

# La independencia e imparcialidad del árbitro: una visión práctica comparada

MARLEN ESTÉVEZ SANZ & ROBERTO MUÑOZ ROJO<sup>(\*)</sup>

*SUMARIO: 1. Introducción 2. Concepto 3. Reconocimiento normativo 4. El estándar aplicable 5. La búsqueda de un consenso global 6. El deber de revelación 7. Casuística 8. Observaciones finales.*

## 1. Introducción

1.1 El arbitraje no es, ni mucho menos, una institución novedosa<sup>1</sup>. Sin embargo, su mayor nivel de desarrollo lo estamos viviendo en las últimas décadas<sup>2</sup>, habiéndose incrementado su utilización

incluso durante la crisis financiera, debido a la necesidad de los operadores de contar con un mecanismo más eficiente de resolución de disputas<sup>3</sup>.

A pesar de este crecimiento, la popularización del arbitraje también ha llevado consigo el aumento de las críticas (en ocasiones, desmesuradas o poco fundadas) hacia el sistema. En este sentido, algunas de las cuestiones más controvertidas en la actualidad se refieren a (i) los costes y duración del arbitraje, (ii) la validez y eficacia del convenio arbitral<sup>4</sup> y (ii) la independencia e imparcialidad de los árbitros; cuestión, ésta última, que resulta el objeto del presente trabajo.

1.2 La obligación de los árbitros de ser y mantenerse independientes e imparciales es uno de los principios fundamentales de todo proceso<sup>5</sup>, que dota de

<sup>(\*)</sup> King & Wood Mallesons.

<sup>1</sup> VICTORIA-ANDREU, F., *La independencia del árbitro: ¿realidad o quimera?*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex 4(1), 2011, pág. 158, remonta sus orígenes hasta hace más de 3.500 años; mientras que HAVLÍČEK, J., *The Partiality of Arbitrators*, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol. IV, 2014, pág. 134, afirma que las primeras menciones al arbitraje provienen de la China confucionista.

En España, la institución del arbitraje tuvo reconocimiento expreso en la conocida Constitución de Cádiz de 1812 y como recuerdan JIMÉNEZ-BLANCO, G. & OSORIO ITURMENDI, L., *Los llamados «árbitros de parte»*, Revista del Club Español del Arbitraje, No. 18/2003, pág.70, estos requisitos «hunden sus raíces en las Siete Partidas».

<sup>2</sup> ESPLUGES MOTA, C., *Quo Vadis Arbitratio?* pág. 1. En palabras de MOURRE, A. en 'Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond', en BREKOUAKIS, S.L., LEW, J.D.M. et al. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, 2016, pág. 363: «arbitration has become at the same time more global and extraordinarily more diverse. Arbitration is no longer a small club of insiders established in a limited number of western countries. Asia has emerged as a major arbitration arena. There are new institutions, and a new generation of counsel and arbitrators has arisen from a diverse range of arbitral jurisdictions. There is much more diversity in the typology of law firms that are active in arbitration. There is much more diversity in the typology of law firms that are active in arbitration. There are more and more boutique firms, and more rising regional players than ever».

<sup>3</sup> STIRTON, L. & LEE, G., *Challenge Arbitrators: Recent developments from an Australian perspective*, AMINZ/IAMA Conference, 6 agosto 2010, pág. 2.

<sup>4</sup> En relación con la eficacia y validez del convenio arbitral, nos remitimos al trabajo publicado por los autores en, *Validez y eficacia del convenio arbitral*, Enero 2017, CIAR Global. Disponible en: <http://centroiberoamericanodearbitraje.org/es/validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral-marlen-estevez-y-roberto-munoz/> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>5</sup> Como nos recuerda el Convenio Europeo de Derechos Humanos «[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial»

legitimidad a la función arbitral<sup>6</sup>, hasta el punto de sostener que un arbitraje «es tan bueno como lo son sus árbitros».

Tal es su trascendencia que la ausencia de cualquiera de estos requisitos puede provocar la recusación del árbitro<sup>7</sup>, generar su responsabilidad<sup>8</sup>, la anulación del laudo<sup>9</sup> y —en última instancia— la viabilidad misma del arbitraje como mecanismo de confianza para la resolución de controversias<sup>10</sup>.

Es más, la práctica nos demuestra que el nombramiento de un árbitro parcial o dependiente es incluso contraproducente para la parte nominadora, toda vez que (i) el resto del tribunal tiende a reducir cualquier ‘influencia’ que pudiera tener dicho árbitro

---

(artículo 6.1). En términos similares, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1).

<sup>6</sup> STIRTON, L. & LEE, G., *ob cit.*, pág. 357, refiriéndose a la jurisprudencia francesa afirma que: «The formula tells us that independence and impartiality are not only requirements for the regulatory and the validity of the arbitral process. They are much more than that: they are the very essence of arbitration».

<sup>7</sup> La Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje prevé expresamente, en su artículo 17, como motivos de recusación y abstención, la independencia e imparcialidad del árbitro.

<sup>8</sup> Esta eventual responsabilidad del árbitro dependerá, no obstante, del régimen que se haya adoptado en la jurisdicción correspondiente.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña 69/2012, de 19 de noviembre.

LEPERVANICHE, C., *Algunos apuntes sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje comercial*, Revista del Club Español del Arbitraje, No. 12/2011., pág. 27: «un laudo tiene mayores posibilidades de ser cumplido voluntariamente si la parte perdedora reconoce que los árbitros condujeron el procedimiento de forma firme y neutral».

<sup>10</sup> CALADO, D. & JÚDICE, J.M., *Independencia e imparcialidad del árbitro algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex 8(3), 2015, págs. 750 – 751.

Recomendaciones del CEA, octubre 2008, pág.4: «La independencia y la imparcialidad de los árbitros son dos de los requisitos fundamentales para que el arbitraje funcione. Las personas y las empresas sólo confiarán en el arbitraje si perciben que los árbitros son independientes y fallan imparcialmente».

en el proceso<sup>11</sup>; y (ii) puede percibirse dicho nombramiento como un signo de debilidad, al carecer de cualquier otra alternativa para tratar de obtener un resultado favorable<sup>12</sup>.

**1.3** Por todo ello, es ciertamente recomendable que los árbitros no se limiten a *ser* independientes e imparciales, sino que también deben *parecerlo*<sup>13</sup>.

De lo contrario se pueden llegar a extremos como el desafortunado incidente que tuvo lugar en el Tribunal Irán-Estados Unidos de América, en el que varios árbitros iraníes llegaron a proferir amenazas frente al juez sueco, Nils Mangard, al considerar que éste era parcial y carecía de la necesaria independencia. Tal fue el nivel de crispación que uno de los implicados llegó a afirmar que «si Mangard se atreve alguna vez a volver a entrar en la sala del tribunal, su cuerpo o el mío saldrá rodando por las escaleras»<sup>14</sup>.

**1.4** Así pues, aun cuando lo ideal sería que cualquier candidato a árbitro revelase cualesquiera circunstancias que pudieran poner en riesgo el adecuado ejercicio de su cargo y, en su caso, declinase el puesto de existir dudas sobre su

---

<sup>11</sup> Sin que ello no obstante suponga la efectiva y total exclusión del árbitro en el proceso, dado que tal conducta podría generar la responsabilidad del resto de miembros del tribunal. Y es que, esta ‘eliminación’ del árbitro parcial no equivale a excluirle totalmente del procedimiento ni de las deliberaciones. De hecho, recientemente, el Tribunal Supremo español, en su Sentencia 102/2017, de 15 de febrero de 2017, condenó a dos árbitros a indemnizar cada uno en 750.000€ a una de las partes del arbitraje, dada cuenta que los condenados (como miembros del tribunal de arbitraje) dictaron el laudo excluyendo indebidamente al tercer árbitro, designado por la parte ahora indemnizada.

<sup>12</sup> CALADO, D. & JÚDICE, J.M., *ob cit.*, pág. 760.

<sup>13</sup> SERRADA, J., ‘Designación de árbitros. Cuestiones que suscitan’, en JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Anuario de Arbitraje 2016*, Aranzadi, 2016, pág. 202.

<sup>14</sup> BROWER, C. & BRUESCHKE, J., *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pág. 169 y ss.

independencia o imparcialidad<sup>15</sup>, lo cierto es que la práctica es en muchos casos más compleja.

De hecho, dejando a un lado notables ejemplos de dependencia o parcialidad, en un gran número de supuestos la solución no pasa siempre por la simple dicotomía de ‘blanco o negro’<sup>16</sup>. Por el contrario (y como veremos) los matices y particularidades del supuesto de hecho resultan determinantes.

## 2· Concepto

**2.1** La independencia e imparcialidad protegen conjuntamente a las partes frente a árbitros que pudieran estar influenciados a la hora de resolver la controversia sometida a arbitraje<sup>17</sup>.

Aun cuando ambos conceptos son habitualmente utilizados como equivalentes, cubren situaciones distintas, lo que ha sido ampliamente reconocido tanto por la doctrina<sup>18</sup> como por la jurisprudencia nacional<sup>19</sup> y los precedentes arbitrales<sup>20</sup>.

**2.2** Así, mientras que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones de las partes con el árbitro, bajo la premisa de que nadie puede ser juez de su propia causa (*nemo iudex in sua causa*), la imparcialidad se refiere a una actitud o estado mental del árbitro necesariamente subjetivo.

Igualmente, mientras la imparcialidad es imprescindible para asegurarse que se hace justicia, la independencia es necesaria para cerciorarse que así se percibe<sup>21</sup>.

**2.3** Más allá de las diferencias terminológicas —como adelantábamos— ambos principios son inherentes al ejercicio mismo de la función arbitral<sup>22</sup>, y deben abordarse como conceptos absolutos. Esto es, o se es completamente independiente e imparcial o no<sup>23</sup>.

De ahí que ambas características se deban cumplir por *todas* aquellas personas que ejerzan la función arbitral. Se incluyen por lo tanto (y como no podía

<sup>15</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *El Árbitro*, pág. 31. Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>16</sup> PARK, W., *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent*, San Diego Law Review Vol. 46:629, 2009, pág. 641: «Most analysis starts with relatively clear models on which most reasonable people agree, and then proceeds from back and white to shades of grey».

<sup>17</sup> *Burlington Resources Inc. v Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 diciembre 2013, para. 66.

<sup>18</sup> TRAKMAN, L., *The impartiality and Independence of arbitrators reconsidered*, International Arbitration Law Review, Sweet & Maxwell, Vol. 10, Int.AL.R., 2007, pág. 6. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=981085> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>19</sup> RUBINO-SAMMARTNO, M., *International Arbitration. Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, pág. 331; citado por ESCOBAR-MARTÍNEZ, L. M., *La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro*, 15 International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional, 2009, pág. 192.

<sup>20</sup> En este sentido, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v Argentina y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v Argentina*, Casos CIADI No. ARB/03/17 y No. ARB/03/19, Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, 22 de octubre de 2007, para 29: «independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción... en ciertas situaciones es posible que un juez o árbitro sea independiente de las partes, pero no imparcial».

<sup>21</sup> LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2003, pág. 261.

<sup>22</sup> Sobre la posibilidad de renunciar a ellos conforme a derecho español, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 331/2010, de 16 de junio de 2010.

<sup>23</sup> De lo contrario, como afirma, GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Imparcialidad*, Revista del Club Español del Arbitraje No. 17/2013, págs. 17 – 41, se llegaría al mismo absurdo que afirmar que «se está un poco embarazada».

ser de otro modo) los mal llamados ‘árbitros de parte’<sup>24</sup>, refiriéndose a aquellos que han sido seleccionados por las partes para ocupar un puesto en el tribunal arbitral.

Lo anterior, dado que en ningún caso se puede equiparar la función que desarrolla el árbitro con aquella del abogado o representante de las partes en el marco del procedimiento arbitral<sup>25</sup> (percepción que, sin embargo, continua en la actualidad<sup>26</sup>), como tampoco deben tener los árbitros designados por las partes un estándar distinto al árbitro único o al presidente del tribunal arbitral<sup>27</sup>.

Y es que, han de evitarse conclusiones como la alcanzada por un tribunal norteamericano en el caso *Compañía de Navegación Omsil S.A. v Hugo Neu Corp* a tenor del cual «como todos saben» el árbitro

nombrado por una parte «es un amalgama de juez y abogado»<sup>28</sup>.

**2.4** Lo expuesto no quita que, en cierta medida, todo árbitro por el mero hecho de ser persona pueda tener ciertas predisposiciones naturales como consecuencia de factores tales como la educación, el país de origen, la cultura o la religión<sup>29</sup>. Máxime en el arbitraje internacional, en el que los involucrados (partes, árbitros, abogados, peritos, etc.) pueden tener un bagaje muy heterogéneo, con tradiciones jurídicas distintas.

En efecto, como reconoce el caso CIADI de *Urbaser v Argentina* «[n]ingún árbitro y, en términos generales, ningún ser humano de determinada edad, es, en términos absolutos, independiente e imparcial. En pocas palabras, todo individuo transmite ideas y opiniones basadas en su educación y experiencia moral, cultural y profesional. Lo que requiere para emitir un juicio en una contienda legal, es la capacidad para considerar y evaluar los méritos de cada caso sin basarse en factores que no se relacionen con esos méritos»<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión, JIMÉNEZ-BLANCO, G. & OSORIO ITURMENDI, L., *ob cit.*, págs. 63 – 122.

Por otro lado, el Tribunal Supremo inglés concluyó, en *Jivraj v Haswani* [2011] UKSC 40, que el árbitro no puede ser considerado como un ‘empleado’ en su relación con las partes.

<sup>25</sup> REMÓN, J., ‘Comentario al artículo 17 de la Ley 60/2003 de arbitraje’, en GONZÁLEZ-BUENO, C., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, pág. 358.

<sup>26</sup> MARIAN, C., *Who guards the guardians?: Contracting States and Available Safeguards for Ensuring Arbitrators Impartiality and absence of Bias in the ICSID Convention Compared to the Framework in the New York Convention*, Revista Română de Arbitraj, 28 (7/4), octubre-diciembre 2013, pág. 9.

<sup>27</sup> MATHEUS LÓPEZ, C.A., *Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex 2010, 3(2), pág. 471.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Imparcialidad*, *ob cit.*, pág. 19: «La práctica del árbitro parcial es corrosiva. Aunque excepcional, sucede que árbitros conciben su deber de imparcialidad en forma relativa: son más imparciales cuando son presidentes de Tribunales, que cuando son árbitros de parte. Y lo anterior es la exposición optimista: existen casos de sesgo notorio –inclusiva parcialidad flagrante–. Lo expuesto es lamentable».

<sup>28</sup> *Cia de Navegación Omsil SA v Hugo Neu Corporation*, 359 F.Supp. 898, 899 (S.D.N.Y. 1973): «As everyone knows, the party’s named arbitrator in this type of tribunal is an amalgam of judge and advocate». Fuente citada en CARTER, J. & FELLAS, J., *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford University Press, 2010, pág. 78. Los autores destacan que una característica diferenciadora del arbitraje en Estados Unidos es que los árbitros nombrados por las partes no necesitan ser imparciales o neutrales.

<sup>29</sup> *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, 12 August 2010, para. 40.

<sup>30</sup> *Urbaser SA y Consorcio de Aguas de Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, presentada por las Demandantes, 12 agosto 2010, para. 40.

Es más, todas estas circunstancias, lejos de resultar incompatibles con el desarrollo de la función arbitral<sup>31</sup> (siempre que no supongan una inclinación hacia alguna de las partes o les lleven a prejuzgar la causa<sup>32</sup>), constituyen incluso uno de los principales alicientes y ventajas del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas. De ahí que no se deba pretender la eliminación del bagaje o antecedentes del candidato a árbitro, sino que éste meramente deberá abstraerse de todas aquellas circunstancias que a priori pudieran afectarle.

### 3· Reconocimiento normativo

**3.1** A pesar de su innegable repercusión, ninguno de estos requisitos (esto es, ni la independencia ni la imparcialidad) encuentran reflejo en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961) o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975).

Por el contrario, en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 1965) sí se recoge que aquellas personas que formen parte de la lista de árbitros deberán «inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio»<sup>33</sup>, habiendo reiterado

los tribunales arbitrales que en dicha exigencia se incluye también el deber de independencia<sup>34</sup>.

**3.2** Por su parte, la obligación de los árbitros de ser y mantenerse independiente e imparciales queda recogida en el artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006) (la “**Ley Modelo**”)<sup>35</sup>; teniendo igualmente su reflejo en la práctica totalidad de las legislaciones nacionales.

No obstante, en algunas jurisdicciones (como Inglaterra<sup>36</sup>, Suecia<sup>37</sup> y Suiza<sup>38</sup>) únicamente se hace mención a uno de los dos conceptos (bien de independencia o bien de imparcialidad), si bien esta omisión no debe considerarse relevante, en la medida en que los árbitros deberán cumplir en todo caso ambos requisitos, al resultar ineludibles e inherentes al ejercicio de su función.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Imparcialidad*, *ob. cit.*, pág. 22.

<sup>32</sup> GOMEZ-ACEBO, A., *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 34, 2016, pág. 81. LEPERVANCHE, C., *ob. cit.*, pág. 34: «Como se mantiene académicamente, el rol de los árbitros es dejarse convencer por los argumentos de las partes y no llegar convencidos al inicio de su trabajo y el rol de los abogados es convencer a los árbitros de la procedencia de sus argumentos».

<sup>33</sup> Artículo 14(1) del Convenio del CIADI.

<sup>34</sup> Sirva de ejemplo, *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV v Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal, 5 de mayo de 2014, para. 50 y la jurisprudencia del CIADI que en él se cita.

<sup>35</sup> Ley Modelo, artículo 12: «1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia... 2. Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

<sup>36</sup> La English Arbitration Act (1996), ss. 24.1(a) y 33.1(a), se refiere exclusivamente a la imparcialidad. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>37</sup> La Swedish Arbitration Act (1999), ss. 8 y 21, únicamente hace referencia a la imparcialidad. Versión en inglés disponible en: <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>38</sup> La Private International Law Act (1987), Art. 180, se refiere en exclusiva a la independencia. Versión en inglés disponible en: [https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG\\_english.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf) (último acceso el 27 de abril de 2017).

**3.3** Por último, al igual que ocurre con las legislaciones nacionales, en la práctica totalidad de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales se incluyen como deberes inexorables de los árbitros su independencia e imparcialidad.

En este sentido, baste citar al Reglamento del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR), donde se afirma que «[t]odo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial» (artículo 10.2)<sup>39</sup>.

#### **4 · El estándar aplicable**

**4.1** Como nos demuestra la casuística, la problemática relativa a la independencia e imparcialidad no se limita al arbitraje, sino que es igualmente extensible a la judicatura<sup>40</sup>.

Sin embargo, a pesar de las similitudes que pudieran existir entre la función jurisdiccional que desarrollan los jueces nacionales y los árbitros, no debemos equiparar ambas figuras.

En especial, dado que mientras el juez nacional suele ejercer en exclusiva su función, no así el árbitro, quien normalmente desarrolla igualmente su

profesión de abogado, catedrático, etc.<sup>41</sup>; lo que ha llevado a autores a afirmar que, mientras a los jueces se les presume independencia e imparcialidad debido a que tienen una dedicación en exclusiva a la judicatura de un determinado país, no ocurre lo mismo con los árbitros<sup>42</sup>.

Asimismo, tal y como han puesto de manifiesto los Tribunales Constitucionales de distintas jurisdicciones (como el español<sup>43</sup> o el colombiano<sup>44</sup>), mientras que la autoridad de los jueces suele venir revestida de un mandato constitucional, en el caso de los árbitros su origen lo encontramos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares.

**4.2** Debido a estas diferencias, es conveniente distinguir los motivos de imparcialidad e independencia de los árbitros y los jueces, siendo ésta la tendencia que siguen la mayoría de legislaciones nacionales<sup>45</sup> (e.g. España<sup>46</sup>, Portugal<sup>47</sup>, Suiza<sup>48</sup> o Australia<sup>49</sup>).

<sup>39</sup> La Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés), por su parte, modificó el texto de su Reglamento inicial de 1998 (que únicamente exigía ser y permanecer independiente) para incorporar también la referencia a la imparcialidad.

<sup>40</sup> Sirva de ejemplo el informe de junio de 2014 del International Bar Association's Human Rights Institute, en el que se destacan los problemas que aquejan a este respecto a distintas jurisdicciones (se citan, entre otras, Sri Lanka, Uganda, Pakistán, Zimbabue, Bolivia, Singapur, Gambia, Ucrania, Venezuela, Estos Árabes Unidos, Rusia o Estados Unidos). QC ROBERTSON, G., *Judicial Independence: Some Recent Problems*, International Bar Association's Human Rights (IBAHRI), Thematic Papers No. 4, Junio 2014.

<sup>41</sup> En palabras del Tribunal Federal suizo, en 16 ASA Bull. 634 (1998): «the principles of Federal Tribunal decisions regarding challenge of judges apply similarly to arbitrators. But the Court must also take into account the contextual differences between arbitrators and court litigation, namely as arbitration usually involves individuals with closer relationships».

<sup>42</sup> MOURRE, A., *ob. cit.*, pág. 357.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 17 de enero de 2005.

<sup>44</sup> Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional de Colombia, SU 174/07 de 2007. Fuente citada en ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M., *ob. cit.*, pág. 196.

<sup>45</sup> GOMEZ-ACEBO, A., *ob. cit.*, pág. 89. En términos similares, ALMOGUERA, J., 'Arbitration and Mediation Combined. The Independence and Impartiality of Arbitrators', en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. & ARIAS, D. *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, pág. 117.

<sup>46</sup> A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 6 de octubre de 2015; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 834/2008, de 25 de noviembre,

<sup>47</sup> CALADO, D. & JÚDICE, JM, *ob. cit.*, pág. 754.

<sup>48</sup> Tribunal Federal suizo, en 16 ASA Bull. 634 (1998).

<sup>49</sup> STIRTON, L. & LEE, G., *ob. cit.*, pág. 2.

No obstante, a día de hoy todavía existen notables excepciones. A modo de ejemplo, en Inglaterra, siguiendo las conclusiones del caso *AT&T v Saudi Cable*<sup>50</sup>, se aplica el mismo baremo, al igual que ocurre en Brasil<sup>51</sup>, Colombia<sup>52</sup> y Luxemburgo<sup>53</sup>. En Estados Unidos, por su parte, el Tribunal Supremo en el caso *Commonwealth Coating v Continental Casualty* consideró que los árbitros debían sujetarse a requisitos más estrictos debido a la imposibilidad de apelar sus decisiones<sup>54</sup>.

**4.3** Más allá de la distinción existente entre jueces y árbitros, hay quien también opina que existen

<sup>50</sup> *AT&T Corporation and another v Saudi Cable* [2000] 2 Lloyd's Rep 127 (CA). Fuente citada en LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 258.

Ahora bien, nótese que, en todo caso, el tribunal inglés hizo incapié en que: «The courts are responsible for the provision of public justice. If there are two standards I would expect a lower threshold to apply to courts of law than applies to a private tribunal whose 'judges' are selected by the parties. After all, there is an overriding public interest in the integrity of the administration of justice in the courts».

<sup>51</sup> GIUSTI, G. & DALMASO MARQUES, R., 'Arbitraje Internacional Comercial en Brasil: Marco legal y Jurisprudencia', en HIERRO, A. & CONEJERO, C., *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y Jurisprudencia*, La Ley, 2012, pág. 192.

<sup>52</sup> BARRAGAN ARANGO, L.A. & RIVERA RAMÍREZ, I.I., 'Arbitraje Internacional Comercial en Colombia: Marco legal y Jurisprudencia', en HIERRO, A. Y CONEJERO, C., *ob cit.*, págs. 224 – 225.

<sup>53</sup> Luxembourg Code of Civil Procedure (artículo 378). Fuente citada en BORN, G., *International Arbitration. Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2011, pág. 675.

<sup>54</sup> *Commonwealth Coating v Continental Casualty Co*, 393 US 145, 149 (1968). Fuente citada en LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 257. JUSTICE BLACK: «It is true that arbitrators cannot sever all their ties with the business world, since they are not expected to get all their income from their work deciding cases, but we should, if anything, be even more scrupulous to safeguard the impartiality of arbitrators than judges, since the former have completely free rein to decide the law as well as the facts and are not subject to appellate review».

Ahora bien, tal y como apuntan LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 257, la citada decisión del Tribunal Supremo estadounidense habría sido matizada con posterioridad por el Appellate Court, en *Merit Ins Co v Leatherby Ins Co*, 714 F 2d 673 (7th Cir 1983), al concluir que se debía aplicar el mismo estándar.

diferencias entre el arbitraje de inversión y el comercial.

En especial, nos referimos al estándar impuesto por el Convenio del CIADI, de conformidad con el cual cualquier árbitro podrá ser recusado por la carencia *manifiesta* de (entre otras cosas) imparcialidad<sup>55</sup>. Esta necesidad de que la falta de imparcialidad sea 'manifiesta' ha dado lugar a que se considere que el CIADI impone una exigencia superior para recusar a los árbitros a la prevista en la mayoría de reglamentos aplicables al arbitraje comercial, que provoca una especialmente baja tasa de recusaciones exitosas<sup>56</sup> (sólo 4 hasta la fecha<sup>57</sup>).

## 5- La búsqueda de un consenso global

**5.1** A la vista de la evidente relevancia de ambos conceptos (independencia e imparcialidad) y de la diversidad de criterios, se hace imprescindible contar con unos parámetros de alcance global, capaces de servir de guía a los diferentes operadores<sup>58</sup>.

Con este objetivo, en 1987 la International Bar Association (IBA) publicó las Reglas Éticas para los Árbitros Internacionales, que fueron con posterioridad derogadas parcialmente en 2004 por

<sup>55</sup> Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, artículo 57.

<sup>56</sup> PÉREZ-LOZADA, F., *Duty to render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality*, Revista del Club Español del Arbitraje, No. 27/2016, pág. 88.

<sup>57</sup> *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2), *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/20) y *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/20). Ver las recusaciones en:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decision-s-on-Disqualification.aspx> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>58</sup> MOURRE, A., *ob cit.*, pág. 362.

las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional; directrices que a su vez han sido recientemente revisadas en el 2014 (las “Directrices IBA”)<sup>59</sup>.

**5.2** Las Directrices IBA, en un esfuerzo por introducir uniformidad en la materia, recopilan situaciones específicas (a modo de listado abierto<sup>60</sup>) indicando si deben ser o no reveladas o si justifican la descalificación de un árbitro<sup>61</sup>. El sistema que siguen es similar a un semáforo, distinguiendo entre:

- *Listado rojo irrenunciable*: en el que se enumeran situaciones que dan lugar irremediamente a dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Hasta tal punto, que la revelación de estas circunstancias no puede solucionar el conflicto y el árbitro deberá rechazar el encargo (un claro ejemplo son aquellas ocasiones en que existe identidad entre una de las partes y el árbitro<sup>62</sup>, como también aquellas otras en las que el árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en el resultado del asunto<sup>63</sup>).

- *Listado rojo renunciante*: encontramos situaciones sensibles que, sin embargo, no revisten la gravedad del listado irrenunciable. Como consecuencia, si las partes son conscientes de las mismas y acceden a ello, el árbitro podrá desarrollar su función (a modo ilustrativo, observamos los casos en los que el árbitro haya intervenido en el asunto en el pasado<sup>64</sup> o aquellos en los que un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en una afiliada de éstas<sup>65</sup>).

- *Listado naranja*: aborda aquellas circunstancias que podrían dar lugar a una descalificación del árbitro, de tal forma que es decisión de éste aceptar o no el encargo, sin que la existencia y revelación de estas situaciones resulte, automáticamente, en su descalificación (dentro de este listado encontramos, por ejemplo, las situaciones en las que existe enemistad entre un árbitro y el abogado que comparece en el arbitraje<sup>66</sup> o en las que el árbitro y otro árbitro son abogados del mismo bufete<sup>67</sup>).

- *Listado verde*: se listan las situaciones inocuas (como que el árbitro sea propietario de una cuantía insignificante de acciones de una partes o de una afiliada de éstas, siempre que se traten de sociedades cotizadas<sup>68</sup>, o como que con anterioridad el árbitro y el abogado de una de las partes haya actuado conjuntamente como

<sup>59</sup> Directrices IBA, de 3 de octubre de 2014. Disponibles en:

[http://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiA4\\_aXr7fSAhXCCsAKHQayDVQOFggfMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2Fdocument%2FDefault.aspx%3FdocumentUId%3D59c60328-61f3-4f0a-9a92-78f4f67c1c50&usq=AFQjCNGzbGgQLjG4cHe1b2mO57jxw7vuZA&sig2=M8TQvEtWN7kD9TJLYhfqT\\_w](http://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiA4_aXr7fSAhXCCsAKHQayDVQOFggfMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2Fdocument%2FDefault.aspx%3FdocumentUId%3D59c60328-61f3-4f0a-9a92-78f4f67c1c50&usq=AFQjCNGzbGgQLjG4cHe1b2mO57jxw7vuZA&sig2=M8TQvEtWN7kD9TJLYhfqT_w) (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>60</sup> Directrices IBA, pág. 3: «La Lista de Aplicación cubren muchas de las diversas situaciones que se dan en la práctica común, pero no se pretende que el listado sea exhaustivo, algo que, por otro lado, sería imposible».

<sup>61</sup> Directrices IBA, pág. 2.

<sup>62</sup> Directrices IBA, Listado Rojo Irrenunciable, 1.1.

<sup>63</sup> Directrices IBA, Listado Rojo Irrenunciable, 1.3.

<sup>64</sup> Directrices IBA, Listado Rojo Renunciante, 2.1.2.

<sup>65</sup> Directrices IBA, Listado Rojo Renunciante, 2.3.9.

<sup>66</sup> Directrices IBA, Listado Naranja, 3.3.7.

<sup>67</sup> Directrices IBA, Listado Naranja, 3.3.1.

<sup>68</sup> Directrices IBA, Listado Verde, 4.4.2.

árbitros<sup>69</sup>), que no ponen en duda la independencia o imparcialidad del árbitro y, por lo tanto, que no es necesario revelar.

**5.3** A la hora de elaborar este listado, se prestó especial atención a la jurisprudencia internacional de distintas jurisdicciones, así como al criterio y la experiencia de profesionales involucrados en arbitraje internacional, en un afán por editar una guía actualizada de alcance internacional<sup>70</sup>.

El principal propósito de estas Directrices IBA consiste en dotar de mayor previsibilidad y claridad, como también asistir a los tribunales nacionales y arbitrales a la hora de abordar casos de supuesta imparcialidad e independencia, evitando así estrategias dilatorias o acciones infundadas y potenciando la existencia de un criterio homogéneo que incremente la seguridad jurídica e impida el *forum shopping*.

Aun cuando no tienen fuerza de ley<sup>71</sup>, se las ha considerado como «las mejores y más refinadas prácticas en la materia»<sup>72</sup>, siendo utilizadas como

referencia de forma recurrente tanto por tribunales nacionales (e.g. España<sup>73</sup>, Inglaterra<sup>74</sup> o Suiza<sup>75</sup>) como arbitrales (como ocurre en la ICC<sup>76</sup>, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>77</sup> o el CIADI<sup>78</sup>).

Es más, como recoge un informe de la propia IBA sobre la utilización de las citadas Directrices IBA desde 2004 a 2009, en la práctica las partes habitualmente se refieren a éstas en las recusaciones

---

[%20Internacional%20VF.pdf](#) (último acceso el 27 de abril de 2017).

---

<sup>69</sup> Directrices IBA, Listado Verde, 4.3.2.

<sup>70</sup> Ahora bien, como razonadamente apunta MULLERAT, R., *ob cit.*, pág. 61: «in my view, the Guidelines have adopted in some situations a rather *pro arbitro* attitude (that is an attitude too favourable to arbitrators), than a more *pro partibus* or *pro institutione arbitralis one*».

<sup>71</sup> Directrices IBA, pág. 3.  
Lo anterior ha sido reconocido igualmente por la jurisprudencia inglesa (*A v B* [2011] EWHC 2345 (Comm)) y en *Tidewater Inc, Tidewater Investment Srl, Tidewater Caribe CA, Twenty Gran Offshore Llc, Point Marine Llc, Twenty Gran Marine Service Llc, Jackson Marine Llc, Zapata Gulf Marine Operators Llc v Venezuela*, Caso CIADI ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, 23 diciembre 2010, para. 59.  
Sin embargo, estas directrices sí serán vinculantes si las partes así lo han pactado.

<sup>72</sup> BARROS BOURIE, E. & GERMAIN RONCO, A. *Los Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional*, pág. 6. Disponible en: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/Conflictos%20de%20Inter%C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Conflictos%20de%20Inter%C3%A9s%20en%20el%20Arbitraje)

<sup>73</sup> En España, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 70/2016 de 4 de noviembre.

<sup>74</sup> En Inglaterra, en el caso *W Ltd v M Sdn Bhd* [2016] EWHC 422 (Comm), el tribunal concluyó que: «Of course I decide the outcome of the present case under English law. It would be possible simple to say that the 2014 IBA Guidelines are not a statement of English law and then not enter into any examination of them. However the present arbitration is international, and parties often choose English Law in an international context. Thus the role of this Court has an international dimension. I therefore prefer to consider the 2014 IBA Guidelines...». Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/422.html> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>75</sup> En Suiza, el Tribunal Supremo Federal determinó que las Directrices IBA son «a valuable working tool to contribute to the uniformisation of standards in international arbitration in the area of conflicts of interests. As such this instrument should impact on the practice of the courts and the institutions administrating arbitration proceedings...». Fuente citada en The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009*, pág. 19. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUId=e545a3e1-13af-4d75-ad50-36d29c2777b4> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>76</sup> Entre el 1 de julio de 2004 y el 1 de agosto de 2009, en 106 de 187 casos se hizo referencia expresa a las Directrices IBA. The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, *ob cit.*, págs. 28 – 29.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pág. 34.

<sup>78</sup> *Burlington Resources Inc. v Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 Diciembre 2013, para. 69: «las directrices IBA, que no son vinculantes en una recusación CIADI, han sido reconocidas como una guía útil en casos anteriores».

a los árbitros e impugnaciones de laudos arbitrales; motivo por el cual cabría esperar que en el futuro se incrementara su utilización tanto por las partes como por los tribunales<sup>79</sup>.

## 6 · El deber de revelación

**6.1** En línea con los listados contenidos en las Directrices IBA y como parte de la obligación inherente a todo árbitro de ser y mantenerse independiente e imparcial, encontramos el deber del árbitro de revelar a las partes cualquier circunstancia que pudiera originar dudas sobre su independencia o imparcialidad<sup>80</sup>.

Esta exigencia se trata de una garantía preventiva y resulta esencial en el arbitraje internacional, hasta el punto que, como sostuvo un tribunal norteamericano: «queda fuera de toda duda que un árbitro tiene el deber de revelar»<sup>81</sup>.

**6.2** Su utilización se ha potenciado en las últimas décadas, llegando a convertirse en piedra angular del propio sistema<sup>82</sup>, al pasar de una relación entre las partes y el árbitro basada en la confianza a una relación puramente profesional.

A modo ilustrativo, entre 1998 y 2006, 1.055 de los 5.850 árbitros propuestos por las partes o co-árbitros en arbitraje ICC (esto es, un 18,1%) realizaron

revelaciones a las partes; práctica que continuó durante el 2008 (14,5%) y 2009 (13,6%)<sup>83</sup>.

Y es que, su uso sirve para reducir los riesgos que de otro modo afectarían al procedimiento arbitral y, en última instancia, al arbitraje como método alternativo de resolución de disputas. De ahí que los árbitros deban revelar todas aquellas situaciones que, a ojos de las partes (que no del árbitro)<sup>84</sup>, pudieran dar lugar a dudas sobre su independencia o imparcialidad<sup>85</sup>.

**6.3** No obstante lo anterior, en la práctica han surgido dudas con respecto a los límites y alcance que se deben aplicar a dicho deber de revelación<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, *ob cit.*, pág. 7.

<sup>80</sup> Como recuerda MATHEUS LÓPEZ, C.A., *ob. cit.*, pág. 466, la obligación de revelación en ningún caso se debe entender como sustituto del deber de independencia e imparcialidad.

<sup>81</sup> *Karlseng v Cooke*, 346 S.W.3d 85, 97 (Tex. App. 2011). Fuente citada en BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2d ed., 2014, pág. 1990.

<sup>82</sup> MOURRE, A., *ob cit.*, págs. 358 – 359.

<sup>83</sup> DAELE, K., *ob cit.*, pág. 46.

<sup>84</sup> CRIVELLARO, A., ‘The Arbitrator’s Failure to Disclose conflicts of Interest: Is It Per Se a Ground for Annulling the Award?’, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., & ARIAS, D. (eds), *ob cit.*, pág. 312. Como apunta DAELE, K., *ob cit.*, pág. 63: «There seems to be, however, a difference in the application of this standard, especially within the ICSID context. In a number of ICSID challenge decisions, the duty to disclose has indeed been assessed from the point of view of the arbitrator. The latter should disclose a fact only if he/she reasonably believes that it might cause his/her reliability to be questioned. These Tribunals are also concerned that a comprehensive disclosure standard would be too burdensome for the arbitrator and could encourage frivolous challenges».

<sup>85</sup> La revelación de estas circunstancias no deberá entenderse como un reconocimiento por parte del árbitro de su falta de independencia o imparcialidad. Todo lo contrario. De hecho, como recogen las Directrices IBA, pág. 8: «un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro».

<sup>86</sup> Directrices IBA, pág. 1: «Hay una tensión, por una parte, entre el derecho que tienen las partes a conocer los hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre la imparcialidad o independencia... y, por otra, la necesidad de evitar recusaciones innecesarias contra árbitros con el fin de proteger el derecho de las partes a elegir al árbitro libremente».

De admitir una suerte de derecho indiscriminado a requerir una revelación *total* por parte de los árbitros se podrían motivar prácticas abusivas por aquellas partes que pretendan torpedear el procedimiento<sup>87</sup>.

Por el contrario, en caso de no revelar una circunstancia que, en efecto, pudiera generar dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro pondría poner en riesgo la continuación del árbitro en el ejercicio de su cargo, como también la efectividad del proceso arbitral.

La tensión descrita ha generado que en no pocas ocasiones los tribunales (arbitrales y nacionales) hayan tenido que abordar supuestos dudosos en los que se ha puesto en duda la neutralidad y objetividad de los árbitros como consecuencia tanto de la revelación de determinadas circunstancias como (en especial) por el silencio guardado por aquellos.

## 7 · Casuística

La mayoría de los precedentes los encontramos en las resoluciones judiciales nacionales, debido a la confidencialidad que prima en el arbitraje comercial.

No obstante, en determinadas ocasiones algunas cortes arbitrales, como la London Chambers of International Arbitration (LCIA)<sup>88</sup> o el Danish

Institute of Arbitration (DIA)<sup>89</sup>, sí han publicado ilustrativos *digestos* que recogen los razonamientos de algunas de sus decisiones y que, a la sazón, proporcionan una valiosísima guía para los practicantes.

Partiendo de estas decisiones, a continuación analizamos algunas de las situaciones que han dado lugar a dudas sobre la independencia o imparcialidad de los árbitros, sin ánimo de proporcionar una suerte de listado cerrado. En particular se abordan: (7.1) la publicación de artículos, (7.2) la repetición de nombramientos, (7.3) los *barristers*, (7.4) la pertenencia a una asociación, (7.5) las firmas internacionales de abogados, (7.6) las relaciones del árbitro con las partes, (7.7) las conversaciones ex parte, (7.8) las cortes arbitrales, (7.9) el uso de redes sociales, (7.10) la identidad entre árbitro y parte, (7.11) las manifestaciones vertidas por el árbitro y (7.12) la nacionalidad.

### 7.1 Publicaciones de artículos

**7.1.1** Todo jurista tiene su punto de vista (con independencia de que lo haya expresado públicamente o no) sobre una cuestión legal que puede ser relevante para la disputa arbitral. No obstante, ello no ha evitado que estas publicaciones se hayan visto sujetas al escrutinio de las partes.

**7.1.2** Especialmente ilustrativo es el caso CIADI de *Urbaser v la República de Argentina*<sup>90</sup>, en el que se recusó a un árbitro por el contenido de sus

<sup>87</sup> REMÓN, J. *ob. cit.*, pág. 357.

De hecho, como recogen PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob. cit.*, pág. 579, tales prácticas frívolas las podríamos estar sufriendo ya, como demuestran las estadísticas de algunas instituciones arbitrales, como el DIA donde han visto incrementadas las recusaciones en más de un 300% en 4 años. Incremento que, como apunta ÖZGE, T., *Independence and Impartiality of Arbitrators*, Terazi Law Journal, 8(84), págs. 37-39, también han sufrido, aunque no en los mismo términos, la ICC, el SCC o la LCIA.

<sup>88</sup> PARK, W., *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, Kluwer Law International, 2011, págs. 281 - 536.

<sup>89</sup> PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *Challenge Decisions at the Danish Institute of Arbitration*, Kluwer Arbitration Law, Vol. 33(6), 2016, pág. 577 - 652.

<sup>90</sup> *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, 12 Agosto 2010.

publicaciones académicas, alegando que en ellas se abordaban cuestiones de relevancia para la resolución del arbitraje (lo que podría suponer la existencia de una idea preconcebida sobre el fondo). Aun cuando se llegó a reconocer que las opiniones académicas que aborden cuestiones idénticas o similares a las discutidas pueden llegar a influenciar al árbitro, la recusación fue finalmente desestimada. En particular, a la vista del contenido de las publicaciones, como también dada cuenta que —de aceptarse los argumentos esgrimidos en la recusación— ningún potencial árbitro jamás expresaría sus opiniones sobre ninguna cuestión, con el consiguiente perjuicio que ello conllevaría, toda vez que el intercambio de opiniones «se considera un aporte positivo al desarrollo del derecho y de las políticas en este segmento de la economía mundial»<sup>91</sup>.

Igualmente, en un caso ICC se desestimó una descalificación del presidente del tribunal arbitral, bajo el argumento de que había publicado varios artículos que, según la recusación, expresaban opiniones (i) negativas sobre el país de origen de una de las partes y (ii) a favor del país de origen de la contraparte. La Corte, sin embargo, consideró que tales argumentos no eran suficientes para admitir la recusación<sup>92</sup>.

En *Company Y v Defendants*, se solicitó al Tribunal de Primera Instancia de Nápoles la recusación del presidente del tribunal, dada cuenta que había publicado varios artículos legales conjuntamente con el letrado de la contraparte. El Tribunal napolitano desestimó la recusación, afirmando que las publicaciones que pudieran realizar dos

profesionales practicantes no afectaban a la independencia del árbitro<sup>93</sup>.

Por último, el Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main conoció de un asunto en el que se trató de recusar al presidente del tribunal arbitral, alegando que había sido co-editor de una publicación en la que se incluía una ponencia del letrado de una de las partes sobre una cuestión procesal que resultaba de interés para el arbitraje. El Tribunal Regional, no obstante, desestimó la recusación, al determinar que el mero hecho de que se publicara en una revista académica un artículo no conllevaba automáticamente que el editor coincidiera con las conclusiones ahí expresadas<sup>94</sup>.

**7.1.3** En definitiva, aun cuando a priori los artículos doctrinales no deberían poner en riesgo la independencia e imparcialidad de los árbitros, lo anterior estará supeditado a que la publicación se haya realizado en abstracto y sin abordar el fondo de la disputa hasta tal punto que se presuma que el árbitro ha podido prejuzgar la causa.

De hecho, las Directrices IBA recogen dentro del *Listado Naranja* aquellas situaciones en las que «el árbitro ha manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma»<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> *Ibid.* para. 48.

<sup>92</sup> No publicada. Informa Whitesell, *The ICC Court Practice Concerning Challenges of Arbitrators*, Caso 9,31. Fuente citada en DAELE, K., *ob cit.*, págs. 269 – 363.

<sup>93</sup> Decisión de 31 de enero de 2011. Publicada en el Vol. IX(4) *ITA Report* (abril 2011). Fuente citada en DAELE, K., *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, International Arbitration Law Library 24, Kluwer International Law, 2012, págs. 269 – 363.

<sup>94</sup> *Ibid.* Decisión de 4 de octubre de 2007, no publicada, contenida en *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009*, 12-14.

<sup>95</sup> Directrices IBA, Listado Naranja, 3.5.2.

## 7.2 Repetición de nombramientos

**7.2.1** La facultad de las partes de elegir a los árbitros es uno de los elementos más característicos del arbitraje, como también una de las decisiones más importantes del proceso arbitral<sup>96</sup>.

Lógicamente, cada parte tratará de designar a aquella persona que considere que más se adecúa al puesto, según sus criterios y experiencia<sup>97</sup>.

Asimismo debido a las cualidades, aptitudes, reputación, conocimientos, disponibilidad, etc., del árbitro, puede ocurrir que una persona sea nombrada con cierta recurrencia por una misma parte. Esta repetición en los nombramientos, sin embargo, ha dado lugar a una de las cuestiones más controvertidas y analizadas en la actualidad<sup>98</sup>.

**7.2.2** Por un lado, los nombramientos reiterados podrían ser una prueba simplemente de la calidad del árbitro<sup>99</sup>.

A mayor abundamiento, en determinadas materias el número de árbitros disponibles es ciertamente limitado (como ocurre con las disputas inversor-Estado<sup>100</sup>, marítimas o deportivas<sup>101</sup>); lista de candidatos que se reduce aún más si tenemos en cuenta que en la actualidad —a pesar de los encomiables esfuerzos que se están realizando— todavía resulta ciertamente complicado que una persona sin experiencia previa sea nombrada por primera vez como árbitro.

De hecho, sobre la base de lo expuesto, el Tribunal Comercial de Viena conoció de una recusación en la que se alegaba una falta de independencia e imparcialidad del árbitro, que había sido nombrado con anterioridad por una de las partes hasta en 4 ocasiones, para decidir sobre asuntos cuyo fondo resultaba (además) idéntico al de la controversia. El tribunal alemán desestimó la recusación, destacando que la experiencia previa del árbitro le permitiría en todo caso determinar con mayor habilidad aquellos aspectos (de hecho y derecho) de relevancia<sup>102</sup>.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo sueco, en *Korsnäs v AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*, juzgó que no existía ningún riesgo de falta de independencia o imparcialidad en un supuesto en el que un árbitro había sido designado

<sup>96</sup> LEPERVANCHE, C., *ob. cit.*, pág.36: «La selección de los árbitros no es “un” sino “el” paso central para el futuro desarrollo del arbitraje».

<sup>97</sup> VICTORIA-ANDREU, F., *ob. cit.*, pág. 169. *Caratube International Oil Company Llp & Mr Devincçi Salah Hourani v Kazakshtan*, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr Bruno Boesch, Caso CIADI No. ARB/13/13, 20 marzo 2014, para. 108: «it is quite natural that a party and its counsel will wish to appoint the “best” arbitrator available for a given case and that prior experiences with that potential arbitrator are of course adequate to give that assurance».

<sup>98</sup> En palabras de JIMÉNEZ-BLANCO, G. & OSORIO ITURMENDI, L., *ob. cit.*, pág. 79 «No se trata de un supuesto claro pues se podría alegar que la razón por la que precisamente se propone reiteradamente a un mismo árbitro (no concurriendo otros motivos objetivos de recusación) es la confianza en su acertado juicio es decir, su reconocida capacidad profesional e imparcialidad».

<sup>99</sup> BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, (Second Edition), Kluwer Law International, 2015, pág. 685.

<sup>100</sup> Como apuntan JIMÉNEZ-BLANCO, G. & OSORIO ITURMENDI, L., *ob. cit.*, pág. 80: «en el ámbito de los arbitrajes internacionales de inversión sólo un número muy reducido de árbitros resuelven el 55% de todas las disputas».

<sup>101</sup> Como se reconoce en las Directrices IBA, pág. 26: «En cierto tipo de arbitrajes, como el arbitraje marítimo, deportivo o el relativo a materias primas, puede que la práctica sea escoger a los árbitros de un colectivo más reducido o especializado de personas. Cuando en un tipo concreto de arbitraje sea costumbre que las partes seleccionen repetidamente a un mismo árbitro para distintos asuntos, no será necesario poner de manifiesto esta circunstancia...».

<sup>102</sup> Vienna Commercial Court, caso No. 16 2/07, 24 julio de 2007. Fuente citada en The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, *ob. cit.*, pág. 7.

hasta en 5 ocasiones por la representación letrada de una de las partes. Y ello en la medida en que de los 112 procedimientos arbitrales en los que había intervenido como árbitro en los últimos 10 años, tan sólo en 12 de ellos había sido nombrado a propuesta de la citada representación letrada. Como consecuencia, el Alto Tribunal consideró que la reiteración de nombramientos en ese caso no ponía en peligro su imparcialidad<sup>103</sup>.

**7.2.3** No obstante, el problema lo encontramos cuando la repetición ha podido generar en el árbitro una dependencia económica<sup>104</sup>, o cierto sentimiento de lealtad o apego emocional hacia la parte nominadora<sup>105</sup>.

Igualmente, la repetición de los nombramientos podría deberse a la voluntad de la parte nominadora de ‘asegurarse’ un resultado favorable<sup>106</sup>. A modo de ejemplo, un informe del Senate Judiciary Committee de California reveló que ningún árbitro que hubiera dictado una condena —en disputas relativas a seguros médicos— a favor del paciente superior a un millón de dólares fue nombrado de nuevo. Por el contrario, 6 de cada 8 árbitros cuyo nombramiento

se repetía solían resolver a favor de las compañías aseguradoras en el 80% de los casos<sup>107</sup>.

Así, en un caso *LCIA No. 81160* se resolvió una recusación frente a un *barrister* que durante los últimos 5 años el 11% de sus asuntos le habían sido remitidos por el letrado de la parte nominadora. La recusación fue estimada. No tanto por la mera repetición de los nombramientos, sino por la ‘dependencia económica’ del árbitro para con el letrado<sup>108</sup>.

En términos similares, la Cour de Cassation francesa entendió en *Somoclest v DV Construction* que la designación de un árbitro en 51 ocasiones por una de las partes tenía un carácter sistémico, lo que a su vez «denota el mantenimiento de relaciones de negocios entre el árbitro y la parte que le nombró»<sup>109</sup>.

Finalmente, la decisión del *DIA ref. 2154*<sup>110</sup> confirmó que, aun cuando el mero hecho en sí mismo de que un árbitro hubiera sido nombrado por el letrado de una de las partes hasta en 3 ocasiones durante los 3 años y medio anteriores no conllevaba dudas sobre su independencia e imparcialidad, en ese caso sí lo hacía la circunstancia de que en los 3 casos hubiera sido nombrado por el mismo letrado y para decidir una controversia que afectaba a la misma parte<sup>111</sup>.

<sup>103</sup> DAELE, K., *ob cit.*, págs. 357 – 358.

<sup>104</sup> La importancia de la dependencia económica del árbitro en estos casos fue puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo Suizo en *Hitachi Ltd v SMS Schloemann-Siemag Aktiengesellschaft*, Bull ASA 1997, 99, 30 junio 1994. Fuente citada en RIVERA-LUPU, M. & TIMMINS, B., *Repeat appointment of arbitrators by the same party or counsel: a brief survey of institutional approaches and decisions*, Revista del Club Español del Arbitraje, No. 15/2012, págs. 103 – 118.

<sup>105</sup> KUO, H., *The issue of repeat arbitrators: Is it a problem and how should the arbitration institutions respond?*, Contemporary Asia Arbitration Journal, 4 (2), noviembre 2011, págs. 247 – 271. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract\\_id=1966459](https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1966459) (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>106</sup> *OPIC Karimum Corporation v Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, 5 mayo 2011 paras. 47 y 50.

<sup>107</sup> Senate Judicial Committee 2001/2002 Regular Session, Health Care Plan Arbitration Clauses. Fuente citada en KUO, H., *ob cit.*

<sup>108</sup> Caso *LCIA No. 81160*, de 28 de agosto de 2009. Fuente citada en PARK, W., *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, Kluwer Law International, 2011, pág. 292.

<sup>109</sup> Cour de Cassation, Chambre Civil 1, 20 de octubre de 2010, *Somoclest v DV construction*. Fuente citada en VICTORIA-ANDREU, F., *ob. cit.*

<sup>110</sup> Caso *DIA ref. 2154*, de 7 de mayo de 2014. Fuente citada en PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob. cit.*, pág. 608.

<sup>111</sup> En términos similares, *Universal Compression International Holdings SLU v Venezuela*, Caso CIADI

**7.2.4** En suma, observamos cómo la reiteración de los nombramientos sí puede dar lugar a dudas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. En especial en aquellos casos en los que se pudiera presumir cierta dependencia (de la naturaleza que fuese) del árbitro para con la parte nominadora.

De hecho, las Directrices IBA recogen dentro de su *Listado Naranja* aquellas situaciones en las que dentro de los tres años anteriores el árbitro hubiere sido designado como tal por una de las partes o por una afiliada de éstas en dos o más ocasiones<sup>112</sup>, o por el mismo abogado o por el mismo bufete de abogados en más de tres ocasiones<sup>113</sup>.

No obstante, lo cierto es que antes de alcanzar cualquier conclusión a este respecto resultará determinante analizar en profundidad los hechos y circunstancias que rodeen al nombramiento, dado que en ocasiones podrían justificar la reiteración del mismo (e.g. existencia limitada de candidatos a árbitro, calidad o conocimientos técnicos del árbitro, etc.)<sup>114</sup>.

De igual modo, de cara a evitar situaciones como las descritas, sería recomendable (i) ampliar el número de posibles candidatos a árbitro dando entrada a aquellos ‘jóvenes’ que demuestren contar con una cualificación y preparación suficiente, como también (ii) potenciar la formación y estudio del arbitraje, asegurando así futuros profesionales altamente cualificados.

---

No. ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, 20 mayo 2011, paras. 75 a 79 y 86 a 88.

<sup>112</sup> Directrices IBA, *Listado Naranja*, 3.1.3.

<sup>113</sup> Directrices IBA, *Listado Naranja*, 3.3.8.

<sup>114</sup> Como recoge GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Imparcialidad*, *ob cit.*, pág. 36, citando a su vez a John Maynard Keynes: «When the facts change, I change my mind. What do you do, Sir?».

### 7.3 Barristers

**7.3.1** Un caso particular es de los *barristers* y su participación en arbitrajes internacionales, que ha generado un considerable debate en los círculos arbitrales<sup>115</sup>. En especial, dada cuenta de que en no pocas ocasiones las partes no están familiarizadas con el funcionamiento de los *chambers* en Inglaterra y Gales<sup>116</sup>.

A estos efectos, el órgano representativo de los *barristers* en Inglaterra y Gales (*The Bar Council*) publicó en 2015 una nota informativa en la que se aborda esta problemática<sup>117</sup>.

Entre otras cosas, la nota destaca que tradicionalmente los *barristers* han venido practicando agrupándose en los denominados ‘*chambers*’, sin que éstos últimos puedan considerarse o equipararse a asociaciones empresariales de ningún tipo, ni siquiera en aquellos casos en que los *barristers* compartan determinados gastos. Y ello dado que, tal y como han venido confirmando los tribunales ingleses, los *barristers* tienen la consideración de trabajadores autónomos o independientes, sin que haya una distribución de los ingresos entre aquellos que trabajan en una misma *chambers*.

---

<sup>115</sup> PAULSSON, J., RAWDING, N. et al (eds), *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Arbitration Clauses in International Contracts*, (Tercera Edición), Kluwer Law International, 2010, pág. 88: «There is a long-standing debate in arbitration circles about the propriety or otherwise – actual and perceived – of barristers in the same sets of chambers appearing as counsel and arbitrator respectively in the same case».

<sup>116</sup> Para un análisis sobre el ejercicio de la profesión letrada en Inglaterra y Gales, ver: DE PRADA RODRÍGUEZ, M. & MUÑOZ ROJO, R., *El proceso civil inglés*, Comares, 2014.

<sup>117</sup> The Bar Council, *Information Note regarding barristers in international arbitration*, 5 julio 2015.

**7.3.2** En efecto, en *Laker Airways v FLS Aerospace*<sup>118</sup>, al analizar un supuesto en el que un árbitro era del mismo *chambers* que uno de los letrados intervinientes, el tribunal inglés determinó que tal hecho no ponía en tela de juicio la imparcialidad o independencia del árbitro.

Conclusión que ha sido compartida por la Cour d'appel de Paris en *Kuwait Foreign Trading v Ikori Estero*<sup>119</sup>, por el Tribunal Federal Suizo en *SA v. V*<sup>120</sup> y por el LCIA<sup>121</sup>.

**7.3.3** Ahora bien, a pesar de la citada jurisprudencia, conviene destacar que las Directrices IBA incluyen dentro del *Listado Naranja* la pertenencia a un mismo *chambers* de distintos árbitros de un tribunal arbitral o de un árbitro y el abogado de una de las partes<sup>122</sup>, lo que nos demuestra que no en todos los casos esta circunstancia podrá resultar inocua<sup>123</sup>.

#### 7.4 Pertenencia a una asociación

---

<sup>118</sup> *Laker Airways v FLS Aerospace* [1999] 2 Lloyd's Rep 45. Fuente citada en LEW, J., MISTELIS, A. L. & KRÖLL, S., *ob. cit.*, pág. 263.

<sup>119</sup> *Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment Co. v Ikori Estero*, Rev. Arab. 568, 571 (1992).

<sup>120</sup> *SA v V. 16 Bull. ASA* 634, 647 (1998). Fuente citada en PARK, W., *ob. cit.*, págs. 320 – 321.

<sup>121</sup> El caso *LCIA No. UN97/X11*, de 5 de junio de 1997, desestimó una solicitud de recusación bajo las reglas UNCITRAL, mediante una inusualmente breve resolución. En ese supuesto, no obstante, la parte que pretendía la recusación sí estaba 'familiarizada' con el funcionamiento de los *chambers*. Fuente citada en PARK, W., *ob. cit.*, págs. 283 – 313.

<sup>122</sup> Directrices IBA, *Listado Naranja*, 3.3.2.

<sup>123</sup> De hecho, en el caso ICC *ref. 16553/GZ*, fuente citada en FRY, J.D. & STAMPALJIA, J.I., *Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes*, *Arbitr Int*, 30(2), 2014, se estimó la recusación frente al árbitro seleccionado por la demandante, quien compartía el mismo *barristers' chambers* que el letrado de la demandante, al considerar que en esa ocasión el citado *chambers* guardaba una cierta identidad de asociación empresarial.

**7.4.1** La pertenencia de una de las partes o de su letrado a la misma asociación que el árbitro también ha dado pie a cuestionar la neutralidad de éste último.

**7.4.2** La Audiencia Provincial de Madrid ha tenido ocasión de resolver distintos supuestos a este respecto. A modo de ejemplo, desestimó una impugnación del laudo dictado por la Corte de Arbitraje de Madrid, al considerar que era irrelevante que uno de los árbitros y el letrado de una de las partes formasen parte del Cuerpo de Abogados del Estado<sup>124</sup>; como también que el presidente del tribunal arbitral y uno de los árbitros formaran parte de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje (CEA)<sup>125</sup> o que el letrado de una de las partes y uno de los árbitros perteneciesen a la lista de árbitros de una misma institución arbitral<sup>126</sup>.

Por su parte, en el caso de *X v Y*, el Tribunal Federal suizo desestimó una solicitud de anulación de laudo arbitral dictado por el Court of Arbitration for Sport (CAS o TAS, por sus siglas en francés). El principal argumento de la demandante consistía en que dos de los árbitros del tribunal y el letrado de la contraparte formaban parte de la misma asociación profesional, que agrupaba a abogados dedicados al derecho deportivo. El Tribunal consideró, partiendo de las Directrices IBA, que tal hecho, en sí mismo, no constituía base suficiente para la anulación del laudo<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 456/2008, de 15 de septiembre de 2008.

<sup>125</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 75/2008, de 15 de febrero.

<sup>126</sup> Para un comentario de la Sentencia, ver: *Anuario Contencioso para Abogados*, La Ley, 2009, págs. 70 – 79.

<sup>127</sup> Caso No. 4A\_506/2007, Decisión de 20 de marzo de 2008, 26 ASA Bull (2008), 565. Fuente citada en DAELE, K., *ob. cit.*, págs. 357 – 358.

**7.4.3** Justamente al contrario, el caso *DIA ref. D2233*, juzgó que existían dudas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro que era el presidente de una asociación danesa que protegía los intereses de sus miembros en el sector energético, toda vez que una de las partes era miembro de dicha asociación<sup>128</sup>.

**7.4.4** En suma, vemos como en términos generales el hecho de pertenecer a una misma asociación no debería implicar dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro. Hasta tal punto que tal circunstancia se recoge dentro del *Listado Verde* en las Directrices IBA<sup>129</sup>.

Sin embargo, como ocurre con cualquiera de los supuestos analizados, la casuística nos ha demostrado que, una vez más, la anterior afirmación dependerá de las particularidades del caso.

## 7.5 Firma internacional de abogados

**7.5.1** El desarrollo del mercado legal, con firmas internacionales y multidisciplinarias cada vez más grandes, ha incrementado la complejidad de los supuestos de imparcialidad e independencia de los árbitros<sup>130</sup>.

Al crecimiento natural de las firmas de abogados se añade (con mayor frecuencia en los últimos tiempos) las fusiones de despachos, que han propiciado la existencia de verdaderas ‘empresas’ con multitud de sedes y oficinas, complicando así encontrar un

candidato a árbitro cualificado que no tenga relación de ningún tipo (por remota que sea) con las partes<sup>131</sup>.

A la vista de esta nueva realidad, las grandes firmas deben prestar especial atención a las Directrices IBA, que recogen dentro del *Listado Rojo Irrenunciable* aquellas situaciones en que «[e]l árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos considerables»<sup>132</sup>; en especial, a la vista de la interpretación especialmente restrictiva de la jurisprudencia a este respecto.

**7.5.2** Un ilustrativo ejemplo resulta *J&P Avax v Société Tecnimont SPA*, que versó sobre un arbitraje ICC, en el marco del cual una de las partes (Avax) recusó al presidente del tribunal arbitral al advertir que el despacho en el que prestaba sus servicios había asesorado (a través de oficinas distintas a la del árbitro y sin que éste hubiera estado directamente involucrado) a una sociedad posteriormente adquirida por la matriz de la contraparte. La Corte arbitral desestimó la recusación.

Sin embargo, tras dictarse el laudo, Avax solicitó su anulación a la que accedieron tras distintos avatares procesales tanto la Cour d’appel de Paris<sup>133</sup> como la Cour d’appel de Reims<sup>134</sup>. En su opinión, el árbitro había incumplido con su deber de revelar la citada información, lo que generaba dudas sobre su independencia e imparcialidad. Aun cuando ambas resoluciones fueron respectivamente casadas por la

<sup>128</sup> Caso DIA D-2233, 28 noviembre 2014. Fuente citada en PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob cit.*, pág. 607.

<sup>129</sup> Directrices IBA, Listado Verde, 4.3.1.

<sup>130</sup> MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2012, pág.136.

<sup>131</sup> LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 262.

<sup>132</sup> Directrices IBA, Listado Rojo Irrenunciable, 1.4.

<sup>133</sup> *S.A.J. & P. Avax v Société Tecnimont SPA*, CA Paris, 12 febrero 2009.

<sup>134</sup> Un análisis de la resolución en COLORADO, Y., *J&P Avax v Société Tecnimont SPA, Court of Appeal of Reims, 2 November 2011*, Revista del Club Español del Arbitraje No. 15/2012, págs. 156 – 163.

Cour de Cassation francesa<sup>135</sup>, el Alto Tribunal basó sus decisiones en cuestiones procesales<sup>136</sup>, sin que entrase a valorar el fondo y, por lo tanto, si una situación como la descrita podría, en efecto, poner en tela de juicio la cualificación del árbitro.

Ahora bien, la postura de las audiencias provinciales francesas parece haber sido finalmente confirmada por la propia Cour de Cassation francesa en la reciente decisión de *SA Auto Guadeloupe Investissements v Columbus Acquisitions*. En este caso, muy similar al anteriormente analizado, el árbitro inicialmente reveló a las partes que su despacho (a través de una oficina distinta a la que él prestaba servicios) había asesorado a la matriz de una de las partes, si bien dicha relación había terminado y el árbitro no había estado involucrado en el asesoramiento. Las partes, tras analizar la información, no realizaron objeciones.

No obstante, con posterioridad y ya avanzado el curso del arbitraje (habiéndose dictado distintos laudos parciales), surgió la controversia al averiguar una de las partes que el referido asesoramiento por parte de la firma en la que trabajaba el árbitro se había reanudado.

Finalmente, la Cour de Cassation concluyó (en línea con las anteriores decisiones de los tribunales de apelación franceses) que, con independencia de la revelación realizada en un estadio inicial, el árbitro debería haber revelado igualmente la reanudación del asesoramiento, sin que fuera excusable este

<sup>135</sup> *Société Tecnimont SPA v S.A.J. & P. Avax*, Cass 1<sup>er</sup> civ, 25 June 2014 y *Société Tecnimont SPA v S.A.J. & P. Avax*, Cass 1<sup>er</sup> civ, 4 November 2010.

<sup>136</sup> En particular, el Alto Tribunal francés entendió que (i) que el órgano *ad quem* de París había modificado el objeto del litigio y (ii) que la corte de Reims no había tenido en consideración que la parte que impugnaba el laudo no había solicitado la recusación del árbitro en el período previsto para ello, de manera que se debía entender que había renunciado a dicho derecho.

deber por la mera ignorancia del árbitro de tal situación. Como resultado, su no revelación fue causa suficiente para considerar que existían dudas razonables sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro<sup>137</sup>.

Por otro lado, también encontramos ejemplos similares en el arbitraje de inversión. Así, en el caso CIADI de *Blue Bank v Venezuela*<sup>138</sup>, el árbitro nombrado por la demandante era un socio de la oficina de Madrid de una firma internacional y miembro del comité de arbitraje internacional. Dicha firma, sin embargo, estaba incurso en paralelo en otro arbitraje representando desde sus oficinas de Caracas y Nueva York a un inversor frente a la misma demandada (Venezuela); hecho, éste, que motivó (entre otros) la recusación del árbitro.

El árbitro, ante la recusación planteada por Venezuela, explicó que las oficinas del despacho actuaban como entidades legales independientes (la firma utiliza una Swiss Verein), que no lideraba el referido comité de arbitraje y que sus ingresos dependían principalmente de los resultados de la oficina de Madrid, de manera que las remuneraciones que eventualmente recibieran las otras oficinas no tendrían ningún impacto o éste sería prácticamente inexistente.

Sin embargo, la recusación fue finalmente estimada, al considerar que existía un grado de conexión tal

<sup>137</sup> Cass Civ 1, 16 de diciembre de 2015, *SA Auto Guadeloupe Investissements v Columbus Acquisitions Inc et al*, 14/26279. Para un análisis de la resolución ver: Lexology, *Independence and impartiality: Supreme Court confirms stern approach to duty of disclosure*, 21 abril 2016. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=28cb7ca6-4c1d-4faf-bbe9-fd4b019c4f45> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>138</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v Venezuela*, caso CIADI No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a majority of the Tribunal, 12 noviembre 2013.

que implicaba una falta de imparcialidad. Y ello debido a, entre otras cosas, (i) la mera existencia del comité *global* de arbitraje internacional, (ii) en la medida en que las distintas oficinas compartían el mismo nombre comercial y (iii) que el árbitro reconoció que su remuneración dependía principalmente, aunque no exclusivamente, de los resultados de la oficina de Madrid.

**7.5.3** No obstante lo anterior, en contraposición con la solución alcanzada en los casos expuestos, encontramos la reciente decisión de un tribunal inglés en *W Ltd v M SDN BHD*<sup>139</sup>.

En ese caso, la LCIA nombró como árbitro único a un abogado canadiense. El bufete del árbitro asesoraba a una sociedad que, con posterioridad a que el árbitro realizase su declaración de independencia, fue adquirida por la matriz de una de las partes del arbitraje, sin que ello fuera revelado a las partes expresamente (supuestamente debido a un fallo en el sistema de *conflict check* del despacho) a pesar de la publicidad que tuvo. El conflicto de interés fue descubierto por la parte perdedora del arbitraje una vez dictado el laudo final y, consecuentemente, solicitó su anulación.

El High Court, sin embargo y al contrario que la Cour de Cassation francesa, desestimó la impugnación. En opinión del juzgador inglés, aun cuando la situación descrita «sin lugar a dudas» se encontraba incluida dentro del listado rojo

<sup>139</sup> *W Ltd v M Sdn Bhd* [2016] EWHC 422 (Comm). Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/422.html> (último acceso el 27 de abril de 2017).

Para un análisis de la resolución, ver: BEALE, N., GEESINK, S. & LANCASTER, J., *Removing an Arbitrator: Recent Decisions of the English Court on Apparent Bias in International Arbitration*, ASA Bulletin Kluwer Law International, 34(2), 2016, págs. 322 – 341.

irrenunciable de las Directrices IBA<sup>140</sup>, éstas no le vinculaban sino que meramente le servían de ayuda o guía<sup>141</sup>.

Así las cosas, conforme a Derecho inglés, el tribunal concluyó que, a los ojos de un tercero informado e imparcial, no se podía poner en duda la independencia o imparcialidad del árbitro<sup>142</sup>. Asimismo, con respecto al fallo en el sistema de *conflict check* que no alertó al árbitro de la situación descrita, el juez consideró que el hecho de que, de haberlo sabido, el árbitro lo hubiese revelado, acreditaba su compromiso con la transparencia.

Pero no sólo eso. El citado tribunal continuó afirmando que las Directrices IBA presentan debilidades o deficiencias. En primer lugar, al tratar conjuntamente (y sin distinción) al árbitro y al bufete en el que éste presta servicios, como también a una parte y su filial. En segundo lugar, al realizar tal equiparación sin atender a las circunstancias particulares del caso<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> *W Ltd v M Sdn Bhd* [2016] EWHC 422 (Comm): «6. There is no doubt that the present case falls within the description given in Paragraph 1.4 of the 2014 IBA Guidelines. The arbitrator's firm (but not the arbitrator) does regularly advise an affiliate of the Defendant (but not the Defendant) and the arbitrator's firm (but not the arbitrator) derives substantial financial income from advising the affiliate».

<sup>141</sup> *Ibid.* «26. The Guidelines do not bind the Court, but they can be of assistance».

<sup>142</sup> *Ibid.* «22. On considering the facts the fair minded and informed observer would not, in my view, conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased, or lacked independence or impartiality. I reach that view without hesitation».

<sup>143</sup> *Ibid.* «34. It is therefore with diffidence that I say that the present case suggests there are weaknesses in the 2014 IBA Guidelines in two inter-connected respects. First, in treating compendiously (a) the arbitrator and his or her firm, and (b) a party and any affiliate of the party, in the context of the provision of regular advice from which significant financial income is derived. Second, in this treatment occurring without reference to the question whether the particular facts could realistically have any effect on impartiality or independence (including where the facts were not known to the arbitrator)».

Y es que, en ese supuesto en particular, el árbitro, aunque era socio de su despacho de abogados, en la práctica actuaba de forma completamente independiente, sin que siquiera participara en las reuniones de socios, sirviéndose en exclusiva de la firma para cuestiones administrativas<sup>144</sup>.

**7.5.6** A la vista de lo expuesto, como apunta algún autor, esta nueva realidad debe de analizarse con moderación y cautela. En especial, dado que puede motivar una suerte de ‘autocensura’ por parte de los árbitros<sup>145</sup>, en el caso de que algún compañero del mismo despacho preste o haya prestado asesoramiento a las partes, sin importar la posible falta *total* de relación con dicho profesional o el asunto objeto de asesoramiento<sup>146</sup>.

No obstante, lo cierto es que, dada cuenta de las resoluciones analizadas, resulta aconsejable que en las grandes firmas se preste especial atención (antes del nombramiento y durante el proceso arbitral) a los sistemas de *conflict check*, debiendo revelarse a las partes todas aquellas circunstancias que pudieran poner en tela de juicio la capacidad del árbitro<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> *Ibid.* «10. ...I no longer participate in partnership matters and only rarely attended partnership meetings in the period between 5-10 years ago. More recently, I have not attended such meetings. The current version of [the Law Firm's] partnership agreement, approved by a full vote of the partners, expressly "grandfathers" me so that I am exempt from compulsory retirement. I am the only member of [the Law Firm] to which this exemption applies... I would describe myself as essentially a sole practitioner carrying on my international practice with support systems in the way of secretarial and administrative assistance provided by [the Law Firm]. I am treated for the purposes of compensation as a separate department within the firm and, other than [one other] I am the only member of the ... Alternative Dispute Resolution department».

<sup>145</sup> JIMÉNEZ-BLANCO, G. & OSORIO ITURMENDI, L., *ob cit.*, pág. 75.

<sup>146</sup> ALONSO PUIG, J.M., *Los árbitros: Selección, Recusación y Reemplazo*, Themis 53: Revista de Derecho, 2007(53), pág. 165. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8855/9257> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>147</sup> REMÓN, J., *ob cit.*, pág. 355.

Igualmente, señalar que, siguiendo las Directrices IBA<sup>148</sup>, debido a la existencia de firmas de abogados cada vez más grandes, sería conveniente y razonable que las partes asistieran en la identificación de posibles situaciones conflictivas al árbitro (quien, en todo caso, no se vería exento de su deber de investigar y de revelación)<sup>149</sup>.

## 7.6 Relaciones con las partes

**7.6.1** Una de las principales salvaguardas de la objetividad de los árbitros es la imposibilidad de que éstos mantengan una relación con las partes del arbitraje.

Tal exigencia es en ocasiones recogida expresamente en la legislaciones nacionales, como ocurre con Ley de Arbitraje española donde se afirma que todo árbitro «no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial»<sup>150</sup>.

**7.6.2** Así las cosas, en el caso *DIA ref. D2245*, se acordó la remoción de un árbitro que había acudido tan sólo 4 meses antes del arbitraje a la boda de la letrada de una de las partes<sup>151</sup>.

En *Mission Insurance*, por su parte, se consideró que el hecho de que el árbitro hubiera pasado dos noches con la letrada que representaba a la parte victoriosa era suficiente como para poner en duda la imparcialidad del árbitro, motivo por el cual se anuló

---

<sup>148</sup> Directrices IBA, Norma (7), pág. 17.

<sup>149</sup> DAELE, K., *ob cit.*, Pág. 64.

<sup>150</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, artículo 17.1.

<sup>151</sup> Caso *DIA D-2245*, 5 febrero 2015. Fuente citada en PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob cit.*, págs. 606 – 607.

el laudo dictado que condenaba al pago de 90 millones de dólares<sup>152</sup>.

De igual modo, haber trabajado en la misma firma de abogados también puede generar dudas sobre la cualificación del árbitro<sup>153</sup>. Tal fue la conclusión de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio de 2011, al analizar un supuesto en el que uno de los letrados de las partes había trabajado previamente como pasante con el árbitro durante un período de 2 a 3 años, reconociendo incluso el árbitro que mantenía amigos en dicho despacho, en el que también trabajaba su yerno. A la vista de lo anterior, la Audiencia Provincial concluyó que todas estas circunstancias, aun cuando aisladamente no tendrían virtualidad, «apreciadas en su conjunto» sí ponían de manifiesto una relación de proximidad y vinculación que hacían dudar de la imparcialidad e independencia del árbitro<sup>154</sup>.

Idéntica conclusión alcanzó la Corte de Arbitraje de Milán, en noviembre de 2004, a raíz de que el árbitro revelase que había sido socio en la misma firma que uno de los letrados hasta enero de ese mismo año. Aun cuando ninguna parte realizó

alegaciones, la Corte no confirmó el nombramiento sobre la base de que no había transcurrido ni tan siquiera 1 año desde que terminó la relación<sup>155</sup>.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid conoció de una pretensión de anulación de 2 laudos parciales dictados en el marco de un arbitraje entre una compañía y una institución financiera, en la que se alegaba (entre otras cosas) la falta de independencia e imparcialidad del árbitro único, un notario de Madrid. El tribunal entendió que eran «razonables y objetivamente fundadas» las dudas sobre su imparcialidad, en la medida en que no podía considerarse trivial «su relación profesional como notario de un banco», en particular dado que —sobre la base del principio de libre elección de notario— la entidad financiera parte del arbitraje se trataba de «un posible cliente recurrente o preferente del notario»<sup>156</sup>.

**7.6.3** Ahora bien, no todo tipo de contacto (profesional, personal o comercial) o relación (de amistad o enemistad) que pudiera haber mantenido el árbitro con las partes puede llevarnos a cuestionar su independencia o imparcialidad<sup>157</sup>.

A modo ilustrativo, en el caso CIADI de *Alpha Projektholding v Ucrania* se rechazó la propuesta de recusación de uno de los árbitros al considerar que resultaba irrelevante que hubiera estudiado en la misma universidad que el letrado de una de las partes<sup>158</sup>.

<sup>152</sup> *Mission Insurance*. Fuente citada en LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 264.

<sup>153</sup> ORTEGA SÁNCHEZ, R., *Arbitraje jurídico deportivo*, Diálogos De Saberes, No. 41, Julio – Diciembre 14, pág. 59, aborda una interesante modificación del TAS al afirmar que: «La modificación más importante fue la prohibición a los árbitros y mediadores del TAS de asesorar y representar a las partes delante de aquel tribunal, esta prohibición de ser arbitro/abogado, tiene por objeto limitar los riesgos de conflictos de interés y reducir el número de demandas de recusación, como así también, alinearse, a las prácticas habituales en materia arbitral y ponerse a tono con las reglamentaciones en la materia».

<sup>154</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio de 2011. Misma conclusión fue alcanzada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 21 de febrero de 2000, al concluir que un árbitro no estaba en ‘condiciones objetivas’ para resolver la disputa al haber compartido despacho profesional durante más de 6 años con el letrado de una de las partes.

<sup>155</sup> The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, *ob cit.*, pág. 36.

<sup>156</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre de 2016.

<sup>157</sup> *Alpha Projektholding GmbH v Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19 marzo 2010, para. 42.

<sup>158</sup> *Ibid.*, paras. 42 a 45.

Idéntico resultado lo encontramos en un caso ICC en el que la Corte confirmó una nominación a árbitro a pesar de que éste último y el letrado de una de las partes habían estudiado Derecho en la misma universidad<sup>159</sup>.

Como también en el caso *X v Y*, en el que el Tribunal Regional Superior de Berlín desestimó la solicitud de remoción del presidente de un tribunal arbitral, bajo el argumento de que había participado junto con letrado de la contraparte en un mismo curso legal<sup>160</sup>.

Por otro lado, el caso *DIA ref. E-1111* abordó una recusación en la que el letrado del demandante sostenía la existencia de una enemistad manifiesta con un co-árbitro. En esencia, alegaba que los motivos de la enemistad vendrían justificados por dos razones: (i) la primera, que el letrado habría representado en el pasado al tío del árbitro en un litigio frente al padre del árbitro (y que, a su vez, habría supuesto la ruina económica del padre); y (ii) la segunda, que el árbitro habría interpuesto diversas denuncias frente al letrado ante el colegio de abogados de Dinamarca. Finalmente, la Corte rechazó la recusación al entender que los hechos ocurrieron hacía mucho tiempo y que, en lo que respecta a las denuncias, éstas no se realizaron de forma gratuita, sino siguiendo instrucciones de sus clientes y, además, resultaron en sanciones frente al letrado<sup>161</sup>.

---

En términos similares, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio de 2011.

<sup>159</sup> No publicado. Informa Whitesell, *ob cit.*, Caso 4,19. Fuente citada en DAELE, K., *ob cit.*, págs. 269 – 363.

<sup>160</sup> Decisión de 7 de julio de 2010. No publicada. Se refiere a ella, *ITA Newsletter*, Vol. IX(2), 2011. Fuente citada en DAELE, K., *ob cit.*, págs. 269 – 363.

<sup>161</sup> Caso *DIA ref. E-1111*, de 6 de marzo de 2008. Fuente citada en PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob cit.*, pág. 648 - 649.

**7.6.4** En definitiva, observamos cómo el cumplimiento absoluto de la prohibición de que el árbitro mantenga (cualquier) tipo de relación con las partes se vuelve particularmente complicado en el arbitraje actual, debido a que nos encontramos ante un «mundo pequeño»<sup>162</sup>, en el que no es inusual que los árbitros (quienes habitualmente también son abogados<sup>163</sup>) conozcan a los letrados de las partes<sup>164</sup>.

Sin embargo, la situación descrita (como hemos visto) no puede justificar la existencia de determinados tipos de relaciones entre el árbitro y las partes que —dependiendo de las circunstancias particulares del caso— podrían revelar una efectiva falta de independencia e imparcialidad, en cuyo caso será indispensable su oportuna revelación a las partes.

## 7.7 Conversaciones ex parte

**7.7.1** Con objeto de intentar ilustrar a las partes y árbitros a este respecto, se han publicado distintas directrices, de entre las que destacamos las Recomendaciones del CEA relativas a la independencia e imparcialidad de los Árbitros (las

---

<sup>162</sup> DAELE, K., *ob cit.*, pág. 345: «The pool of international arbitrators is not that big. As a result, some arbitrators are appointed repeatedly by the same parties or be the same law firms».

Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 57/2014, de 29 de julio, que afirmó que «la amistad del árbitro con el Letrado de una de las partes, es la derivada de las relaciones como Abogados, dentro del ejercicio de la profesión».

<sup>163</sup> LEPERVANCHE, C., *ob. cit.*, pág. 35: «según Alfredo Bullard el perfil típico del árbitro es un abogado privado, vinculado a negocios que absuelve consultas concretas sobre contratos o relaciones mercantiles y su práctica consiste en conocer los problemas que generan litigios, por conocer el negociado de los contratos entre las partes y cómo se ejecutan las obligaciones más allá del texto mismo del contrato».

<sup>164</sup> FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pág. 566: «international arbitration community is a small world, where it is not uncommon for the arbitrators, often lawyers themselves, to know and meet the parties' counsel».

“**Recomendaciones del CEA**”) o las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.

En este sentido, aun cuando, a priori, las comunicaciones que pudiera tener una de las partes con el candidato a árbitro no deberían tener mayores implicaciones (siempre y cuando no se lleven a cabo de forma inapropiada o inadecuada<sup>165</sup>), la casuística nos demuestra que si se mantienen comunicaciones con el árbitro sin el consentimiento de la otra parte existe un riesgo real de que tal conducta pueda afectar al arbitraje. Hasta tal punto algunos autores recomiendan que —a salvo de contadas excepciones— se eviten por el árbitro<sup>166</sup>.

**7.7.2** Así, en *Metropolitan Property & Casualty Insurance v JC Penney Casualty Insurance* un tribunal americano acordó la descalificación de un árbitro que, antes de su nombramiento, se había desplazado a Dallas para discutir el fondo de la disputa con uno de los litigantes<sup>167</sup>.

De igual modo, en el caso *LCIA ref. UN3490*, se estimó una solicitud de recusación dado que el árbitro había mantenido varias reuniones con el letrado de una de las partes del arbitraje, sin consentimiento o aprobación de la contraparte, en las que se discutieron cuestiones de relevancia para

la disputa<sup>168</sup>.

Idéntico resultado se obtuvo en el caso *LCIA ref. 0252*, que estimó una solicitud de recusación a la vista de que el letrado de una de las partes se puso en contacto telefónico con el árbitro que había nombrado, un mes después de que tuviera lugar la vista sobre el fondo del asunto. En dicha conversación el árbitro le habría revelado que el laudo iba a ser parcialmente estimatorio a sus pretensiones, sin comunicárselo al resto de árbitros del panel arbitral o a la contraparte<sup>169</sup>.

**7.7.3** Por el contrario, en el caso *DIA ref. 2154* se desestimó una recusación planteada por una de las partes al enterarse de que la contraparte y el árbitro nombrado por ella habían mantenido una comida en privado. El árbitro, por su parte, alegó que la disputa no fue en ningún momento objeto de discusión durante la comida. Finalmente, el DIA desestimó la recusación al considerar que no existía ninguna razón para dudar de la veracidad de las declaraciones del árbitro<sup>170</sup>.

**7.7.4** En suma, a la vista de la jurisprudencia expuesta, consideramos que resulta recomendable que cualesquiera conversaciones entre las partes y un árbitro se produzcan siempre con el conocimiento de la contraparte, debiendo evitarse en todo caso aquellas en las que se discute el fondo del asunto.

## 7.8 Cortes arbitrales

<sup>165</sup> LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 260.

<sup>166</sup> OSORIO, L. & BRIONES, A., ‘Comunicación de los árbitros con las partes. Extensión y límites’, en JIMÉNEZ-BLANCO, G., *ob cit.*, págs. 177 – 193.

En términos similares, LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob cit.*, pág. 282: «he [the arbitrator] should in general avoid ex parte communications with parties which might create the appearance of partiality».

<sup>167</sup> *Metropolitan Property & Casualty Insurance Co. v JC Penney Casualty Insurance Co.* 780 F. Supp. 88. US Court District, District of Connecticut (1991). Fuente citada en ESCOBAR-MARTÍNEZ, L. M., *ob cit.*

<sup>168</sup> Caso *LCIA ref. UN3490*, de 21 de octubre y 27 de diciembre de 2005. Fuente citada en PARK, W., *ob cit.*, pág. 306.

<sup>169</sup> Caso *LCIA ref. 0252*, de 1 de julio de 2002. Fuente citada en PARK, W., *ob cit.*, pág. 307.

<sup>170</sup> Caso *DIA ref. D-2154*, de 7 de mayo de 2014. Fuente citada en PIHLBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob cit.*, pág. 609 y 610.

**7.8.1** Al confiar las partes la gestión y administración del arbitraje a las instituciones arbitrales surge la duda de quién vigila al vigilante (*quis custodiet ipsos custodes?*)<sup>171</sup>.

A este respecto, como recuerdan las Recomendaciones del CEA <sup>172</sup> y el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA <sup>173</sup>, no sólo los árbitros están sujetos a las exigencias de independencia e imparcialidad, sino que éstas son igualmente extensibles a las cortes arbitrales.

De ahí que éstas últimas deban actuar de forma independiente y neutral, estando obligadas a comunicar a las partes cualquier situación que pudiera llegar a generar dudas sobre su independencia o imparcialidad.

**7.8.2** Pues bien, aun cuando lo cierto es que, en términos generales, las cortes desempeñan sus funciones con plena objetividad y neutralidad, en contadas ocasiones se han visto sorprendidas por resoluciones judiciales que han anulado los laudos por ellas dictados al considerar que no habían actuado con el suficiente rigor.

A modo ilustrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid analizó un supuesto en el que se ponía en duda la neutralidad de la Corte en un arbitraje en el

que fue parte una institución financiera que era ‘cliente asiduo’, habiendo intervenido en un gran número de arbitrajes y generado hasta un 11,65% de los ingresos de la Corte. Así, el Tribunal Superior, tras aclarar que el cuestionamiento de la neutralidad de las instituciones arbitrales debe basarse en motivos objetivos «más allá de las conjeturas o de las meras sospechas», concluyó que la Corte no había preservado diligentemente su «apariencia de imparcialidad». Lo anterior, toda vez que (entre otras cosas) había decidido nombrar a un árbitro que había mantenido relaciones comerciales con una de las partes (la entidad financiera) a pesar del rechazo expreso de la otra parte involucrada en el arbitraje; habiéndolo confirmado, además, su nombramiento al desestimar su recusación <sup>174</sup>.

**7.8.3** No obstante, aun cuando las anteriores resoluciones no han sido las únicas que han penalizado la actuación de las instituciones arbitrales <sup>175</sup>, los tribunales también han tenido ocasión de reafirmar su papel.

De hecho, el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al conocer de una acción de anulación de un laudo arbitral emitido por la Cámara de Comercio de Madrid en la que se discutía su neutralidad al tener suscrito un acuerdo de colaboración financiera con el BBVA (una de las partes del arbitraje), concluyó que la eventual duda que pudiera surgir con motivo

<sup>171</sup> PAULSSON, J., *Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration*, 6 Arb. Intl 226, 1990, pág. 226.

<sup>172</sup> Recomendaciones del CEA, pág. 8: «No sólo es preciso que los árbitros sean independientes e imparciales, sino que estas características se deben exigir igualmente a las instituciones que intervengan en su designación».

<sup>173</sup> Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA, 2008: «INDEPENDENCIA INSTITUCIONAL. Las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral en la administración de los arbitrajes». Disponible en: [https://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/0902\\_16\\_buenas\\_practicas\\_arbitrales\\_castellano\\_1.pdf](https://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/0902_16_buenas_practicas_arbitrales_castellano_1.pdf) (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>174</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre de 2016.

<sup>175</sup> Entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 55/2016, de 19 de julio; la Sentencia 381/2005 de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 609/2005, de 28 de julio; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 264/2005, de 30 de septiembre; o la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 13 de noviembre de 2014 (para una crítica de esta última sentencia, ver: MENÉNDEZ ARIAS, M.J., *La independencia arbitral. La perspectiva de un árbitro (Comentario a la S. TSJ Madrid de 13 de noviembre de 2014)*, Revista del Club Español del Arbitraje, No. 23/2015, págs. 135 – 145).

de dicho acuerdo «se difumina hasta desaparecer», pues entre las funciones de las Cámaras de Comercio se encuentra la de contactar con entidades financieras para facilitar el crédito a las empresas radicadas en su ámbito de actuación<sup>176</sup>.

**7.8.4** En definitiva, es evidente que las instituciones arbitrales deben velar por cumplir su función de forma totalmente independiente e imparcial, de manera que están en la obligación de revelar a las partes todos aquellos potenciales conflictos que pudieran dar lugar a dudas sobre su independencia o imparcialidad.

Exigencia cuyo cumplimiento resulta determinante, dada cuenta de la labor que prestan y de la función que desarrollan en el mantenimiento y promoción del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas. Y es que, como recuerda la jurisprudencia, el arbitraje únicamente se puede postular como vía alternativa al monopolio jurisdiccional de los tribunales nacionales (que se reconoce constitucionalmente), siempre y cuando se reúnan las condiciones de independencia e imparcialidad<sup>177</sup>.

## 7.9 Uso de las redes sociales

**7.9.1** Un tema que ha ido cobrando reciente importancia es el uso por los árbitros de redes sociales (tales como LinkedIn o Facebook, entre otras) y las amistades que el usuario pudiera tener.

En este sentido, el Chartered Institute of Arbitrators publicó el 15 de agosto de 2014 una guía, dirigida esencialmente a los árbitros, para el «uso apropiado» de las redes sociales, en evitación de cualquier conflicto que pudiera surgir como consecuencia de la indebida utilización de estas herramientas<sup>178</sup>.

Esta realidad ha sido igualmente abordada expresamente en la última versión de las Directrices IBA, que recogen dentro de su *Listado Verde* los contactos que el árbitro tuviera con otro árbitro e inclusive con el abogado de una de las partes a través de redes sociales<sup>179</sup>, como también la relación que el árbitro mantuviese a través de estas herramientas con una de las partes o sus afiliadas<sup>180</sup>.

**7.9.2** En esta línea se pronunció la Corte de Apelación de Lyon, en el caso *Tesco v Neoelectra*, en el que se determinó que el hecho de que un árbitro no revelase a las partes que era ‘amigo’ de uno de los letrados en Facebook no suponía ninguna duda sobre su independencia o imparcialidad<sup>181</sup>.

De igual modo, otras instituciones arbitrales como la JAMS recogen expresamente en el *disclosure checklist* que facilitan a todos los árbitros que el mero hecho de que éste sea usuario de redes sociales (tales como Facebook, Twitter, o LinkedIn) y que pudiera estar conectado a través de las mismas con el letrado de una de las partes, no se puede equiparar a una relación comercial y, consecuentemente, no

<sup>176</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1286/2015, de 28 de enero de 2015.

La LCIA también ha rechazado hasta tres recusaciones contra la corte o su secretaría (*No. 3431* de 18 de febrero de 2004, *No. 3480* de 14 de agosto de 2003 y *No. 81160* de 28 de agosto de 2009).

<sup>177</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 70/2016, de 4 de noviembre.

<sup>178</sup> Chartered Institute of Arbitrators, *Guidance Note: Arbitration and Social Media*, 15 de agosto de 2014. Disponible en: <http://ciarbny.org/wp-content/uploads/Social-Media-Guidance-Note-Final062015.pdf> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>179</sup> Directrices IBA, Listado Verde, 4.3.1.

<sup>180</sup> Directrices IBA, Listado Verde, 4.4.4.

<sup>181</sup> CA Lyon, 11 de marzo de 2014, *Société Tesco v Société Neoelectra Group*, 13/00447.

plantea dudas sobre su independencia o imparcialidad<sup>182</sup>.

**7.9.3** Así pues, cabe afirmar que en términos generales las relaciones que un árbitro pudiera mantener a través de las redes sociales no deberían constituir, por sí mismas, dudas sobre su independencia o imparcialidad; si bien lo anterior dependerá (claro está) del grado o intensidad de dicha relación.

#### 7.10 Identidad entre árbitro y parte

**7.10.1** Como consecuencia de la imposibilidad de ser ‘juez y parte’ en la disputa, resulta evidente que no podrán auto-designarse las partes como árbitros para resolver la controversia en la que están involucradas.

No obstante, a pesar de que esta circunstancia está incluso expresamente recogida en las Directrices IBA dentro del *Listado Rojo Irrenunciable*<sup>183</sup>, ha sido necesario que los tribunales enfatizasen la citada imposibilidad.

**7.10.2** En efecto, como recordó un tribunal estadounidense en *Edmund E. Garrison v International Union of Operation Engineers*, «la costumbre en arbitraje dicta que una parte no se puede designar a sí misma [como árbitro]»<sup>184</sup>.

En términos similares, en el caso inglés de *Veritas Shipping v Anglo Canadian Cement* una de las partes, al ser requerida para nombrar al árbitro que le correspondía según lo acordado en el convenio arbitral, decidió designar a su propio administrador (quien, además, había intervenido en el intercambio de comunicaciones previas entre las partes)<sup>185</sup>. A la vista de lo anterior, la contraparte alegó que dicho nombramiento adolecía de una patente falta de independencia e imparcialidad; argumento con el que coincidió el tribunal inglés<sup>186</sup>.

Dicho lo anterior, una jurisdicción que merece especial atención es la India, donde en un primer momento el Tribunal Supremo consideró que, en disputas relativas a contratos gubernativos, la designación de un árbitro que también era empleado de la corporación pública contratante no generaba *ipso facto* dudas sobre su independencia o imparcialidad<sup>187</sup>.

<sup>182</sup> La declaración del JAMS reza literalmente: «12. Do you participate in social networking sites such as Facebook, Twitter, or LinkedIn? If the arbitrator marked this question, “Yes”, it is possible that one of the lawyers or member of a law firm involved in this matter is in some way connected to the Arbitrator through this professional networking application. However, none of these contacts rises to the level of a prior business relationship that might cause a person aware of the facts to reasonably entertain a doubt that the arbitrator would be able to be impartial, unless otherwise note below». Disponible en: <http://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiQieqJg7DSAhUrK8AKHTUhCyMQFggUMAM&url=http%3A%2F%2Fgulfcoastlegal.org.typepad.com%2Ffiles%2Fjams-fee-schedule-and-disclosure-document-for-arbitrator-2015-1.pdf&usq=AFQjCNFZUjQz-3po2jJ33gWqFXyqENTOUw&sig2=hy6MAKzqOOn38s7kfU8BqQ> (último acceso el 27 de abril de 2017).

<sup>183</sup> Directrices IBA, Listado Rojo Irrenunciable, 1.1.

<sup>184</sup> *Edmund E. Garrison Inc. v International Union of Operating Engineers*. 283 F. Supp. 771, 773. US District Court for the Southern District of New York (1968). Fuente citada en ESCOBAR-MARTÍNEZ, L. M., *ob cit.*

<sup>185</sup> *Veritas Shipping Ltd v Anglo-Canadian Cement Ltd* [1966] 1 Lloyd’s Rep. 76.

<sup>186</sup> *Ibid.*, JUSTICE MCNAIR: «I am quite satisfied that it would be quite wrong for him to be allowed to continue to act as arbitrator in a dispute of this nature».

<sup>187</sup> Sobre la posición en India, ver: SCHAFLER, M.D., DUTT, D., & ECKLER, A., *The Appearance of Justice: Independence and Impartiality of Arbitrators under Indian and Canadian Law*, *International Journal of Law*, 5(2), 2017, págs.150 – 163. Disponible en: [http://www.ijal.in/sites/default/files/IJAL%20Volume%205\\_Issue%202\\_Michael%20Schafler%20et%20al..pdf](http://www.ijal.in/sites/default/files/IJAL%20Volume%205_Issue%202_Michael%20Schafler%20et%20al..pdf) (último acceso el 27 de abril de 2017)

Esta posición, sin embargo, generó considerables preocupaciones en los inversores internacionales, que veían que en la mayoría de los contratos gubernamentales se incluía la exigencia de elegir al árbitro entre los empleados de la empresa pública contratista.

Consecuentemente, el Tribunal Supremo recomendó en *Union of India v M/S Singh Builders Syndicate* que el gobierno eliminase gradualmente estas cláusulas arbitrales<sup>188</sup>, lo que motivó un cambio en la jurisprudencia. Hasta tal punto que en el caso *Denel (Proprietary Limited) v Govt. of India, Ministry of Defence* el District Court llegó a remover a un árbitro que había sido nombrado conforme a lo previsto en el contrato, por considerar que era parcial al ser empleado del Gobierno (que era parte del arbitraje)<sup>189</sup>.

**7.10.3** Y es que, queda fuera de toda duda que una de las garantías esenciales del arbitraje (comercial y de inversiones) es la total autonomía entre las partes y el árbitro encargado de resolver la disputa.

#### 7.11 Manifestaciones realizadas por el árbitro

**7.11.1** En ocasiones las afirmaciones realizadas por el árbitro ya iniciado el arbitraje con respecto a alguna de las partes, que denotaban una clara predisposición o inquina hacia cualquiera de ellas, han sido suficientes para admitir su descalificación.

**7.11.2** Así, en el caso CIADI de *Burlington v Ecuador*<sup>190</sup>, se admitió la recusación al considerar

<sup>188</sup> *Union of India v M/S Singh Builders Syndicate*, (2009) 4 S.C.C. 523 (India).

<sup>189</sup> *Denel (Proprietary Limited) v Govt. of India, Ministry of Defence*, (2012) 2 S.C.C. 759 (India).

<sup>190</sup> *Burlington Resources Inc v Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the proposal for

que las explicaciones que había aportado el árbitro ante las acusaciones del letrado que solicitaba su recusación, en las que cuestionaba la ética de éste último, sí evidenciaba una falta de imparcialidad.

En el caso *LCIA No. 1303*, si bien se consideró que los argumentos expuestos en la recusación carecían del sustento necesario para descalificar al árbitro, finalmente se estimó a raíz de las respuestas que éste dio, al contenerse expresiones referidas a los argumentos de la demandante como «falso» «ficticio» o «malintencionado»<sup>191</sup>.

En términos similares, en *Re The Owners of the Steamship 'Catalina' v The Owners of the Motor Vessels 'Norma'*, en una disputa entre una parte portuguesa y otra noruega, se juzgó suficiente para remover al árbitro el hecho de que éste llegara a referirse a los portugueses como 'mentirosos', mientras que catalogara a los noruegos como personas en las que se podía confiar<sup>192</sup>.

**7.11.3** Así pues, vemos como el deber del árbitro de ser imparcial e independiente se extiende al período en el que se está tramitando el proceso, debiendo prestar especial cuidado a las declaraciones o manifestaciones que pudiera realizar (tanto dentro como fuera del proceso)<sup>193</sup>.

#### 7.12 Nacionalidad

disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 diciembre 2013, paras. 79 a 80.

<sup>191</sup> Caso *LCIA No. 1303*, de 22 de noviembre de 2001. Fuente citada en PARK, W., *ob. cit.*, págs. 342 – 344.

<sup>192</sup> *Catalina (Owners) v Norma (Owners)* [1938] 61 Llyopd's Law Reports 360 et seq.

<sup>193</sup> En *Perenco Ecuador limited v Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, PCA Case No. IR-2009/1, Decision on Challenge to Arbitrator, 8 diciembre 2009, se recusó exitosamente al árbitro a raíz de unas declaraciones que realizó al ser entrevistado por The Metropolitan Corporate Counsel, al considerarse que había prejuzgado el fondo de la disputa.

**7.12.1** A falta de acuerdo entre las partes, es habitual que el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único no compartan la nacionalidad de las partes en caso de que sean distintas. De hecho, tal previsión se recoge en los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales como el CIAR (artículo 9), la Asociación Europea de Arbitraje (artículo 15), la LCIA (artículo 6), la Corte de Arbitraje de Madrid (artículo 13) o la ICC (artículo 13).

En todo caso, a salvo de notorias excepciones en las que se exige al árbitro ser de una determinada nacionalidad o religión (entre otras, Uzbekistán o Arabia Saudí<sup>194</sup>), el mero hecho de que el árbitro comparta la nacionalidad con alguna de las partes no supone, por sí mismo, ningún impedimento<sup>195</sup> (vid. artículo 11.1 de la Ley Modelo<sup>196</sup>), pudiendo las partes pactar libremente lo que estimen conveniente a este respecto<sup>197</sup>.

**7.12.2** En efecto, a modo ilustrativo, en el caso *LCIA No. UN9155* se desestimó una recusación basada en que el árbitro compartía nacionalidad con el letrado de la contraparte, al concluir que de lo contrario se atentaría contra la práctica del arbitraje internacional<sup>198</sup>.

Igualmente, en el caso *LCIA No. UN97/X11* se desestimó una solicitud de recusación bajo las reglas UNCITRAL, al considerar que el hecho de que el árbitro compartiese la misma nacionalidad que una de las partes no generaba ninguna duda sobre su imparcialidad e independencia<sup>199</sup>.

En otra ocasión, se trató de recusar la elección de todos los miembros de un tribunal arbitral que habían sido elegidos por el DIA, bajo el argumento de que todos eran abogados con residencia en la misma ciudad que el letrado de una de las partes<sup>200</sup>. Sin embargo, el *DIA* en su decisión *ref. 2090* rechazó que tal circunstancia pudiera generar dudas sobre la imparcialidad e independencia, haciendo notar que no se había establecido en el convenio arbitral ningún límite o restricción geográfica a este respecto<sup>201</sup>.

**7.12.3** En suma, aun cuando lo cierto es que la nacionalidad no suele causar problemas en relación con la neutralidad del árbitro<sup>202</sup>, en la actualidad esta circunstancia aún juega un papel psicológico importante entre las partes<sup>203</sup>, pudiendo llegar a percibirse como un signo de parcialidad del árbitro de entidad suficiente como para fundamentar una recusación<sup>204</sup>.

<sup>194</sup> BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, *ob. cit.*, págs. 129 a 154: «Examples include Article 14 of the Uzbek Law on Arbitration Tribunals (“To be elected (appointed) as arbitrator, a person must be a citizen of the Republic of Uzbekistan) and of the Saudi Arabian Arbitration Regulations (pre-2012 amendments) (“The arbitrator shall be Saudi national or Muslim expatriate from the free professional section or others”)».

<sup>195</sup> LEW, J., MISTELIS, L. & KRÖLL, S., *ob. cit.*, pág. 259.

<sup>196</sup> Ley Modelo, artículo 11.1: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro».

<sup>197</sup> *Libyan American Oil Company (Ilamco) v the Libyan Arab Republic*.

<sup>198</sup> Caso *LCIA No. UN9155*, de 10 de noviembre de 1999. Fuente citada en PARK, W., *ob. cit.*, págs. 332 – 333.

<sup>199</sup> Caso *LCIA No. UN97/X11*, de 5 de junio de 1997. Fuente citada en PARK, W., *ob. cit.*, págs. 320 – 321.

<sup>200</sup> Caso *DIA D-2090*, 27 enero 2014. Fuente citada en PHILBLAD, S. & TUFTE-KRISTENSEN, J., *ob. cit.*, pág. 612.

<sup>201</sup> Asimismo, en un arbitraje ICC, la Corte desestimó una recusación del presidente del tribunal al considerar irrelevante que éste hubiera estudiado, vivido y trabajado más de doce años en el país en el que una de las partes estaba domiciliada. Decisión no publicada. Informa Whitesell, *ob. cit.*, Caso 2,31. Fuente citada en DAELE, K., *Ibid.*

<sup>202</sup> LEE, I., *ob. cit.*, pág. 613.

<sup>203</sup> MATHEUS LÓPEZ, C.A., *ob. cit.*, pág. 462.

<sup>204</sup> LEE, I. *Practice and Predicament: The nationality of the International Arbitrator (with survey results)*, *Fordham International Law Journal* 31(3), 2007, pág. 603.

## 8 · Observaciones finales

**8.1** Se debe elegir a un árbitro al igual que se elegiría a un profesional médico: No por amistad, empatía o relación, sino por sus conocimientos técnicos, aptitudes y capacidades.

La práctica, sin embargo, nos demuestra que, aun cuando ello ocurre de forma mayoritaria, desafortunadamente no siempre es así. A día de hoy todavía se dan casos en los que se pretende influir en el proceso mediante el nombramiento de un candidato a árbitro inidóneo que vicia irremediablemente el procedimiento, poniendo en riesgo la propia legitimidad y eficacia del sistema.

Y es que, como ha quedado apuntado, una de las piedras angulares del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas es la independencia e imparcialidad del árbitro, quien deberá serlo, parecerlo y permanecer como tal durante todo el proceso.

**8.2** A estos efectos, resulta esencial el deber de revelación que recae sobre los árbitros durante todo el proceso, con objeto de dar a conocer a las partes, tan pronto como sea posible, cuantas circunstancias pudieran llegar a afectarles al resolver la disputa. En particular, en la medida en que las partes no siempre disponen de información suficiente sobre el árbitro (quien, recordemos, es un profesional que suele ejercer una práctica privada independiente a la de árbitro).

Este deber de revelación, además, redunda en beneficio tanto (i) de las partes, que se aseguran a una persona idónea para decidir sobre el fondo del asunto, evitando así eventuales recusaciones e impugnaciones que —en el mejor de los casos— dilatarían el proceso; como (ii) del arbitraje mismo,

al garantizarse que se observan los requisitos de independencia e imparcialidad que resultan absolutamente necesarios para que éste se posicione como una alternativa de confianza frente a los tribunales judiciales nacionales.

Ahora bien, lo anterior no debe interpretarse en el sentido de imponer a los árbitros un deber excesivo o cuasi-inquisitorio de revelación, que les obligue a comunicar todo tipo de información, sin ponderar previamente su importancia o eventual impacto en el proceso. De hecho, tal práctica debe evitarse, dado que de lo contrario se estaría facilitando la interposición de impugnaciones frívolas e infundadas, que únicamente se dirigen a entorpecer o dilatar el procedimiento.

**8.3** Por último, destacar que —tal y como ha quedado evidenciado en el presente trabajo— la casuística existente a este respecto resulta ciertamente amplia, habiéndose resuelto recusaciones e impugnaciones en las que se alegaba una falta de independencia o imparcialidad por motivos muy diversos y heterogéneos.

En este sentido, aun cuando estas resoluciones han servido para mejorar y desarrollar el arbitraje, lo cierto es que en ocasiones nos encontramos con precedentes contradictorios o discordantes que (i) no sólo merman la seguridad jurídica sino que (ii) además potencian un indeseable *forum shopping*.

Dichas circunstancias deberán valorarse (i) por las partes a la hora de fijar la sede del arbitraje, y (ii) por las cortes arbitrales y tribunales (judiciales y arbitrales) de cara a alcanzar un criterio homogéneo y uniforme en el tratamiento de la independencia e imparcialidad del árbitro, partiendo para ello de las directrices que existen en la materia que proporcionan una valiosa guía a este respecto.