trata de un árbitro designado por una de las partes puede hacer valer los intereses de dicha parte sin rebasar los límites de la independencia y de la imparcialidad. Dicha competencia se extiende como es natural al manejo de la lengua elegida en el arbitraje<sup>110</sup>.

## 2. Relaciones de los árbitros con los intervinientes en el proceso arbitral

<sup>108</sup> Cf. P. Lalive, “Dérives arbitrales (I)”, *Bloc. loc. cit.*, p. 590.

<sup>109</sup> Ch.J. Moxley, “Selecting the Ideal Arbitrator”, *Disp. Res. J.*, vol. 60, nº 3, 2005.

<sup>110</sup> S.R. Bond, “The International Arbitrator: From the Perspective of the ICC International Court of Arbitration”, *Nw. J. Int'l. L. & Bus.*, vol. 12, 1991, pp. 1 ss.

30. La conducta ética de los árbitros, les impide mantener cualquier comunicación directa o indirecta con cualquiera de las partes, con los testigos, los peritos u otras personas vinculadas o interesadas en la causa, sobre materias vinculadas con el arbitraje y sin la presencia de la otra parte. Y para el caso que esa comunicación fuera establecida, el árbitro deberá informar inmediatamente a la otra parte y a los demás árbitros, de todas las particularidades de esa comunicación, bajo apercibimiento de remoción. Dicho en otros términos, en el ejercicio de su función deberá dar traslado a cualquiera de las partes de las sugerencias, proposiciones o escritos presentados por la otra y se abstendrá de discutir o tratar de manera única y privada con una de las partes cuestiones relacionadas con el arbitraje. Al mismo tiempo, si un árbitro tiene noticia que otro árbitro ha mantenido contactos indebidos con una de las partes, puede y debe ponerlo en conocimiento a los demás miembros del tribunal arbitral, quienes decidirán las medidas que deben adoptarse.

Al margen de que en este capítulo es frecuente referirse al aforismo de “la apariencia de la mujer del César” es obvio que ningún árbitro podrá, directa o indirectamente, aceptar favores, dádivas u hospitalidad digna de mención de alguna de las afectadas por el arbitraje<sup>111</sup>. Así se explica que los árbitros deban ser especialmente meticulosos en evitar contactos significativos, sociales o profesionales, con cualquiera de las partes del arbitraje sin presencia de la otra parte. Una vez aceptado el nombramiento y mientras ejerza las funciones de arbitraje el árbitro debe evitar mantener cualquier tipo de relación financiera, comercial, profesional, familiar o social que pudiera afectar su imparcialidad o que pudiera generar una sensación de parcialidad o sesgo; y esta actitud debe prolongarse durante un periodo razonable una vez dictado el laudo arbitral para que no pueda producirse la suposición de haber sido influenciados en el arbitraje por la anticipación o las expectativas ante tales relaciones o intereses (Canon I.C Code of Ethic AAA-ABA).

31. Los códigos éticos incluyen una serie de reglas aplicables al comportamiento de los árbitros. Éstos deben actuar de forma ecuánime y tratar a las partes imparcial y equitativamente en todas las etapas del procedimiento lo que se traduce en un proceder paciente y cortés con las partes, sus abogados y los testigos. Este trato equitativo incluye el deber de no dejarse influenciar por las presiones externas, la opinión pública, el temor a las críticas o sus propios intereses; y también comprende el hostigamiento de las partes y otro tipo de abusos o alteraciones en el proceso de arbitraje. Otro deber de comportamiento impide a los árbitros que informen de sus decisiones a terceros con anterioridad a que lo participen a las partes. Si el arbitraje es remunerado y no interviene un centro de arbitraje en el pago a los árbitros de sus servicios, éstos deben actuar bajo los postulados de integridad y de ecuanimidad evitando escrupulosamente cualquier tipo de negociación con las partes respecto de tales pagos o participar en cualquier tipo de comunicación en relación con los mismos que puedan dar lugar a una suposición de coerción. Y estas obligaciones se proyectan con posterioridad al pronunciamiento del laudo arbitral en el sentido de colaborar en la fase posterior al arbitraje, señaladamente la preparación de una acción de anulación a cargo del árbitro de parte que ha emitido un voto particular, o la asistencia en tal cometido.

### 3. Confidencialidad

---

<sup>111</sup> A. Redfern y M. Hunter (con N. Blackaby y C. Partasides), *op. cit.*, pp. 200-201.

## A) Alcance

32. La confidencialidad es una obligación que pesa sobre los árbitros y las partes de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de los materiales en él producidos incluyendo el laudo arbitral<sup>112</sup>. Al margen de los sistemas que, como el español, la consideran como una obligación legal (art. 24.2º LA española de 2003) y que son muy minoritarios, dicha obligación para cierto sector doctrinal deriva directamente del denominado “contrato de árbitro”<sup>113</sup> y se extiende a las personas ajenas al procedimiento, salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes y a la documentación generada en el transcurso del procedimiento que puede incluir secretos comerciales o industriales; a estos efectos los reglamentos arbitrales acostumbran a dotar a los árbitros de instrumentos que garantizan la confidencialidad –v.gr., art. 20.7º Regl. CCI. Su corolario, el secreto del procedimiento, suele justificar por sí solo la voluntad de los sujetos enfrentados en un litigio de evitar una publicidad potencialmente desfavorable o perjudicial que suele ser consustancial en los procesos ante la jurisdicción ordinaria<sup>114</sup>.

Los ordenamientos internos no responden de manera unánime en torno al grado de confidencialidad de las informaciones referentes al litigio que deben observar los participantes en el mismo, pues mientras unos guardan silencio sobre el tema, otros elevan el deber de los árbitros de respetar el secreto de sus deliberaciones a la categoría de orden público<sup>115</sup>. Tal particularismo puede producir una situación indefensa a una de las partes que no haya previsto esta eventualidad, esto es, que el ordenamiento estatal reconozca una obligación implícita de confidencialidad o que considere de manera diferente el alcance que cabe presumir de esta última.

Esta exigencia se puede reforzar a través de dos cauces diversos. En primer lugar, por la simple aceptación de un Reglamento que sea muy estricto en esta exigencia. En segundo lugar, las partes por sí solas, o con la participación del tribunal arbitral, pueden llegar a alcanzar un acuerdo *ad hoc* sobre confidencialidad en el que se especifiquen cuestiones tales como la documentación o información que deban mantenerse confidenciales, el plazo de vigencia de esa reserva, las medidas para salvaguardar la confidencialidad de esa información y de las vistas o las consecuencias de la obligación de secreto: responsabilidad e indemnización de los daños o perjuicios ocasionados. En las “Notas de la Uncitral sobre la organización del proceso arbitral” (1996) se especifica con cierta precisión cual es el contenido de un “acuerdo de confidencialidad”

“32. Un acuerdo sobre la confidencialidad puede abarcar, por ejemplo, una o más de las siguientes cuestiones: la documentación o información que deban mantenerse confidenciales (por ejemplo, elementos de prueba, alegaciones escritas y orales, el hecho mismo de que se esté realizando un arbitraje, la identidad de los árbitros, el contenido del laudo); medidas para mantener la confidencialidad de esa información y de las vistas; procedimientos especiales a emplear para mantener la confidencialidad entre varios usuarios o caso de considerarse que el correo electrónico no está, a su paso por redes públicas suficientemente protegido contra el acceso no autorizado); las

<sup>112</sup> Vid. con mayor amplitud J.C. Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 335-378.

<sup>113</sup> Th. Clay, *L'arbitre*, op. cit., p. 708.

<sup>114</sup> Y.L. Fortier, “The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality”, *Arb. Int'l.*, vol. 15, 1999, pp. 131–130, esp. p. 131.

<sup>115</sup> Así lo entendió, interpretando el art. 1469 NCPC, CA Rouen 16 de abril de 1986, *Rev. arb.*, 1988, pp. 327 y nota de M. de Boissésou. Vid. J.P. Beraudo, “La confidentialité et le délibéré”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, Paris, 2005, pp. 101–123

circunstancias en que podrá ser revelada, total o parcialmente, la información confidencial (por ejemplo, cuando se trate de datos que sean ya de dominio público o si lo exige la ley o algún reglamento)”.

Como es lógico, las deliberaciones del tribunal arbitral y los contenidos del laudo deberán permanecer confidenciales indefinidamente, a menos que las partes liberen a los árbitros de esta obligación, y el árbitro no debe participar en ningún procedimiento destinado a enjuiciar el laudo ni facilitar información alguna con el propósito de facilitar tal enjuiciamiento, salvo que considere que debe revelar las conductas incorrectas o fraudulentas de cualquiera de los árbitros. Asimismo, la opción de que sea el árbitro el que adopte una medida cautelar, pues es el que dispone de una mayor información acerca de la conveniencia de su adopción al estar conociendo del asunto principal y poder apreciar con rapidez cuál es la medida más adecuada, evita no sólo las inevitables tácticas dilatorias que pudieran suscitarse ante el juez y consiguiendo una apreciable reducción de los costes procesales, sino que preserva el principio de confidencialidad<sup>116</sup>.

Por todas estas razones la confidencialidad de los árbitros en el desempeño de sus funciones se conforma como uno de los principios esenciales del arbitraje, figurando en la generalidad de los Reglamentos de arbitraje y en los Códigos de ética arbitral.

33. En rigor, el árbitro debe considerar todos los aspectos del arbitraje como confidenciales. Ello denota que no pueden entregar actas de la audiencia de arbitraje a terceros que no sean partes en el proceso; tampoco puede utilizar las informaciones a que tuvo acceso durante el procedimiento arbitral para obtener ventajas personales o para favorecer o perjudicar a terceros. Esta obligación subsiste incluso una vez que ha finalizado el litigio<sup>117</sup>.

De conformidad con lo dispuesto por las reglas de cada institución arbitral ciertos laudos dictados están a disposición del público, sin embargo un árbitro no puede difundirlos. Esta cláusula de confidencialidad es aplicable solamente a los árbitros, no a las partes. No debe interpretarse que nada de lo aquí dispuesto impone un manto de confidencialidad sobre las partes del arbitraje o impide a los árbitros librar órdenes de confidencialidad con respecto a ciertos documentos o información intercambiados entre las partes durante el transcurso del arbitraje. En ausencia de un acuerdo o si no existiera una orden contraria, las partes son libres en general, siempre que actúen de común acuerdo, de revelar los detalles de su propio proceso según lo consideren apropiado<sup>118</sup>. Debe considerarse confidencial cualquier prueba documental o de otra índole presentada por una parte o un testigo en el arbitraje y, en la medida en que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa

<sup>116</sup> J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y justicia cautelar”, *RCEA*, vol. XXII, 2007, pp. 44 y 49.

<sup>117</sup> Code of Ethic AAA-ABA: “*An arbitrator is in a relationship of trust to the parties and should not, at any time, use confidential information acquired during the arbitration proceeding to gain personal advantage or advantage for others, or to affect adversely the interest of another*”; arbitrator “*hould keep confidential all matters relating to the arbitration proceedings and decision. An arbitrator may obtain help from an associate, a research assistant or other persons in connection with reaching his or her decision if the arbitrator informs the parties of the use of such assistance and such persons agree to be bound*” (canon VI).

<sup>118</sup> J.B. Lee, “O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional”, *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagen a José Francisco Rezek*, Ijuí, Univ. Unijui, 2004, pp. 732-740.

información a terceros bajo ningún concepto sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente.

## B) Secreto de las deliberaciones

34. Las deliberaciones de los árbitros constituye una práctica fundamental del procedimiento arbitral<sup>119</sup>, que se incluye en algunos sistemas dentro de la noción de orden público<sup>120</sup>. Esta regla está vinculada a otra que determina el carácter secreto de las discusiones. De larga tradición en el ámbito jurisdiccional<sup>121</sup>, este postulado ha tenido una importante proyección en el arbitraje. El postulado en cuestión incorpora un doble contenido. De un lado impone a los árbitros realizar sus deliberaciones al margen del público, de las partes y de sus abogados y, de otro lado, prohíbe terminantemente la divulgación en cualquier momento posterior de todo lo tratado en las discusiones y de las opiniones que han mantenido los otros árbitros. Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, el árbitro debe mantener el sigilo acerca de las deliberaciones con los otros árbitros que llevarán a la decisión final<sup>122</sup>. Este deber se encuentra, asimismo, recogido por las *IBA Rules of Ethics*, que en su art.9 establecen la obligación de confidencialidad en la deliberaciones del tribunal arbitral y, con alguna reserva, en el art. 30.2º Regl. LCIA.

No es factible trasladar aquí las disposiciones que regulan el secreto de las deliberaciones de los jueces en la jurisdicción ordinaria porque la función arbitral es distinta pues no está condicionado por los deberes propios del desempeño de la función judicial que en esta materia de regula en España el art. 139 LEC/2000 al establecer que “Las deliberaciones de los tribunales colegiados son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley sobre publicidad de los votos particulares”. Existe, además, otro importante elemento diferencial derivado de la propia flexibilidad del procedimiento arbitral en el sentido de que las deliberaciones de los árbitros no tienen que sujetarse a normas estrictas derivadas de la exigencia de presencia física y simultánea de los árbitros en los debates y pueden suplirse por conferencias telefónicas, e-mail, telex o fax; esto es, no debe confundirse con la “discusión oral”<sup>123</sup>. Y este argumento se refuerza por el hecho de que las normas estatales e institucionales determinan el poder del árbitro de organizar el procedimiento.

<sup>119</sup> L.Y. Fortier, “The Tribunal’s Deliberations”, *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration...*, *op. cit.* (Chap. 22).

<sup>120</sup> CA París, 16 de enero de 2003 (*Société des télécommunications internationales du Cameroun –Intelcam- / SA France Télécom*), *vid. supra* note . Esta práctica “garantie la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral, le principe de collégialité supposant que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute la décision avec les autres” (CA París, 1<sup>ère</sup> ch. C 27 de noviembre de 2008, *SA GFI Informatique c. Sté Engineering Ingegneria Informatica SPA*).

<sup>121</sup> Y. Lécuyer, “Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence”, *Rev. trim. des droits de l’homme*, vol. 15, n° 57, 2003, pp. 197-223.

<sup>122</sup> Sobre esta materia puede consultarse el interesante artículo de J. Paulsson y N Rawding, “The Trouble with Confidentiality”, *Arb. Int. l.*, vol 11, 1995, n° 3, pp. 303 ss.

<sup>123</sup> J.D. Bredin, “Le secret de délibéré arbitral”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 71-81, esp.p. 73.

Cosa distinta es que el árbitro muestre su parecer discrepante en su voto particular<sup>124</sup> o que se niegue a firmar el laudo. No obstante, la relación entre voto particular y secreto sigue planteando problemas hasta el punto de considerar que la mera existencia de una opinión de este tipo no sólo pone en duda la eficacia de la decisión mayoritaria e incorporando serias sospechas acerca de la independencia e imparcialidad de los árbitros, cuando en su voto favorezcan las pretensiones de las partes que los designaron<sup>125</sup>, sino que atenta directamente contra el secreto de la deliberación arbitral<sup>126</sup>. No es este el lugar para alinearse en torno al debate en torno al valor y al alcance del voto disidente en el arbitraje, pero es conveniente insistir en que no supone una violación del principio de confidencialidad si la misma no revela los pormenores de la discusión que tuvo lugar entre los árbitros para la elaboración del laudo arbitral<sup>127</sup>.

#### IV. Repercusión en el laudo arbitral del quebrantamiento de los valores éticos

##### 1. Contravención del deber de transparencia

35. La apariencia de parcialidad puede ser una base para anular cuando el árbitro ha faltado a su deber de revelación mientras. Y la anulación se vuelve más sólida cuando se ha comprobado fehacientemente la parcialidad. La LMU (1985) no recoge esta causal de manera autónoma y si bien no es infrecuente que figure en algunos sistemas estatales, podría subsumirse tanto en la causal de los perjuicios manifiestos al derecho de defensa, pues, por ejemplo, si los árbitros desatienden 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, y en la 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

<sup>124</sup> En ciertos sistemas existen importantes reticencias frente a las opiniones disidentes en las decisiones judiciales, pero tal reticencia no se extiende a la eventual anulación de los arbitral awards. En Francia v.gr., se considera que “*l’existence d’une opinion dissidente en l’espèce n’est pas de nature à heurter la conception française de l’ordre public international dès lors que le principe de la collégialité du délibéré a bien été respecté*” (CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. C 7 de octubre de 2008: *SAS Merial / Klocke Verpackung-Service GMBH*). Debe recordarse que en determinados círculos arbitrales las opiniones disidentes registran una valoración muy negativa. *Vid.* por todos, L. Levy, “Dissenting Opinions in International Arbitration in Switzerland”, *Arb. Int’l*, vol. 5, 1989, pp. 35-42; J.-F. Poudret and S. Besson, *Droit comparé de l’arbitrage commercial international*, Schulthess, 2003; J.-F. Poudret, “Légitimité et opportunité de l’opinion dissidente dans le silence de la loi? Poursuite d’un débat amical”, *Liber amicorum Claude Reymond: autour d’arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp. 243-254..

<sup>125</sup> A. Redfern, “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: the Good, the Bad and the Ugly”, *Arbitration Insights : twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (J.D.M. Lew and L.A. Mistelis, eds.), Alphen ann den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 367-392.

<sup>126</sup> J.D. Bredin, “Retour au délibéré arbitral”, *Liber amicorum Claude Reymond: autour d’arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp.43-51; H. Smit, “Dissenting Opinions in Arbitration”, *Bull. CI Arb. CCI / ICC IC Arb. Bull.*, vol. 15, n° 1, 2004, pp. 37-41; P.J. Rees and P. Rohn, “Dissentign Opinions Can They Fulfil a Beneficial Role?”, *Arb. Int’l*, vol. 25, n° 3, 2009, pp. 329-346.

<sup>127</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>a</sup> ed., Alphen ann den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 2467 ss

muy frecuente encontrarnos con su presencia cuando existe una relación profesional entre el árbitro y la representación de una de las partes. Es muy elocuente en la jurisprudencia española la SAP de Navarra 21 de febrero de 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”<sup>128</sup>

El supuesto examinado incluye 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.

36. En EE UU el art. 10.2º de la *Federal Arbitration Act* (1925) enfatiza el argumento de que la negativa del árbitro de suministrar cierta información podría dar lugar a la anulación del laudo; y, por su parte la jurisprudencia es tajante en este punto, como puso de relieve el referido asunto *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Cas.* A pesar de que la parte impugnante no había sufrido perjuicio alguno por la falta de revelación del árbitro, la Corte fijó el precedente que aún en presencia de independencia e imparcialidad de los árbitros, el no cumplir estrictamente con el deber de revelación traía como resultado la nulidad del laudo. *A federal district court* en Texas determinó que una “parcialidad manifiesta” “*In a failure to disclose case, the integrity of the process by which arbitrators are chosen is at issue; in an actual bias case, the integrity of the arbitrator's decision is at issue (...). Thus, the standard a court uses to evaluate a claim of evident partiality varies depending on whether the parties seeking to vacate the award argues non-disclosure or actual bias*”<sup>129</sup>. Por su parte, in *New Regency Productions, Inc. / Nippon Herald Films, Inc* la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* 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 árbitro<sup>130</sup>.

37. La jurisprudencia francesa existe una larga tradición que confirma la incidencia de la sanción en el laudo arbitral. La *Cour de cassation* 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 convention d’arbitrage et en entraîne la nullité*”<sup>131</sup>. En la sentencia del Tribunal de Grande Instance de París (1<sup>re</sup> Ch., 1<sup>re</sup> Sect.) 12 de mayo de 1993 (*Société Raoul Duval / V.*)<sup>132</sup>; se daba la circunstancia de que el presidente del tribunal arbitral había comenzado a trabajar para una de las partes al día siguiente de pronunciar el laudo y que esta circunstancia fue silenciada a las partes. La misma sanción fue adoptada por la sentencia de la *Cour d’appel* de París (1<sup>re</sup> Ch. Civ.)

<sup>128</sup> JUR 2000\113772.

<sup>129</sup> *Weber v. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc.*, 2006 WL 2583183 (N.D.Tex Sept. 1, 2006).

<sup>130</sup> United States Court of Appeals for the Ninth Circuit September 4, 2007, *Arbitraje*, vol. I, nº 1, 2008, pp. 265 ss note E. Artuch Iriberrí; C.T. Salomon y Q.C. Smith, “Arbitrators Have Duty to Investigate Possible Conflicts Arising from New Employment”, *DLA Piper*, 5 November 2007, [http://www.dlapiper.com/arbitrators\\_have\\_duty\\_to\\_investigate/](http://www.dlapiper.com/arbitrators_have_duty_to_investigate/).

<sup>131</sup> *Ury / Galeries Lafayette*.

<sup>132</sup> *Rev. arb.*, 1996, pp. 411-418; confirmed by París Court of Appeal October 12, 1995, *ibid.*, 1999, pp. 324 ss, and *Cass. civ.*, December 16, 1997, *ibid.*, 1999, pp. 253 ss.

30 de junio de 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*)<sup>133</sup> y por la sentencia de la Paris Court of Appeal (1<sup>re</sup> 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 designado<sup>134</sup>. Por su parte, la *Cour de cassation* (2<sup>ème</sup> Ch. Civ.) 6 de diciembre de 2001 (*Fremarc / ITM Entreprises*) ha llegado a casar una sentencia de la *Cour d'appel* de París en relación con un árbitro profesor de Derecho, que tenía la poca decorosa habilidad de hacerse designar sistemáticamente árbitro por el mismo tipo de partes y en la misma modalidad de arbitraje y que había omitido revelar tal circunstancia. La *Cour d'appel*<sup>135</sup> 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 cesión 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 NCP. 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 último<sup>136</sup>.

## 2. Contravención del deber de confidencialidad

38. Con el objeto de garantizar que el arbitraje comercial sea efectivo ha de existir una amplia confianza pública en la integridad y justicia del proceso pues la institución arbitral no reposa exclusivamente en la confianza sino también en la seguridad jurídica<sup>137</sup>. La exigencia de responsabilidad implica, desde este punto de vista, una garantía a través de la cual las partes se aseguran que los árbitros desempeñen la función de juzgar que es sustraída a los jueces. Esta es la sanción esencial que preside este sector. Como regla general la violación del deber de confidencialidad por uno o más árbitros no tiene repercusión en la validez del laudo arbitral y la jurisprudencia comparada considera que esta circunstancia no puede incluirse entre las causales que avalan la anulación del mismo.

La jurisprudencia francesa anterior a la entrada en vigor del *NCPN* no es partidaria de admitir tan drásticas consecuencias. Al respecto la sentencia de la Paris Court of Appeal (1<sup>ère</sup> Ch. suppl.) 11 de marzo de 1981 (*Daniel Barre / Société los Solidaires*) manifestó que como regla general el postulado del secreto de las deliberaciones se imponía a los árbitros al igual que a los jueces, pero “*sa violation n'est pas sanctionnée par la nullité, qui serait d'ailleurs dangereuse en matière d'arbitrage*”<sup>138</sup>. Esta línea ha sido mantenida con posterioridad a la reforma como muestra la sentencia de la *Cour d'appel* de París (1<sup>ère</sup> Ch. C) 7 de octubre de 2008 (*SAS Merial / Klocke Verpackung–Service GMBH*),

<sup>133</sup> *Ibid.*, 1996, pp. 496-502.

<sup>134</sup> *Rev. arb.*, 2000, pp. 299 ss Ph. Grandjean.

<sup>135</sup> CA París 28 de octubre de 1999, *Rev. arb.*, pp. 299 y nota de Ph. Grandjean.

<sup>136</sup> *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 ss y nota de E. Gaillard.

<sup>137</sup> S. Riegler, “Arbitrators’ Liability”, *Austrian Arbitration Yearb.*, 2007, pp. 105–124.

<sup>138</sup> *Rev. arb.*, 1982, pp. 84–90 y nota de J. Viatte.

que reitera que la violación del secreto de las deliberaciones no es una causa de anulación del laudo arbitral<sup>139</sup>.

Esta actitud tan drástica en favor de la anulación deberá contrastarse con la actual tendencia que se observa en ciertos sistemas jurídicos a ensanchar el ámbito de los motivos de anulación del laudo. Indudablemente si la violación del secreto da lugar a un perjuicio en los derechos de defensa de una de las partes –art. 41.1º LA española (2003)– tal circunstancia podría prosperar; máxime en el Derecho español al incluirse la obligación de confidencialidad en el art. 24, que contempla los principios de audiencia, igualdad y contradicción. Mayor dificultad para alcanzar el logro encontraría el recurso al orden público –art. 41.1º.f) pues el ámbito de esta causal para anular un laudo arbitral ante la jurisdicción estatal es taxativa y ha de ser interpretada de manera restrictiva justificando la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, tanto en lo que concierne a las garantías jurídicas, como a las garantías y principios esenciales de procedimiento.

## V. Consideraciones finales

39. Existen numerosas obligaciones para el árbitro que tienen sus raíces en el entorno ético que envuelve al arbitraje. Las más importantes son las que se refieren a la competencia, a la diligencia y al deber de confidencialidad. Asimismo, 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: 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 ella. La segundo comporta que los árbitros deben dedicar el tiempo y la atención que las partes pueden exigir razonablemente, de acuerdo con las circunstancias del 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, descuiden la atención que merecen a los extremos indicados y se limiten 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.

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 árbitros. 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

---

<sup>139</sup> *Rev. arb.*, 2009, pp. 352 ss y nota de J.G. Betto y A. Canivet. *Vid.* Ch. von Krause, “Paris Court of Appeal Confirms Importance of Estoppel in International Arbitration”, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/02/25/Paris-court-of-appeal-confirms-importance-of-estoppel-in-international-arbitration/#more-364>.

que eventualmente haya intervenido en su designación y, en definitiva, del porvenir de la propia institución arbitral en un determinado país que pretende convertirse en una sede eficiente para el arbitraje internacional. De ahí la conveniencia de que dichos códigos no minimicen el contenido de los standards comparativos para los árbitros que se desprenden de instrumentos contrastados en la práctica arbitral como las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, o el *AAA-ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*.

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 protectora) 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 que ha quedado descrita en estas páginas. 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.