

LA LEY *Mediación y Arbitraje*

Abril-Junio 2021 | **07**

Inserción de los MASC en el Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal

*La ciberseguridad: nuevo paradigma
en el mundo del arbitraje*

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



Wolters Kluwer

Principio de igualdad y deber de revelación de los árbitros: Nuevas contribuciones de la *Chambre Commerciale Internationale à la Cour d'Appel de Paris*

Principle of equality and arbitrators duty of disclosure: New contributions from the International Trade Chamber of the Paris Court of Appeal

Apenas ha comenzado el año 2021 cuando ya se perfila como un año de novedades en temas tan apasionantes como el principio de igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral y la obligación de divulgación aplicable a los árbitros. En efecto, por cinco decisiones dictadas entre finales de diciembre de 2020 y mediados de febrero de 2021, el Tribunal de Apelación de París se ha pronunciado sobre el deber de información del árbitro reiterando, a veces, soluciones clásicas o adoptando, en el caso de la Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (CCIP-CA), soluciones más innovadoras.

Tribunal de Apelación de París, Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (CCIP-CA), Deber de divulgación, Principio de igualdad, Constitución del tribunal arbitral, CCI, Excepción de notoriedad, Imparcialidad, Independencia, Información disponible públicamente

Although the year 2021 has just begun, it is already shaping up to be promising as it offered exciting developments on issues such as the principle of equality of the parties in the constitution of the arbitral tribunal and the arbitrator's duty of disclosure. By five decisions rendered between the end of December 2020 and mid-February 2021, the Paris Court of Appeal ruled on the arbitrator's duty of to disclose by reiterating classic solutions or in the case of the International Commercial Chamber of the Paris Court of Appeal (CCIP-CA), by adopting more innovative solutions.

Paris Court of Appeals, International Trade Chamber of the Paris Court of Appeal (CCIP-CA), Duty to disclose, Principle of equality, Constitution of the arbitral tribunal, ICC, notoriety exception, Impartiality, Independence, Publicly available information.



Anaëlle Idjeri

Member of the Lyon Bar, Soulier Avocats

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

En el caso *Vidatel* (1), la empresa del mismo nombre, demandante en el recurso de anulación,

sostenía que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI había vulnerado la cláusula arbitral pactada con sus asociados al nombrar de oficio a los cinco árbitros. Además, alegó una violación del principio de competencia–competencia. Por otro lado, uno de los demandados, PT Ventures, consideraba que el cumplimiento de los términos de la cláusula de arbitraje habría supuesto una vulneración de la igualdad en la medida en que la demandante —que se oponía a sus tres asociados— se habría encontrado en una situación de desigualdad, frente a ellos.

Con pragmatismo, la CCIP-CA decide que la aplicación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral ha de contemplarse necesariamente de manera diferente en el momento de la negociación de la cláusula arbitral y en el de su implementación.

En particular, considera que la cláusula no era capaz de garantizar procedimientos de nombramiento compatibles con el principio de igualdad, al que se puede renunciar después de que haya surgido el conflicto. De este modo, la CCIP–CA sigue la jurisprudencia *Dutco* (2) que estableció este principio en el Derecho francés.

Así, cuando se presenta un litigio y que el demandante se opone a los demandados que tienen intereses convergentes, parece necesario derogar a la cláusula arbitral en aplicación del dicho principio de igualdad.

Además, la CCIP–CA observa que, en el presente caso, la CCI había propuesto a las partes, sin conseguirlo, encontrar un acuerdo en cuanto a la constitución del tribunal arbitral. En estas circunstancias, la CCI consideró que podía intervenir legítimamente en la constitución del tribunal.

Aunque cuestionable, esta interpretación parece acomodarse al espíritu del nuevo art. 12.9º Reglamento Revisado de la ICC según el cual:

«Sin perjuicio de cualquier acuerdo alcanzado por las partes sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la Corte podrá, en circunstancias excepcionales, nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral para evitar un riesgo significativo de trato injusto e inequitativo que pueda afectar a la validez del laudo».

Por último, el demandante argumentó que la CCI había violado el principio de competencia–competencia al interpretar la cláusula de arbitraje. Pero de nuevo, la CCIP–CA rechazó este argumento, sosteniendo que se trataba de una dificultad relativa a la constitución del tribunal arbitral, marco en el que la ICC está autorizada a actuar.

II. LOS LÍMITES DEL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Debe retenerse que el art. 1456 del Código de Procedimiento Civil francés impone a los árbitros una obligación de información continua que no cesa con su designación. En particular, los árbitros deben revelar cualquier elemento que pueda poner en duda su imparcialidad y/o independencia a lo largo del arbitraje.

Como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal de Apelación de París se ha pronunciado en cinco casos sobre la obligación de divulgación impuesta a los árbitros.

Clásicamente, por las decisiones *HOP!* (3), *Soletanche* (4) y *CWT* (5), el Tribunal de Apelación de París adoptó un enfoque tradicional sosteniendo que «*el árbitro debe revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su juicio y hacer que las partes tengan una duda razonable sobre su imparcialidad e independencia, que son la esencia misma de la función arbitral*».

También recordó que «*dado que el vínculo de confianza entre el árbitro y las partes debe preservarse continuamente, las partes deben ser informadas a lo largo del arbitraje de cualquier relación que pueda, según él, tener un impacto en el juicio del árbitro y que pueda afectar a su independencia*».

De manera más original, la CCIP–CA ha adoptado un enfoque innovador de la obligación de divulgación que, en práctica, puede dar lugar a muchas preguntas.

En la decisión *Vidatel*, la CCIP–CA tuvo que pronunciarse sobre la falta de divulgación de dos árbitros:

Por un lado, se alegó que uno de los árbitros no reveló los vínculos que tenía con el accionista mayoritario de PT Ventures — la empresa OI;

Incumbe a las partes llevar a cabo verdaderas investigaciones y, por lo tanto, no pueden reprochar a un árbitro que no revele hechos que son ampliamente conocidos y fácilmente accesibles

Por otro lado, se alegó que el Presidente del Tribunal Arbitral no reveló que uno de los socios de su bufete de abogados había sido nombrado administrador de una de las filiales del grupo propiedad de OI.

Desde varias decisiones famosas, se acepta en Derecho francés que el árbitro está exento de revelar hechos conocidos en el momento en que acepta su misión, siendo esta exención compensada por el deber de curiosidad que pesa sobre las partes en el momento de su designación. Incumbe a las partes llevar a cabo verdaderas investigaciones y, por lo tanto, no pueden reprochar a un árbitro que no revele hechos que son ampliamente conocidos y fácilmente accesibles.

Sin embargo, esta limitación deja de aplicarse una vez que el árbitro ha aceptado su misión. Una vez nombrado, el árbitro debe revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia.

A este respecto, la CCIP–CA recuerda la solución clásica ya adoptada en la decisión *Dommo Energia* (6), que se ajusta plenamente a la jurisprudencia *Technimont* (7) al afirmar que:

«*Se entiende por hechos conocidos aquellos que abarcan la información pública fácilmente*

disponible que las partes no podían dejar de consultar antes del inicio del arbitraje, esta dispensa cesa una vez iniciado el procedimiento arbitral».

Una novedad es que la CCIP–CA consideró que la información publicada en la revista especializada «*Global Arbitration Review*» (GAR), ampliamente conocida en el mundo del arbitraje, era fácilmente accesible y conocida.

Al hacerlo, considera que el pago por el acceso a la información no impide que los hechos relatados en ella sean calificados como notorios, ni releva a las partes de su deber de curiosidad.

De manera particularmente interesante, la CCIP–CA también intenta dar a los árbitros herramientas para determinar el alcance de su deber de revelación.

Teniendo en cuenta la vaguedad del art. 1456 del Código de Procedimiento Civil francés (8) en cuanto al alcance del deber de revelación, los jueces sostuvieron que era pertinente remitirse a las recomendaciones establecidas por la CCI y, en particular, a las contenidas en la «*Guidance Note on Conflict Disclosure by Arbitrators*» de 2016 (9), que ofrece ejemplos concretos.

A este respecto, si bien la referencia a las notas elaboradas por la CCI es práctica y pragmática, ya que proporciona herramientas concretas, relativiza la aplicación de esta solución a otros casos en la medida en que estas notas no están destinadas, por principio, a aplicarse a los procedimientos de arbitraje iniciados bajo la égida de otras instituciones o en procedimientos *ad hoc*.

Más concretamente, la CCIP–CA señala que:

«Fuera de estos casos que caracterizan las causas consideradas objetivas, el árbitro está exento de declarar, salvo por tener que revelar circunstancias que, aunque no contempladas en esta lista, pueden ser tales que creen, en la mente de las partes, una duda razonable sobre su independencia, es decir, una duda que puede surgir en una persona colocada en la misma situación y que tenga acceso a la misma información razonablemente accesible.

Para ser caracterizada, esta duda razonable debe ser el resultado de un potencial conflicto de intereses en la persona del árbitro, que puede ser directo por tratarse de un vínculo con una parte, o indirecto por tratarse de un vínculo de un árbitro con un tercero interesado en el arbitraje. A este respecto, cuando el posible conflicto de intereses es sólo indirecto, la apreciación de la duda razonable dependerá en particular de la intensidad y la proximidad del vínculo entre el árbitro, el tercero interesado y una de las partes en el arbitraje» (párrafos 118 y 119).

Al hacerlo, la CCIP–CA utiliza el criterio de la «duda razonable» creado por la jurisprudencia *Neoelectra* (10), pero lo desvía para utilizarlo no como un criterio que justifique la anulación del laudo, sino como un elemento que justifique la activación de la obligación de divulgación.

En estas circunstancias, los jueces consideraron que la falta de curiosidad de las partes revelaba que «*estas circunstancias no eran tales como para crear, en su mente, como en la de una parte colocada en la misma situación habiendo tenido acceso a la misma información razonablemente accesible, una duda*

razonable sobre la independencia del árbitro» (párrafos 129).

Sólo cabe preguntarse por la oportunidad de esta evolución de la CCIP–CA que equivale, en definitiva, a invertir la carga de la obligación de informar: ya no incumbe a los árbitros revelar información, sino a las partes buscar activamente cualquier información que pueda poner en duda la independencia de los árbitros.

De hecho, la CCIP–CA critica en última instancia a la demandante por no haber notificado estos elementos inmediatamente a la CCI, basándose en los principios de celeridad y equidad procesal. Una solución que no deja de sorprender por lo que entraña de contradictoria, ya que la obligación de revelar los hechos conocidos debe ser plenamente efectiva a partir de la constitución del tribunal arbitral, y los hechos conocidos, pero no revelados deberían haber sido comunicados a la CCI...

Por último, ¿qué ocurre cuando el hecho se revela durante el arbitraje o después de que se haya dictado el laudo?

En el primer caso, las partes pueden, en principio, solicitar la recusación del árbitro.

Sin embargo, cuando la divulgación se produce en una fase demasiado tardía del arbitraje, no cabe sino preguntarse por la eficacia del derecho de recusación en la medida en que las partes pueden dudar en utilizarlo para no retrasar el dictado de un laudo.

A título ilustrativo, en los asuntos *Hop!* y *Soletanche*, el Tribunal de Apelación de París consideró que, en la medida en que las partes habían tenido conocimiento de la existencia del hecho durante el procedimiento y lo habían discutido expresamente y habían renunciado a su derecho a solicitar su recusación, o se habían abstenido de solicitarla, ya no podían formular dicha solicitud en la fase de anulación.

Una vez dictado el laudo, las partes tienen, en principio, la posibilidad de presentar un recurso de anulación.

En este contexto, en la recién decisión *Grenwich Enterprises Ltd.* (11), la CCIP–CA dictaminó que las quejas de la demandante sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro — que se basaban en hechos ocurridos después del cierre del procedimiento y que sólo se revelaron una vez dictado el laudo arbitral— eran admisibles en el marco del recurso de anulación.

Sin embargo, la CCIP–CA rechazó la petición formulada a este respecto al considerar que:

Por un lado, la falta de independencia debe proceder de un enfoque objetivo *«consistente en la caracterización de factores precisos y verificables, externos al árbitro, susceptibles de afectar a su libertad de juicio, tales como los vínculos personales, profesionales y/o económicos con una de las partes.»* Esto no se ha establecido en este caso;

Por otra parte, en lo que respecta a la imparcialidad, ésta *«presupone la ausencia de prejuicios o sesgos susceptibles de afectar al juicio del árbitro, que pueden resultar de múltiples factores como la*

nacionalidad del árbitro, su entorno social, cultural o jurídico».

También especifica que *«sin embargo, para ser tenidos en cuenta, estos elementos deben crear, en la mente de las partes, una duda razonable sobre la imparcialidad del árbitro, por lo que la evaluación de este defecto debe basarse en un enfoque objetivo».*

Así, *«si tal duda puede derivarse del propio laudo, sigue siendo necesario, puesto que el contenido de la motivación del laudo arbitral escapa al control del juez que debe anularlo, que esta duda se base en elementos concretos relativos a la estructura del laudo o a sus propios términos, que sugieran que la actitud del árbitro fue parcial o que, al menos, pueda dar la impresión de serlo».*

Conviene enfatizar que la cuestión del deber de revelación de los árbitros y la duda razonable resultan cuestiones importantes que seguirán en el epicentro de nuevos y apasionantes desarrollos de futuras decisiones.

.....

- (1) CCIP-CA, 26 enero 2021 —no. 19/10666. *Vid.* el resumen de esta sentencia en la Sección Cronología de decisiones. Ver Texto
- (2) Cass. Com., 7 enero 1992 — no. 89-18.708; 89-18.726. Ver Texto
- (3) CA Paris, 19 enero 2021 — no. 18/04465. Ver Texto
- (4) CA Paris, 15 diciembre 2020 — no. 18/14864. Ver Texto
- (5) CA Paris, 12 enero 2021 — no. 17/07290. Ver Texto
- (6) CCIP-CA, 25 febrero 2020 — no. 19/07575. Ver Texto
- (7) CA Paris, 12 febrero 2009; CA Paris, 12 abril 2016, no. 14/884; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 diciembre 2018. Ver Texto
- (8) Según el artículo 1456 párrafo 2 del Código de Procedimiento Civil francés: *«Incumbe al árbitro, antes de*

aceptar su misión, revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia o imparcialidad. También estará obligado a revelar sin demora cualquier circunstancia de este tipo que pueda surgir después de la aceptación de su misión».

Ver Texto

- (9) También recordamos la publicación en enero de 2021 por parte de la CCI de la Nota revisada a las Partes y a los Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje (disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>).

Ver Texto

- (10) Cass. Civ., 1^{ère}, 10 octubre 2012 — no. 11-20.299.

Ver Texto

- (11) CCIP-CA, 16 febrero 2021 — no. 18/16695. *Vid.* el resumen de esta sentencia en la Sección Cronología de decisiones.

Ver Texto