

LA INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

I. Introducción

1. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial. Lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por las Naciones Unidas¹. Lo reitera el Convenio Europeo de Derechos Humanos². El principio se originó en relación a los tribunales de justicia. Pero también es aplicable, con ciertas matizaciones, a los arbitrajes.

La independencia de los jueces tiene carácter absoluto, no existe o deja de existir con respecto a un caso determinado. El ordenamiento la protege definiendo el estatuto jurídico del juez y escudándolo frente a las injerencias de otros poderes públicos. La imparcialidad, por el contrario, se refiere a un proceso concreto y se da cuando el juez no está predispuesto a favor o en contra de una de las partes. Sobre el juez pesa una obligación de actuar imparcialmente. El ciudadano tiene derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial.

En los árbitros, la independencia no es absoluta, sino relativa. Se refiere al caso concreto que el árbitro debe juzgar. Para que las partes sientan que se está haciendo justicia, es imprescindible que los árbitros aparenten ser y realmente sean independientes. Los destinatarios del laudo deben tener la seguridad que no existen vínculos entre los árbitros y las partes, ni entre los árbitros y los letrados de las partes, ni entre los propios árbitros que, en apariencia o realidad, puedan influenciar la decisión.

Los árbitros no sólo deben ser y aparecer independientes, sino que – como los jueces – además, deben ser imparciales³. La imparcialidad es

¹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; art 10

² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado el 4 de noviembre de 1950 (revisado y completado por sus Protocolos Adicionales), art. 6(1).

³ Gran parte de las leyes y reglamentos de arbitraje requieren expresamente independencia e imparcialidad de los árbitros (Alemania, Código de procedimiento Civil de 22 de diciembre de 1997; art. 1036); Bélgica (Código Judicial Belga –tras su modificación de 19 de mayo de 1998, art. 1036); Holanda (Código de Procedimiento Civil, art 1033 1). Las leyes de otros países no se refieren expresamente a ambos requisitos. Así, la Ley Suiza sólo se refiere a la exigencia de independencia (Ley de Derecho Internacional Privado; art. 180); mientras que la ley inglesa sólo se refiere a la exigencia de imparcialidad (Ley de Arbitraje de 17 de junio de 1996; art 24 1(a)). En Francia, si bien los requisitos de independencia

una actitud, una situación mental de ausencia de prejuicios con respecto a la litis concreta que debe ser juzgada y un comportamiento procesal: aquél que pone a ambas partes en situación de igualdad.

De forma general, puede indicarse que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud, necesariamente subjetiva, del árbitro para con el litigio o con las partes.

Ahora bien: las nociones de independencia y de imparcialidad no son conceptos de fácil definición, existe solapamiento entre ambos y ligeras variaciones de un país a otro.

2. La independencia e imparcialidad de los árbitros es uno de los requisitos fundamentales para que el arbitraje tenga aceptación social. Las empresas y las personas sólo confiarán en el arbitraje si perciben que los árbitros son independientes y fallan imparcialmente.

El problema se complica porque – por regla general – únicamente se eligen como árbitros personas con experiencia en el sector en el que haya surgido la disputa. Además, con frecuencia, los árbitros son designados por las propias partes: en un colegio de tres, lo normal es que cada parte nombre a un árbitro y que el tercero sea nombrado por acuerdo entre las partes, o entre los dos co-árbitros. Sólo se designa árbitro a personas en las que se confía. Y es más fácil tener confianza en alguien al que se conoce, por haber tenido previamente relaciones profesionales con él.

Existe, pues, una tensión inmanente entre las exigencias de independencia e imparcialidad, y la propensión a elegir a personas expertas, conocidas y de confianza.

3. Para salvar esta tensión, las leyes de arbitraje, con la Ley Modelo de Uncitral⁴ a la cabeza, y los Reglamentos de las principales cortes de arbitraje⁵ han articulado un sistema, fundamentado en tres principios:

e imparcialidad no quedan expresamente recogidos en la ley, sí han sido claramente reconocidos por los tribunales galos como cualidades esenciales de la función arbitral (Cour de cassation, *Etat du Qatar c Creighton Ltd.*, 16 de marzo de 1999) Los Reglamentos CNUDMI/UNCITRAL (art. 9 y 10) LCIA (art 5(2)), AAA (art 7(1)), WIPO (art. 22), Suizo (art 9(1)) mencionan ambos requisitos. El Reglamento de la CCI sólo se refiere a la exigencia de independencia (art 7 (1) CCI)

⁴ Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de junio de 1985; art. 12 y 13

- el deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, absteniéndose de mantener relaciones con las partes;
- el deber de los árbitros de revelar, *motu proprio* antes de aceptar el nombramiento, o a petición de una de las partes durante el procedimiento, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas sobre su independencia o imparcialidad;
- el derecho de las partes a recusar al árbitro, si se demuestra que tales circunstancias existían y fueron ocultadas, o han sobrevenido.

La Ley española de Arbitraje (“LA”)⁶ recoge nítidamente esta filosofía. La Exposición de Motivos⁷ la describe así:

“Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje.”

El desarrollo articulado del principio se encuentra en el art. 17 LA:

Artículo 17: Motivos de abstención y recusación

1. 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.

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

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

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo

⁵ art. 9-12 CNUDMI/UNCITRAL; art. 7 y 11 y CCI; 10 LCIA; 5 y 10 LCIA; 22, 24-29 WIPO; 7-9 AAA; 9-11 Reglamento suizo

⁶ Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje

⁷ IV, 3

nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación.

Los Reglamentos de arbitraje de las principales Cortes españolas se limitan a repetir el texto de la LA con pequeñas matizaciones o simplemente se remiten a ella⁸.

4. El régimen legal español es análogo al que existe en otras jurisdicciones⁹. Y comparte los mismos problemas. Las partes tienen dudas sobre las personas a las que pueden proponer como árbitros. Los árbitros, dudas sobre las circunstancias que deben revelar. Y la recusación puede convertirse, en manos de litigantes torticeros, en un instrumento para descarrilar el procedimiento.

Para paliar estos problemas, una serie de instituciones ha promulgado códigos voluntarios de buenas prácticas, recomendaciones en relación a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Los dos más importantes son las “*Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*” aprobadas por la “*International Bar Association*” el 22 de mayo de 2004, y “*The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*” aprobado conjuntamente por la “*American Arbitration Association*” y la “*American Bar Association*”, y que entró en vigor el 1 de marzo de 2004. Las “*Guidelines*” – que contienen una enunciación de principios generales y tres listados de situaciones concretas – sólo son aplicables al arbitraje internacional. El “*Code of Ethics*”, por el contrario, está pensado para arbitrajes internos celebrados dentro de los EEUU.

5. La finalidad de este informe es analizar la situación legal en España en esta materia, sobre la base de la legislación en vigor, teniendo en cuenta nuestras tradiciones jurídicas y las legítimas expectativas de los usuarios del arbitraje.

II. El deber de los árbitros de permanecer independientes e imparciales durante el arbitraje

⁸ Reglamento CAM art. 23; Reglamento TAB art. 23; Reglamento CEA arts. 22 y 23; Reglamento CIMA arts. 15 y 16

⁹ Con arreglo a la Ley modelo CNUDMI/UNCITRAL. Si bien aparecen diferencias entre los procedimientos recogidos en las diferentes leyes y reglamentos, por ejemplo en su formulación, sus características no varían fundamentalmente. Así, la Ley Suiza no prevé obligación de revelar, pero la doctrina del Tribunal Federal sí la impone (Sentencia del Tribunal Federal, ATF 111 Ia 72).

1. El estándar de comportamiento que la LA exige a los árbitros es que durante el arbitraje permanezcan independientes e imparciales. La Ley lo concreta en la prohibición de que, durante la vigencia del procedimiento, establezcan con las partes cualquier relación personal, profesional o comercial [art. 17.1 LA].
2. Vigencia: el deber impuesto por el art. 17.1 LA se inicia en el momento en que el árbitro es designado, y finaliza a la terminación del procedimiento arbitral, cuando los árbitros hayan dictado el laudo definitivo [art. 38.1 LA] y, si las partes piden su corrección, aclaración o complemento, cuando los árbitros aprueben la resolución correspondiente [art. 39 LA]. En los supuestos de terminación excepcional, el deber cesará cuando los árbitros ordenen el cierre de las actuaciones [art. 38.2 LA]¹⁰.

Adicionalmente, el deber de buena fe (*diligencia post pactum finitum*) exige que los árbitros se abstengan de entablar relaciones con las partes del arbitraje en un período de tiempo razonable después de finalizado el procedimiento, si tal conducta pudiera crear la impresión de que la parte está recompensando la actuación del árbitro. En especial, ningún ex – árbitro debe, tras el arbitraje, colaborar con alguna parte en la preparación de un recurso judicial contra el laudo o en obtener su ejecución.

3. Extensión subjetiva: el deber de independencia impuesto por el art. 17.1 LA se aplica por igual a todos los árbitros, sea cual sea el sistema por el que hayan sido designados. Afecta también a cualquier socio o abogado que trabaje en el mismo despacho colectivo que el árbitro.

La igualdad de tratamiento de todos los árbitros en cuestiones de independencia e imparcialidad viene impuesta por la propia ley española: el articulado no hace distinción alguna entre árbitros de parte y árbitros dirimientes. Y la Exposición de Motivos, expresión del ánimo del legislador, no deja atisbo a la duda: el deber de independencia e imparcialidad se impone a los árbitros “*al margen de quien los haya designado*”. La ley española se sitúa nuevamente en las

¹⁰ Este principio viene recogido en la mayoría de las Leyes (siguiendo el art 12(1) CNUDMI/UNCITRAL Model Law) y de los Reglamentos de arbitraje (art 7(1) CCI; art 5(2) LCIA; art 9 Reglamento suizo) o es implícita y se reconoce en la jurisprudencia (Decisión del Tribunal federal suizo de 11 de mayo de 1992)

posiciones más avanzadas del Derecho comparado y precluye la posibilidad de un tratamiento diferenciado¹¹.

El término partes incluye también las empresas que formen parte del mismo grupo, y los letrados que la representen en el arbitraje.

4. Extensión objetiva: el art. 17.1 LA establece una doble exigencia: el árbitro debe permanecer independiente y además debe actuar imparcialmente.
 - a) Independencia: antes de su nombramiento, ningún árbitro debe promover activamente su designación. Durante el arbitraje, el árbitro debe abstenerse de establecer relaciones personales, profesionales o comerciales con una o ambas partes, que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia. El cobro de los honorarios por su labor como árbitro no viola esta prohibición, siempre que exista suficiente transparencia en el modo del cálculo y pago de éstos.
 - b) Imparcialidad: el deber de actuar con imparcialidad exige que el procedimiento dé iguales oportunidades a ambas partes, que la decisión no esté prejuzgada y que su contenido obedezca exclusivamente a razonamientos de derecho o de equidad.

En especial, el deber de imparcialidad prohíbe que ninguno de los árbitros facilite datos a una de las partes, si la otra no está presente, que la informe sobre el desarrollo de las deliberaciones, ni que le anticipe el contenido de la decisión. Sólo se excluyen de esta prohibición consultas entre un árbitro y la parte que lo designó, relacionadas con la elección del árbitro presidente.

5. Incumplimiento: si durante el arbitraje, de forma sobrevenida, surgiera una circunstancia que, según su criterio, implicara una ruptura del deber de independencia e imparcialidad impuesto por el art. 17.1 LA, el árbitro deberá ponerlo *motu proprio* y sin demora en conocimiento de las partes, de los restantes árbitros y, si el arbitraje es institucional, de la institución administradora [art. 17.2 LA].

¹¹ En los EEUU tradicionalmente se aceptaba que los árbitros de parte fueran “partidarios”; sin embargo, tras la promulgación en el año 2004 del *Code of Ethics for Arbitrators* de la AAA y ABA, tal posibilidad ha desaparecido y todos los árbitros, sea cual sea su designación, quedan sometidos a las mismas reglas, salvo que ambas partes acuerden lo contrario.

La LA también permite que, en cualquier momento del arbitraje, una de las partes pida aclaraciones a uno o varios árbitros sobre sus relaciones – personales, profesionales o comerciales – con la otra parte. En tal caso, el o los árbitros deben contestar sin demora [ex art. 17.2 I *in fine*] y con veracidad. Si – a la vista de la información – ambas partes objetan, el árbitro deberá renunciar al arbitraje [art. 19 LA]. Si ninguna objeta, el arbitraje continuará normalmente. Y si únicamente lo hace una, el árbitro no está obligado a renunciar (aunque voluntariamente puede hacerlo, si estima que las circunstancias reveladas lo meritan), pero asumirá el riesgo de ser recusado [art. 17.3 LA].

III. El deber de los árbitros propuestos de revelar circunstancias que puedan afectar a su independencia o imparcialidad

1. La persona propuesta para ser designada como árbitro, asume *ex lege* la obligación de revelar a las partes toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia [art. 17.2 LA]. Se trata de una obligación pre-contractual, que el árbitro debe cumplir antes de aceptar el nombramiento. Esta obligación existe en la mayoría de la Leyes y Reglamentos de arbitraje y es una práctica reconocida internacionalmente en el derecho del arbitraje¹².
2. Extensión subjetiva: el deber impuesto por el art. 17.2 LA pesa sobre todo árbitro, sea quien sea la persona que le esté proponiendo. Debe ser cumplido sin demora cuando una o ambas partes, o en su caso, la institución arbitral, le comuniquen la propuesta de designación. La información debe hacerse llegar a ambas partes, pues ambas están interesadas en conocer la existencia de posibles incompatibilidades, y a la institución administradora (salvo que su reglamento establezca otra cosa).
3. Extensión objetiva: las circunstancias que el candidato a árbitro debe revelar son todas aquellas que, en el ánimo de las partes, puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad [así lo establece expresamente el art. 17.2 LA]¹³. El test es potencial y

¹² cf art 7(2-3) ICC; 5(3) LCIA; 9(2) Reglamento suizo. En derecho suizo, si bien esta obligación no viene expresamente recogida en la Ley, el Tribunal Federal la considera como una obligación pre-contractual y contractual (Sentencia del Tribunal federal ATF 111 Ia 72).

¹³ El Reglamento CCI también adopta un criterio subjetivo para la revelación en su art 7(2) (« desde el punto de vista de las partes »). En cambio, los Reglamentos CNUDMI/UNCITRAL (9); LCIA (5(3)), WIPO (22 (a y b)), AAA (7(1)) y suizo (9(2)) adoptan un criterio objetivo (« todas las circunstancias que

subjetivo. El ámbito de circunstancias que se deben revelar es más amplio que el de las circunstancias que pueden servir de causa para una válida recusación. La recusación sólo se puede fundamentar en circunstancias que efectivamente den lugar a dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad [art. 17.3 LA]. Este test es real y objetivo¹⁴.

Al revelar determinadas circunstancias a las partes, el árbitro podrá, pues, señalar que, en su opinión, los hechos subjetivamente pueden dar lugar a dudas justificadas en las partes, pero que, objetivamente considerados, no afectan a su independencia o imparcialidad y que está dispuesto a aceptar el nombramiento. Si entiende lo contrario, deberá rechazar el nombramiento propuesto.

El candidato a árbitro debe revelar cualquier circunstancia de la que tenga conocimiento personal en el momento de la designación. El deber de diligencia exige además que realice una razonable labor de investigación, para cerciorarse de la inexistencia de conflicto.

No es posible realizar una enumeración apriorística de las circunstancias que potencial o efectivamente dan lugar a dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro. Las IBA Guidelines y sus tres listas adjuntas (con 49 situaciones distintas) son una indicación de las situaciones concretas que pueden ocurrir en la práctica. Se tratará de relaciones personales, profesionales o comerciales entre el árbitro y las partes (incluyendo su grupo empresarial, sus directivos y sus letrados), que hayan tenido lugar antes de realizarse la propuesta de designación. Según su naturaleza e intensidad, y según el tiempo transcurrido, será generadoras potenciales o efectivas de dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

puedan dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro). Adoptar un criterio subjetivo, como lo hace la LA, es más respetuoso con las perspectivas de las partes, mientras que adoptar un criterio objetivo deja más libertad al árbitro.

¹⁴ Los Reglamentos CNUDMI/UNCITRAL (art 10); LCIA (10 (3)); WIPO (24(a)); AAA (8) y suizo (10(1)) también adoptan un criterio objetivo para la recusación (*“circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro”*). En cambio, el Reglamento CCI deja una libertad discrecional a la Corte de Arbitraje de la CCI para decidir sobre la solicitud de recusación (*“solicitud de recusación fundada en una alegación de falta de independencia o en cualquier motivo”*). La adopción de un criterio objetivo hace más previsibles las decisiones sobre recusación, garantizado mayor seguridad jurídica. El Tribunal Federal suizo también opta por un criterio objetivo para la recusación (Sentencia del Tribunal Federal de 9 de febrero de 1998)

En la práctica, surgirán multitud de dudas sobre si una determinada relación reúne los requisitos necesarios para deber ser revelada. En la duda, el árbitro deberá decantarse siempre por la revelación.

4. Forma: la comunicación deberá realizar por escrito dirigido a las partes, a la institución arbitral y, en su caso, al juez. Si ya están designados los restantes árbitros, también deberán ser informados. En los arbitrajes institucionales, se debería adjuntar un formulario a la propuesta de designación, para que el candidato propuesto realice su declaración de independencia ajustándose a dichos modelos.
5. Efectos: la revelación de un conflicto de interés por un candidato a árbitro producirá diferentes efectos, según estime o no que la circunstancia revelada da lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

En el primer caso, el árbitro deberá rechazar el nombramiento.

En el segundo, la parte, institución arbitral o juez que haya propuesto al candidato, podrá optar por confirmar el nombramiento – haciendo caso omiso de la revelación – o por desistir de él. Si el nombramiento se confirma, la contra parte, a la que se le habrá comunicado la existencia de un potencial conflicto de interés, tendrá la oportunidad de plantear la recusación del árbitro, en un plazo preclusivo de quince días [art. 18.2 LA].

6. Incumplimiento: ocultar circunstancias que, de acuerdo con el art. 17.2 LA deben ser reveladas, constituye incumplimiento de una obligación legal, generando una responsabilidad por los perjuicios que se puedan irrogar a las partes y a la institución arbitral. Además si el conflicto de interés ocultado llega a ser conocido por una de las partes y ésta plantea la recusación del árbitro infractor, la previa ocultación será un elemento negativo que pesará en quien tenga que fallar sobre la recusación, decidiendo si el árbitro controvertido realmente reúne los requisitos de independencia e imparcialidad.