

TRANSPARENCIA EN LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS Y LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES

José María Alonso

Socio. Baker & McKenzie

RESUMEN

La naturaleza fundamentalmente privada del arbitraje requiere la introducción de mecanismos que garanticen la transparencia en la designación del árbitro y la prevención de conflictos de intereses. El presente trabajo estudia la problemática de cuándo debe entenderse existente un conflicto de intereses y el fundamental deber de revelación del árbitro.

Palabras clave: Arbitraje, árbitros, artículo 17 Ley de Arbitraje, conflictos de intereses, independencia, imparcialidad, deber de revelación.

ABSTRACT

The essentially private nature of arbitration requires the existence of methods that ensure transparency in the arbitrator's appointment and the avoidance of conflicts of interest. This article analyses the issue on when should a conflict of interest be deemed to exist and the essential duty of disclosure by the arbitrator.

Key words: Arbitration, arbitrators, Arbitration Law article 17, conflicts of interest, independence, impartiality, disclosure.

José María Alonso

SUMARIO

1. EL DILEMA DEL ÁRBITRO: ¿QUÉ REVELAR?
2. HERRAMIENTAS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE REVELAR: LAS DIRECTRICES DE LA IBA.
3. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN.
4. CONCLUSIÓN.

El arbitraje, como sistema de resolución de conflictos basado en la voluntad de las partes de someterse a él, debe satisfacer la confianza depositada por aquellas, que esperan ver definitivamente resuelta su controversia por un tercero imparcial. Es, en cumplimiento de esta misión, como fórmula alternativa a los tribunales ordinarios, otorgando las mismas garantías que estos pero con las ventajas que le son propias, cómo el arbitraje se ha desarrollado y debe seguir desarrollándose.

Sin embargo, el árbitro, como eje esencial sobre el que gira todo el procedimiento arbitral, está sometido a unas circunstancias diferentes a las del juez estatal: mientras que éste es un funcionario del Estado, fundamentalmente incompatible con cualquier otra actividad profesional, y, por ende, dotado de la presunción de imparcialidad e independencia inherente a los integrantes del Poder Judicial, el árbitro es un sujeto privado plenamente incardinado en la sociedad civil y, por tanto, con infinidad de relaciones personales y profesionales de toda índole, generadoras de intereses, que requieren ser consideradas con toda cautela a la hora de encomendarle el enjuiciamiento de la controversia suscitada entre las partes. Porque, no se olvide nunca, el laudo tiene la misma eficacia que la sentencia judicial, de modo que la confianza que se deposita en el árbitro debe ser, al menos, la que se deposita en el juez, pese a que, *prima facie*, del primero no se presume la imparcialidad e independencia que se presume del segundo. Esa diferencia de presunción *prima facie* debe ser, por tanto, suplida mediante la introducción de mecanismos que garanticen la transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses. Solo así se generará la confianza necesaria en los usuarios del arbitraje, sin la cual esa institución no se podría sostener.

Es por esto por lo que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la «Ley de Arbitraje»), siguiendo a la Ley Modelo UNCITRAL, consagra como uno de los principios fundamentales del procedimiento arbitral la independencia e imparcialidad de los árbitros. La Ley de Arbitraje, también siguiendo en este punto a la Ley Modelo UNCITRAL, establece, como garantía de ese principio de independencia e imparcialidad de los árbitros, el deber de revelación por parte de estos de cualquier situación susceptible de generar un conflicto de intereses, señalando en su artículo 17.2 que:

José María Alonso

«2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.»¹

El deber de revelación por parte de los árbitros se articula como el principal instrumento legislativo de prevención de conflictos de intereses en el seno de un arbitraje, habida cuenta de la práctica imposibilidad para una parte de conocer todas las posibles relaciones que puedan existir entre su contraparte y un árbitro. Esto resulta aún más claro en el ámbito del arbitraje internacional, donde una parte puede designar como árbitro a alguien de su misma nacionalidad y sobre quien el conocimiento de la contraparte puede ser muy limitado.

Además, y como veremos más adelante, existe una gran cantidad de supuestos dudosos (pues en aquellos en que el conflicto es evidente el árbitro debería, más que revelarlo, abstenerse de participar en el procedimiento) en los que, para garantizar la transparencia del procedimiento, debe asegurarse su conocimiento por todas las partes con el fin de que sean ellas quienes decidan si lo consideran o no un obstáculo suficiente a la participación del árbitro en el procedimiento.

1. EL DILEMA DEL ÁRBITRO: ¿QUÉ REVELAR?

Teniendo en cuenta que, al fijar las cuestiones que el árbitro debe revelar, la Ley de Arbitraje hace referencia a aquellas «*circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia*», estableciendo un criterio subjetivo ajeno al árbitro para valorar la concurrencia, o no, de dudas justificadas sobre su imparcialidad, se plantea la pregunta: ¿hasta dónde cabe entender que llega el deber del árbitro de revelar, como dice la Ley, todas las circunstancias que puedan dar lugar a esas dudas? O dicho de otro modo, ¿dónde debe pensarse que acabaría en la práctica esa obligación del árbitro?

La respuesta, sin embargo, y pese a su relevancia, no está clara. Aunque una primera aproximación al concepto de «*dudas razonables*» resulte sencilla, en la práctica son muchas las zonas grises en las que resulta complicado conocer

¹ En el mismo sentido: art. 12.1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

los límites del deber de revelación. Un principio bastante aceptado es el que exige a los árbitros la revelación de todas aquellas circunstancias que puedan generar en cualquiera de las partes una duda razonable sobre su imparcialidad o independencia.

En cualquier caso, esto no resuelve el problema de qué debe entenderse por duda «*justificada*» o «*razonable*». Ahora bien, la ausencia de una lista cerrada de supuestos, como se hacía en la Ley de Arbitraje anterior refiriéndose a las causas de recusación de jueces y magistrados², debe considerarse como un acierto³. En efecto, cualquier definición general de cuándo una parte puede ver razonablemente minada su confianza en la independencia e imparcialidad del árbitro, fijando qué debe éste revelar, plantearía el mismo problema, dada la amplitud que sería necesaria para incluir todos los supuestos posibles. Por otro lado, cualquier intento de definir o enumerar las circunstancias incluidas en el deber de revelación de los árbitros tendría un valor limitado como regla para todo arbitraje. Siempre habrá situaciones recogidas, o no, en la lista que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, no en base a criterios objetivos contenidos en una definición, sino atendido exclusivamente el contexto en el que se produzcan y en las que la única solución válida será la que resulte del razonable juicio del árbitro. Por mucho que fuese el empeño de hacer objetivo el análisis de todas esas circunstancias, no pocas veces habría que reconocer la necesaria importancia de prestar atención, caso por caso, al principio de la buena fe⁴.

Es el árbitro quien, para cada supuesto, debe decidir si procede revelarlo, afirmando que entiende que tales circunstancias no afectan a su imparcialidad e independencia o, incluso, si considera que el posible conflicto de intereses que surja del mismo es de suficiente entidad, presentar a las partes su abstención.

Es aconsejable que los árbitros asuman su obligación teniendo en cuenta que en algunos casos la apariencia de imparcialidad e independencia del árbitro puede ser tan importante como la realidad misma de estas cualidades.

En una situación en la que la apreciación de si se producen o no dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro depende no solo

² Art. 12.3 Ley 36/1998, de 16 de diciembre, de Arbitraje, en relación con el art. 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje afirma que «[s]e elimina el reenvío a los motivos de recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general».

⁴ Debe señalarse, en este sentido, la referencia y crítica que se hará más adelante a las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.

José María Alonso

del juicio de este, sino también de la consideración subjetiva de las partes, la mejor alternativa quizá consista en revelar todo lo que directamente crea que debe revelar y además lo que dude si debe revelar. 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 será muchas veces la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí (que una vez expuesta por el árbitro es bien posible que no dé lugar a ninguna objeción), sino por las dudas que podría despertar en una de aquellas, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido en su momento no revelarla. Cabe añadir que esta «*revelación en la duda*» es hoy en día una regla generalmente aceptada en el ámbito del arbitraje. En este sentido, por ejemplo, se expresan la declaración de independencia e imparcialidad que el árbitro debe suscribir en los arbitrajes ante la CCI⁵ y el Código Ético elaborado por la *American Arbitration Association*⁶.

El árbitro debe valorar las consecuencias que, sobre la consideración de su independencia e imparcialidad, podría tener el no revelar determinadas circunstancias si estas fueran, con posterioridad, descubiertas por alguna de las partes. En definitiva, si su silencio podría llegar a ser merecedor de un comprensible reproche. Deberá, además, ser consciente de que la revelación de cualquier circunstancia potencialmente conflictiva debe hacerse en cuanto tenga conocimiento de ella y que cualquiera de las partes tiene la facultad de pedir al árbitro, en cualquier momento del arbitraje, la aclaración de sus relaciones con alguna de ellas⁷.

Teniendo en cuenta que, en última instancia, el concepto de «*dudas justificadas*» será interpretado por los jueces y tribunales al tratar solicitudes de anulación del laudo cuando el árbitro no haya revelado oportunamente circunstancias relevantes, resulta aconsejable que sean los propios árbitros quienes asuman cuidadosamente, y antes que nadie, su función de analizar ese significado.

2. HERRAMIENTAS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE REVELAR: LAS DIRECTRICES DE LA IBA

El principal problema al que se enfrenta el árbitro al aceptar su designación es el de determinar qué situaciones revelar y cuáles no. Resulta, en estos casos,

⁵ Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

⁶ The Code for Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Effective March 1, 2004.

⁷ Art. 17.2 *in fine* Ley de Arbitraje.

necesario encontrar un equilibrio entre aquellos supuestos de los que las partes deben ser informadas por poder dar lugar a dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y aquellos supuestos que no dan lugar a aquellas dudas y cuya revelación sería excesiva, pudiendo incluso favorecer abusos por alguna de las partes, demorando el arbitraje con recusaciones injustificadas o privando a la contraparte del árbitro que ha elegido.

Es en este contexto en el que en el año 2004 se promulgaron las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional⁸ (las «Directrices») con la intención de fijar un estándar común en el arbitraje internacional con el que resolver conflictos de intereses y, en particular, en qué supuestos debería, o no, un árbitro revelar determinadas situaciones. Antes de entrar en su comentario, debe señalarse que las Directrices no son normas jurídicas, sino que únicamente son de aplicación directa cuando las partes acuerdan expresamente que deben regular su procedimiento arbitral. Esto no evita, sin embargo, que puedan utilizarse como un importante instrumento de referencia al tratar conflictos de intereses tanto en el arbitraje internacional como en el doméstico.

Las Directrices de la IBA se articulan en dos partes. La primera parte contiene siete principios generales en relación con la imparcialidad, la independencia y el deber de revelación del árbitro. La segunda parte establece una lista no exhaustiva de supuestos clasificados por colores en los que puede encontrarse el árbitro y que configuran su deber de revelación.

Los principios generales recogidos en la primera parte de las Directrices son muy similares a los ya señalados, imponiendo el deber del árbitro de ser imparcial e independiente de las partes y mantenerse así a lo largo del procedimiento, así como la obligación de revelar aquellas situaciones que, desde el punto de vista de las partes, puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Debe hacerse mención, sin embargo, a dos cuestiones importantes:

- En primer lugar, se establece que cualquier duda sobre si se debe revelar o no una situación determinada, ha de resolverse a favor de darla a conocer⁹. Como ya hemos señalado, esta es la opción más razonable en caso de duda, tanto por evitar la desconfianza de una de las partes si lo descubre en un futuro, como porque el árbitro debe revelar aque-

⁸ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 de mayo de 2004.

⁹ Principio 3.(c) de las Directrices.

José María Alonso

llas situaciones que puedan generar dudas en las partes, sin considerar si él las considera o no justificadas.

- En segundo lugar, y en relación con lo anterior, se afirma que el hecho de que un árbitro revele determinadas circunstancias no puede entenderse como la admisión de la existencia de un conflicto de intereses¹⁰. En efecto, si al comunicar una situación que considere puede generar dudas en las partes sobre su imparcialidad e independencia, el árbitro considerase que existe un auténtico conflicto de intereses, más que notificarlo a las partes debería no aceptar su designación o renunciar si el conflicto surge con posterioridad. Cuando un árbitro revela determinadas situaciones lo hará normalmente bajo el convencimiento de que las mismas no afectan a su imparcialidad e independencia.

La segunda parte de las Directrices es, sin embargo, la que más comentarios ha generado, al recoger, mediante un sistema de clasificación por colores (rojo, naranja y verde) diversas situaciones que pueden darse en la práctica arbitral.

En la categoría roja se distingue entre supuestos irrenunciables y supuestos renunciables. En los supuestos irrenunciables se encuentran aquellas situaciones en las que se entiende que un árbitro se identifica con alguna de las partes, violándose en consecuencia el principio general de que nadie puede ser juez y parte en un mismo procedimiento. En estos casos no hace falta ni siquiera que el árbitro revele tal situación ya que, entienden las Directrices, el árbitro no puede ejercer como tal en el procedimiento y debe renunciar, sin que la aceptación por las partes pueda convalidar la existencia del conflicto de intereses. Los supuestos rojos renunciables son aquellos que pueden presentar dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y que, en consecuencia, este debe revelar. Sin embargo, a diferencia de los supuestos no renunciables, las partes pueden, de todas formas, aceptar que el árbitro ejerza su función siempre que lo hagan de manera expresa.

En la categoría naranja se encuentran aquellos supuestos que, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, pueden dar lugar, a juicio de las partes, a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Si una situación se encuentra en la categoría naranja el árbitro debe informar de ella a las partes, aunque, en este caso, si estas no solicitan su recusación en plazo se entiende que tácitamente han renunciado a oponerse a su designación.

¹⁰ Principio 3.(b) de las Directrices.

Finalmente, la categoría verde contiene aquellos supuestos que se consideran no problemáticos y que, en consecuencia, no deberían, con carácter general, ser revelados por el árbitro al no ser susceptibles de generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Las Directrices, en todo caso, dejan claro que las listas roja, naranja y verde tienen solamente un valor relativo, sin que quepa pretenderse su aplicación, sin más, siempre. Habrá que prestar atención, caso por caso, a las circunstancias.

En la práctica, las Directrices han tenido una importante aceptación y se aplican tanto en supuestos de recusación ante tribunales ordinarios en las jurisdicciones más importantes, como en las instituciones arbitrales de mayor influencia. En este sentido, a la luz de los primeros cinco años de vigencia de las Directrices, el Comité de Conflictos de Intereses de la IBA elaboró un informe con el fin de evaluar su utilización en el ámbito del arbitraje internacional¹¹. Para ello, se analizó si las Directrices habían sido utilizadas, tanto por tribunales ordinarios como por instituciones arbitrales, al resolver cuestiones relativas a conflictos de intereses y al deber de revelación de los árbitros.

En relación con su aplicación en tribunales ordinarios, aunque no son muchas las decisiones disponibles, sí pueden destacarse dos cuestiones. En primer lugar, se ha producido un notable incremento (teniendo en cuenta que en el año 2006 un estudio solo encontró tres decisiones una en el Reino Unido y dos en Estados Unidos)¹², tanto en el número de decisiones que aplican las Directrices (once en total) como en las jurisdicciones en las que estas se dan. En segundo lugar destaca, aunque no sorprenda, que las jurisdicciones en las que más se están aplicando las Directrices (Austria, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Holanda, Suecia, Suiza y Estados Unidos) sean, muchas de ellas, las que tradicionalmente se han mostrado más favorables al arbitraje internacional y que en la actualidad forman los principales centros de arbitraje a nivel global. En España su aplicación aún es escasa, mencionándolas, aunque sin aplicarlas directamente, la Sentencia 506/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio¹³.

En cuanto a la aplicación de las Directrices en decisiones emitidas en el seno de instituciones arbitrales, igualmente se recogen las respuestas de las

¹¹ The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, the first five years 2004-2009.

¹² The IBA Conflicts Guidelines - Who's Using Them and How? Judith Gill. Vol. 1 Dispute Resolution International, 58 (2007).

¹³ JUR\2011\347818.

José María Alonso

instituciones arbitrales más importantes a nivel internacional. Destaca en este caso la CCI, en la que se elaboró un informe que señalaba cómo al menos un artículo de las Directrices fue tenido en cuenta en 106 de 187 casos analizados, recogiendo además una extensa lista de supuestos que se habían tenido en cuenta pero que no se incluyen en las Directrices¹⁴. De especial importancia resulta también la experiencia en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo que, según afirma el informe de la IBA, suele tomar como referencia las Directrices, otorgando así mayor seguridad y transparencia a sus decisiones sobre conflictos de intereses.

En definitiva, en el ámbito del arbitraje internacional, tal y como afirma una sentencia del Tribunal Supremo de la Federación Suiza «*es cierto que las Directrices no tienen fuerza de ley. Sin embargo, sí suponen una útil herramienta que contribuye a una mayor armonización en los estándares a aplicar en relación con los conflictos de intereses en arbitraje internacional. Como tal, esta herramienta debería cobrar relevancia en las decisiones de tribunales ordinarios e instituciones que administren procedimientos arbitrales*»¹⁵.

La aceptación de las Directrices en el ámbito internacional se encuentra fuera de toda duda. Sin embargo, su aplicación plantea aún algunos interrogantes. Por un lado, resulta cuestionable la existencia de una lista de supuestos no renunciables ya que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si las partes, conociendo la existencia de las situaciones incluidas en la lista, deciden igualmente designar a una persona determinada como árbitro, limitar sus elecciones y su consentimiento debidamente informado no parece justificado. Por otro lado, como ya antes fue apuntado, debe evitarse el riesgo de aplicar sin más las distintas listas, sin analizar las circunstancias específicas de cada caso, fundamentalmente si se decide no revelar situaciones contenidas en la categoría verde que respecto a un supuesto concreto sí podrían generar dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros. En cualquier caso, pese a la existencia de situaciones no resueltas por las Directrices, debe afirmarse que el balance general de su introducción es positivo, ayudando a dar seguridad y

¹⁴ References to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration when deciding on Arbitrator Independence in ICC Cases. Simon Greenberg y José Ricardo Feris. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, No 2. 2009.

¹⁵ Traducción propia. Tribunal Supremo de la Federación Suiza, Caso 4A_506/2007, para 3.3.2.2: «*Ces lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux*».

uniformidad en una cuestión tan complicada como la gestión de los posibles conflictos de intereses.

Tal y como señala la introducción a las Directrices, estas no suponen más que el comienzo en el desarrollo de una práctica uniforme sobre la gestión de conflictos de intereses. Es por esta razón por la que se ha iniciado ya el procedimiento de revisión de las mismas, con el fin de evaluar su aplicación en la práctica y cómo puede mejorarse. Así, en la actualidad, el subcomité de conflictos de intereses de la IBA trabaja en una nueva edición de las Directrices con la intención de presentar la nueva redacción en el año 2014, cumplidos diez años desde su publicación original.

3. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN

Al estudiar las consecuencias del incumplimiento del deber de revelación, cabe distinguir entre aquellas que afectan al árbitro que ha incumplido su deber y las que se refieren al propio procedimiento arbitral y, en particular, cómo afecta tal incumplimiento a la validez del laudo.

a) Consecuencias sobre el árbitro

La consecuencia fundamental del incumplimiento del deber de revelación por el árbitro, una vez se descubre la existencia de la situación que debió haber comunicado, será, seguramente, la solicitud de recusación por la parte que se considere perjudicada por el conflicto de intereses. En este sentido, además, el hecho de no haber revelado la existencia de una situación que potencialmente daría lugar a un conflicto, aunque en realidad el árbitro sea completamente imparcial e independiente, puede cualificar la situación, de manera que una relación que, de haberse revelado a tiempo, no plantearía dudas se ve expuesta a un mayor nivel de sospecha.

Así, por ejemplo, la SAP de Madrid 506/2011, respecto a la no comunicación por el presidente del tribunal arbitral de la existencia de determinadas relaciones con el despacho profesional que llevaba la defensa de una de las partes y pese a considerar que la actuación del árbitro fue perfectamente imparcial, sin ni siquiera reprocharle la no comunicación, habida cuenta la dificultad que para el árbitro plantea decidir qué revelar, afirma que:

«si bien tal omisión de manifestación voluntaria no es por sí misma causa de recusación, no por ello deja de ser un hecho que por otro lado resulta del previo desarrollo del proceso, el que a las partes no se les hizo saber tales circunstancias, lo cual incrementa el sustento de la

José María Alonso

duda que en la recusante puede surgir sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro cuando sus relaciones con la parte y con el despacho defensor de la contraria son puestas de manifiesto a causa de su iniciativa e indagación sobre ellas».

En efecto, como hemos dicho antes, un elemento fundamental del procedimiento arbitral es la confianza que las partes depositan en él, de manera que los árbitros no solo deben cumplir con el requisito esencial de la imparcialidad e independencia, sino que también deben aparecer frente a las partes como imparciales e independientes. Así lo afirma la citada sentencia al disponer que:

«Conviene recordar que en esta cuestión no se trata de determinar si, efectivamente, el árbitro no es imparcial o independiente, si no (sic) de analizar hasta qué punto sus relaciones con las partes o sus defensores permiten sembrar en la otra parte la fundada duda sobre tales atributos».

Cabe además señalar que el árbitro, al revelar la existencia de situaciones potencialmente conflictivas, está salvaguardando no solo el procedimiento, sino también su propio nombramiento dado que, una vez puestas aquellas en conocimiento de las partes, si estas no formulan la recusación en el plazo que corresponda (15 días salvo que las partes hayan acordado otra cosa, art. 18.2 LA), se entiende que han renunciado tácitamente a las facultades de impugnación que les otorga la ley, salvando en consecuencia el posible conflicto de interés, conforme al art. 6 LA, a cuyo tenor:

«Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denuncia dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

b) Consecuencias sobre el procedimiento

La primera consecuencia que, sobre el procedimiento arbitral, tiene la no revelación de situaciones potencialmente conflictivas se plantea en relación con la recusación del árbitro en el momento en que dichas situaciones se descubren. Así, en cuanto se plantea la recusación, el procedimiento se paraliza con el fin de resolver aquella. Si además está ya avanzado el procedimiento arbitral, la recusación puede conducir a un considerable desajuste que podría haberse evitado con la oportuna revelación. Además, la falta de revelación puede llegar a cualificar la causa de recusación al potenciar las dudas que puedan surgir en relación con la misma. En términos de

responsabilidad del árbitro, esta será exigible en supuestos de mala fe, temeridad o dolo.¹⁶

La otra vertiente del incumplimiento del deber de revelación, en relación con sus efectos sobre el procedimiento arbitral, es la cuestión de si el mero incumplimiento del deber de revelación es suficiente para obtener la anulación del laudo.

En este sentido, son dos las vías de anulación del laudo que podrían invocarse: i) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes¹⁷ o ii) que el laudo es contrario al orden público¹⁸. En el primer supuesto, además, hay que tener en cuenta que cuando las partes se someten a un arbitraje regido por un reglamento arbitral determinado se entiende que el mismo forma parte del propio convenio¹⁹. La mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen previsiones expresas sobre el deber de revelación de los árbitros²⁰.

En cualquiera de las dos alternativas la pregunta fundamental es la misma: con independencia de si el árbitro se ha mantenido, o no, imparcial durante el procedimiento, ¿es suficiente para anular el laudo el hecho de que aquel no haya revelado determinadas situaciones potencialmente conflictivas?

En principio, y sujeto a un análisis para cada caso concreto, la respuesta debe ser negativa. El deber de revelación es, efectivamente, un elemento fundamental para garantizar la transparencia en la designación de los árbitros y la confianza de las partes en el procedimiento. Sin embargo, no hay que olvidar que se trata de un deber instrumental, dirigido a que las partes tengan un conocimiento suficiente de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas fundadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, y que solo en supuestos en los que las circunstancias no reveladas generen tales dudas es cuando puede cuestionarse la validez del arbitraje. El principio fundamental del arbitraje es la imparcialidad e independencia de los árbitros, siendo el deber de revelación solamente una, aunque esencial, herramienta del mismo.

¹⁶ Art. 21.1 Ley de Arbitraje.

¹⁷ Art. 41.1.d) Ley de Arbitraje.

¹⁸ Art. 41.1.f) Ley de Arbitraje.

¹⁹ Art. 4.b) Ley de Arbitraje.

²⁰ Art. 11.2 Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid; art. 11 Reglamento UNCITRAL; art. 11.2 Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París; art. 5.3 Reglamento de la London Court of International Arbitration.

José María Alonso

En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia 221/2008, de 5 de mayo²¹, al entender que, pese a que el presidente del tribunal arbitral incumplió su deber de comunicar a las partes la integración de su despacho con el de los letrados que representaban a una de las partes, esto no afectó su independencia ni imparcialidad puesto que tales hechos ocurrieron después de adoptado el laudo, aunque se firmara en fecha posterior. Así, la Sentencia afirma:

«Con relación a la relevancia de estos hechos, y si los mismos debían ser comunicados por el árbitro afectado por esta situación a la Secretaría de la Corte como a las partes, a pesar de la confidencialidad que debe reconocerse a dichas negociaciones, teniendo en cuenta que los árbitros no solo deben ser realmente independientes de las partes, sino también debe (sic) mantener esa independencia formal o externa, a fin de evitar toda duda sobre esa independencia o imparcialidad, tal hecho, (...) tiene suficiente relevancia a los efectos de que debía ser comunicado a las partes en el cumplimiento de este deber que establece tanto el artículo 7 del Reglamento CCI, como el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, (...).

Ahora bien debe examinarse si el incumplimiento de dicha obligación debe tener como consecuencia la nulidad del laudo dictado en base al artículo 41.1.d, de la Ley de Arbitraje, al entender que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo de las partes, en el presente caso al Reglamento de Arbitraje de la CCI, al no haberse notificado ese hecho relevante por el árbitro. Con relación a esta cuestión debe partirse también de que no toda infracción del procedimiento arbitral puede o debe llevar a la nulidad del procedimiento arbitral, ha de tratarse de una infracción esencial, que tenga una incidencia importante en la tramitación del procedimiento, en la medida que afecte bien a normas esenciales del procedimiento arbitral, o bien afecte a los principios básicos de la institución arbitral.

Partiendo del presupuesto de que el deber de ser y mantenerse independiente e imparcial de las partes de los árbitros, es un presupuesto básico de todo procedimiento arbitral, es necesario determinar si el incumplimiento de ese deber de información, de los hechos acaecidos con posterioridad al nombramiento del árbitro-presidente del colegio arbitral en el presente caso ha de ser configurado como esencial o trascendente sobre la regularidad del procedimiento arbitral.

²¹ JUR\2008\177811.

Partiendo de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, en la medida en que tal hecho no afectó a la imparcialidad del árbitro, en la medida que la decisión del tribunal arbitral se había adoptado con anterioridad a ocurrir tales hechos, como es que el inicio de las negociaciones tuvo lugar con posterioridad al momento de remitirse el borrador del laudo a la Secretaría de la Corte que tuvo lugar el día 10 de marzo de 2006, con anterioridad a la fecha en que se iniciaron dichas negociaciones, limitándose la corte a una revisión formal del laudo, ha de llevar a la conclusión que el hecho de no haberse revelado el dato a las partes, no tiene trascendencia ni importancia suficiente para determinar la nulidad del laudo, en cuanto que la decisión y redacción del laudo por los árbitros se había llevado a cabo con anterioridad al momento en que se iniciaron las conversaciones entre ambos despachos de abogados, aunque formalmente el laudo no se firmara y notificara a las partes hasta después de haberse iniciado las mismas (...)».

Ahora bien, y como ya hemos señalado, el hecho de que una situación concreta no haya sido revelada, aunque por sí solo no sea suficiente para anular el laudo, puede ser determinante para entender que aquella genera dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, poniendo en riesgo la validez del laudo. Aquellas dudas, de haberse revelado oportunamente la situación controvertida, podían, sencillamente, no haber surgido.

4. CONCLUSIÓN

El futuro desarrollo del arbitraje requiere la confianza de quienes, en definitiva, lo eligen como un medio alternativo para la resolución de sus controversias. Solo asegurando que las partes resulten satisfechas, no solo con el resultado del procedimiento, sino también con que su caso ha sido oído y resuelto de manera justa, podrá el arbitraje prosperar. Esta satisfacción se obtiene asegurando la transparencia del procedimiento de elección de los árbitros, de manera que las partes estén seguras de que el asunto será resuelto exclusivamente con base en las circunstancias del mismo, con independencia de factores subjetivos relativos a las partes o al tribunal.

Las Directrices de la IBA son un buen primer paso para intentar otorgar seguridad jurídica en un campo que genera tantas dudas. Sin embargo, en su aplicación deben tenerse en cuenta los riesgos señalados, con el fin de conseguir el correcto equilibrio entre la necesaria imparcialidad de los árbitros,

José María Alonso

el derecho a las partes a designar un árbitro de su elección y la naturaleza esencialmente voluntaria del arbitraje.