

Jurisprudencia extranjera

Alcance del deber de revelación del árbitro

**(Sentencia de la *Cour d'appel* de París,
de 12 de febrero de 2009)**

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

1. El buen árbitro es el que impone sus valores éticos en la conciencia de que en ello va su prestigio y que su futura actuación va a verse favorecida por una conducta conforme con su criterio y no plegada a las exigencias de un caso concreto. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben estar presentes en el ejercicio de cualquier profesión, cobran especial importancia tratándose de la labor desarrollada por los árbitros. Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado la revelación de un conflicto de intereses. Las legislaciones y los reglamentos arbitrales, con carácter más riguroso por lo general, establecen a este efecto el deber del árbitro de revelar todas las circunstancias que puedan suscitar dudas acerca de su imparcialidad y su independencia. El art. 17.2º LA/2003 es un fiel reflejo de esta tendencia al estipular que “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”, añadiendo que “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”.

Nos hallamos ante una obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y que es una consecuencia directa del principio general de buena fe. El árbitro cuenta en cada caso concreto con suficientes elementos para determinar qué aspectos debe revelar a las partes para que estas consideren si afectan verdaderamente a su imparcialidad e independencia y en que casos debe proceder su abstención. El deber de revelación a sido descrito a partir de aquí como un auténtico “seguro de vida” de la instancia arbitral¹. Por eso su incumplimiento puede traer consigo tres mecanismos sancionadores: la recusación, la anulación del laudo arbitral y la propia responsabilidad del árbitro. La presente decisión presenta una relevancia especial. Primero, por proceder de

¹ Th. Clay, *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001, p. 318.

una de las jurisdicciones más importantes del mundo en materia de control de los laudos en el arbitraje comercial internacional y poseer una proyección ejemplarizante en otros sistemas en los que la cuestión todavía necesita contar con posiciones de mayor firmeza². Segundo, porque supone un avance sustancial dentro de la jurisprudencia francesa, ya de por sí extremadamente sensible a estas cuestiones: por vez primera un tribunal francés anula un laudo (laudo parcial pronunciado en un procedimiento administrado por la CCI) por circunstancias que no conciernen directamente al árbitro, en este caso el presidente del tribunal arbitral elegido por los otros dos co-árbitros, sino al entorno de la firma internacional de abogados donde trabajaba como consejero. La severidad de la sanción y el elevado monto de la indemnización acordada (70.000 euros), de conformidad con lo dispuesto en el art. 700 *NCPC* pone de relieve la importancia que la *Cour d'appel* confiere a la cuestión de la independencia del árbitro por no revelar la existencia de un conflicto de intereses.

Como es natural en los reglamentos de arbitraje el deber de información de los árbitros suele estar minuciosamente regulado. Baste atender a los arts. 9 y 10 Regl. Uncitral. Los centros de arbitraje acostumbran a prestar atención a la declaración de los árbitros obligando a las personas designadas a poner en conocimiento por escrito a la institución administradora los hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia y dicha institución deberá transmitir dicha información a las partes precisando un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios. Semejante subjetivismo está presente en el art. 7.2º Regl. CCI: "Antes de su nombramiento o confirmación, el árbitro propuesto ha de firmar una declaración de independencia y dará a conocer por escrito al Secretariado los hechos o circunstancias que puedan cuestionar su independencia respecto de las partes. El Secretariado comunicará por escrito estas informaciones a las partes y fijará un plazo para que éstas puedan dar a conocer sus observaciones".

Al lado de las disposiciones reglamentarias determinados Códigos deontológicos abundan en el contenido del deber de información de los árbitros. Entre estos es obligado referirse al redactado por la IBA que establece en su las diversas situaciones que pueden configurar una conducta parcial o dependiente del árbitro. Con una mayor extensión se refiere a esta cuestión el Canon II del Código ético AAA-ABA aludiendo a la necesidad de hacer pública cualquier relación financiera, comercial, profesional, familiar o social, presente o pasada, que pudiera afectar la imparcialidad del árbitro o que pudiese generar presunciones de una verosímil parcialidad, que pudiera tener con alguna de las partes o sus asesores legales o con cualquier persona que, según le informaran, pudiera ser testigo; también deben hacer pública cualquier relación que pudiera existir y comprometer a los miembros de sus familias o sus actuales empleadores, socios de hecho o comerciales.

² En el caso de España *vid.* SAP Madrid 15 febrero 2008, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp.269-273 y nota de S. Álvarez González, pp. 273-276 y SAP Madrid 5 de mayo de 2009, *ibid.*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 554-559 y nota de C. Marín Brañas, pp. 559-564.

2. El conflicto de intereses concierne fundamentalmente a circunstancias presentes o pasadas que pueden inducir al árbitro a una posición más favorable hacia una de las partes y por esa razón las instituciones arbitrales exigen con carácter previo a su designación que los candidatos rellenen unos cuestionarios *ad hoc* en los que se despeje cualquier sombra de duda acerca de las referidas circunstancias, máxime cuando se trata de un arbitraje de naturaleza internacional, donde resulta más problemático precisar el eventual interés que puede vincular al árbitro con el litigio. Este deber de revelación perdura, como se ha indicado, durante el procedimiento arbitral en el sentido de que cualquier comunicación entre los árbitros y las partes o sus abogados debe darse a conocer de inmediato al resto de las partes y a los otros miembros del tribunal arbitral. Dicho queda que el nominado debe revelar cualquier vínculo económico, comercial, profesional, familiar o social, presente o pasado, que pudiera afectar su imparcialidad o crear razonablemente la apariencia de parcialidad o prejuicio; y esos vínculos se extienden no sólo a las partes y con sus abogados, sino a cualquier persona que presumiblemente deberá declarar como testigo; asimismo debe revelar cualquier vínculo de ese tipo que exista con algún miembro de sus familias o con sus actuales empleadores, asociados o socios comerciales. Los sistemas del *common law* son especialmente sensibles a esta cuestión considerando que es mejor una declaración por exceso que por defecto sobre todo en la fase en que las partes cuentan con la posibilidad de aceptar o de rechazar al árbitro.

Este principio experimenta ciertas inflexiones en los distintos sistemas estatales. Volviendo al Derecho francés la obligación de revelación posee un contenido propio en el art. 1452.2º *NCPC* (“*L’arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu’avec l’accord de ces parties.*”). Dicho precepto presenta una doble subjetividad en el sentido de que el árbitro debe revelar lo que él cree que las partes considerarían una causa de recusación lo que obliga a realizar al árbitro un “razonamiento que tiende a objetivar la situación”³. La *Cour d’appel* de París ha tenido varias ocasiones para insistir en que la independencia es una parte esencial de la función jurisdiccional de un árbitro como resultado del carácter de juez que tiene *vis-à-vis* las partes en el arbitraje. Según este tribunal la obligación de información que recae sobre el árbitro con el objeto de permitir a las partes ejercer su derecho de recusación debe apreciarse tanto respecto a la notoriedad de la situación impugnada como respecto a su incidencia en el juicio del árbitro⁴. La jurisprudencia francesa es pródiga en ejemplos sancionadores de una mala práctica del deber de información, como evidencia la presente sentencia.

Las partes del arbitraje, una vez informadas, son las que tienen el protagonismo del control pues el árbitro puede realizar declaraciones incomple-

³ Ph. Fouchard, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, pp. 325–372, esp. 347–348.

⁴ *Inter alia*, CA París (1º Ch. suppl), 2 de junio de 1989 (*Société Gemanco / S.A.E.P.A. et S.I.A.P.E.*), 28 de junio de 1991 (*KFTCIC / Icori Estero*) y 30 de junio de 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*), *Rev. arb.*, 1991, pp. 87 ss; 1992, pp. 568 ss y nota P. Bellet y 1996, pp. 496–502

tas, equívocas o erróneas en detrimento de la exhaustividad y la severidad para consigo mismo que debe presidir la declaración de independencia del árbitro⁵. Como pone de relieve la decisión que se comenta, el árbitro está obligado a revelar a las partes, en efecto, cualquier circunstancia que pueda afectar a su decisión y que provoque “*dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale*”, v.gr., una información genérica acerca del eventual conflicto de intereses del presidente del tribunal arbitral que trabaja como consejero en una firma de abogados multinacional que no sólo asesoraba a la empresa matriz de una de las partes en el litigio, sino a una filial de la misma que le pertenecía en su totalidad. Y a ello se añadían otras circunstancias: que la oficina de la firma en China había asesorado a la casa matriz en una operación en ese país y que un abogado de la firma había sido árbitro único coetáneamente al procedimiento arbitral en un asunto en la referida filial era parte. Ciertamente, las circunstancias relatadas se referían a la firma de abogados, pero la pertenencia del presidente a la firma siquiera como consejero y el hecho de que en ella se diluyese la información por la distinta localización geográfica de sus asuntos no fueron considerados atenuantes del deber de revelación. Es cierto que la actividad de consejero en un despacho multinacional no es equiparable necesariamente a la de los abogados que lo integran, desde la perspectiva del conflicto de intereses, pues no acostumbran a percibir los mismos emolumentos, pero en este caso concreto la *cour d'appel* entendió que del cúmulo de circunstancias del caso se desprendía una clara falta de la independencia requerida. Y a ello añadió que los mencionados conflictos no vinculaban exclusivamente a las partes en el litigio, sino a todas las sociedades del grupo al que pertenecen.

3. Interesa detenerse en el contenido de la declaración. Ésta debe ser lo suficientemente precisa para que las partes estimen a través de su particular punto de vista si puede servir de base para proceder a la descalificación del árbitro, incluso aunque los hechos o circunstancias no revelados, no justifiquen por sí mismos, dicha descalificación. Es útil recordar las palabras del dictamen del miembro del tribunal en el caso *Commonwealth Corp.* por el cual se dictaminó que es mejor que se haga pública la relación al principio, cuando las partes tienen la libertad de rechazar o aceptar al árbitro sabiendo de la existencia de la relación. Al mismo tiempo, debe reconocerse que las relaciones comerciales de un árbitro pueden ser verdaderamente diversas y comprometer relaciones comerciales más o menos remotas con muchas personas. De acuerdo con ello, no debe esperarse que un árbitro “*to provide the parties with his complete and unexpurgated business biography*” y tampoco se insta al árbitro “*has done more than trivial business with a party, that fact must be disclosed*”⁶ hasta llegar a situaciones absurdas como el deber de declarar un encuentro fugaz en la calle. Ello le exonera del deber de realizar

⁵ Th. Clay, *op. cit.*, n.ºs 378–395.

⁶ U.S. Supreme Court, *Commonwealth Corp. v. Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968) 393 U.S. 145 (Mr. Justice White with whom Mr. Justice Marshall, joins, concurring).

una declaración exhaustiva siempre que sea lo suficientemente precisa e indique la naturaleza de las relaciones (amistosas, académicas, profesionales...) que el árbitro mantenga con todos los actores de la instancia arbitral.

Entre las cuestiones que deben figurar en el contenido de la declaración cabe señalar, a título de ejemplo, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, mantenga el árbitro con alguna de las partes, las relaciones académicas, las relaciones sociales y profesionales de contenido sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje. No en vano, cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el árbitro y una de las partes, o entre éste y una persona que reconocidamente pueda resultar testigo sustancial para el caso, generará normalmente dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia del árbitro. Asimismo, debe declararse cualquier otra circunstancias o hechos que puedan originar dudas justificadas respecto de la independencia o imparcialidad; el ámbito de estos últimos criterios ofrece una particular relevancia cuando el árbitro designado pertenezca a una firma de abogados que defienda los intereses de una de las partes, incluso en otro país distinto de donde deba tener lugar el pretendido arbitraje.

El deber de revelación, que es consustancial a la independencia del árbitro⁷ comienza en el momento designación o propuesta de nombramiento el árbitro. Pero no posee un carácter meramente estático toda vez que persiste hasta que se produzca el momento de la emisión del laudo arbitral: por ejemplo, un árbitro que es designado magistrado de una Corte Constitucional o abogado interno de una determinada empresa. Y se materializa en declaraciones escritas acerca de posibles conflictos de intereses. Por eso si revela alguna circunstancia que pueda condicionar su actuación las partes deben pronunciarse al respecto, si lo consideran oportuno, dentro de un plazo breve que suele estar fijado en los Reglamentos de arbitraje y si en tal plazo no se formula motivo alguno de abstención o de recusación, el árbitro podrá desempeñar libremente sus funciones⁸. Es cierto que una cosa es el conocimiento del conflicto por el árbitro en el momento de la constitución del tribunal arbitral y otra distinta el deber de revelación cuando aparecen nuevas circunstancias a lo largo del procedimiento; no obstante, la relación de confianza entre el árbitro y las partes requiere una información continuada y precisa que no queda suplida, como en el presente caso, con una vaga manifestación de que una de las partes acaso pudiera considerar situaciones de incompatibilidad con la exigencia de independencia. Como afirma el tribunal parisino,

“... le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indé-

⁷ J.C. Fernández Rozas, “Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators”, *Libro homenaje a Bernardo Cremades*, Madrid 2010 (en prensa).

⁸ Nota Th. Clay, *Rev. arb.*, 2009, pp. 186 ss.

pendance, sans que Tecnimont qui pouvait connaître les affaires dans lesquelles elle même, une de ses filiales ou sa société mère avaient fait appel à Jones Day puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats, 2200 avocats, étant observé qu'un service y est chargé de la vérification des conflits et que les informations fournies par M. Jarvin aux parties à l'arbitrage lui ont été communiquées par son cabinet »

3. La apariencia de parcialidad puede ser una base para anular el laudo cuando el árbitro ha faltado a su deber de revelación y la anulación se vuelve más sólida cuando se ha comprobado fehacientemente la parcialidad. La Ley Modelo Uncitral no recoge esta causal de manera autónoma y si bien no es infrecuente que figure en algunos sistemas estatales, podría subsumirse: a) en la causal de los perjuicios manifiestos al derecho de defensa, pues, por ejemplo, si los árbitros desatienden su obligación de informar las circunstancias que dieran lugar a dudas justificadas, acerca de su imparcialidad o independencia, están violando las reglas mínimas del debido proceso, concretamente al principio de igualdad; b) en la causal de incorrecta composición del tribunal arbitral; o c) en la excepción de orden público. Este motivo de oposición al laudo se configura cuando en los árbitros que han pronunciado el laudo concurren circunstancias que en su momento pudieran dar lugar a la recusación y que las partes no conocieron a lo largo de las actuaciones arbitrales porque los designados no lo hicieron saber en su declaración de independencia. La práctica en este sector es muy variada y es muy frecuente encontrarnos con su presencia cuando existe una relación profesional entre el árbitro y la representación de una de las partes. En la jurisprudencia española es elocuente la SAP Navarra 21 de febrero 2000 que estimó el recurso de anulación por contravención de las garantías esenciales del procedimiento "... dada la relación profesional que debe deducirse del hecho de haber compartido despacho profesional durante más de 6 años, al menos, el Sr. Letrado de una de las partes y la Sra. Letrada que... fue designada como árbitro en dicho proceso,... no permite situar a la Sra. árbitro en condiciones objetivas, al menos de garantizar que su decisión pueda merecer la exigible confianza de los terceros y de las partes, en el sentido de que resulte ser fruto de una decisión plenamente interesada e imparcial"⁹. El supuesto examinado incluía la omisión por parte del árbitro del deber de información con carácter previo a las partes de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad. Dentro de esta causal cabe insertar la omisión por parte del árbitro del deber de información con carácter previo a las partes de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad. Por ejemplo la Sentencia de Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los EE UU de 4 de septiembre de 2007 (*New Regency Productions, Inc. / Nippon Herald Films, Inc.*) anuló el laudo de un árbitro que no reveló sus negociaciones laborales y posterior obtención

⁹ JUR 2000\113772.

de empleo con la filial de una de las empresas involucradas en el arbitraje mientras actuaba como árbitro¹⁰.

En la jurisprudencia francesa existe una larga tradición que confirma la incidencia de la sanción en el laudo arbitral. La *Cour d'appel* ha declarado expresamente que “*l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et en entraîne la nullité*” (*Ury / Galeries Lafayette*). En la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París (1^{re} Ch., 1^{re} Sect.) 12 de mayo de 1993 (*Société Raoul Duval / V.*)¹¹; se daba la circunstancia de que el presidente del tribunal arbitral había comenzado a trabajar para una de las partes un día después del pronunciamiento del laudo. La misma sanción fue adoptada por la sentencia de la *cour d'appel* (1^{re} Ch. Civ.) 30 de junio de 1995 (*B / Société Annahold BV et autres*)¹² y por la sentencia de la *cour d'appel* (1^{re} Ch.c) 30 de noviembre de 1999 (*Marteau / CIGP*) por el hecho de que el árbitro en ningún momento había informado de su pertenencia a un despacho que mantenía vínculos profesionales y económicos con sociedades del grupo de la entidad que le había designado¹³. Por su parte, la sentencia de la *Cour de cassation* (2^{ème} Ch. Civ.) de 6 de diciembre de 2001 (*Fremarc / ITM Entreprises*) llegó a casar una sentencia de la *cour d'appel* de París en relación con un árbitro, profesor de Derecho, que tenía la poca decorosa habilidad de hacerse designar sistemáticamente árbitro por el mismo tipo de partes y en la misma modalidad de arbitraje y que había omitido revelar tal circunstancia. La *Court d'appel*¹⁴ había considerado que tal actitud era censurable pero que no era de suficiente entidad para demostrar una carencia de independencia y de imparcialidad y, mucho menos, para justificar la anulación del laudo. Sin embargo esta decisión fue casada por contradicción de motivos lo que condujo a la anulación del laudo pese a que la ausencia de revelación no figuraba entre las causales del art. 1484 *NCPC*. La doctrina francesa ha debatido tal proceder por considerar que se daba autonomía a una causa de anulación no regulada y que debía subsumirse la ausencia de revelación en el motivo general de incorrecta composición del tribunal arbitral; sin embargo, esta posición no ha sido unánime apuntándose que el juez de la anulación debe sancionar no la simple existencia de un riesgo (por la revelación incompleta) sino la efectiva realización de este último¹⁵. En el presente caso, la *cour d'appel* anuló el laudo parcial al amparo de lo dispuesto en la causal n° 2 del art. 1502. *NCPC*, esto es, composición irregular del tribunal arbitral o designación irregular del árbitro.

¹⁰ C.T. Salomon y Q.C. Smith, “Arbitrators Have Duty to Investigate Possible Conflicts Arising from New Employment”, *DLA Piper*, 5 noviembre 2007, http://www.dlapiper.com/arbitrators_have_duty_to_investigate/.

¹¹ *Rev. arb.*, 1996, pp. 411–418; confirmada por la *Cour d'appel* de París de 12 de octubre de, 1995, *Ibid.*, 1999, pp. 324 ss, y *Cass. civ.*, 16 de diciembre de, 1997, *Ibid.*, 1999, pp. 253 ss.

¹² *Ibid.*, 1996, pp. 496–502., pp. 496–502.

¹³ *Rev. arb.*, 2000, pp. 299 ss nota Ph. Grandjean.

¹⁴ CA París, 28 de octubre de, 1999, *Rev. arb.*, pp. 299 ss nota Ph. Grandjean.

¹⁵ *Rev. arb.*, 2003, pp. 1231 ss nota de E. Gaillard.

Al margen de su ejemplaridad respecto de los árbitros, y del asentimiento de que la obligación de verificación del conflicto de intereses incumbe de manera continua a la firma de abogados donde trabaja, la decisión pone de relieve también la existencia de una obligación deontológica para el abogado que asiste a una de las partes en el procedimiento arbitral. Concretamente tiene el deber de informar a ésta no sólo en el momento de la constitución del tribunal, sino continuamente a lo largo del proceso, de que los árbitros designados en el caso no solo pueden estar sujetos a conflictos de intereses con dicha parte, sino respecto a las sociedades de su grupo.

Francia

Sentencia de la *Cour d'appel* de París (1^{ère} Chambre – Section C), de 12 de febrero de 2009

Jueces: M. Périé (Presidente), M. Niatet y Mme. Bozzi.

Partes: S.A. J&P Avax S.A. / Société Tecnimont SPA.

Fuente: <http://www.arbitrage-maritime.org/fr/Misc/Tecnimont.pdf>.

Recurso de anulación.– Laudo parcial CCI n° 12273/ACS/MSJB/JEM.– Recusación del Presidente del Tribunal arbitral.– Independencia objetiva del árbitro.– Irregularidad en la composición del Tribunal arbitral.– Deber de revelación.– Incumplimiento: Declaración de independencia no exhaustiva.– Conflicto de intereses.– Despacho de abogados del Presidente que asiste a empresas del grupo en el que integra una de las partes.– Estimación del recurso.

L'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale.

La société Tecnimont S.p.A. (ci-après Tecnimont), société de droit italien, a conclu avec la société J&P AVAX (ci-après AVAX), société de droit grec, un contrat de sous-traitance de construction d'une usine de propylène de 130 000 tonnes par an à Thessalonique. Un différend étant intervenu entre elles, Tecnimont mettant en oeuvre la clause compromissoire insérée dans le contrat à l'article 27.2 prévoyant le recours à un arbitrage CCI à Paris, a désigné comme arbitre, Mme Dimolitsa. AVAX a désigné M.Verveniotis, remplacé à la suite de son décès le 13 août 2003 par M. Kaissis, et les deux arbitres ont nommé en qualité de président du tribunal arbitral M. Jarvin, le secrétaire général de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI le confirmant le 12 novembre 2002.

Suivant sentence partielle rendue à Paris le 10 décembre 2007, le tribunal arbitral a statué sur le principe de responsabilité dans les termes auxquels la cour renvoie.