

Miguel Temboury Redondo



ESTÁNDARES DE CONFLICTO DE INTERÉS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Presidente de la Corte
de Arbitraje de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Los problemas relativos a los conflictos de intereses suponen un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional. El desarrollo del comercio internacional y la forma globalizada de hacer negocios han determinado que los vínculos que se crean entre las empresas, sus grupos y los profesionales del derecho - especialmente los grandes bufetes internacionales- sean cada vez más complejos. Ello ha generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver y ha incrementado notablemente el número de hechos o circunstancias que el árbitro debe revelar.

Como consecuencia de todo ello el árbitro se encuentra cada vez más confuso a la hora de decidir qué hechos o circunstancias debe poner de manifiesto, existiendo diferencias de criterio entre unos árbitros y otros, lo cual genera distorsiones en el arbitraje internacional, que pueden afectar a su imagen y dañar su debida transparencia.

Por todo ello, resulta necesario establecer unos estándares de conflicto de interés

homogéneos y claros que la comunidad arbitral internacional pueda utilizar a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir sobre las recusaciones de éstos.

2. LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

En España la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje (Ley de Arbitraje) en su título III regula la figura del árbitro, estableciendo en su artículo 17 su deber de guardar la debida imparcialidad e independencia y añadiendo que aquél no podrá, en todo caso, mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

“Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”.

Esta obligación, impuesta a los árbitros, de independencia e imparcialidad se traduce asimismo en otro deber, el de revelar sus

circunstancias respecto de las partes y del objeto de la contienda que puedan generar dudas sobre su idoneidad para el cargo.

El artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje establece que la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

No obstante, la Ley no incluye una regulación precisa de las causas de abstención y recusación de los árbitros, disponiendo únicamente que el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativo a las causas de abstención y recusación de los jueces no resulta aplicable a los árbitros.

Este silencio legislativo pone de manifiesto una importante dificultad a la hora de identificar cuales son las relaciones personales, profesionales o comerciales sobre las que exitosamente puede fundarse una recusación.

Tampoco distingue la Ley de Arbitraje española entre los árbitros designados por las partes y aquellos designados por una institución arbitral, entidad nominadora o los dos árbitros nombrados por las partes. Se limita a utilizar el vocablo genérico “los árbitros” sin introducir diferentes grados de independencia e imparcialidad.

Y, en íntima relación con lo anterior, debe resaltarse que el mandato de la Ley va dirigido exclusivamente a los árbitros pero no a las partes que los designan. La Ley no obliga expresamente a dichas partes a que velen por la independencia de los árbitros designados por ellas. Este es un punto sobre el que conviene reflexionar ya que es probablemente una de las principales fuentes de conflictos en materia de independencia arbitral: no es extraño ver como una parte intenta asegurarse un árbitro “afín” al tiempo que intenta asegurarse que el árbitro nombrado por la otra parte es rigurosamente independiente.

Por todo ello resulta necesario acudir a los criterios y estándares de conflicto de interés sentados por las instituciones y asociaciones de referencia.

3. LOS CÓDIGOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS

Conscientes de la importancia de la materia, y sobre todo de la falta de claridad y uniformidad de los principios éticos que deberían gobernar las obligaciones de los árbitros en el ejercicio de su cargo, varias asociaciones arbitrales de prestigio han publicado directrices sobre el particular:

- **Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional:** Publicadas en mayo de 2004, estas directrices no vinculantes listan en tres categorías una serie de circunstancias concretas que potencialmente pudieran afectar a la independencia e imparcialidad de los árbitros, estableciendo su necesidad o no de revelación.

El Listado Rojo contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas, con una recomendación de que si concurren, debe considerarse que existe un conflicto de intereses. Este Listado se divide en dos, el Listado Rojo No Renunciable que incluye situaciones que de darse, obligarían necesariamente al árbitro a rechazar el nombramiento o renunciar al arbitraje en curso en caso de que acaezcan sobrevenidamente. Algunos ejemplos son la identidad del árbitro con una de las partes; la prestación de servicios profesionales significativos, constantes y actuales del árbitro a una de las partes o la existencia de un interés financiero en el caso. El Listado Rojo Renunciable incluye situaciones que pudieran ser salvadas en caso de que las partes, conocedoras del conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe

“La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.”

o continúe desempeñando funciones de árbitro. Se incluyen en esta lista, por ejemplo, una vinculación profesional pasada con una filial de las partes, tener acciones en una de sociedades parte del procedimiento, o pertenecer al mismo despacho que el asesor legal de una de las partes.

El Listado Naranja enumera situaciones específicas que pudieran crear dudas acerca de la *imparcialidad* o *independencia* del árbitro y que determinan que el árbitro deba revelarlas, a pesar de entenderse idóneo para ocupar el cargo. En este caso, si una vez puestas de manifiesto, ninguna de las partes recusa al árbitro, éste se entenderá apto. Figuran en esta lista, por ejemplo, el haber asesorado legalmente a alguna de las partes en los últimos tres años, el haber sido nombrado árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes en los últimos tres años o que exista una relación de amistad acreditada entre el árbitro y alguno de los abogados de las partes.

Finalmente el Listado Verde incluye una relación de circunstancias que no son susceptibles de crear un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelarlas, sin que este hecho pueda arrojar dudas sobre su honestidad, imparcialidad o independencia. Entre estas situaciones figuran, por ejemplo la publicación de artículos doctrinales sobre la materia objeto de arbitraje o la pertenencia a la misma asociación profesional que las partes o los abogados de las partes.

Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional están siendo revisadas en la actualidad al objeto de adaptarlas a la cambiante realidad del mundo arbitral.

- **Recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros:** Muy en la línea marcada por la IBA, el CEA publicó a finales del año 2008 una serie de directrices al respecto de las causas que pudieran dar lugar a abstenciones o posibles recusaciones de árbitros. Destaca la inclusión de definiciones tales como la de “parte” (que es considerada de forma muy amplia) o la distinción entre “familiar cercano” (cónyuges y descendientes directos) y “familiar” (que engloba a los familiares cercanos y a los colaterales hasta el tercer grado).

Como novedad, estas recomendaciones incluyen un apartado respecto al nombramiento de los árbitros por instituciones arbitrales, recalando la necesidad de que los miembros del órgano encargado de llevarlo a cabo sean independientes de las partes y de los abogados de éstas. Asimismo recomienda que los Reglamentos de las instituciones arbitrales tipifiquen las circunstancias que impiden que un miembro del órgano nominador pueda ser considerado independiente, y la obligación de inhibición en caso de que concurra una de estas circunstancias.

4. UN CASO JURISPRUDENCIAL RECIENTE

Resulta necesaria, al hablar de estándares de conflicto de interés, la referencia a la reciente y polémica sentencia dictada por la Corte de Apelación de París el pasado 12 de febrero de 2009, por la que se anuló un laudo dictado en un arbitraje ante la CCI por falta de independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral.

En dicho caso, que enfrentaba a una empresa italiana y a otra griega, fue nombrado Presidente del Tribunal Arbitral un abogado, consultor externo (of counsel)

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.”

de un conocido despacho de abogados internacional con oficina abierta en París. En su declaración de independencia e imparcialidad, dicho árbitro puso de manifiesto que dos de las oficinas extranjeras de su despacho (Washington y Milán) habían representado en el pasado a la matriz de la empresa italiana en un par de asuntos y sobre materias no relacionadas con el arbitraje.

No obstante, durante la tramitación del procedimiento arbitral, y cuando éste ya se encontraba en un fase muy avanzada, la empresa griega tuvo conocimiento de que el despacho del Árbitro Presidente había representado a otra filial de la parte italiana a través de otra de sus oficinas extranjeras, la de Beijing, una vez iniciado el arbitraje. Sobre esa base, la empresa griega formuló recusación ante la CCI. La conocida institución arbitral rechazó la recusación, lo que conllevó que la parte griega instara la anulación del laudo.

La parte italiana defendió la validez del laudo sobre la base de que el árbitro ni siquiera conocía de la existencia de dicho asesoramiento por parte de otros abogados de la firma en la oficina de Beijing, y que de la denominación de la filial no podía intuirse su pertenencia al grupo de empresas de la parte italiana. Por tanto, mantenían, la independencia del árbitro no pudo verse afectada.

La Corte de Apelación de París estimó la acción de anulación del laudo aplicando un criterio objetivo de imparcialidad de árbitros, siendo irrelevante el conocimiento por parte del árbitro de la existencia de dicho asesoramiento, ya que formaba parte de sus obligaciones el detectarlo. En este sentido la Sentencia alude al hecho de que un despacho de abogados internacional de las características de aquél al que pertenecía el árbitro debe tener un departamento de comprobación de conflictos que debe estar activado durante toda la pendencia del procedimiento arbitral. Igualmente se hace referencia a que el asesoramiento realizado a la filial por la oficina china fue

sustancial, como lo fueron los honorarios percibidos, lo cual genera necesariamente una situación de conflicto. Finalmente la Sentencia de la Corte de Apelación de París extiende la obligación de revelación a las partes y no sólo al árbitro, manteniendo que incluso si el árbitro no tuvo conocimiento de la situación de conflictos de interés, la parte italiana sí debió conocer la relación entre su filial y el despacho del árbitro y debió revelarla.

Esta reciente sentencia pone de manifiesto el altísimo estándar de conflictos de interés que la jurisprudencia comienza a utilizar en defensa de la transparencia absoluta en el arbitraje internacional.

5. EL ESTÁNDAR DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID

El Artículo 11 del nuevo Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, a imitación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, establece que todo árbitro debe ser y mantenerse durante el arbitraje independiente e imparcial, y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. Igualmente dicho precepto reglamentario exige a toda persona que actúe como árbitro que suscriba una declaración de independencia e imparcialidad y que comunique por escrito a la Corte cualquier circunstancia que pudiera considerarse relevante para su nombramiento, y especialmente las que pudieran suscitar dudas sobre su independencia o imparcialidad, así como una declaración de que sus circunstancias personales y profesionales le permitirán cumplir con diligencia el cargo de árbitro. La Corte de Arbitraje de Madrid dispone de un completísimo y especialmente exigente modelo de declaración de independencia e imparcialidad.

De igual forma, el artículo 13 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid faculta a la Corte para comunicar a las partes cualquier circunstancia de la que tenga conocimiento respecto de un árbitro designado por éstas y que pueda afectar a su idoneidad o le impida o dificulte

La parte italiana defendió la validez del laudo sobre la base de que el árbitro ni siquiera conocía de la existencia de dicho asesoramiento por parte de otros abogados de la firma en la oficina de Beijing, y que de la denominación de la filial no podía intuirse su pertenencia al grupo de empresas de la parte italiana. Por tanto, mantenían, la independencia del árbitro no pudo verse afectada.

gravemente cumplir con sus funciones de conformidad con el Reglamento o dentro de los plazos establecidos.

Asimismo la Corte de Arbitraje de Madrid se reserva el derecho de no confirmar un árbitro designado por una parte si, a criterio exclusivo de la Corte, existen dudas sobre su idoneidad, disponibilidad, independencia o imparcialidad.

Finalmente, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid confiere a la Corte la competencia para decidir sobre las recusaciones formuladas tanto contra árbitros únicos como contra árbitros de un Tribunal Arbitral, salvo, en el segundo caso, que las partes expresen su voluntad de que la recusación sea resuelta por el propio Tribunal Arbitral.

En relación con los procedimientos internos de nombramiento de árbitros, cabe destacar que el artículo 11 del Estatuto de la Corte establece que durante

la duración del ejercicio de su cargo ninguno de los miembros del Pleno, de la Corte, de la Comisión de Designación de Árbitros o de cualquier otro órgano de la Corte podrá ser designado árbitro salvo acuerdo expreso de las partes.

6. CONCLUSIÓN

La práctica del arbitraje internacional del siglo XXI exige fortalecer las garantías de independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales, exigiendo de los árbitros declaraciones de independencia e imparcialidad más exhaustivas y convirtiendo la transparencia en el arbitraje en una preocupación a fin de evitar cualquier posible desconfianza de los operadores del mercado a este respecto.

Quizás el paso siguiente sea precisar las obligaciones de los propios usuarios del arbitraje en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros.

