

LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Enrique Barros Bourie
Andrés Germain Ronco

I. La exitosa incorporación en Chile de normas sobre arbitraje internacional

1. El año 2004 entró en vigencia en Chile una nueva legislación sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley 19.971), que adoptó íntegramente el texto de la Ley Modelo propuesta en esta materia por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). El Grupo de Trabajo encargado de presentar el proyecto de ley al Congreso Nacional optó expresamente por utilizar la Ley Modelo, porque así se garantizaba la adopción de un ordenamiento probado y ampliamente difundido en más de 60 países, incluyendo jurisdicciones con gran tradición en la práctica del arbitraje internacional¹.

2. La Ley sobre Arbitraje Internacional tuvo tres principales objetivos: (i) actualizar la regulación del arbitraje internacional con sede en Chile, la que hasta entonces se encontraba sujeta a unas cuantas normas procesales que no reflejaban los principios de derecho comparado y uniforme predominantes en la materia; (ii) fortalecer la práctica del arbitraje internacional en Chile por medio de un modelo normativo uniforme y reconocido por sus principales contrapartes comerciales; y (iii) convertir a nuestro país en un centro relevante de arbitraje internacional, especialmente a nivel latinoamericano². Estos objetivos han sido reafirmados con la reciente incorporación de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuyas recomendaciones en diversas materias incluyen la utilización del arbitraje internacional como método idóneo de solución de conflictos³.

* Enrique Barros Bourie: Doctor en Derecho Universidad de Múnchen, Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Chile, árbitro del CAM Santiago y del CIADI, socio de Barros Letelier & González Abogados.

* Andrés Germain Ronco: Magíster en Derecho University College London, Profesor Asistente de Derecho Civil Universidad Católica de Chile, Profesor Invitado de Arbitraje Comercial Internacional Universidad Adolfo Ibáñez, asociado senior de Barros Letelier & González Abogados.

¹ Ricardo SATELER, 'Historia de la Ley N°19.971 sobre arbitraje comercial internacional' en Eduardo Picand (coord), *Estudios de Arbitraje* (Editorial Jurídica de Chile 2006) 383.

² SATELER (n 1) 380.

³ Ver, por ejemplo, OECD Policy Framework for Investment 2015 (preliminary version), disponible en www.oecd.org/investment/pfi.htm

3. La ley también ha permitido establecer un marco normativo integral del arbitraje internacional en nuestro país, pues ella es plenamente consistente con la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá). Aunque estos tratados internacionales fueron ratificados por Chile cuatro décadas atrás, hasta la promulgación de la Ley 19.971 habían permanecido prácticamente en desuso, pues nuestro ordenamiento no contaba con una legislación interna apropiada y coherente con esos tratados⁴.

4. En definitiva, desde el año 2004 Chile cuenta con una legislación especial y adecuada para la práctica del arbitraje comercial internacional. Transcurridos más de diez años desde su promulgación, nos encontramos en un buen momento para evaluar y proyectar lo que ha sido y será el desarrollo de este mecanismo en nuestro país.

5. Sin duda el aspecto más positivo en estos diez años de vigencia de la Ley 19.971 ha sido la actitud de respeto que nuestros tribunales superiores han adoptado respecto de la lógica normativa que subyace al arbitraje internacional⁵. Quienes ejercemos en este campo bien pudimos temer que la nueva normativa no tuviera por parte de nuestros tribunales una recepción adecuada al ordenamiento comparado y a los modelos de ley uniforme, pues suponía revisar las reglas y criterios hasta entonces conocidos. Sin embargo, ese temor se ha esfumado rápidamente gracias a una jurisprudencia creciente y constante que muestra no sólo un reconocimiento de la especialidad de la Ley 19.971, por sobre las antiguas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, sino también una correcta internalización de los conceptos más característicos del arbitraje comercial internacional. Así se desprende, por ejemplo, de los fallos dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de recursos de nulidad interpuestos contra laudos arbitrales dictados en Chile⁶ y por la Corte Suprema respecto de solicitudes

⁴ Por ejemplo, uno de los principios centrales de la Convención de Nueva York es la presunción de validez de los laudos arbitrales, que hizo posible el reemplazo del sistema de *doble exequátur* contenido antiguamente en el Protocolo de Ginebra de 1923 y en la Convención de Ginebra de 1927. No obstante, el Código de Procedimiento Civil chileno seguía supeditando la ejecución de laudos arbitrales extranjeros a requisitos de autenticación similares a los del *doble exequátur*. La Ley 19.971 ha superado esta inconsistencia, pues sus disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales son esencialmente idénticas a las de la Convención de Nueva York.

⁵ Elina MEREMINSKAYA, Arbitraje Comercial Internacional en Chile (Legal Publishing - Thomson Reuters 2014) 37.

⁶ *Publicis Groupe Holding c Inversiones y Comercial Santa Paula* (Rol N°9134-2007, 04.08.09); *Ann Arbor Foods c Domino's Pizza International* (Rol N°1420-2010, 09.10.12); *Tomás Sánchez Arriagada y otros c Cavendish Square Holdings* (Rol N°7278-2012, 28.08.13); *EGI-VSR c Juan Carlos Coderch Mitjans y otros* (Rol N°1971-2012, 09.09.13).

de reconocimiento de laudos arbitrales dictados en el extranjero⁷. Es posible sostener, en consecuencia, que nuestro país ha dado sus primeros pasos en la dirección correcta, gracias a la aplicación *pro-arbitraje* que nuestros tribunales han dado a la Ley 19.971.

6. Sin embargo, aún quedan importantes tareas pendientes para que Chile se consolide como sede arbitral en el ámbito latinoamericano. Un desafío central para los próximos años será precisar la intervención de nuestros tribunales en materias diversas a la nulidad y al reconocimiento de laudos arbitrales. En efecto, la Ley 19.971 también contempla, además del reconocimiento de sentencias arbitrales dictadas en Chile o el extranjero, otras actuaciones en que los tribunales pueden prestar importante apoyo a la conducción del arbitraje internacional. Es el caso de la dictación de medidas cautelares, la decisión sobre la validez, eficacia y ejecución de una cláusula arbitral, la decisión sobre la recusación dirigida contra un árbitro o la decisión sobre la competencia del tribunal arbitral. Si bien algunas de estas materias ya han sido abordadas por nuestros jueces⁸, no es posible advertir todavía un desarrollo jurisprudencial similar al que en cierta medida existe en materia de nulidad y reconocimiento.

7. En este contexto, el propósito de este artículo es sugerir algunos conceptos fundamentales que determinan el estándar de independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje internacional, como asimismo ciertos criterios prácticos que permiten prevenir o corregir conflictos de interés. Se trata de una materia de especial relevancia para asegurar la confiabilidad del arbitraje como instrumento de solución de conflictos, particularmente en una jurisdicción que pretende fortalecerse en el ámbito latinoamericano. Algunas de estas sugerencias también se extienden al arbitraje doméstico, que plantea preguntas muy similares que requieren de criterios más reflexivos y precisos.

⁷ *Gold Nutrition c Laboratorios Garden House* (Rol N°6615-2007, 15.09.08); *Comverse c Ammerican Telecommunication* (Rol N°3225-2008, 08.09.09); *Kreditanstalt für Wiederaufbau c Inversiones Errázuriz* (Rol N°5228-2008, 15.12.09); *Stemcor UK c Compañía Comercial Metalúrgica* (Rol N°1724-2010, 21.06.10). Los únicos casos en que la Corte Suprema ha rechazado el reconocimiento de laudos extranjeros han sido por previa anulación del laudo en la sede del arbitraje (*EDFI c Endesa*, Rol N°4390-2010, 08.09.11) y por recaer la solicitud en una medida cautelar no susceptible de reconocimiento (*Western Technology c Cauchos Industriales*, Rol N°5468-2009, 11.05.10).

⁸ Por ejemplo, respecto de medidas cautelares concedidas por tribunales chilenos, *Constructora Sigdo Koppers Salfa c Lurgi* (28 Juzgado Civil de Santiago, Rol N°5243-2005, 26.05.05); *Blue Water Maritime c Astilleros* (26 Juzgado Civil de Santiago, Rol N°24011-2009, 24.08.09); *Constructora Hochtief-Tecsa c Hidroeléctrica La Confluencia* (19 Juzgado Civil de Santiago, Rol N°18468-2012, 16.08.12); respecto de la competencia del tribunal arbitral, *Servicios Financieros Altis c Grupo Casa Saba* (Pdte. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1886-2011, 30.12.11); *Gimaex c Junta Nacional de Bomberos* (Pdte. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1019-2014, 13.05.14).

II. La expansión de los conflictos de interés en el arbitraje internacional

8. El arbitraje internacional no sólo es un medio extendido de solución de conflictos en el ámbito de los negocios transfronterizos, sino también una actividad profesional y de negocios por sí misma⁹. Su constante crecimiento ha diversificado los escenarios de conflictos de interés que pueden afectar a un árbitro¹⁰. La práctica contemporánea ha precisado los casos típicos en que el árbitro puede aparecer indebidamente vinculado a una de las partes (*dependence*) o predispuesto acerca del resultado del pleito (*bias*)¹¹. Más allá de estas situaciones más críticas, también se ha preocupado de formular reglas o directrices para hipótesis de conflicto más sutiles, como son la participación del árbitro en un litigio paralelo relacionado con el asunto sometido a su decisión (*role confusion*), la divulgación de una opinión legal que favorezca o perjudique la posición de una de las partes (*issue conflict*), o el solo hecho de que el árbitro sea designado varias veces por una misma firma (*repeat player*)¹².

Por otra parte, las estadísticas publicadas por las instituciones arbitrales líderes muestran que las recusaciones a árbitros han aumentado considerablemente en la última década¹³. Aunque en alguna medida este fenómeno puede explicarse por un negativo incremento de tácticas dilatorias, en su mayoría se debe a peticiones legítimas de usuarios que demandan mayor integridad y renovación en los servicios arbitrales¹⁴.

9. La adecuada solución de un conflicto de interés no es una tarea fácil, pues supone realizar un ejercicio de ponderación en el que interactúan diversos factores, como la autonomía de las partes para nominar al árbitro, su derecho a un debido proceso, su expectativa de obtener una decisión final y vinculante en un procedimiento expedito, y naturalmente la reputación del árbitro implicado¹⁵. A esta dificultad inherente al conflicto se suman otros elementos estructurales del

⁹ Nigel BLACKABY *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press 2009) 1.

¹⁰ Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional (2004) introducción § 1; Margaret L MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 130.

¹¹ Andrew TWEEDDALE y Keren TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice* (Oxford University Press 2007) 150-151.

¹² William W PARK, 'Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent' (2009) 46 *San Diego Law Review* 629, 648-653.

¹³ BLACKABY *et al* (n 9) 272-273; Sam LUTTRELL, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test* (Kluwer Law International 2009) 4; Gary B BORN, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2014) 1855-1856.

¹⁴ BLACKABY *et al* (n 9) 273.

¹⁵ Karel DAELE, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012) 218.

régimen de arbitraje aplicable que pueden hacer más compleja la decisión. Por ejemplo, los arbitrajes de inversión extranjera suelen caracterizarse porque recaen en un universo delimitado de materias, varias de las cuales afectan el interés público de los estados involucrados, y porque convocan a un número particularmente reducido de especialistas que actúan como árbitros o litigantes¹⁶. Estas características han servido precisamente de caldo de cultivo para el surgimiento de nuevas formas de conflictos de interés, lo que explica que esta sea el área del arbitraje que ha experimentado un mayor desarrollo sobre el tema¹⁷.

III. La importancia de reglas claras y uniformes

10. Existe cierto consenso en que la ausencia de directrices claras en la materia afecta negativamente la *confiabilidad* del arbitraje como instrumento alternativo de solución de conflictos¹⁸. Conviene recordar que el arbitraje supone una renuncia de las partes al derecho a someter sus diferencias a la adjudicación de un juez estatal, cuya imparcialidad está generalmente cautelada por normas constitucionales de debido proceso¹⁹. En la medida que la posibilidad de esta renuncia está dada por el consentimiento de las partes respecto de una materia arbitrable, la ausencia de reglas procedimiento que garanticen la imparcialidad del árbitro constituye un fuerte desincentivo para extraer la disputa de las cortes locales²⁰. A ello se suma la circunstancia de que un estándar ambiguo de imparcialidad puede exponer a las partes a un proceso obstruido por incidentes que merme sus expectativas de prontitud, economía y eficacia²¹, que son los típicos atributos que el arbitraje ofrece al competir con otros sistemas²².

11. Desde un punto de vista institucional, la falta de claridad y uniformidad acerca del estándar de imparcialidad del árbitro podría generar una indeseable

¹⁶ Judith LEVINE, 'Dealing with Arbitrator "Issue Conflicts" in International Arbitration' (2006) 3 *Dispute Resolution Journal* 60, 62; Philippe SANDS, 'Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel' en Chester Brown y Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) 23-24; Hans VAN HOUTTE y Maurizio BRUNETTI, 'Investment Arbitration - Ten Areas of Caution for Commercial Arbitrators' (2013) 29 *Arbitration International* 553, 559.

¹⁷ BLACKABY *et al* (n 9) 273.

¹⁸ Directrices de la IBA (2004) introducción §§ 2-4.

¹⁹ Johannes TRAPPE, 'The Arbitration Proceedings: Fundamental Principles and Rights of the Parties' (1998) 15 *Journal of International Arbitration* 93, 94.

²⁰ W Michael TUPMAN, 'Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration' (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 26, 26; Jan PAULSSON, 'Ethics, Elitism, Eligibility' (1997) 14 *Journal of International Arbitration* 13, 13.

²¹ PARK (n 12) 634; LUTTRELL (n 13) 4.

²² Richard W NAIMARK y Stephanie E KEER, 'International Private Commercial Arbitration: Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People' (2002) 30 *International Business Lawyer* 203, 204; Richard W NAIMARK y Stephanie E KEER, 'What Do Parties Really Want from International Commercial Arbitration?' (2002-2003) 57 *Dispute Resolution Journal* 78, 80.

tentación al *forum shopping*²³. Por ejemplo, los tratados bilaterales de inversiones suelen ofrecer a los inversionistas la posibilidad de recurrir a diversos procedimientos arbitrales ante eventuales disputas con el estado receptor²⁴. Sería a lo menos discutible que la decisión del inversionista entre uno u otro régimen pasara por la mayor o menor imparcialidad exigida a sus árbitros. Este es el problema que de alguna manera ha ocurrido con la figura del *árbitro de parte*, muchas veces entendido equivocadamente como un defensor de los intereses de la parte que lo designa, lo que ha contribuido precisamente a una pérdida de confianza en la institución del arbitraje²⁵.

12. En suma, la falta de reglas e interpretaciones adecuadas puede llevar tanto a tolerar el nombramiento de árbitros perniciosos y susceptibles de corrupción como a imponer estándares éticos ilusorios e impracticables que desestabilicen la posición del árbitro y permitan a una parte echar mano a maniobras dilatorias en perjuicio de la contraparte²⁶. Un principio ético adecuado de integridad debe evitar cualquier extremo que termine por desintegrar la institucionalidad del arbitraje como el mecanismo eficiente de adjudicación y solución de controversias que ha mostrado ser.

IV. El papel de la International Bar Association

13. La elaboración de reglas comunes de buenas prácticas es una tarea compleja, atendidas las diferencias culturales y jurídicas y la dificultad de formular reglas precisas y exhaustivas²⁷. Por eso, ha sido necesario desarrollar criterios prácticos que aseguren una medida razonable de estabilidad y uniformidad²⁸. En esta tarea uniformadora ha sido especialmente relevante el papel de la International Bar Association (IBA), cuyas Directrices sobre Conflictos de Interés²⁹ reflejan, en nuestra opinión, las mejores y más refinadas prácticas en la materia.

²³ James CRAWFORD, 'Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitrations' (Confronting Global Challenges: From Gunboat Diplomacy to Investor-State Arbitration, PCA Peace Palace Centenary Seminar, 11.10.2013) 1, disponible en www.pca-cpa.org.

²⁴ Ver, por ejemplo, el artículo 8 del Tratado Modelo del Reino Unido (2008) y artículo 10 del Tratado Modelo de Alemania (2008).

²⁵ PAULSSON (n 20) 13-14.

²⁶ PARK (n 12) 634-635. La imposición de un estándar excesivamente elevado de independencia e imparcialidad también puede llevar a una escases de candidatos con la experiencia necesaria para desempeñarse como árbitros. La práctica muestra que permanecer ajeno a todo vínculo o juicio no es lo que las partes buscan al momento de designar al árbitro.

²⁷ PARK (n 12) 633.

²⁸ Directrices de la IBA (2004) introducción § 3.

²⁹ Documento disponible en www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

14. Las Directrices de la IBA fueron elaboradas el año 2004 por un grupo de 19 expertos provenientes de distintas jurisdicciones con reconocida trayectoria en el arbitraje internacional³⁰. En esencia, su estructura es la siguiente:

- a) La primera parte formula un conjunto de principios y reglas generales sobre los deberes de *imparcialidad, independencia y revelación* a que se encuentra sujeto el árbitro desde su nombramiento hasta el cese de sus funciones, y las condiciones bajo las cuales las partes pueden recusarlo.
- b) La segunda parte recoge un catálogo no exhaustivo de situaciones concretas que podrían dar lugar a conflictos de interés, agrupadas en tres listas³¹: (i) la *Lista Roja* contiene situaciones en que el conflicto de interés es manifiesto, sea porque el árbitro actúa como juez en su propia causa (*Lista Roja Irrenunciable*) o porque existen otras circunstancias que, desde un punto de vista objetivo, dan lugar a dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad (*Lista Roja Renunciable*)³²; (ii) la *Lista Naranja* enumera situaciones que a ojos de las partes podrían poner en duda la independencia e imparcialidad del árbitro y que éste está obligado a revelar³³; (iii) la *Lista Verde* recoge situaciones que objetivamente no representan un conflicto y que ni siquiera deben ser reveladas por el árbitro a las partes³⁴.

Se comprueba, entonces, que las situaciones de posible conflicto de interés se resuelven de tres maneras: las más graves dan lugar a la inhabilitación *per se*; enseguida, hay situaciones que deben ser reveladas a las partes y que pueden dar derecho a recusación; finalmente, hay situaciones que no generan conflicto de interés, que el árbitro puede declarar a efectos de transparencia, sin que haya lugar a un derecho de recusación.

15. Las Directrices de la IBA han sido recientemente actualizadas a efectos de incorporar algunas materias que no estaban tratadas en la primera versión³⁵. Sería

³⁰ Directrices de la IBA (2004) introducción § 3.

³¹ El evidente valor práctico de estas listas ha hecho que sean el aspecto más difundido de las Directrices de la IBA, aunque también han motivado críticas y escepticismo en algunos sectores. Ver BORN (n 13) 1841-1842.

³² Directrices de la IBA (2004) introducción a la segunda parte § 2. Como su nombre lo indica, en los casos recogidos por la *Lista Roja Renunciable* el árbitro puede actuar si las partes renuncian a objetarlo de manera expresa e informada. Los casos de la *Lista Roja Irrenunciable* se oponen al más mínimo sentido de justicia natural, por lo que el árbitro no puede actuar como tal aun con el consentimiento de las partes.

³³ Directrices de la IBA (2004) introducción a la segunda parte § 3.

³⁴ Directrices de la IBA (2004) introducción a la segunda parte § 6.

³⁵ La nueva versión fue dada a conocer a fines de 2014. Algunas de las materias incorporadas son: el papel de los llamados *advance waivers* o revelaciones sobre conflictos contingentes, los deberes de independencia e

deseable que los diversos actores de quienes depende el desarrollo del arbitraje en Chile se familiaricen con este valioso instrumento, no sólo en el ámbito del arbitraje internacional sino también en el arbitraje doméstico. Todo indica que las reglas sobre implicancias y recusaciones que rigen en este último resultan insuficientes para responder a las actuales expectativas del mercado³⁶.

V. Noción de conflicto de interés y deberes fiduciarios del árbitro respecto de las partes

16. En el ámbito del arbitraje internacional la expresión conflicto de interés se utiliza para designar genéricamente cualquier situación en que el árbitro tiene algún interés en el resultado del pleito; sea directo o indirecto, sea presente o potencial³⁷. Aunque la doctrina de los conflictos de interés se ha desarrollado más propiamente en el derecho privado a propósito de las relaciones fiduciarias³⁸, existen analogías que permiten extender esta noción al campo del arbitraje³⁹.

17. En términos generales, las relaciones fiduciarias son figuras de diversa naturaleza en que una persona (*agente*) se encarga de administrar los bienes o negocios de otra (*principal*), debiendo aquélla actuar desinteresadamente en beneficio de ésta⁴⁰. El aspecto más característico de las relaciones fiduciarias está

imparcialidad del secretario del tribunal arbitral, los deberes de revelación acerca del financiamiento de las partes y el reconocimiento de nuevas hipótesis de conflictos de interés.

³⁶ Por ejemplo, los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales carecen de reglas que permitan calificar la situación del árbitro cuya firma de abogados asesora a una de las partes, o la del árbitro que ha sido designado en reiteradas ocasiones por una misma parte o firma. Tampoco existen reglas sobre deberes de información, que constituyen una razonable herramienta para enfrentar conflictos de interés sin tener que recurrir necesariamente a la descalificación del árbitro. Las reglas de implicancias y recusaciones están pensadas para jueces que son parte del poder judicial y que han sido designados por el estado. Se trata además de reglas antiguas que asumen que las disputas ocurren mayoritariamente entre personas naturales y en una economía mucho más básica que la actual. Una breve comparación entre las reglas del Código Orgánico de Tribunales y las Directrices de la IBA permite apreciar que mientras las primeras ponen un mayor énfasis en las relaciones de parentesco y dependencia, las segundas atienden con mayor detalle a las relaciones comerciales y profesionales. El mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil ha expresado la intención de promulgar un nuevo estatuto de arbitraje doméstico que reemplace las antiguas reglas del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil por una normativa que esté en armonía con los principios del arbitraje internacional. Mientras esté pendiente esta reforma, las reglas sobre conflictos de funciones y conflictos de interés del Código de Ética del Colegio de Abogados (artículos 65 a 86) pueden ser un valioso apoyo en el ámbito del arbitraje doméstico.

³⁷ James D FRY y Juan Ignacio STAMPALJA, 'Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes' (2014) 30 Arbitration International 189, 193.

³⁸ Enrique BARROS y Andrés RIOSECO, 'Responsabilidad de quien da un mal consejo' en Álvaro Vidal *et al* (eds), *Estudios de Derecho Civil X* (Abeledo Perrot - Legal Publishing 2015) § VI.

³⁹ De especial importancia, por analogía, son las reglas sobre conflictos de interés del nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile (sección II, artículos 65 y ss.).

⁴⁰ Diego PARDOW, 'Potestades de administración y deberes fiduciarios: una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno' en María Sara Rodríguez y Hernán Corral (eds), *Estudios de Derecho Civil II* (Lexis Nexis 2006) 99-100, con referencia a Karl Larenz. En el mismo sentido, Peter

dado por el factor de *confianza* que media entre el principal y el agente, que justifica imponer a este último intensos deberes de diligencia y lealtad en el ejercicio de su cargo⁴¹.

Pero las relaciones fiduciarias van algo más allá que los deberes generales de lealtad. Es característico de las obligaciones fiduciarias que exigen un especial grado de altruismo en la ejecución de los deberes: quien tiene un deber fiduciario debe ignorar por completo su propio interés en el cumplimiento del encargo. Desde la perspectiva de este tipo de deberes, la actuación en conflicto de interés supone una forma de oportunismo, en que el agente abusa de su posición sobre los bienes que administra para beneficiarse personalmente a costa del principal⁴². Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el mandatario toma prestado el dinero que su mandante le ha encargado colocar, sin autorización de este último (artículo 2145 del Código Civil).

18. Aunque el oficio arbitral da típicamente lugar a una obligación fiduciaria del árbitro para con las partes, su función comprende elementos que la hacen diferente de los contratos que dan lugar a este tipo de deberes. Si bien el árbitro actúa en un sistema de solución de conflictos esencialmente privado, su principal tarea es administrar justicia con efecto vinculante para las partes, lo que es reconocido por las leyes estatales y los tratados internacionales que regulan la materia (artículo 35.1 de la Ley 19.971 y artículo III de la Convención de Nueva York). Esta potestad jurisdiccional no transforma al árbitro en un funcionario público, pero su función es equivalente a la de un juez público. Precisamente porque su designación depende de la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus conflictos, la tarea del árbitro envuelve, como en las relaciones fiduciarias, un grado calificado de confianza⁴³.

Esta analogía permite comprender que el árbitro está sujeto a reglas que cautelan la expectativa de las partes de que la controversia sea resuelta en su mérito, sin consideración alguna a circunstancias ajenas al caso y, en particular, a los intereses del árbitro⁴⁴. Los estatutos de arbitraje suelen formular este principio imponiendo

BIRKS, 'The Content of Fiduciary Obligation' (2000) 34 Israel Law Review 3, 10-11; Enrique BARROS, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile 2006) 828-829.

⁴¹ PARDOW (n 40) 91-92.

⁴² Diego PARDOW, 'La parábola del administrador infiel: un estudio sobre los conflictos de intereses y el deber de lealtad' en Alejandro Guzmán (ed), *Estudios de Derecho Civil III* (Lexis Nexis 2007) 569.

⁴³ Guillermo AGUILAR ÁLVAREZ, 'The Challenge of Arbitrators' (1990) 6 Arbitration International 203, 216.

⁴⁴ Una célebre formulación de este principio fue realizada por la Corte de Apelaciones inglesa en el caso *Locabail v Bayfield* ([2000] QB 451, CA): "All legal arbiters are bound to apply the law as they understand it to the facts of individual cases as they find them. They must do so without fear of favour, affection or ill-will, that

al árbitro deberes abstractos de independencia e imparcialidad, cuya precisión se ha desarrollado principalmente en el ejercicio práctico de esta disciplina.

Finalmente conviene hacer una prevención adicional acerca de los conflictos de funciones y de intereses. No se trata de hacerse cargo de *actuaciones* del árbitro que son contrarias a sus deberes fiduciarios para con las partes, sino de situaciones que por su naturaleza son *susceptibles de comprometer su independencia o imparcialidad*. Las reglas sobre conflictos de interés son por tanto objetivas, en tanto no atienden a la subjetividad del árbitro (salvo en las zonas grises más bien marginales), sino se refieren a situaciones típicas en que puede esperarse que una persona vea sesgado su juicio por tener un interés relevante en el desenlace del caso.

VI. Deberes de independencia e imparcialidad

19. El *deber de independencia* tiene por objeto evitar la existencia de relaciones o conexiones inapropiadas entre el árbitro y alguna de las partes, sean ellas de carácter familiar, profesional, económico o social⁴⁵. El *deber de imparcialidad*, en cambio, exige la ausencia de prejuicio o predisposición hacia una de las partes o materias en discusión⁴⁶. Mientras la falta de independencia *dificulta* la tarea arbitral, la falta de imparcialidad la *impide*. El prejuzgamiento del árbitro hace que el arbitraje sea en realidad una mera formalidad y un costo innecesario, pues el árbitro ya tiene tomada su decisión.

20. Aunque sólo la imparcialidad es estrictamente necesaria para pronunciar una sentencia justa, se trata de un estado mental interno que la mayoría de las veces es difícil de constatar⁴⁷. Por eso, la práctica comparada ha puesto especial énfasis en el deber de independencia, que se centra en hechos y circunstancias externas de las que puede inferirse, razonablemente, una ausencia de imparcialidad⁴⁸. En otras

is, without partiality or prejudice. Justice is portrayed as blind not because she ignores the facts and circumstances of individual cases but because she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case". Una expresión semejante fue la empleada en *Getma v Guinea* (ICSID Case No ARB/11/29, 28.06.2012) con motivo de la recusación dirigida contra el árbitro Bernardo M Cremades.

⁴⁵ Leon TRAKMAN, 'The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered' (2007) 10 International Arbitration Law Review 124, 127. La independencia no sólo atiende al árbitro mismo, sino también a entidades o personas con las que el árbitro está vinculado, como el estudio de abogados del cual es parte. Así, por ejemplo, la *Lista Roja Renunciable* de las Directrices de la IBA señala que existe conflicto de interés cuando "el bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de las partes" (ver regla 2.3.6 de la segunda parte).

⁴⁶ TRAKMAN (n 45) 128.

⁴⁷ Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 564.

⁴⁸ *ibid.*

palabras, la falta de independencia no es en sí misma un impedimento para que el árbitro actúe, sino una medida objetiva para determinar la probabilidad de que el árbitro se encuentre influido por algún sesgo o predisposición hacia el resultado del pleito⁴⁹.

21. Prácticamente todos los reglamentos o estatutos de arbitraje más difundidos en Chile y en el extranjero reconocen estos deberes. Así lo hacen la Ley Modelo UNCITRAL (2006)⁵⁰, el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (2010)⁵¹, el Reglamento de Arbitraje ICC (2012)⁵², el Reglamento de Arbitraje Internacional ICDR (2014)⁵³, las Reglas de Arbitraje PCA (2012)⁵⁴, las Reglas de Arbitraje LCIA (2014)⁵⁵, las Reglas de Arbitraje SCC (2010)⁵⁶, la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (2004)⁵⁷ y el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional CAM Santiago (2006)⁵⁸.

22. Excepcionalmente, el Convenio CIADI (1965) sólo exige a este respecto que el árbitro tenga *independencia de juicio*⁵⁹. Los tribunales arbitrales, sin embargo, han entendido de manera invariable que esta regla contempla ambas cualidades, bajo el argumento de que la versión en español del Convenio CIADI, que es tan auténtica como la versión en inglés, utiliza la expresión *imparcialidad de juicio*⁶⁰. Algo similar ocurre con la English Arbitration Act (1996), que menciona únicamente el deber de imparcialidad⁶¹. Con todo, el Reporte del Departmental Advisory Committee on Arbitration Law ha aclarado que el deber de independencia está implícito en el de imparcialidad, pues la falta de independencia sólo es relevante cuando afecta la imparcialidad del árbitro⁶².

23. Las Directrices de la IBA (2014) confirman la aceptación uniforme de estos deberes. La Norma General 1 establece, como principio rector, que “[c]ada árbitro

⁴⁹ DAELE (n 15) 359.

⁵⁰ Artículo 12.2.

⁵¹ Artículo 12.1.

⁵² Artículo 11.1.

⁵³ Artículo 14.1.

⁵⁴ Artículo 12.1.

⁵⁵ Artículo 10.1.iii.

⁵⁶ Artículo 15.1.

⁵⁷ Artículo 12.2.

⁵⁸ Artículo 12.1.a.

⁵⁹ Artículo 14(1).

⁶⁰ Esta fue la interpretación dada por los árbitros no recusados en *Suez v Argentina (1)* (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 22.10.2007) con motivo de la primera recusación dirigida por la demandada contra la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, interpretación que ha sido frecuentemente reiterada por otros tribunales CIADI. Ver CRAWFORD (n 23) 1.

⁶¹ Sección 24.1.a.

⁶² Departmental Advisory Committee on Arbitration Law Report (2006) § 101.

será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”.

VII. Estándar de independencia e imparcialidad

24. Desde luego, no todo conflicto justifica la descalificación del árbitro. Por un lado, es infrecuente que la persona designada esté absolutamente libre de prejuicios o ajena a todo vínculo con las partes⁶³. Su experiencia profesional o académica en un área determinada o su relación previa con las partes son, por el contrario, fuertes razones para promover su nombramiento⁶⁴. Por otro lado, aun existiendo un conflicto de interés es posible que la descalificación no sea el camino más adecuado ni eficiente para mitigarlo.

Los diversos intereses en juego exigen que las múltiples circunstancias que pueden afectar al árbitro sean analizadas conforme a criterios de razonabilidad que posibiliten un tratamiento diferenciado, cuyos extremos están dados por conflictos que no pueden ser dispensados bajo circunstancia alguna (como las situaciones descritas en la *Lista Roja Irrenunciable*) hasta situaciones que no merecen siquiera ser reveladas a las partes (como las descritas en la *Lista Verde*). La pregunta fundamental que plantean estas circunstancias atiende al grado de probabilidad (esto es, la intensidad del riesgo) de que la decisión del árbitro se vea afectada por factores externos al mérito del caso. Es la pregunta que la práctica ha intentado responder mediante el *estándar normativo e indeterminado de independencia e imparcialidad*.

25. La determinación de si un árbitro es suficientemente independiente e imparcial constituye un ejercicio prospectivo: se trata, en esencia, de una *predicción* basada en circunstancias presentes o pasadas acerca de cómo actuará el árbitro en el futuro, tanto en la conducción del arbitraje como al momento de dictar el laudo⁶⁵. Una predicción es justamente un análisis de probabilidades más que de certezas⁶⁶. Por eso, los reglamentos de arbitraje suelen ubicar el umbral de

⁶³ PARK (n 12) 635.

⁶⁴ Julian D M LEW *et al*, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 258; BLACKABY *et al* (n 9) 258-265.

⁶⁵ CRAWFORD (n 23) 2.

⁶⁶ *ibid.*

descalificación del árbitro en la existencia de *dudas razonables o justificables* en torno a su independencia o imparcialidad⁶⁷.

Desde luego que entre los elementos relevantes en este juzgamiento no es *per se* relevante la doctrina jurídica que el árbitro profesa, como típicamente es el valor relativo que atribuye al texto o a los elementos implícitos de la relación contractual, o su concepto acerca de los supuestos subjetivos de la responsabilidad contractual. De lo que se trata es de elementos exógenos a su función estrictamente arbitral que suponen un riesgo a la independencia o imparcialidad.

26. Distintas a las reglas sobre independencia e imparcialidad de la IBA y de otros ordenamientos dirigidos al arbitraje comercial, son las reglas de arbitraje del CIADI. A diferencia del estándar utilizado por la generalidad de los reglamentos, el Convenio CIADI (1965) establece como umbral de descalificación la *carencia manifiesta* (*manifest lack*) de alguna de las siguientes las cualidades: (i) gozar de amplia consideración moral; (ii) tener reconocida competencia en el campo del derecho, comercio, industria o finanzas; y (iii) inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio (artículos 57 y 14.1). La mayoría de los tribunales ha entendido que esta norma establece un umbral de descalificación más exigente que el estándar de duda razonable, lo que explica la bajísima tasa histórica de recusaciones acogidas en procedimientos seguidos en el marco del Convenio CIADI⁶⁸. Con todo, en circunstancias que ese umbral se aparta de la práctica generalizada, en los últimos años ha surgido una corriente interpretativa que morigera el alcance de la norma, haciéndola incluso compatible con el estándar de duda razonable⁶⁹.

27. Las Directrices de la IBA (2014) ratifican que la *duda razonable* es el estándar generalmente aceptado⁷⁰ y proponen diversos criterios para promover su aplicación uniforme.

⁶⁷ Así se muestra en las disposiciones referidas en *supra* § 21 (n 50 a 58). Aunque el Reglamento de Arbitraje ICC (2012) no hace referencia a un estándar específico a efectos de dirimir la recusación dirigida contra un árbitro (artículo 14), el mismo obliga a la persona designada a informar por escrito cualquier circunstancia que pudiese dar lugar a *dudas razonables* sobre su imparcialidad (artículo 11.2).

⁶⁸ DAELE (n 15) 212, 230; CRAWFORD (n 23) 10; FRY y STAMPALIJA (n 37) 209. Hasta antes de la descalificación decretada en 2013 en el arbitraje *Blue Bank v Venezuela* (ICSID Case No ARB/12/20, 12.11.2013) sólo había registro de una recusación exitosa en el marco del Convenio CIADI, ocurrida varios años antes en el caso *Pey Casado v Chile* (ICSID Case No ARB/98/2).

⁶⁹ Es la interpretación que ha surgido a partir del caso *Blue Bank v Venezuela* (ICSID Case No ARB/12/20, 12.11.2013), según se refiere en *infra* § 42.

⁷⁰ Explicación a la Norma General 2.b.

Las normas generales de las Directrices pueden ser sintetizadas en los siguientes principios operativos:

- a) Ante todo, se trata de un *análisis objetivo* de los hechos y circunstancias relevantes, que debe ser aplicado desde la perspectiva de una persona prudente e informada. Las Directrices explicitan este criterio al señalar que el árbitro no puede actuar si existieren “hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro” (Norma General 2.b).
- b) Se trata asimismo de un *análisis de razonabilidad*, que no se agota en la constatación de una parcialidad fehaciente o manifiesta (*actual bias*) sino que se extiende a casos de parcialidad aparente o probable (*apparent bias*). Las Directrices indican a este respecto que se consideran justificadas “aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes” (Norma General 2.c).
- c) Atendido el principio de que *nadie puede ser juez en su propia causa*, siempre habrá dudas justificadas que impiden la actuación del árbitro si existe identidad entre éste y una de las partes, si el árbitro es representante legal de una de las partes o si el árbitro tiene una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio (Norma General 2.d). Las Directrices agregan que estos tipos de conflictos, recogidos concretamente en la *Lista Roja Irrenunciable*, no pueden ser subsanados ni siquiera por acuerdo expreso de las partes (Norma General 4.b).
- d) Si existe un conflicto serio pero no tan grave como aquellos referidos en el párrafo anterior, el árbitro podrá actuar (i) si el conflicto de interés ha sido *plenamente informado* a las partes, a los demás árbitros, a la institución arbitral y a la autoridad nominadora, y (ii) si las partes han manifestado *explícitamente* su conformidad con que la persona designada actúe como árbitro, pese al conflicto de interés (Norma General 4.c). Estos tipos de conflictos se encuentran ejemplificados en la *Lista Roja Renunciable* de las Directrices.

- e) Cualquier otra circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de la independencia o imparcialidad del árbitro se entenderá renunciada si las partes no recusan al árbitro dentro de los 30 días siguientes a que tengan conocimiento efectivo del posible conflicto (Norma General 4.a). Aunque el plazo específico para recusar al árbitro varía entre los distintos reglamentos, en todos ellos subyace la idea de que la recusación debe plantearse en un plazo prudencial que permita analizar suficientemente los hechos pero sin entorpecer el curso progresivo del arbitraje.

28. Debe tenerse presente, sin embargo, que la pregunta acerca de si el árbitro es suficientemente independiente e imparcial es una cuestión práctica que debe evaluarse conforme a las circunstancias del caso. Las propias Directrices de la IBA (2014) sugieren un conjunto de criterios para medir el grado de cercanía o predisposición del árbitro respecto de las partes. Por ejemplo, una de las típicas situaciones que pueden dar lugar a conflicto se configura cuando una de las partes es o ha sido cliente de la firma de abogados a la que el árbitro pertenece. Las Directrices describen diversas hipótesis cuya seriedad y gravedad se mide en función de factores como la antigüedad del cliente, la regularidad e importancia de los servicios prestados, la magnitud de los honorarios percibidos por la firma, la intervención del árbitro en la asesoría o la relación entre ésta y las materias discutidas en el arbitraje⁷¹. Algo similar ocurre respecto de opiniones que pueda haber expresado el árbitro con anterioridad al arbitraje. Las Directrices plantean distintos escenarios según si la opinión supone algún grado de intervención previa del árbitro en el caso, si ha tomado públicamente una posición sobre el pleito o si la opinión recae simplemente en una materia legal relacionada con la disputa⁷².

29. La jurisprudencia arbitral también ha hecho su tarea, definiendo criterios prácticos que ayudan a encauzar la difícil decisión a que da lugar la recusación de un árbitro. Por ejemplo, en *Suez v Argentina*⁷³ la parte demandada recusó a la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler atendida su calidad de directora de UBS

⁷¹ Ver, por ejemplo, reglas 1.4, 2.3.5, 2.3.6, 3.1.4, 3.2.1 y 3.2.3 de la segunda parte. Estas reglas han sido particularmente desafiantes para árbitros que trabajan en grandes firmas que poseen una importante cartera de clientes e innumerables contactos. En estos casos, la independencia del árbitro se juzga en gran medida por su capacidad de mantener la disputa y los demás asuntos de su firma en compartimentos estancos. En el caso *ICS v Argentina* (UNCITRAL Case, 17.12.2009) la autoridad nominadora acogió la recusación planteada por Argentina en contra del árbitro Stanimir A Alexandrov por estar envuelto, tanto él como su firma, en la defensa de los intereses de dos sociedades que habían demandado a Argentina en un caso paralelo, pese a que en ambos casos se discutían materias distintas. En Chile, el Código de Ética del Colegio de Abogados prohíbe el traspaso de información entre el abogado y el estudio en que trabaja respecto de asuntos en los que aquél ha ejercido funciones jurisdiccionales (artículo 88 III).

⁷² Ver, por ejemplo, reglas 2.1.1, 3.5.2 y 4.1.1 de la segunda parte.

⁷³ *Suez v Argentina* (2) (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 12.05.2008).

Group, una importante compañía de servicios financieros con sede en Suiza, que tenía participación accionaria en dos de las sociedades demandantes y que ofrecía productos de inversión en el mismo sector productivo explotado por ellas. A efectos de evaluar el grado de conexión entre la profesora Kaufmann-Kohler y la parte demandante, los otros miembros del tribunal propusieron tener en cuenta los siguientes criterios: (i) *proximidad* (cuán cercana es la conexión entre el árbitro y la parte); (ii) *intensidad* (cuán frecuente es la relación entre ambos); (iii) *dependencia* (cuán dependiente es el árbitro de los beneficios derivados de esa relación) y (iv) *materialidad* (cuán relevantes o significativos son esos beneficios). Los co-árbitros estimaron que, sobre la base de los antecedentes del caso, la conexión alegada era remota e indirecta, por lo que rechazaron la recusación.

VIII. Mecanismos para prevenir o corregir conflictos de interés

30. Las explicaciones precedentes han permitido anticipar algunos de los mecanismos que habitualmente se emplean para prevenir o corregir conflictos de interés. Los principales *mecanismos preventivos* son el deber de revelación y el rechazo del nombramiento por parte del árbitro. Los principales *mecanismos correctivos*, en tanto, son la renuncia del árbitro implicado, su recusación o descalificación y la impugnación del laudo. Los mecanismos correctivos son naturalmente menos deseables, pues suponen que el árbitro ha comenzado a actuar en un procedimiento que posteriormente debe dejarse sin efecto producto del conflicto de interés. Por eso, la práctica contemporánea ha puesto especial énfasis en los mecanismos preventivos, particularmente en el deber de revelación.

A. Deber de revelación (*disclosure*)

31. Distintas reglas de arbitraje internacional imponen al árbitro el deber de revelar a las partes cualquier información que pueda poner en duda su imparcialidad o independencia⁷⁴. El objeto principal de este mecanismo es permitir a las partes conocer esa información y hacer su propia evaluación acerca de si el árbitro designado cumple con las cualidades requeridas⁷⁵. Aunque el deber de revelación es especialmente intenso en la etapa de constitución del tribunal arbitral a efectos de asegurar el nombramiento de candidatos idóneos, los árbitros permanecen sujetos a este deber durante toda la tramitación del procedimiento

⁷⁴ Más aún, los reglamentos suelen acompañar modelos de declaración que facilitan el examen del árbitro. Algunos de estos modelos pueden verse en el artículo 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (2006) y en el anexo del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (2010).

⁷⁵ GAILLARD y SAVAGE (n 47) 580.

(tanto respecto de hechos que desconocían al momento de constituirse el tribunal arbitral, como de hechos sobrevinientes)⁷⁶.

32. Pese a que se trata de una práctica generalizada, existen ciertas diferencias en cuanto al alcance con que los reglamentos de arbitraje definen el deber de revelación. Por ejemplo, el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (2010) obliga al árbitro a revelar permanentemente a las partes toda circunstancia que pueda dar lugar a *dudas justificadas* acerca de su imparcialidad o independencia. El artículo 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (2006), en cambio, extiende este deber a cualquier circunstancia *por la que una parte* pueda cuestionar la confianza en la imparcialidad del árbitro. De estas expresiones se desprende que las reglas UNCITRAL utilizan un estándar objetivo para determinar si una información debe ser revelada, mientras que las reglas del CIADI emplean un estándar que pudiere parecer subjetivo, basado en lo que las partes estimarían como revelable⁷⁷. A pesar de esta diferencia semántica, la práctica actual muestra que los árbitros adoptan un criterio amplio de revelación, con independencia de la regla aplicable, a efectos de evitar cualquier suspicacia que pueda afectar la integridad del proceso⁷⁸.

33. Las Directrices de la IBA confirman lo anterior. A diferencia de lo que ocurre con la recusación, el deber de revelación opera sobre la base de un *estándar subjetivo*: la decisión de revelar no se toma en función de lo que un hombre prudente e informado haría, sino teniendo en cuenta lo que *a ojos de las partes* podría poner en duda la independencia e imparcialidad del árbitro (Norma General 3.a). Naturalmente se trata de un umbral difícil de precisar.

Las Directrices incluso señalan que en caso de dudas el árbitro debe optar por efectuar la revelación (Norma General 3.d), lo que ha traído como consecuencia una tendencia un tanto exagerada a revelar más de lo necesario⁷⁹. La práctica internacional, sin embargo, ha respaldado esta tendencia como signo de plena transparencia hacia las partes⁸⁰.

⁷⁶ BORN (n 13) 1896. Tras la institución del *disclosure* también subyace la idea de que el árbitro es responsable de la integridad del procedimiento para lograr un balance entre justicia y eficiencia. La integridad del arbitraje no sólo afecta a las partes del caso, sino también tiene una relevancia sistémica en tanto mecanismo que permite ejecutar derechos contractuales.

⁷⁷ DAELE (n 15) 9, 25.

⁷⁸ *ibid* 63-64.

⁷⁹ Para un análisis crítico a este respecto ver BORN (n 13) 1904-1910.

⁸⁰ DAELE (n 15) 63-64.

En todo caso, las propias Directrices aclaran que el hecho de que el árbitro haga una revelación no significa que deba o pueda ser inhabilitado, pues el único propósito de la revelación es permitir a las partes evaluar informadamente la situación⁸¹. De hecho, la decisión de revelar muestra que el árbitro se considera suficientemente independiente e imparcial, pues de lo contrario lo prudente sería declinar el nombramiento o renunciar al cargo (Norma General 3.c).

34. Conviene agregar que las Directrices de la IBA contienen un conjunto de reglas que complementan el deber general de revelación. En esencia, estas reglas establecen lo siguiente:

- a) El deber de revelación opera sin consideración a la etapa en que se encuentra el procedimiento arbitral (Norma General 3.e). Se trata de una exigencia permanente que se extiende hasta que el árbitro cesa en sus funciones⁸².
- b) El deber de revelación se aplica tanto a tribunales unipersonales como colegiados, e independientemente de si el árbitro es miembro o presidente del tribunal⁸³. Asimismo, el deber de revelación se aplica indistintamente a árbitros designados por las partes o por una entidad nominadora (Norma General 5.a).
- c) Si el árbitro tiene un deber de secreto respecto de circunstancias que estima necesario informar, es prudente que rechace su designación o renuncie al cargo (explicación a la Norma General 3.d).
- d) En principio, debe asumirse que existe identidad entre el árbitro y la firma de abogados a la que pertenece, por lo que las actividades de ésta también deben

⁸¹ Explicación a la Norma General 3.c.

⁸² Algunos autores proponen que el estándar de descalificación se aplique diferenciadamente según la etapa en que se encuentre el procedimiento (ver, por ejemplo, BORN (n 13) 1822). Así, mientras más avanzado está el caso, el deber de revelación debiera ser menos intenso y la posibilidad de descalificar al árbitro más exigente. El fundamento es naturalmente económico, pues es mucho más gravoso inhabilitar al árbitro al final del proceso que al comienzo. Las Directrices de la IBA han optado por no recoger esta distinción, pero reconocen que las instituciones arbitrales y las cortes locales pueden emplear estándares diferenciados (explicación a la Norma General 3.e).

⁸³ La nueva versión de las Directrices de la IBA señala que los deberes de independencia e imparcialidad se extienden al secretario o asistente del tribunal (Norma General 5.b). Sería aconsejable que los secretarios o asistentes comiencen a internalizar la práctica del *disclosure* como una forma de adaptarse a este nuevo estándar. Para algunas notas acerca de la labor del secretario ver Constantine PARTASIDES, 'Secretaries to Arbitral Tribunals' en Bernard Hanotiau y Alexis Moure (eds), *Players' Interaction in International Arbitration* (Dossier IX - ICC Institute of World Business Law 2012) 87-91.

ser reveladas a las partes si las circunstancias del caso así lo exigen (Norma General 6.a).

- e) El árbitro tiene el deber positivo, conexo y permanente de investigar, en lo razonablemente posible, cualquier circunstancia que pueda poner en duda su independencia e imparcialidad o que merezca ser revelada a las partes (Norma General 7.d)⁸⁴.
- f) Atendido que las partes también deben colaborar con la integridad del proceso, se encuentran sujetas al deber de investigar e informar acerca de cualquier conexión directa o indirecta que tengan con el árbitro o que exista entre éste y sus abogados u otras personas o entidades con intereses económicos en el resultado del pleito (Norma General 7, letras a, b y c).

35. La eficacia de la revelación (*disclosure*) como mecanismo preventivo ha sido algo paradójal. Por una parte, el mayor flujo de información ha inducido a un aumento en las solicitudes de descalificación, que muchas veces son utilizadas como tácticas dilatorias que dañan la continuidad del arbitraje y debilitan al litigante con recursos limitados⁸⁵. Con todo, los órganos competentes han entendido correctamente que el *disclosure* no supone *per se* la existencia de un conflicto de interés, por lo que las descalificaciones de árbitros siguen siendo relativamente escasas⁸⁶.

Menos clara ha sido la cuestión de si la omisión de revelación por parte del árbitro es causal suficiente para inhabilitarlo del caso. Aunque algunos tribunales han mostrado cierta sensibilidad hacia la parte recusante cuando el árbitro no ha hecho una revelación exhaustiva⁸⁷, el criterio usualmente aplicado es que ello no justifica

⁸⁴ Una aplicación práctica de lo que es razonablemente posible averiguar conforme a las circunstancias del caso puede verse en *Suez v Argentina (2)* (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 12.05.2008).

⁸⁵ BORN (n 13) 1907-1910.

⁸⁶ Por ejemplo, según una estadística de la ICC, cerca de un 20% de los casi 6.000 árbitros designados entre 1998 y 2006 realizaron algún *disclosure*. De ellos, casi el 90% fue posteriormente confirmado por la Secretaría General (DAELE (n 15) 45-46).

⁸⁷ DAELE (n 15) 63, con referencia a las recusaciones planteadas en *Tidewater v Venezuela* (ICSID Case No ARB/10/5, 23.12.2010) y *Universal Compression v Venezuela* (ICSID Case No ARB/10/9, 20.05.2011). En el primer caso se estableció que el árbitro no puede descansar en el *due diligence* de los abogados de las partes y que su revelación debe incluso extenderse a información de dominio público. En el segundo se señaló que el árbitro debe revelar cualquier relación profesional que tenga con los abogados de las partes, aun si estima que la conexión es mínima. En *Saint-Gobain v Venezuela* (ICSID Case No ARB/12/13, 27.02.13) la demandante recusó al árbitro Gabriel Bottini por su trabajo en el gobierno argentino y su posible empatía con la posición de la demandada. Los miembros no recusados del tribunal rechazaron la objeción debido a que, entre otras razones, el Sr. Bottini ya había dejado su puesto en el gobierno argentino a la fecha en que se resolvió el incidente. Con todo, la decisión quedó sujeta a la condición de que el Sr. Bottini suscribiera una nueva

la descalificación si no hay pruebas de que la omisión ha sido particularmente negligente o deliberada⁸⁸. Las Directrices de la IBA, en tanto, señalan que la falta de revelación no puede excusarse en el desconocimiento del hecho si el árbitro no ha efectuado *razonables esfuerzos* para conocerlo (Norma General 7.d). Este último criterio parece indicar que los árbitros deben responder a un estándar positivo de diligencia y de transparencia que va más allá del solo “no ocultamiento” de información.

36. En definitiva, todo indica que el *disclosure* sigue siendo una práctica razonable y eficaz. Los inconvenientes que éste ha causado pueden ser mitigados por otras vías, particularmente mediante las potestades procesales de que gozan los tribunales para evitar o sancionar conductas abusivas de las partes.

Por ejemplo, algunos autores han planteado la posibilidad de exigir a la parte recusante una *garantía de resultados*, similar a las que usualmente se exigen para pedir una medida precautoria o la suspensión de la ejecución del laudo, a efectos de compensar el costo provocado a la contraparte si la recusación es manifiestamente infundada⁸⁹. Otras alternativas parecen ser la condenación en costas⁹⁰, sea en la misma resolución que rechaza el incidente o en el laudo, o la exigencia de un menor plazo para recusar si la solicitud se plantea en una fase crítica del procedimiento.

B. Rechazo del nombramiento o renuncia del árbitro

37. La existencia de un potencial conflicto no es sólo motivo para fundar una recusación por alguna de las partes, sino también la negativa del propio árbitro a aceptar el cargo o a seguir ejerciéndolo.

38. Las Directrices de la IBA recogen esta idea al señalar que el árbitro “no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro” (Norma General 2.a). Como puede

declaración de independencia a fin de reafirmar su obligación de revelar permanentemente cualquier circunstancia que pudiera poner en duda su imparcialidad de juicio.

⁸⁸ Ver, por ejemplo, *Suez v Argentina (2)* (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 12.05.2008); *Alpha v Ukraine* (ICSID Case No ARB/07/16, 19.03.2010); *ConocoPhillips v Venezuela (1)* (ICSID Case No ARB/07/30, 27.02.2012); *Highbury v Venezuela II* (ICSID Case No ARB/14/10, 09.06.2015); *Total v Argentina* (ICSID Case No ARB/04/01, 26.08.2015); además de los casos *Tidewater* y *Universal Compression* citados en la nota precedente.

⁸⁹ FRY y STAMPALIJA (n 37) 258.

⁹⁰ *ibid.*

apreciarse, en este caso las Directrices no emplean un estándar objetivo de *dudas justificables* sino uno más subjetivo que atiende simplemente a las *dudas* que el propio árbitro pueda tener respecto de su independencia o imparcialidad. En verdad es lógico que en este caso no se exija un criterio de *razonabilidad*, pues este estándar es irrelevante si es el propio árbitro quien duda de su capacidad para actuar de manera imparcial e independiente⁹¹.

C. Recusación o descalificación del árbitro

39. Además de la declaración de inhabilidad del propio árbitro, el remedio más efectivo ante un conflicto de interés es la recusación o descalificación del árbitro por la parte que ve amenazada la independencia o imparcialidad.

Los reglamentos de arbitraje no difieren mayormente en cuanto a los aspectos de fondo que envuelve una descalificación. En general, todos ellos asumen un estándar objetivo en que la situación de conflicto debe ser analizada desde la perspectiva de un tercero razonable e informado. La jurisprudencia arbitral ha tendido a aplicar un test de parcialidad aparente (*apparent bias test*), según el cual la recusación resulta admisible cuando las circunstancias concretas del caso, analizadas objetivamente, dan lugar a un temor razonable (*reasonable apprehension*) de que la decisión del árbitro pueda verse afectada por consideraciones ajenas al mérito del caso⁹². Por ejemplo, en *National Grid v Argentina*⁹³ la demandada recusó al árbitro Judd L. Kessler por falta de imparcialidad en razón de ciertos dichos expresados por éste durante el interrogatorio de un experto. La división de la London Court of International Arbitration (LCIA) determinó que el test aplicable a efectos de resolver el incidente era esencialmente objetivo, de manera que la existencia de dudas justificables acerca de la imparcialidad del árbitro debía analizarse desde el punto de vista de una persona razonable, prudente e informada de las circunstancias del caso. Sobre la base de ese estándar la recusación fue rechazada, pues se estimó que las afirmaciones del Sr. Kessler, examinadas en su contexto, habían sido meramente hipotéticas y no constituían prejuzgamiento. Esta

⁹¹ Dos ejemplos de renuncia del árbitro, luego de ser recusado por una de las partes, pueden verse en *Blue Bank v Venezuela* (ICSID Case No ARB/12/20, 12.11.2013) y *Fábrica de Vidrios Los Andes v Venezuela* (ICSID Case No ARB/12/21, 16.06.2015).

⁹² Directrices de la IBA, explicación a la Norma General 2.b. Las cortes inglesas han sido particularmente meticulosas en definir los alcances del *apparent bias test* en recusaciones formuladas bajo la Arbitration Act (1996). Algunos de los casos líderes en la materia son: *R v Gough* ([1993] AC 646, 670); *Locabail v Bayfield* ([2000] QB 451, CA); *Re Medicaments* ([2001] 1 WLR 700, CA); *Laker Airways v FLS Aerospace* ([1999] 2 Lloyd's Rep 45); *AT and T v Saudi Cable* ([2000] 1 Lloyd's Rep 22) y *Rustal Trading v Gill & Duffus* ([2000] 1 Lloyd's Rep 14). Para una crítica al estándar tradicionalmente aplicado ver LUTTRELL (n 13), especialmente los capítulos 1 y 8.

⁹³ *National Grid v Argentina* (LCIA Case No UN 7949, 03.12.2007).

fórmula ha sido utilizada en diversos casos resueltos bajo reglas UNCITRAL o IBA⁹⁴.

40. La jurisprudencia del CIADI ha sido más fluctuante. Hasta hace unos años la postura dominante consideraba que, pese a tratarse de un test igualmente objetivo, el Convenio CIADI (1965) establecía un umbral de descalificación más exigente que las *dudas razonables*⁹⁵. En *Suez v Argentina*⁹⁶, por ejemplo, la demandada recusó a la profesora Gabrielle Kauffman-Kohler por haber integrado otro tribunal que previamente había fallado en contra de la misma parte. Los árbitros no recusados rechazaron el incidente sobre la base de que la expresión *carencia manifiesta de cualidades* empleada por el Convenio impone una fuerte carga probatoria a la parte recusante, quien debe acreditar que los hechos del caso muestran una *probabilidad alta o casi cierta* de sesgo en el árbitro implicado. En *Tidewater v Venezuela*⁹⁷, en tanto, los demandantes recusaron a la profesora Brigitte Stern en razón de sus reiteradas nominaciones como árbitro por cuenta de la misma parte y firma de abogados. Los restantes miembros del tribunal rechazaron la petición indicando explícitamente que el estándar de descalificación contemplado en las reglas CIADI es más exigente que el de *dudas razonables* e incluso incompatible con el mismo. Numerosos otros casos han utilizado expresiones similares a las recién referidas⁹⁸.

41. Algunos casos más recientes, sin embargo, evidencian un cambio de enfoque. En *Blue Bank v Venezuela* la demandada recusó al árbitro José María Alonso debido a su posición de director del área de litigios y arbitrajes de Baker & McKenzie en Madrid, firma que en ese momento, a través de sus filiales en Nueva York y Caracas, representaba los intereses de un inversionista en otro caso seguido contra Venezuela⁹⁹. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI acogió la recusación argumentando principalmente que, si bien el Sr. Alonso no tenía

⁹⁴ Ver, por ejemplo, *ICS v Argentina* (UNCITRAL Case, 17.12.2009); *Grand River v USA* (NAFTA/UNCITRAL Proceeding, 28.11.2007); *Vito Gallo v Canada* (NAFTA/UNCITRAL Proceeding, 14.10.2009); *Devas v India* (PCA Case No 2013-09, 30.09.2013) y *Perenco v Ecuador* (PCA Case No IR-2009/1, 08.12.2009). Pese a que este último era un caso CIADI, en virtud de un acuerdo de las partes la recusación fue decidida por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje conforme a las Directrices de la IBA.

⁹⁵ Eloïse OBADIA, 'Challenge Decisions, Introductory Note' (2008) 23 ICSID Review 376, 380; FRY y STAMPALIIA (n 37) 209.

⁹⁶ *Suez v Argentina (1)* (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 22.10.2007).

⁹⁷ *Tidewater v Venezuela* (ICSID Case No ARB/10/5, 23.12.2010).

⁹⁸ Ver, por ejemplo, *Suez v Argentina (2)* (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 12.05.2008); *Alpha v Ukraine* (ICSID Case No ARB/07/16, 19.03.2010); *OPIC v Venezuela* (ICSID Case No ARB/10/14, 05.05.2011); *Universal Compression v Venezuela* (ICSID Case No ARB/10/9, 20.05.2011); *Nations Energy v Panama* (ICSID Case No ARB/06/19, 07.09.2011); *ConocoPhillips v Venezuela (1)* (ICSID Case No ARB/07/30, 27.02.2012).

⁹⁹ Correlativamente, la demandante recusó al árbitro Santiago Torres Bernárdez por sus reiteradas nominaciones como árbitro por parte de Venezuela y por sus constantes fallos a favor de estados demandados. El árbitro renunció a su cargo una vez planteada la recusación, por lo que no fue necesario resolver el asunto.

participación directa en el caso paralelo seguido contra Venezuela, la similitud de materias discutidas en ambos casos generaba una alta probabilidad de que el árbitro tuviera que decidir cuestiones que resultaban relevantes para la posición defendida por su firma¹⁰⁰. A estos efectos, la autoridad estimó que la expresión *carencia manifiesta de cualidades* supone constatar, bajo un análisis razonable de los hechos por un observador externo, una *apariencia obvia o evidente* de parcialidad. Esta nueva mirada, que ha sido reiterada en varios casos posteriores¹⁰¹, parece seguir la interpretación formulada hace más de una década por el comité de anulación del célebre caso *Vivendi v Argentina I*¹⁰², que estimó que la palabra “manifiesta” utilizada por el artículo 57 del Convenio CIADI alude a la *evidencia* en que debe fundarse la recusación y no al *grado* de parcialidad que lleva a acogerla. Conviene hacer presente que la mayoría de estos últimos casos han sido resueltos por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, lo que muestra una preocupación institucional por adaptar el sistema al estándar generalmente aceptado¹⁰³.

42. En el aspecto procesal, las mayores diferencias entre los reglamentos de arbitraje radican en la autoridad competente para resolver la objeción y en el plazo previsto para alegarla.

Respecto al órgano que se pronuncia sobre la inhabilidad, existen esencialmente tres sistemas:

- a) La decisión queda entregada al tribunal arbitral, con exclusión del árbitro recusado. Así ocurre en los arbitrajes CIADI¹⁰⁴ y usualmente en los regidos por el procedimiento de la Ley Modelo UNCITRAL¹⁰⁵. Se trata de un sistema

¹⁰⁰ Pese a que las filiales involucradas en el otro caso eran distintas a la del árbitro, la resolución consideró que entre ellas existía un grado de conexión o coordinación. En este sentido, la decisión impone un alto estándar de independencia a árbitros que trabajan en grandes firmas de abogados.

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, *Burlington Resources v Ecuador* (ICSID Case No ARB/08/5, 13.12.2013); *Repsol v Argentina* (ICSID Case No ARB/12/38, 13.12.2013); *Abaclat v Argentina (2)* (ICSID Case No ARB/07/5, 04.02.2014); *Caratube v Kazakhstan* (ICSID Case No ARB/13/13, 20.03.2014); *ConocoPhillips v Venezuela (2)* (ICSID Case No ARB/07/30, 05.05.2014); *Içkale v Turkmenistan* (ICSID Case No ARB/10/24, 11.07.2014); *ConocoPhillips v Venezuela (3)* (ICSID Case No ARB/07/30, 01.07.2015). En *Total v Argentina* (ICSID Case No ARB/04/01, 26.08.2015) los miembros no recusados del comité de anulación señalaron que el artículo 57 establece un “estándar objetivo, fundado en la evaluación razonable que haría un tercero de la evidencia disponible”; sin embargo, en el párrafo subsiguiente calificaron el mismo estándar como “estricto y relativamente alto”.

¹⁰² *Vivendi v Argentina I* (ICSID Case No ARB/97/3, 03.10.2001).

¹⁰³ OBADIA (n 95) 378.

¹⁰⁴ Artículo 58 del Convenio CIADI. Excepcionalmente, la decisión queda entregada al Presidente del Consejo Administrativo cuando (i) existe empate de votos entre los árbitros no recusados, (ii) la recusación recae en un árbitro único o (iii) la recusación recae en la mayoría del tribunal.

¹⁰⁵ Artículo 13.2 de la Ley Modelo. Conforme al artículo 13.3, si la recusación es rechazada por el tribunal arbitral, la parte recusante puede solicitar que la cuestión sea decidida definitivamente por el tribunal estatal

más bien criticado, pues coloca la decisión en manos de los co-árbitros, quienes probablemente no están en la mejor posición para analizar el conflicto desde la perspectiva de un observador externo¹⁰⁶.

- b) La decisión corresponde a la entidad nominadora. Así ocurre en las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje¹⁰⁷ y en el reglamento UNCITRAL¹⁰⁸. También se han extendido críticas a este sistema, fundadas en que la idoneidad del árbitro es juzgada por quien previamente lo designó¹⁰⁹.
- c) La decisión compete a la institución arbitral o a un órgano designado por ésta. Es el caso de los arbitrajes substanciados bajo reglas ICC¹¹⁰, LCIA¹¹¹, SCC¹¹² y CAM Santiago¹¹³. Todo indica que éste es el sistema preferible. Si bien las instituciones arbitrales también intervienen en la nominación o confirmación de los árbitros, su organización les permite delegar funciones en personal especializado que parece encontrarse en buenas condiciones para mirar el conflicto de manera objetiva e imparcial y establecer una política institucional permanente en la materia¹¹⁴.

competente. En Chile, la autoridad competente para resolver este asunto es el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar en que se sigue el arbitraje (artículo 13.3 de la Ley 19.971).

¹⁰⁶ Gabriel BOTTINI, 'Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration' (2009) 32 *Suffolk Transnational Law Review* 341, 365; FRY y STAMPALJIA (n 37) 257. Como una manera de enfrentar este problema, en algunos casos CIADI se ha pedido opinión sobre el conflicto a un órgano externo (como el Secretario General de la PCA) antes de decidir la recusación. Ver, por ejemplo, *Generation Ukraine v Ukraine* (ICSID Case No ARB/00/9); *Siemens v Argentina* (ICSID Case No ARB/02/8); *Pey Casado v Chile* (ICSID Case No ARB/98/2) y *Abaclat v Argentina (1)* (ICSID Case No ARB/07/5).

¹⁰⁷ Artículo 13.4 de las Reglas de Arbitraje PCA (2012).

¹⁰⁸ Artículo 13.4 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (2010). Usualmente la entidad nominadora en arbitrajes UNCITRAL es el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (artículo 6.1 de Reglamento de Arbitraje UNCITRAL). El Reglamento UNCITRAL y la Ley Modelo son en este punto diferentes, pues en ésta la decisión queda entregada al tribunal arbitral o a la corte estatal competente. Es natural que así sea, pues la Ley Modelo describe un procedimiento básico pensado fundamentalmente para arbitrajes ad-hoc en que no existe una institución administrativa. Esto explica que la decisión corresponda al propio tribunal arbitral y sólo secundariamente a las cortes locales, quienes actúan bajo un principio de asistencia e intervención mínima.

¹⁰⁹ La intervención del Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en ciertos casos también ha sido objeto de críticas. Atendida la participación que le corresponde en la designación de los miembros del Panel de Árbitros (artículo 13(2) del Convenio CIADI), se ha sugerido que el Presidente tampoco se encuentra en la mejor posición para analizar el conflicto cuando éste afecta a uno de sus nominados (Gus VAN HARTEN, 'Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration' en Michael Waibel *et al* (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) 441-444).

¹¹⁰ Artículo 14.3 del Reglamento de Arbitraje ICC (2012).

¹¹¹ Artículo 10.6 de las Reglas de Arbitraje LCIA (2014).

¹¹² Artículo 15(4) de las Reglas de Arbitraje SCC (2010).

¹¹³ Artículo 13.4 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional CAM Santiago (2006).

¹¹⁴ Por ejemplo, la London Court of International Arbitration ejerce parte importante de sus funciones a través de divisiones de tres o cinco miembros, lo que permite una ordenada y eficiente distribución del trabajo.

En cuanto a la oportunidad para plantear la recusación, los reglamentos establecen distintos plazos, pero convergen en la idea de que ésta debe formularse tan pronto se tenga conocimiento de las circunstancias en que se funda. La inobservancia de este requisito trae como consecuencia la renuncia implícita del derecho a objetar (*waiver*), a menos que el conflicto de interés sea irrenunciable o sólo dispensable por declaración expresa. Las reglas del CIADI tienen la particularidad de que no contienen un plazo fijo para interponer la recusación, sino exigen que ésta sea deducida *sin demora* y antes del cierre del procedimiento¹¹⁵. Los órganos competentes han procurado precisar esta regla, dándole un alcance que en la práctica se asimila a los plazos previstos en otros reglamentos¹¹⁶.

D. Impugnación del laudo

43. La última oportunidad para hacer valer la falta de independencia o imparcialidad de un árbitro es la impugnación del laudo¹¹⁷. En general, los remedios procesales disponibles contra el laudo se encuentran definidos por la legislación de la sede del arbitraje o del país en que se pretende ejecutar. Así, en los países que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL o que han suscrito la Convención de Nueva York existen esencialmente dos alternativas: (i) alegar la nulidad del laudo o (ii) oponerse a su ejecución. Ambos regímenes contemplan un catálogo taxativo de causales que justifican revertir la presunción de validez del laudo, sea para dejarlo sin efecto o para impedir su ejecución, por transgredir garantías procesales básicas o estándares mínimos de legitimidad¹¹⁸.

La doctrina ha señalado que un laudo sesgado o parcial podría impugnarse fundamentalmente por dos de esas causales¹¹⁹: (i) porque en virtud de la

¹¹⁵ Artículo 9(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI (2006).

¹¹⁶ Lars MARKERT, 'Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines' (2010) 3 Contemporary Asia Arbitration Journal 237, 247. Por ejemplo, en *Urbaser v Argentina* (ICSID Case No ARB/07/26, 12.08.2010) la parte demandante recusó al árbitro Campbell McLachlan una vez transcurridos 10 días desde su aceptación del cargo de árbitro. Los miembros no recusados del tribunal estimaron que la presentación fue hecha con suficiente prontitud. Por el contrario, en *Cemex v Venezuela* (ICSID Case No ARB/08/15, 06.11.2009) se concluyó que la recusación dirigida por la demandada contra el árbitro Robert B von Mehren debía ser rechazada por extemporánea, pues al tiempo de su presentación habían transcurrido varios meses desde que la recusante estuvo en condiciones de conocer los hechos en que se fundaba. Algo similar ocurrió en *Fábrica de Vidrios Los Andes v Venezuela* (ICSID Case No ARB/12/21, 16.06.2015).

¹¹⁷ GAILLARD y SAVAGE (n 47) 583.

¹¹⁸ BLACKABY *et al* (n 9) 638-639.

¹¹⁹ Laurens J E TIMMER, 'The Quality, Independence and Impartiality of the Arbitrator in International Commercial Arbitration' (2012) 78 Arbitration 348, 355-357.

parcialidad del árbitro la parte afectada no ha podido hacer valer sus derechos¹²⁰ o (ii) porque en virtud de ese vicio el laudo resulta contrario al orden público del estado respectivo¹²¹. Debe recalcar, sin embargo, que estas causales tienden a aplicarse estrictamente y ante situaciones graves que de alguna manera no han podido alegarse durante la tramitación del caso¹²².

44. En los arbitrajes de inversión extranjera seguidos bajo el Convenio CIADI la posibilidad de impugnar el laudo por estas razones es todavía más acotada. Estos arbitrajes se caracterizan por su *deslocalización*, pues el laudo no se encuentra sujeto al control de cortes estatales sino a un sistema de revisión interno previsto en el propio Convenio CIADI¹²³. En particular, el artículo 52 del Convenio CIADI establece cinco causales que permiten anular el laudo, en un procedimiento substanciado ante un comité ad-hoc designado por el Presidente del Consejo Administrativo¹²⁴. La doctrina ha estimado que la falta de imparcialidad del árbitro podría alegarse invocando dos de estas causales¹²⁵: (i) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente¹²⁶ o (ii) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento¹²⁷. Con todo, la petición de nulidad sólo será admisible si las circunstancias en que se funda han sido oportunamente alegadas durante el arbitraje o si la parte afectada ha tomado conocimiento de ellas una vez cerrado el procedimiento¹²⁸.

¹²⁰ Artículos 34(2)(a)(ii) y 36(1)(a)(ii) de la Ley Modelo UNCITRAL; artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York.

¹²¹ Artículos 34(2)(b)(ii) y 36(1)(b)(ii) de la Ley Modelo UNCITRAL; artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

¹²² La Corte Suprema de Estados Unidos dejó sin efecto un laudo arbitral debido a que uno de los miembros del tribunal no había revelado la existencia de una estrecha relación comercial con la parte demandada, circunstancia que sólo fue conocida por la recurrente una vez dictado el laudo (*Commonwealth Coatings v Continental Casualty* (393 U.S. 145 (U.S. S. Ct. 1968))). La Corte estimó el caso digno de *certiorari* y luego determinó que el estándar ético aplicable a un árbitro no se agota en ser subjetivamente imparcial, sino exige evitar cualquier apariencia de parcialidad. En general, las cortes norteamericanas han seguido este criterio al evaluar oposiciones a la ejecución de laudos arbitrales fundadas en la falta de imparcialidad del árbitro como contravención al orden público (Gary B BORN, *International Arbitration, Cases and Materials* (Wolters Kluwer 2011) 1185); Tom WEBSTER, 'Annulment of Awards for Arbitral Bias' (2015) 9(1) *Dispute Resolution International* 5, con referencia a casos revisados por las cortes francesas.

¹²³ LUTTRELL (n 13) 217-219; MARKERT (n 116) 250; DAELE (n 15) 198.

¹²⁴ A diferencia de lo que ocurre con la Ley Modelo UNCITRAL, el Convenio CIADI no replica estas causales como criterios para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo. El artículo 54 del Convenio CIADI señala básicamente que los estados contratantes deben reconocer el carácter obligatorio del laudo y ejecutarlo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal de su territorio, conforme a las normas de ejecución de sentencias que se encuentren vigentes. A estos efectos, la parte ejecutante debe presentar una copia certificada del laudo ante los tribunales competentes o ante la autoridad designada por el estado contratante.

¹²⁵ MARKERT (n 116) 250; DAELE (n 15) 168.

¹²⁶ Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI.

¹²⁷ Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

¹²⁸ Christoph SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2009) 1200-1201.

IX. Formas alternativas de prevenir y abordar conflictos de interés

45. La doctrina y la jurisprudencia han sugerido criterios y propuesto prácticas que podrían ayudar a prevenir conflictos de interés o que suponen formas alternativas de enfrentarlos. Las que nos parecen más importantes serán referidas brevemente en esta sección.

A. Supervisión sobre los árbitros de parte

46. Una ventaja del arbitraje es la autonomía de las partes para nominar los árbitros o para acordar la institución que los designa¹²⁹. Además, prácticamente todos los reglamentos garantizan a cada parte la posibilidad de nominar a uno de los miembros del tribunal arbitral (asumiendo que la práctica común en el arbitraje internacional es que los tribunales estén compuestos por tres miembros). En definitiva, las partes tienen la tarea de investigar y decidir qué candidatos son más cercanos a su posición jurídica en el caso. Sin embargo, el ejercicio de esta potestad suele ir acompañado de consideraciones puramente estratégicas que oscurecen su real sentido. La experiencia ha mostrado que muchas veces las partes optan por nombrar a un *partisano* que actúe en función de sus intereses en lugar de un tercero independiente que juzgue el asunto en su mérito¹³⁰. No es de extrañar entonces que la mayoría de las recusaciones que se plantean se dirijan contra el árbitro designado por la contraparte y no contra el que preside el tribunal arbitral¹³¹.

47. En la práctica, suele ser una mala estrategia nominar árbitros partisanos, porque éstos tienden a ser ignorados por los otros miembros del tribunal. De este modo, la estrategia que asegura un voto favorable en el laudo queda usualmente neutralizada porque resulta contraproducente o simplemente inútil¹³². Además, las instituciones arbitrales suelen estar facultadas para remover de oficio al árbitro cuando se presentan circunstancias que le impiden cumplir imparcial e independientemente su cargo¹³³.

Ante todo, es conveniente recordar que los árbitros designados por las partes están sujetos a las mismas reglas de imparcialidad e independencia que rigen respecto de todo árbitro. Por esa razón, están obligados a declarar su inhabilidad o a

¹²⁹ BORN (n 13) 1638-1640.

¹³⁰ PAULSSON (n 20) 13-14.

¹³¹ BLACKABY *et al* (n 9) 273.

¹³² BLACKABY *et al* (n 9) 266; PAULSSON (n 20) 14.

¹³³ Ver, por ejemplo, artículo 15.2 del Reglamento de Arbitraje ICC (2012) y artículo 16(1)(iii) de las Reglas de Arbitraje SCC (2010).

advertir acerca de circunstancias que afecten esos aspectos constitutivos de la función arbitral (y de adjudicación, en general).

Además, los reglamentos de las instituciones bajo cuyo ordenamiento se desarrolla el arbitraje deben incluir mecanismos para supervisar las designaciones de las partes, a fin de prevenir futuros incidentes, particularmente si el árbitro designado no forma parte de la nómina elaborada por la institución o si el asunto controvertido tiene algún aspecto de interés público. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje ICC (2012) establece que los árbitros designados por las partes deben ser *confirmados* por el Secretario General, quien a tales efectos tendrá en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que tenga el candidato con los países de las partes o de los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el caso¹³⁴. Esta confirmación sólo puede darse si la persona designada ha declarado su aceptación sin reservas respecto de su independencia o imparcialidad, o si las reservas efectuadas no han provocado la objeción de la contraparte¹³⁵. Algo similar ocurre bajo la reglas de la LCIA¹³⁶ y del CAM Santiago¹³⁷. Sería provechoso que los estatutos con que operan los arbitrajes ad-hoc, o las propias partes al pactar la cláusula arbitral, contemplen mecanismos de este tipo para prevenir el nombramiento de árbitros que tarde o temprano serán objeto de recusación.

B. Elección del árbitro ante conflicto de roles

48. El arbitraje es un mundo relativamente pequeño, en que quienes se dedican a actuar como árbitros suelen también hacerlo como abogados en otros casos¹³⁸. En este escenario, es muy usual que las recusaciones se basen en que el árbitro ejerce o ha ejercido un rol que resulta incompatible con su cargo. Así lo evidencian las Directrices de la IBA, que describen diversas hipótesis de incompatibilidad de funciones que pueden dar lugar a conflictos de interés¹³⁹.

49. Los órganos competentes han abordado estos conflictos con un sentido eminentemente práctico, otorgando al árbitro la posibilidad de elegir entre ambas funciones previo a resolver la recusación, evitando con ello desmantelar el tribunal

¹³⁴ Artículo 13.1 del Reglamento de Arbitraje ICC (2012).

¹³⁵ Artículo 13.2 del Reglamento de Arbitraje ICC (2012).

¹³⁶ Artículo 7.1 de las Reglas de Arbitraje LCIA (2014).

¹³⁷ Artículo 9 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional CAM Santiago (2006).

¹³⁸ LEW *et al* (n 64) 258; LUTTRELL (n 13) 5.

¹³⁹ Ver, por ejemplo, reglas 1.4, 2.1.1, 2.3.1, 2.3.4, 2.3.7, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.5 y 3.2.3 de la segunda parte de las Directrices de la IBA (2014).

antes de tiempo. Por ejemplo, en *Telekom Malaysia v Ghana*¹⁴⁰ la demandada recusó al árbitro Emmanuel Gaillard por estar actuando como abogado en un caso paralelo cuyo propósito era revertir un laudo que había sido invocado por esa parte como fundamento legal de sus pretensiones. La recusación fue rechazada en primera instancia por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje. Sin embargo, el juez de distrito competente estimó que la designación del profesor Gaillard como árbitro era incompatible con su función de abogado en el caso paralelo. Por este motivo, la autoridad invitó al profesor Gaillard a renunciar a su posición de abogado a efectos de seguir actuando como árbitro, acogiendo la recusación en caso que éste decidiera no hacerlo. El árbitro decidió finalmente terminar su participación en el caso paralelo, por lo que el arbitraje continuó su curso. Otros ejemplos de este criterio de decisión pueden verse en *Grand River v USA*¹⁴¹ y *Vito Gallo v Canada*¹⁴².

C. Descalificación del abogado en conflicto de interés

50. El arbitraje es también un mundo de abundantes contactos, como es natural en circuitos profesionales relativamente cerrados (pues se requiere tiempo para obtener reconocimiento). Los contactos recíprocos son normales y frecuentes, en tanto árbitros como abogados se vean las caras en circunstancias profesionales, pero también sociales, académicas o de negocios¹⁴³. Varias hipótesis de conflicto descritas por las Directrices de la IBA se refieren precisamente a conexiones de distinta índole entre el árbitro y los abogados de las partes¹⁴⁴. Puede ocurrir, sin embargo, que el conflicto se produzca más bien por la presencia del abogado en el caso que la del árbitro en el tribunal. Se ha planteado a este respecto la pregunta de si es posible excluir la participación del abogado en lugar de descalificar al árbitro.

51. En *Hrvatska v Slovenia*¹⁴⁵, pocos días antes de celebrarse una audiencia en la ciudad de París, la firma que representaba a la parte demandada envió al tribunal un listado con los abogados que participarían en ella. En el listado se incluía al

¹⁴⁰ *Telekom Malaysia v Ghana* (District Court of the Hague, Civil Law Section - Provisional Measures Judge, Challenge Number 13/2004, Petition Number HA/RK 2004.667, 18.10.2004).

¹⁴¹ *Grand River v USA* (NAFTA/UNCITRAL Proceeding, 28.11.2007).

¹⁴² *Vito Gallo v Canada* (NAFTA/UNCITRAL Proceeding, 14.10.2009).

¹⁴³ BLACKABY *et al* (n 9) 281, con referencia a una gráfica declaración realizada en *Suez v Argentina (2)* (ICSID Cases Nos ARB/03/17 y ARB/03/19, 12.05.2008): "Arbitrators are not disembodied spirits dwelling on Mars, who descend to earth to arbitrate a case and then immediately return to their Martian retreat to await inertly the call to arbitrate another. Like other professionals living and working in the world, arbitrators have a variety of complex connections with all sorts of persons and institutions".

¹⁴⁴ Ver, por ejemplo, reglas 2.3.2, 2.3.3, 2.3.8, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.6, 3.3.7 y 3.3.9 de la segunda parte de las Directrices de la IBA (2014).

¹⁴⁵ *Hrvatska v Slovenia* (ICSID Case No ARB/05/24, 06.05.2008).

abogado David Mildon, quien pertenecía a la misma cámara (*chamber*) en que el presidente del tribunal tenía su despacho. Luego de un extenso intercambio de opiniones entre las partes, el tribunal decidió, a solicitud de la demandante, excluir al Sr. Mildon del caso, argumentando que su intervención pondría en riesgo la legitimidad del proceso y la independencia e imparcialidad del tribunal. La decisión aclara que si bien las partes tienen derecho a elegir a sus asesores legales, el equipo de abogados no puede ser modificado durante la marcha del arbitraje de un modo que haga peligrar la estabilidad del tribunal. Aunque se trató de una decisión particularmente delicada y excepcional¹⁴⁶, todo indica que fue una manera razonable de abordar el conflicto, evitando el costo económico y temporal que habría tenido la renuncia del árbitro afectado. El caso también muestra que las potestades del tribunal, ejercidas razonablemente, pueden ser un eficaz remedio para impedir que el procedimiento se vea ensombrecido por la estrategia procesal de las partes¹⁴⁷.

D. Medidas de publicidad

52. La transparencia es un tema muy actual en el arbitraje internacional, lo que ha llevado a varias instituciones arbitrales a promover la publicación de sus procedimientos, incluyendo las decisiones que se adoptan en el marco de un incidente de recusación. Aunque esta medida debe compatibilizarse con las aspiraciones de confidencialidad que puedan tener las partes, una práctica sana permite a los usuarios conocer de primera fuente las situaciones en que las recusaciones se fundan y los criterios con que éstas son resueltas por los órganos competentes¹⁴⁸. Un buen ejemplo de esto se dio en el caso *Repsol v Argentina*¹⁴⁹, en que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI rechazó la recusación dirigida por la demandada contra los árbitros Francisco Orrego y Claus von Wobeser. La decisión fue publicada en el sitio web del CIADI con una serie de anexos que incluyen las declaraciones de los árbitros y otras comunicaciones intercambiadas en el incidente¹⁵⁰.

¹⁴⁶ En *Rompetrol v Romania* (ICSID Case No ARB/06/3, 14.01.2010), el tribunal rechazó la solicitud de la demandada de excluir a uno de los abogados de la demandante, señalando que una decisión como la tomada en el caso *Hrvatska* sólo puede ser ejercida excepcionalmente, cuando las circunstancias hacen indispensable salvaguardar de ese modo la integridad del proceso arbitral.

¹⁴⁷ Luttrell (n 13) 238.

¹⁴⁸ Margaret L MOSES, 'Reasoned Decisions in Arbitration Challenges' (Social Science Research Network, 20.07.2012) 8, disponible en www.ssrn.com; BOTTINI (n 106) 342.

¹⁴⁹ *Repsol v Argentina* (ICSID Case No ARB/12/38, 13.12.2013).

¹⁵⁰ Ver también *ConocoPhillips v Venezuela* (3) (ICSID Case No ARB/07/30, 01.07.2015).

53. Quizás la muestra más patente de esta tendencia es el reciente reglamento UNCITRAL sobre transparencia en arbitrajes de inversión extranjera¹⁵¹. Entre otras materias, el reglamento dispone la publicación de diversos antecedentes relativos a casos UNCITRAL, como órdenes procesales, decisiones y laudos dictados por tribunales arbitrales, a través de un repositorio administrado por el Secretario General de las Naciones Unidas¹⁵². Esta disposición se aplica sin necesidad de consentimiento de las partes, salvo ciertas excepciones fundadas en el carácter protegido o confidencial de la información o en la integridad del procedimiento¹⁵³. Aunque el reglamento sólo se aplica a disputas entre inversionistas y estados, relativas a tratados de inversión extranjera¹⁵⁴, puede ser un buen modelo a seguir por instituciones que deseen dar mayor publicidad a sus arbitrajes. En Chile, el CAM Santiago ha dado pasos en este sentido al publicar versiones editadas de un importante número de sentencias dictadas por sus árbitros. Sería interesante considerar la posibilidad de extender esta práctica a las decisiones adoptadas en incidentes de recusación, asumiendo una política asentada en otras instituciones.

X. Conclusiones

54. Una crítica usual al arbitraje sugiere que se trata de un negocio capturado por una cofradía de amigos o personas relacionadas que se cuidan las espaldas unos a otros¹⁵⁵. La crítica resulta desmesurada, como se muestra en la expansión del arbitraje en sedes nacionales e internacionales, lo que es sintomático de la confianza en esta institución.

Sin embargo, esa crítica ha producido efectos positivos en el resguardo de las buenas prácticas, adoptándose estándares exigentes, que buscan asegurar que una apariencia de dependencia o parcialidad no oscurezca la legitimidad del proceso arbitral; en otras palabras, buena parte de la evolución más reciente de las reglas sobre buenas prácticas arbitrales apunta a que la disputa será resuelta en su mérito y sin consideración alguna a factores ajenos a ella, sean económicos, sociales o profesionales. Así lo evidencian las distintas reglas y prácticas referidas en este estudio, basado en la experiencia y en la investigación académica. Tras esta

¹⁵¹ Reglamento UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (2014).

¹⁵² Artículos 3 y 8. El repositorio funciona actualmente a través de la Secretaría de UNCITRAL y se encuentra disponible en el sitio web de la institución.

¹⁵³ Artículo 7.

¹⁵⁴ Artículo 1. El reglamento se aplica fundamentalmente a arbitrajes basados en tratados internacionales concluidos a partir del 1 de abril de 2014, aunque también puede ser adoptado voluntariamente en arbitrajes vinculados a tratados anteriores.

¹⁵⁵ FRY y STAMPALIJA (n 37) 258; VAN HARTEN (n 109) 445-446.

evolución subyace una cuidada preocupación por que el arbitraje sea crecientemente un mecanismo confiable y transparente de solución de conflictos.

55. Los primeros años de la Ley 19.971 han mostrado una receptiva internalización de los conceptos fundamentales del arbitraje internacional y todo indica que así seguirá siendo. La extensión de estas reglas al arbitraje doméstico es todavía una tarea pendiente. No hay razón alguna que justifique aplicar a los árbitros nacionales un umbral de independencia e imparcialidad tan anticuado como el recogido por las causales de implicancia y recusación del Código Orgánico de Tribunales, o tan desregulado como el que suele emplearse en los nombramientos efectuados por la justicia ordinaria¹⁵⁶. Mientras no se dicte una nueva normativa legal para el arbitraje doméstico¹⁵⁷, se debe proseguir la tarea institucional, asumida en Chile principalmente por el CAM Santiago, de estudiar e implementar las reglas de buenas prácticas arbitrales desarrolladas y acumuladas por largo tiempo gracias al aprendizaje proveniente de la experiencia y la razón.

¹⁵⁶ Recientemente, con fecha 17 de agosto de 2015, la Corte Suprema emitió un instructivo para el registro y designación de árbitros por parte de la justicia ordinaria, que busca otorgar mayor transparencia y objetividad a estos procedimientos (ver Acta N°128-2015 del Tribunal Pleno). Aunque el instructivo no innova en cuanto a las causales de implicancia y recusación aplicables a los árbitros, se puede esperar que contribuya a mejorar las actuales prácticas de designación, que se encuentran por completo desreguladas.

¹⁵⁷ El Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 anuncia la modernización del arbitraje doméstico mediante una ley especial. El Ministerio de Justicia ha preparado un anteproyecto que busca adaptar la regulación del arbitraje doméstico a los principios del arbitraje internacional recogidos en la Ley 19.971 (MEREMINSKAYA (n 5) 38 y ss.).