

LOS ÁRBITROS: SELECCIÓN, RECUSACIÓN Y REEMPLAZO*

José María Alonso Puig**

El presente artículo se basa en la ponencia que el autor realizó, en noviembre del año 2005, en Miami, y donde se tratan temas principalmente relacionados a la función arbitral, la imparcialidad e independencia con que deben actuar los árbitros, y el deber de revelación que deben cumplir aquellos ante posibles conflictos de interés.

En este sentido, entre otros, el autor explica los conceptos de imparcialidad e independencia, desarrollando sus principales diferencias y su tratamiento en distintos países. Asimismo, el autor comenta, tocando para ello brevemente las directivas emitidas por la International Bar Association sobre conflictos de interés, y a raíz de la "autocensura" con que muchos árbitros vienen reaccionando ante supuestos en los que una de las partes en conflicto es o ha sido cliente del estudio (de una importante magnitud) donde ejerce uno de los árbitros que componen el Tribunal Arbitral, cómo no deben ser entendidas las cualidades antes mencionadas con que deben contar los árbitros.

* El presente artículo fue originalmente preparado para una ponencia realizada por el doctor José María Alonso en Miami, en noviembre de 2005. Agradecemos la gentil colaboración del doctor Enrique Felices, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS, quien nos cedió el presente artículo para ser publicado en THEMIS-Revista de Derecho, previa autorización del autor.

** Socio Director del Estudio Garrigues. Arbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC).

El tema de los árbitros reviste una importancia decisiva en el ámbito del arbitraje en general y, más especialmente, en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De los árbitros depende en gran medida que el arbitraje responda a las expectativas de las partes de ver resuelta su controversia a través de un procedimiento riguroso y finalmente eficaz. Solamente si los árbitros demuestran una elevada capacidad de acción, particularmente en cuanto a conocimiento del asunto, dedicación y celeridad, y sobre todo si son imparciales, el arbitraje se consolidará como la alternativa ideal a la jurisdicción para la solución de conflictos entre las partes.

1. LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO

El principio generalmente aceptado en el ámbito del arbitraje internacional, respecto a las cualidades esenciales que debe reunir un árbitro, es que éste ha de ser independiente e imparcial. Este principio es el acogido en la Ley Modelo UNCITRAL¹ y en las más recientes directrices de la International Bar Association (IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional.

Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, independencia e imparcialidad, en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente, 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 o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea.

Los términos de independencia e imparcialidad no aparecen expresamente reflejados en todas las modernas legislaciones nacionales sobre arbitraje. En Francia, por ejemplo, dichos términos no aparecen explícitamente en la ley, aunque sí han sido reconocidos por la jurisprudencia como cualidades esenciales de la función arbitral. En otros países, los términos de independencia e imparcialidad sí aparecen expresamente recogidos en la legislación arbitral, como es el caso, por ejemplo, de Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Turquía, Finlandia, Guatemala, Grecia, Egipto, Japón y España. En otros casos, como el inglés o el sueco, la ley sólo se refiere expresamente al requisito de imparcialidad.

Similares diferencias terminológicas se aprecian en los distintos reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales. Así, el artículo 7, inciso 1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) sólo hace referencia explícita a la independencia, mientras que los reglamentos de arbitraje del London Court of International Arbitration (LCIA) (artículo 5, inciso 2), la American Arbitration Association (AAA) (artículo 7, inciso 1) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 5, inciso 4), así como las más recientemente aprobadas Swiss Rules of International Arbitration (artículo 9, inciso 1), siguen la fórmula UNCITRAL de referirse tanto a la independencia como a la imparcialidad del árbitro.

Estas diferencias terminológicas, ya sea entre legislaciones nacionales o entre reglamentos de arbitraje, no encierran a mi juicio ninguna diferencia sustancial o de fondo respecto a la idea de principio a la que inicialmente me referí, ampliamente extendida y aceptada en el ámbito del arbitraje internacional, de que el árbitro debe ser independiente e imparcial. Distinguidos comentaristas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, al referirse al artículo 7, inciso 1 del mismo, en el que sólo se hace referencia a la independencia del árbitro (sin mencionar expresamente su imparcialidad), han ayudado a clarificar esta cuestión, señalando que el principal objetivo del artículo 7, inciso 1 es asegurar el nombramiento de árbitros imparciales y que, si el Reglamento de la CCI ha preferido expresar el requisito relevante en términos de independencia, ello ha sido por entender que la independencia es una noción más objetiva, más fácilmente verificable por la Corte, a la vista de las relaciones pasadas y presentes del árbitro¹.

2. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Tan importante como el anterior principio de que el árbitro debe ser independiente e imparcial, lo es también el principio de que las partes han de tener la oportunidad de valorar si dichas cualidades efectivamente concurren en el árbitro. Y para ello, obviamente, no basta con que el árbitro se considere a sí mismo o simplemente se declare independiente e imparcial, sino que es necesario que aquél revele a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

¹ Nota del editor: siglas en inglés de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

¹ DERAIS, Yves y Eric SCHWARTZ. "A Guide to the New ICC Rules of Arbitration". Kluwer Law International. 1998.

Este deber de revelación del árbitro, en mi opinión, es uno de los más importantes y delicados de los que integran la función arbitral. Su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de proteger el futuro laudo.

Al referirme a este deber como un deber delicado del árbitro, quiero decir que su ejercicio no siempre es tarea fácil, porque las circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere que ponen en duda su imparcialidad o independencia, y que seguro le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como “dudas justificadas” sobre la imparcialidad e independencia de aquél.

Inmerso en este subjetivismo, el método más seguro que probablemente pueda seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consiste en revelar lo que directamente crea que debe revelar y, además, lo que dude si debe revelar. Esta es la norma que, con buen sentido, se sigue en los arbitrajes ante la CCI, donde las personas propuestas para ser árbitros deben completar una “declaración de aceptación y declaración de independencia de árbitro” en la que expresamente se advierte al candidato que “en caso de duda usted deberá optar por la revelación”. Y es que, por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible –y además frecuente– que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido u olvidado en su momento no revelarla.

En este sentido, es importante que las personas llamadas a actuar como árbitros afronten su deber de revelación con rigor y sin miedo a que las circunstancias que revelen puedan ser consideradas por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que es la encargada de resolver la recusación que pueda formular cualquiera de las partes, como un impedimento para ejercer como árbitros. A pesar de que el Reglamento de Arbitraje de la CCI

no exige a la Corte el motivar su decisión sobre una recusación, la CCI ha dado buena muestra durante años de que la revelación de circunstancias por los árbitros no determina en absoluto que una recusación formulada por una parte sobre la base de alguna de esas circunstancias tenga necesariamente que prosperar.

3. HACIA UNA IDEA INTERNACIONAL DEL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Entender de un modo u otro el significado de la imparcialidad e independencia del árbitro conduce, casi irremisiblemente, a entender de forma distinta cómo ha de dar cumplimiento un árbitro a su deber de revelación; o dicho de otro modo, cuál debe ser el contenido y alcance de ese deber. Esto hace que sea deseable, en el ámbito general del arbitraje, la búsqueda de un significado homogéneo de los términos de imparcialidad e independencia o, al menos, si esta búsqueda de conceptos resultare excesivamente difícil, la búsqueda de una idea homogénea de lo que deba entenderse por circunstancias que un árbitro debe revelar para satisfacer el derecho de las partes de conocer cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre aquellas dos cualidades.

La confluencia en el arbitraje internacional de partes, abogados y árbitros de distintas nacionalidades y tradiciones jurídicas ha ido poniendo de relieve desde hace años, con mucha más intensidad que en el ámbito del arbitraje doméstico, el buen sentido de hacer un esfuerzo común por buscar un punto de encuentro respecto a cuál ha de ser el contenido y alcance del deber de revelación del árbitro. Un punto de encuentro con éste que sirva de estándar internacional y contribuya a la convergencia de la legislación y la jurisprudencia de los distintos países en esta materia, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la resolución de las disputas que surjan en el comercio internacional.

Un primer paso importante hacia ese punto común de encuentro, aún pendiente en algunos países, lo constituye la toma de conciencia por parte de los legisladores nacionales de que las causas de recusación de jueces y magistrados, que normalmente aparecen tasadas e identificadas en las legislaciones de cada Estado, no sirven para explicar –y mucho menos para agotar– las circunstancias que pueden razonablemente poner en duda la independencia o la imparcialidad de un árbitro. Aunque en un plano conceptual parece adecuado admitir que estas cualidades del árbitro

deben significar algo ciertamente próximo a lo que quiso expresarse en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuando en ambos se hizo referencia al derecho a ser juzgado por un tribunal "independiente e imparcial", lo cierto es que la propia esencia de la institución arbitral, cuya razón de ser no es otra que la voluntad de las partes, hace que la "vara de medir" la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, a partir de un *numerus clausus* de circunstancias, siempre corra el riesgo de ser inapropiada en un arbitraje, por defecto o incluso por exceso.

Otro paso, sin duda útil para seguir avanzando hacia un entendimiento internacional más homogéneo del deber de revelación de los árbitros, vino dado el 22 de mayo del pasado año, con la aprobación por el Consejo de la IBA de sus directrices o "*guidelines*" sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. En el tema del deber de revelación o "*duty of disclosure*" del árbitro, estas directrices vinieron a sustituir lo dispuesto anteriormente en las "*IBA Rules of Ethics*" de 1987.

Al margen de que estas directrices acogen el principio general de imparcialidad e independencia del árbitro ("*General Standard*" 1) y también disponen que cualquier duda respecto a si ha de revelarse una determinada circunstancia ha de ser resuelta a favor de la revelación ("*General Standard*" 3.c), su aportación más específica consiste en incorporar cuatro listas donde aparecen catalogadas, sin ánimo de exhaustividad, distintas circunstancias que pueden darse en la práctica con relación al deber de revelación del árbitro, con el fin de orientar a éste, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los jueces sobre el sentido y alcance de aquel deber²:

- Lista Roja "no renunciable": circunstancias que incapacitan a una persona para actuar como árbitro, aunque sean reveladas a las partes.

- Lista Roja "renunciable": circunstancias que sólo permiten a una persona actuar como árbitro si las partes, conociéndolas, así expresamente lo acuerdan.
- Lista Naranja: circunstancias que el árbitro debe revelar a las partes y que éstas, al conocerlas, pueden aceptar por simple silencio u omisión de objeción.
- Lista Verde: circunstancias que no es necesario que el árbitro revele a las partes.

Sin perjuicio de los puntos para la discusión que susciten, creo que es justo reconocer a estas listas un indudable valor orientativo en el ámbito del arbitraje internacional. No aspiran a la imposible misión de identificar y encerrar en un *numerus clausus* todas las circunstancias concretas que un árbitro deba revelar, sino a la más prudente de servir de guía para abordar más fácilmente el problema de un posible conflicto de intereses del árbitro frente a las partes o a los representantes de éstas en un procedimiento arbitral.

4. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LOS GRANDES DESPACHOS

Un tema que plantea una especial problemática a los grandes despachos es el relativo a los conflictos de intereses que puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes por razón de las actividades del despacho de abogados al que pertenezca el primero.

Pese al tamaño del despacho del que soy miembro y mis actuales responsabilidades en el mismo, no es en absoluto mi intención venir a defender aquí el corporativismo de las grandes firmas de abogados. Lo que sí quiero hacer ahora, porque lo creo importante, es poner de manifiesto una preocupación que, desde hace un tiempo, compartimos cada vez más los despachos de gran tamaño, como es la tendencia de algunos

² Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional. "Practical Application of the General Standards". Puntos 2, 3 y 6:
· "The non-waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, disclosure of such a situation cannot cure the conflict."
· "The waivable Red List encompasses situations that are serious but not as severe. Because of their seriousness, unlike circumstances described in the Orange List, these situations should be considered waivable only if and when the parties, being aware of the conflict of interest situation, nevertheless expressly state their willingness to have such a person act as arbitrator, as set forth in General Standard 4(c)".
· "The Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. The Orange List reflects situations that would fall under General Standard 3(a), so that the arbitrator has a duty to disclose such situations".
· "The Green List contains a non-exhaustive enumeration of specific situations where no appearance of, and no actual, conflict of interest exists from the relevant objective point of view. Thus, the arbitrator has no duty to disclose situations falling within the Green List".

miembros de esos despachos a admitir la existencia de un conflicto de intereses, y la consiguiente “autocensura” *a priori* del miembro que esté llamado a actuar como árbitro, por el mero hecho de que se dé la circunstancia –muy frecuente en las grandes firmas de abogados– de que algún otro miembro del mismo despacho al que pertenezca el árbitro haya prestado o esté prestando a alguna de las partes servicios jurídicos ajenos al asunto que se encuentra sometido a arbitraje, sin que el árbitro intervenga lo más mínimo en la prestación de esos servicios.

Esta “autocensura” *a priori*, de carácter prácticamente automático, creo que hace un flaco favor al arbitraje internacional, toda vez que restringe injustificadamente la disponibilidad de muchos árbitros que cuentan con una contrastada calidad profesional, por causa de una circunstancia (que el despacho al que pertenece el árbitro, a través de otro de sus miembros, preste o haya prestado servicios a alguna de las partes) que, en ocasiones, puede no plantear razonablemente ningún conflicto de intereses. Además, tengo la convicción, por experiencia propia, de que los árbitros que no optan por aquella “autocensura” automática y, en ciertos casos, deciden asumir su función arbitral pese a la circunstancia antes mencionada, suelen posteriormente ejercer dicha función con una imparcialidad auténticamente ejemplar.

A fin de ilustrar esa “autocensura” *a priori* que considero indeseable, piénsese, por ejemplo, en la circunstancia de que un miembro del mismo despacho al que perteneciera el árbitro hubiese asesorado o estuviese asesorando a una de las partes del arbitraje sobre un problema de índole salarial que a dicha parte –una entidad mercantil– le hubiesen planteado algunos de sus empleados, y que dicho problema nada tuviera que ver con la controversia sometida a arbitraje, relativa a la responsabilidad civil derivada de la inexactitud de unos datos contables proporcionados por el vendedor en una compraventa de las acciones de una compañía. Sin perjuicio de que aún pudiese haber otros factores a considerar (verbigracia, la trascendencia económica de aquel asesoramiento para el despacho y, dentro de él, para el propio árbitro), parece claro que dicha circunstancia, en ciertos casos, no supondría la existencia de ningún conflicto de intereses entre el miembro que hubiese de actuar como árbitro y la parte a la que se le estuviese prestando, por otro miembro del mismo despacho, aquel servicio de naturaleza laboral.

Cosa distinta, en relación con esta especial problemática de los despachos de gran tamaño, es que el deber de revelación del árbitro habría de

ser cumplido en estos casos, a mi juicio, con una exquisita amplitud y exhaustividad, para no dejar la más mínima sombra de duda a las partes sobre la voluntad de transparencia del árbitro y de la firma de la cual forma parte.

Del mismo modo que considero adecuado que los árbitros no opten sin más por la “autocensura” automática a la que antes me referí, también entiendo adecuado que aquéllos no escatimen esfuerzos a la hora de explicar a las partes en qué consiste exactamente la relación de servicios profesionales que algún miembro del despacho mantenga con cualquiera de ellas, bien sea por escrito, bien sea poniéndose a disposición de las partes para realizar cualquier aclaración verbal.

Cabe apuntar, finalmente, que el tratamiento que las directrices de la IBA dan a esta problemática parece ser adecuado. Aunque las directrices consideran que, en principio, el árbitro debe ser considerado como un sujeto idéntico al despacho al cual pertenece, el creciente tamaño de las firmas de abogados es una realidad que, a juicio de los redactores de estas directrices, también debe ser tenida en cuenta a la hora de encontrar un equilibrio entre la importancia de mantener la confianza en la imparcialidad e independencia de los árbitros en el arbitraje internacional y el derecho de las partes a nombrar a un árbitro de su elección. De ahí que las directrices establezcan que el hecho de existir actividades del despacho de abogados al que pertenezca el árbitro que impliquen a alguna de las partes no constituye automáticamente un conflicto de intereses ni un motivo de revelación, debiendo el árbitro valorar razonablemente las circunstancias en cada caso concreto, a la vista de la relevancia de aquellas actividades (verbigracia, su naturaleza o alcance, el tiempo en que se realicen o su trascendencia económica).

Respecto al tiempo en que algunas de esas actividades puedan haberse llevado a cabo, la Lista Naranja de las directrices IBA marca inicialmente un límite de los tres años anteriores al momento de análisis del posible conflicto de interés, sin perjuicio de advertirse en las mismas directrices, con buen sentido, que dicho periodo de tiempo puede ser tanto excesivo como insuficiente, según las circunstancias del caso.

5. EL ÁRBITRO NOMBRADO POR UNA PARTE

Decía al comienzo de mi exposición que el principio generalmente aceptado en el ámbito del arbitraje internacional, respecto a las cualidades del árbitro, es que éste debe ser independiente e imparcial. Dicho principio, tal y como está

formulado en la Ley Modelo UNCITRAL, en las directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y en multitud de leyes nacionales y otras normas o directrices de distinto origen que están dirigidas al arbitraje internacional, es un principio aplicable a todos los árbitros, ya hayan sido éstos nombrados por una parte, por todas ellas de común acuerdo o por un tercero imparcial.

Siendo lo anterior cierto, también es cierto que la figura del *"party-appointed arbitrator"* ha sido durante años, y continúa hoy siendo, frecuente objeto de reflexiones en el ámbito del arbitraje internacional. La raíz de muchas de estas reflexiones suele encontrarse en la percepción, a mi juicio sensata, de que las partes que desean un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros independientes e imparciales, pero que al mismo tiempo desean que cada una de ellas nombre a un árbitro y que el presidente del Tribunal sea nombrado por un tercero, es posible que no deseen ni esperen de los árbitros nombrados por ellas la coincidencia en un patrón ontológico de independencia e imparcialidad con el tercer árbitro.

La pregunta que surge naturalmente, ante un Tribunal Arbitral así constituido, y dado el silencio que la mayoría de leyes y reglamentos de arbitraje guardan a este respecto, es la siguiente: ¿cabe admitir alguna diferencia entre la conducta del presidente del Tribunal y la de sus dos coárbitros, sin dejar de exigir a todos ellos los requisitos de independencia e imparcialidad? Y si así fuese, ¿cuál podría ser, concretamente, tal diferencia?

A mi juicio, esa diferencia de conducta puede darse y estar justificada sin que ello implique que los árbitros nombrados por las partes dejen de ser independientes e imparciales. Y en tal caso, dicha diferencia puede consistir en que cada uno de los dos coárbitros trate de asegurar que el caso presentado por la parte que lo nombró sea adecuadamente entendido por todos los miembros del Tribunal Arbitral. Como ha señalado un distinguido conocedor del arbitraje internacional, en

esa diferencia cabe ver tanto un deber del coárbitro hacia la parte que lo nombró como un deber de aquél hacia todas las partes del caso, a las que debe suponerse haber buscado de buena fe, mediante la elección del arbitraje internacional, el asegurar la resolución de sus disputas con arreglo a altos estándares de imparcialidad, justicia y debido proceso que necesariamente requieren, rutinariamente, que el Tribunal Arbitral oiga y comprenda adecuadamente los casos presentados por cada parte del arbitraje, y no menos que eso³.

De lo demás hay que huir; especialmente de pretender que el coárbitro llamado a ser independiente e imparcial sea realmente un abogado disfrazado en el seno del Tribunal Arbitral. Flaco favor el que se hace con ello la parte que piensa así intentar sacar adelante sus pretensiones en el arbitraje; y flaco favor el que se hace en tal caso al arbitraje como institución.

6. APUNTE FINAL

Es difícil reflexionar sobre la figura del árbitro sin reflexionar al mismo tiempo sobre la idea misma que tengamos o deseemos tener del arbitraje en general. El respeto y la confianza que ambos despierten en la comunidad internacional van de la mano.

Conviene que no sólo el árbitro, sino también las partes, los representantes de éstas y las instituciones arbitrales, asuman el papel que a cada uno respectivamente corresponde para tratar de asegurar que la función arbitral responda eficazmente a las expectativas de rigor e independencia que en ella se depositan. En este sentido, es importante que las partes y sus representantes o asesores sean conscientes de que la libre selección de un árbitro no es simplemente un derecho que les asiste, sino también un necesario ejercicio de responsabilidad; y también es importante que las instituciones arbitrales se doten y hagan uso de mecanismos que les permitan, en alguna medida, controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros y su eficacia en el desempeño de su labor.

³ GRIGERA NAÓN, Horacio. "Party-appointed arbitrators: a Latin American perspective?". IBA Arbitration Day Presentation. Sao Paulo. Febrero de 2004.