

“EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y SECRETARIOS EN COLOMBIA DESPUÉS DE LA LEY 1563 DE 2012”

Autora: Bibiana Bernal Mesa¹
Universidad Pontificia Bolivariana²

Resumen: El deber de información, revelación o “*disclosure*”, es una figura aplicada al proceso arbitral en numerosas legislaciones foráneas y en la mayoría de reglamentos de instituciones arbitrales internacionales, que tiene como propósito dar transparencia a la actividad de los árbitros, en la medida que los obliga a que expresen a las partes, en el momento de aceptación de su nombramiento, las circunstancias que podrían dar lugar a que las mismas tuvieran dudas sobre su independencia e imparcialidad, elementos éstos que se constituyen como garantía ciudadana desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En Colombia, esta figura fue adoptada por la Ley 1563 de 2012 (artículo 15), y dada la novedad de la misma y su redacción ausente de concreción en algunos de sus apartes, en la práctica, ha dado lugar a disímiles interpretaciones basadas en subjetivismos y en asuntos casuísticos, que pueden afectar el proceso arbitral, insertándole demoras o creando situaciones de inseguridad jurídica, por lo cual se requiere analizar esta institución desde elementos objetivos y situaciones que tiendan a su estandarización, tal como sucede con algunos reglamentos privados sobre conflictos de intereses.

Palabras clave: Deber de información. Deber de revelación. Independencia jurisdiccional. Imparcialidad jurisdiccional. Conflictos de intereses de los árbitros.

Abstract: *“Disclosure” (or duty of disclosure) is a figure applied to foreign arbitration procedures as well as adopted by a majority of regulations of international arbitration institutes. It increases transparency to the arbitrator’s activity by requiring them to reveal, at the moment of acceptance of their appointment, circumstances that may be considered by the parties as affecting the independence and impartiality of the arbitrator; being both concepts pillars of the citizen’s guarantee since the Universal Declaration of Human Rights. Colombia’s Law No. 1563 of 2012 (Statute of National and International Arbitration), included the duty of disclosure in its article 15th; and due to the novelty of its adoption as well as the lack of concretion on how the law is drafted, its praxis has created dissimilar interpretations, mostly based on subjective and casuistry matters; and therefore, causing*

¹ Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, de Medellín, Colombia, especialista en Gerencia de la misma universidad y en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, de Bogotá. Datos de contacto: bibiana.bernal@camaramedellin.com.co; bibianabernal@une.net.co

² Trabajo investigativo para optar al título de Magíster en la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana - Medellín, Colombia, 2015.

situations of legal uncertainty or delay of the arbitration procedure. The duty of disclosure requires further analysis of its objective elements and situations, which can contribute to its standardization; exactly as it is the case with private regulations on conflicts of interest.

Key words: *Disclosure. Duty of disclosure. Jurisdictional Independence. Jurisdictional Impartiality. Arbitrator's conflicts of interest.*

INTRODUCCIÓN

El árbitro, como sujeto administrador de justicia privada y alternativa de raigambre constitucional, habilitado por las partes para ejercer funciones jurisdiccionales en su condición de juez temporal, debe basar su actuación profesional en los principios de independencia e imparcialidad, tal como lo prevén tanto las normas y la jurisprudencia internacionales como nacionales.

Cuando las partes inmersas en un conflicto deciden delegar la solución a un tercero particular, en su condición de árbitro, renunciando a que lo haga un juez de la república, lo hacen basadas en el principio de la *confianza* que precede a la función del juez, en la medida que él forma parte de una de las ramas o poderes del Estado y, en consecuencia, está separado de las actividades comerciales y profesionales que la generalidad de sus colegas ejercen, en atención a la necesidad que, en lo posible, no se generen relaciones que podrían afectar su deber de independencia e imparcialidad al decidir el derecho en el caso concreto. Surge la pregunta si al árbitro también le son exigibles esas condiciones de separación de relaciones personales, comerciales y profesionales, en aras de generar esa confianza y hasta qué grado.

La duda se genera habida consideración de que el árbitro, como particular, teje a diario, desde el principio de su existencia, relaciones públicas, familiares, económicas y profesionales con un sinnúmero de personas (naturales y jurídicas), que pueden llegar a coincidir y afectar su fallo o laudo, en un proceso en el cual sea nombrado como árbitro, pero al nombrarlo, o delegar su nombramiento en un tercero, se parte del supuesto que las partes *confían* en su recto actuar, traducido en apartarse de un proceso en el que vea afectada su independencia e imparcialidad o que, aceptando el cargo, informe a las partes los motivos que puedan, eventualmente, llegar a generarle a las mismas, dudas razonables sobre estos principios, aun cuando él considere que no lo afecten, y que, por lo mismo, haya aceptado su nombramiento.

Esta confianza se refiere no sólo a las calidades de idoneidad profesional, de experiencia, de conocimiento puntual de la materia, de buen nombre, y hasta de disponibilidad de tiempo para atenderlo responsablemente, sino también a su ética, probidad y actuar libre de prejuicios, intereses particulares e influencias indebidas. Si esta confianza se destruye por el

quebrantamiento de cualquiera de estos dos aspectos rectores (independencia e imparcialidad), no sólo se afecta la reputación de la figura del arbitraje, sino la del árbitro mismo, causando daño a su prestigio profesional. Por tal razón, el árbitro debe ser el más interesado en actuar bajo la égida de los principios que rigen la institución arbitral y por ello debe no sólo atender estrictamente el régimen de impedimentos y recusaciones, sino también cumplir el deber de información, revelación o “*disclosure*”, desarrollado en numerosas legislaciones internacionales, en reglamentos de instituciones arbitrales, y ahora, recientemente, también en Colombia.

En consecuencia, el propósito de este artículo, al igual que su utilidad práctica, es centrarnos en uno de los principales cambios introducidos por la Ley 1563 de 2012, conocida como el “Estatuto de Arbitraje”, cual es el denominado “*Deber de Información*” que en Colombia se impuso tanto a árbitros como secretarios de tribunales de arbitramento en el artículo 15. Según esta figura, los árbitros y secretarios (en Colombia) están obligados a revelar sus relaciones de carácter profesional, personal, social y familiar con las partes y sus apoderados, a fin de dar aplicación a los premencionados principios de imparcialidad e independencia, en los cuales debe fundamentarse su actividad jurisdiccional. Con base en esta información, las partes y los demás árbitros decidirán si el árbitro debe separarse o no del proceso arbitral, habida consideración de que, en su criterio, la circunstancia revelada puede llegar a afectar su decisión sobre la solución a la *litis* al hacerla parcializada, bajo un esquema en el que, a la fecha, obedece a razonamientos subjetivos y casuísticos en la medida que no existe una lista de eventos puntuales (lo cual sería, a más de dispendioso, inexacto), como tampoco de criterios objetivos.

Es menester tener presente que el Estatuto de Arbitraje colombiano ha sido tomado, en una parte considerable, de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI (o UNCITRAL por su sigla en inglés), esto es, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, tal como lo refiere la Exposición de Motivos³, con un par de variaciones, razón por la cual resulta necesario analizar los orígenes de la institución a nivel filosófico.

Esta figura del “Deber de Información”, de gran utilización en otras latitudes y reglamentos internacionales, tiene un fin loable: la garantía de transparencia e imparcialidad, pero su redacción en el nuevo Estatuto de Arbitraje, abierta y generalizada, puede dar lugar a que se haga un uso indebido de la misma, por aquellas partes y apoderados que quieran entorpecer el proceso arbitral, retardarlo y obstaculizarlo, o por el excesivo temor de algunos árbitros, de incumplir la norma, lo que los motiva a no aceptar los nombramientos, dadas ciertas

³ Esta Ley Modelo ha sido acogida, entre otros, por países como Estados Unidos, Canadá, España, Perú, Honduras y Nicaragua.

Al respecto, vale la pena tener en consideración que UNCITRAL es el órgano principal de las Naciones Unidas en lo que tiene que ver con a los asuntos relacionados con el Derecho Mercantil Internacional. Su función primordial consiste en proponer reformas legislativas en materia mercantil internacional tendientes a la modernización y armonización de las reglas aplicables al comercio internacional.

circunstancias personales, mal interpretadas (por ser objetivamente inocuas o fútiles) que, por lo mismo, no deberían privar a las partes de contar con un profesional de su calidad y experiencia, ni al árbitro de administrar justicia.

En efecto, a la hora de la aplicación del *deber de información* existe pues el riesgo de su inadecuada interpretación, lo que podría dar al traste, o, por lo menos, lesionar, el principio de celeridad, que es una de las grandes ventajas competitivas del arbitraje. Si se da un desarrollo errado a esta figura en Colombia, posiblemente la integración del tribunal de arbitramento se tarde meses y hasta años, lo que podría llegar a desincentivar la utilización de este importante método alternativo de solución de conflictos.

El enfoque metodológico que he utilizado para este propósito, de acuerdo con la clasificación que se ha hecho de Metodología de la Investigación Dogmática (Courtis, 2006), es el de una “investigación *lege lata*”. Mi propósito es sugerir al público objetivo (árbitros, secretarios, centros de arbitraje, usuarios de centros, abogados, estudiantes de Derecho y jueces civiles del circuito) una interpretación de la norma de acuerdo a la forma en que produzca efectos, esto es, que incentive la utilización del arbitraje, en atención a la confianza que genera la seguridad de tener un juzgador objetivo, y analizar, a manera de ejemplos, las circunstancias más comunes que se pueden presentar, proponiendo las posibles soluciones.

Para desarrollar esta temática, se comenzará haciendo una exposición sobre los fundamentos teóricos que dan lugar a esta figura, cuales son los principios de independencia e imparcialidad; posteriormente se hará referencia al concepto del deber de información, a la existencia de esta figura en otras legislaciones y reglamentos de arbitraje, y así pasar a analizar la estructura que se le dio en Colombia, sus bondades, problemáticas y hacer varios comentarios personales respecto de la regulación nacional; seguidamente se expondrán algunas soluciones que, vía reglamentos, se han dado en otras latitudes, para, finalmente, presentar las conclusiones del ensayo.

I. CONSAGRACIÓN NORMATIVA A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE JUECES Y ÁRBITROS COMO GARANTÍAS CIUDADANAS

El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía fundamental de todo ser humano reconocida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, entre otros instrumentos jurídicos de la más alta jerarquía.

A nivel *internacional*, resulta importante traer, como punto de partida, algunos de estos referentes normativos. Por ejemplo, señala la Declaración Universal de los Derechos

Humanos en su artículo 10 (Naciones Unidas, 1948): “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”. (Resaltado propio, fuera del texto).

Por su parte, indica el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1966: “*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil . . .*” (Resaltado propio, fuera del texto).

De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Organización de los Estados Americanos, 1969), expresa en el inicio de su artículo 8, lo siguiente: “**Garantías Judiciales:** “1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. . . (Resaltado propio, fuera del texto).

En el ámbito *nacional*, tenemos la consagración constitucional (C.P. 1991) del **debido proceso** en el artículo 29⁴, la regulación en el artículo 116⁵ de la Carta Política del arbitraje y de los árbitros como particulares investidos temporalmente de la función de administrar justicia, y en desarrollo de estos dos referentes constitucionales, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) que preceptúa la independencia y autonomía de la rama judicial⁶ y en su artículo 8 desarrolla la previsión constitucional de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales se encuentra el arbitraje, atribuyéndoles funciones jurisdiccionales.

⁴ “**ARTÍCULO 29.** El **debido proceso** se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. . . .”

⁵ **ARTÍCULO 116.** . . . Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

6 ARTÍCULO 5o. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

Como otro referente normativo nacional, tenemos el “Estatuto de Arbitraje”, esto es, la Ley 1563 de 2012, objeto central de este estudio, que en su artículo primero define de la siguiente manera el arbitraje: “Artículo 1°. *Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción”. (Resaltado propio, fuera del texto).

El mismo Estatuto de Arbitraje dispone en su artículo 16 que los árbitros y *los secretarios* están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso, artículos 140 y siguientes de la Ley 1564 de 2012), por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo 15 del Estatuto.

En este punto de la exposición, se hace necesario atender también al estudio *semántico* de los términos legales “independencia” e “Imparcialidad” (para lo cual nos valdremos de la Real Academia Española⁷) a fin de relacionarlos con los contenidos normativos que a las mismas hacen alusión, con la intención de tener un contexto completo de su sentido. Partamos de la base de que estos términos desde lo semántico y lo jurídico, no son sinónimos: La *imparcialidad*, consiste en no tener prevención a favor o en contra de alguna de las partes. La imparcialidad, como estado de la mente, es un concepto subjetivo, abstracto y, por las mismas razones, sumamente difícil de probar. En cambio, la apreciación de la *independencia* referente a la falta de relación o proximidad entre el juzgador y las partes, se analiza con un criterio objetivo, esto es, basado en hechos. Consiste en la capacidad del fallador de sostener sus conceptos y posiciones sin admitir intervención ajena. No obstante, son términos íntimamente relacionados que, como efecto directo, pretenden dar a las partes una garantía procesal adicional a la del justo juicio, cual es la de ponerlas en situación de igualdad.

Con lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que los deberes de independencia e imparcialidad son garantías ciudadanas consagradas como pilares de uno de los derechos humanos, cual es el del acceso a la justicia, principio que en Colombia tiene desarrollo

7 www.rae.es (noviembre 15 de 2014). *Independencia*. 1. f. Cualidad o condición de independiente. 2. f. Libertad, especialmente la de un Estado que no es tributario ni depende de otro. 3. f. Entereza, firmeza de carácter. *Independiente*: 1. adj. Que no tiene dependencia, que no depende de otro. 2. adj. autónomo. 3. adj. Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena. 4. adv. m. Con independencia. *Independiente de eso*. *Imparcialidad*: (De imparcial). 1. f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.

constitucional, donde además se equiparan las funciones de los jueces a los de los árbitros habilitados por las partes y en la legislación que desarrolla este precepto de manera directa, se indica que los árbitros y los secretarios están sometidos al mismo régimen de impedimentos y recusaciones previsto para los jueces de la república. Así las cosas, tanto para jueces como para árbitros y secretarios se predicán los deberes de independencia e imparcialidad.

II. EL DEBER DE INFORMACIÓN

Para poder abarcar de una manera más completa el tema, dividiré este capítulo en dos grandes subtemas: 1). El deber de información en el derecho comparado (limitándome a Occidente) y 2). El deber de información en el derecho colombiano, pretendiendo tomar elementos del primer subtema para el análisis del segundo, en atención a que, como lo mencionamos antes, en Colombia esta figura es completamente nueva y requerimos referentes foráneos para su comprensión.

1). - EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO (OCCIDENTE)

A. ASPECTOS GENERALES: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El denominado “Deber de información”, “Deber de revelación” o “*Disclosure*” se presenta como la mejor herramienta para tratar de lograr la transparencia de la gestión de los árbitros, así como para garantizar los principios de independencia e imparcialidad.

Consiste básicamente en la obligación que tienen los árbitros de informar a las partes y a la institución de arbitraje, todos aquellos motivos que pueden generar, eventualmente, una *duda razonable* sobre su independencia e imparcialidad, no obstante que él (o ella) considere que no lo afectan en su objetividad. Con esta información, las partes, en un término expreso y generalmente muy corto, deciden si en efecto les inquietan tales circunstancias, por considerar que existe el riesgo de que puedan sesgar el juicio de árbitro, y, en consecuencia, solicitar al árbitro que no acepte, o que si lo ha hecho ya, renuncie. En el evento que las circunstancias declaradas por el árbitro no resulten de relevancia para ninguna de las partes, el árbitro ya cumplió con su deber de informar y el proceso arbitral continúa su curso normal.

La finalidad de la figura se traduce en la necesidad de que las partes cuenten con la mayor información sobre los árbitros y que estos últimos no se reserven asuntos que eventualmente puedan llegar a afectar su recto proceder como falladores, o que sin afectarlo, y siendo conocidos con posterioridad y por otros medios, puedan generar una sombra de duda sobre su objetividad.

De acuerdo con el doctrinante francés Clay⁸ el deber de revelación es un verdadero “seguro de vida” de la instancia arbitral, y por tal motivo, su violación puede traer consigo tres mecanismos sancionatorios: i) la recusación, ii) la anulación del laudo arbitral y iii) la responsabilidad civil y disciplinaria del árbitro.

Se trata de un “autoexamen” que el árbitro debe hacerse de manera previa a aceptar el nombramiento o designación, para determinar con responsabilidad si existe alguna situación o circunstancia que pueda comprometer su independencia de criterio o que le dé lugar a prejuzgar o mezclar sus intereses económicos o personales encaminando el fallo.

La gran mayoría de las legislaciones y de los reglamentos institucionales de arbitraje nacional e internacional exige que los candidatos a árbitros en un proceso determinado realicen ese autoexamen, siendo éste una especie de prerrequisito para su aceptación.

Nuestra Corte Constitucional, en reciente fallo (Sentencia C 305 de 2013), señaló: *“El deber de información busca garantizar la imparcialidad y la independencia de árbitros y secretarios, proveyéndose al efecto una regulación aplicable al arbitraje que comporta la administración de justicia de manera transitoria o temporal y que ameritó un tratamiento distinto del correspondiente a la administración de justicia que se presta de manera permanente, lo cual se inscribe dentro de las posibilidades que al legislador le brinda su potestad de configuración”*.

En efecto, a los árbitros y secretarios en Colombia no sólo se les aplica el mismo *régimen de impedimentos y recusaciones*⁹ que a los jueces de la república, que consiste en un sistema de

⁸ Th. Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, citado por José Carlos Fernández Rozas en su artículo “Jurisprudencia Extranjera - alcance del deber de revelación del árbitro”, del año 2009, en el cual hace el análisis de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris del 12 de febrero de 2009.

⁹ Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012):

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.
9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

prohibiciones legales derivadas de hechos subjetivos y objetivos previstos en una lista *numerus clausus*, esto es, taxativa, que pretenden separar al juzgador o fallador del caso *sub judice* (y que, dicho sea de paso, no aplica en su totalidad a los árbitros, pues trae supuestos que solamente se refieren al ámbito judicial), sino que, a partir del Estatuto de Arbitraje del 2012, también se les exige el cumplimiento del *deber de información*, que no le es vinculante a los jueces.

Hasta la entrada en vigencia de esta ley 1563, los árbitros (y solamente ellos) estaban sometidos únicamente al régimen de impedimentos y recusaciones de los jueces de la república, por disposición del Decreto 2279 de 1989¹⁰. En la actualidad, además, se extendió este régimen a los secretarios de tribunales de arbitramento, no obstante que ellos técnicamente no administran justicia, porque no tienen una función decisoria jurisdiccional, sólo instrumental, y también se les obligó, junto con los árbitros, a cumplir con el deber de información, asunto que, en mi personal concepto, carece de sentido común y lógica jurídica.

El mayor o menor nivel de exigencia a los árbitros en este sentido no es uniforme a nivel internacional. Por ejemplo, según lo refriere Rodrigo Jijón¹¹, la Corte Suprema de los Estados Unidos debatió si debían imponerse a los árbitros los estándares de independencia establecidos para los jueces en el caso “*Commonwealth Coating Corp. vs Continental Casualty Co.*” y la conclusión fue que deben imponerse los mismos estándares, que estos deben ser aplicados de la manera más estricta y su fundamento es que *el laudo arbitral, normalmente, no admite recursos, lo que exige un control más severo de la imparcialidad de los árbitros.*

Otras cortes norteamericanas sostienen que, por el contrario, al momento que las partes escogen el arbitraje como un mecanismo de solución de su conflicto, conviene en disminuir el grado de su rigurosidad con la que deben aplicarse los estándares de independencia.

10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.

11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

¹⁰ Modificado en el inciso 2° por el artículo 120 de la Ley 446 de 1998. ARTÍCULO 12. Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se notifique la instalación del tribunal, de conformidad con el procedimiento señalado en el presente Decreto.

¹¹ En la obra citada, al final de la cual referencia la fuente de cada caso señalado.

En Inglaterra, en el caso *AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. Inc. Vs Saudi Cable Company*¹² la Corte de Apelación sostuvo que debía aplicarse el mismo estándar para establecer la imparcialidad de árbitros y jueces.

El hecho cierto es pues que, dependiendo de la cultura jurídica de cada país, se equiparán o no árbitros y jueces y, en consecuencia, se les estructurarán niveles distintos de exigencia frente a los deberes de imparcialidad e independencia.

Volviendo al aspecto del concepto general, de acuerdo con Matheus (Matheus López, 2010) “*la obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos - de recusación y/o de anulación - basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro, pues para permitir a las partes apreciar la independencia e imparcialidad de este último es necesario que exista una plena transparencia sobre las relaciones que el árbitro pueda mantener con éstas o con el objeto de la controversia*”.

El deber de información implica que no es suficiente con que el árbitro se considere a sí mismo como independiente e imparcial, sino que es determinante que las partes del proceso también lo consideren así. Cuando el árbitro informa o revela esas circunstancias, lo hace pensando en que las partes deben conocerlas sólo por despejarles dudas, y para generarles confianza a ellas, pues para él es claro que no le perturban su capacidad de fallar con autonomía. Si esto sucediera, es decir, si de hecho, tales circunstancias lo afectarían, debería rechazar el nombramiento de plano: *in limine*. Cuando la información a la que hacemos referencia se revela, en la práctica y en la mayoría de los casos, el nombramiento ya ha sido aceptado. En Colombia se hace en el mismo escrito de aceptación, pero en un espacio posterior a éste. Lo aquí señalado configura la gran diferencia con los “Impedimentos”, en la medida que, en presencia de las circunstancias taxativas y objetivas que dan lugar a ellos, el candidato a árbitro en un caso puntual debe *rechazar* el nombramiento, habida consideración de la trascendencia de la situación, mientras que en el deber de información, el árbitro, ya ha aceptado el cargo, pues considera que no tiene ninguna razón, ni objetiva, ni subjetiva, que altere su sano y correcto juicio en el ejercicio de su función jurisdiccional, pero expone a las partes y a la institución nominadora, en muchos casos, aquellas circunstancias que, *para ellas*, puedan generar una duda razonable.

Adicionalmente, se exige que el árbitro no solo cuente con las garantías de independencia e imparcialidad al momento de aceptar el nombramiento, sino que *permanezca* así durante todo el proceso arbitral, no es pues un deber estático, sino que atraviesa todas las etapas del proceso. Un ejemplo de ello lo encontramos en el reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI Paris) que en su artículo 7(1) preceptúa: “*Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje*”.

¹²<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawR/AT&T%20v%20Saudi%202000.pdf>

Coloquialmente se utiliza la expresión “*No solo hay que ser sino también parecer*”. Traigo a colación esta idea para señalar que existen varios reglamentos que exigen igualmente tanto la realidad de la independencia e imparcialidad del árbitro, como su apariencia, lo que significa que el árbitro debe actuar coherentemente, sin dar lugar a apreciaciones borrosas de su condición. Esto sucede cuando debiendo haber revelado un hecho o circunstancia de supuesta relevancia para las partes, no lo haya hecho, y, no obstante *no* afectar su objetividad, una vez conocida por las partes por medios diferentes a la revelación del árbitro, *dé apariencia* de parcialidad o dependencia.

En síntesis, el deber de información o revelación es una garantía de transparencia de la actuación jurisdiccional del árbitro.

B. LEGISLACIONES Y REGLAMENTOS INSTITUCIONALES SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN O REVELACIÓN DEL ÁRBITRO A NIVEL INTERNACIONAL

Empecemos haciendo referencia a la *Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional* (Uncitral o CNUDMI). Esta ley modelo ha sido referente para muchos países, que se han basado en ella para hacer sus normas internas sobre Arbitraje. Países como Estados Unidos de América, Canadá, México, España, Perú, El Salvador, Honduras y recientemente Colombia¹³, (aun cuando no se trata de una copia de ésta, sino de un trabajo que partió de una Comisión de Expertos que estuvo inspirado en ella) se han inspirado en la misma. En sus artículos 12 y 13, la ley modelo de la UNCITRAL trae inmerso el deber de revelación de la siguiente manera:

“Artículo 12. *Motivos de recusación*”

¹³ La “Comisión de Expertos” nombrados por el Gobierno Nacional de Colombia para estudiar y proyectar el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, que éste presentaría al Congreso a través de Ministerio de Justicia y del Derecho, se basó en parte en la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL o CNUDMI. Según el texto de la Exposición de Motivos de la Ley 1563 de 2012, esta Comisión “*fue integrada por reputados juristas, académicos, doctrinantes, ex magistrados, ex ministros de Estado y tuvo como Presidente de la misma al doctor Fernando Hinestrosa Forero. De igual forma, por derecho propio también tuvieron asiento en dicha Comisión, la Procuraduría General de la Nación (a través de su delegado el doctor Roberto Serrato Valdés), la doctora Cristina Pardo Schelsinger en su condición de Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, el doctor Germán Vargas Lleras, en su condición de Ministro del Interior y de Justicia y el doctor Pablo Felipe Robledo Del Castillo en su condición de Viceministro de Justicia y del Derecho.*”

Para el desarrollo del trabajo encomendado, la Comisión de Expertos se dividió en dos subcomisiones, una de arbitraje nacional y otra de arbitraje internacional. Así las cosas, cada una de ellas adelantó el estudio de las modalidades de arbitraje antes mencionadas, con el fin de formular sus propuestas y recomendaciones.

Las subcomisiones estuvieron conformadas por las siguientes personas:

- **Subcomisión de Arbitraje Nacional:** *Fernando Hinestrosa Forero (Presidente Comisión), Juan Carlos Esguerra Portocarrero (Presidente Subcomisión, en casos de ausencia del Presidente de la Comisión), Ramiro Bejarano Guzmán, Hernán Fabio López Blanco, Ricardo Vélez Ochoa, Hernando Herrera Mercado, Néstor Humberto Martínez Neira, Alberto Preciado Arbeláez, María Cristina Morales de Barrios. La Secretaria Técnica de la Subcomisión estuvo a cargo de Carlos Humberto Mayorca Escobar.*
- **Subcomisión de Arbitraje Internacional:** *Fernando Hinestrosa Forero (Presidente Comisión), Rafael Bernal Gutiérrez (Presidente Subcomisión, en casos de ausencia del Presidente de la Comisión), Carlos Urrutia Valenzuela, Martín Carrizosa Calle, Nicolás Gamboa Morales, Eduardo Zuleta Jaramillo, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Adriana Zapata de Arbeláez. La Secretaria Técnica de la Subcomisión estuvo a cargo de Carolina Silva Rodríguez”.*

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Resulta preciso resaltar que en el reglamento de la UNCITRAL se utiliza el término “recusación”, que en nuestra legislación, como expusimos, tiene un alcance distinto, y además que acude a la expresión “dudas razonables”, criticada por su amplitud y su falta de concreción que puede dar lugar a interpretaciones subjetivas. Esta expresión fue copiada en nuestra legislación (artículo 15 Ley 1563 de 2012) bajo las palabras “duda justificable”. Así mismo consideramos interesante señalar que se prescribe como motivo de recusación el hecho de que el árbitro no cuente con las “cualificaciones convenidas por las partes”, lo que puede relacionarse con sus conocimientos especializados, sus años de experiencia o cualquier otra circunstancia referente a su experiencia sobre la materia, tema éste que se aleja de las circunstancias personales en las que está enmarcado, como regla general, el deber de información.

Legislaciones nacionales de otros países como Estados Unidos, con su *Federal Arbitration Act* (“FAA”) 36 de 1925, que es la *lex arbitri* federal¹⁴, establece la posibilidad de anulación de un laudo cuando exista “parcialidad evidente” en un árbitro. Francia¹⁵, por su parte, se refiere al término recusación, y obliga igualmente al árbitro a informar a las partes de su conflicto de intereses. De otro lado, España e¹⁶ Inglaterra¹⁷, dan un tratamiento muy similar a la figura.

¹⁴ De acuerdo con jurisprudencia que más adelante referiremos, en este sistema, en la medida en que se cumpla con el deber de revelar, un árbitro tendrá una mejor situación en caso de ser demandado. *Contrario sensu*, el no revelar cierta situación que afecte de nulidad o no-reconocimiento el laudo podría generar responsabilidad civil y profesional.

La Sección 10 de la FAA establece que: “*In either of the following cases the United States Court (...) may make an order vacating the award upon th application of any party to the arbitration: (...) (b) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them . . .*”

¹⁵ El Nuevo Código de Procedimiento Civil francés (“*Nouveau Code de Procédure Civile*”) establece que “(...) un árbitro que considere que existe una causal para su recusación debe informar a las partes de ello. En dicho caso, no puede aceptar el nombramiento a menos que las partes estén de acuerdo”.

¹⁶ El artículo 17.2º LA (Ley de Arbitraje) de 2003 es un fiel reflejo de esta tendencia al estipular que “*La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida*”, añadiendo que “*En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes*”.

Ahora bien, a nivel de reglamentos institucionales arbitrales, citaremos tan solo algunos para corroborar la tendencia descrita:

Encontramos en primer lugar el de la Cámara Internacional de Comercio (ICC o CCI)¹⁸, en su reciente versión del año 2012, dispone en su artículo 11 lo siguiente:

“Disposiciones generales

- 1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje.*
- 2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que estas realicen sus comentarios.*
- 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el artículo 11(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje.*
- 4. Las decisiones de la Corte relativas al nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de un árbitro serán definitivas y las razones que las motivaron no serán comunicadas.*
- 5. El árbitro, por el hecho de aceptar su designación, se compromete a desempeñar su misión hasta su término de conformidad con el Reglamento.*

En este sentido, vale la pena resaltar algunas diferencias con nuestro sistema nacional sobre esta temática, como lo son, por ejemplo, el hecho que el término para que las partes se pronuncien frente a la declaración del árbitro, lo da la Secretaría, siendo entonces discrecional de ésta. También la situación referida a que la decisión que finalmente se tome

¹⁷ La Ley de Arbitraje de 1996 (*Arbitration Act 1996*), reconocida como una de las leyes arbitrales más modernas, establece la obligación de los árbitros de actuar con imparcialidad. No se dejó expresa la obligación de actuar con imparcialidad porque, según el Comité de redacción de esta ley, la “independencia” es una cualidad que viene en segundo lugar de “imparcialidad”. Es decir, la ausencia de independencia, a menos que dé lugar a dudas legítimas acerca de la imparcialidad de un árbitro, es intrascendente (González de Cossio).

El artículo 33 establece: “*General Duty of the Tribunal. (1) The tribunal shall- (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, (...)*”.

¹⁸ <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>

frente a la recusación, no debe ser motivada, y serán definitivas, esto es, que no tendrán recurso alguno, otorgando así plena confianza a lo que la Corte determine al respecto.

Otros reglamentos institucionales como los de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*)¹⁹ o AAA, establecen similar procedimiento en su “Artículo 7(1)”²⁰; igual sucede con la CIADI: la Regla Procesal N° 6 aplicable a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (www.icsid.worldbank.org, 2003), referente a la “Constitución del tribunal”, disponen en su numeral 2 que los árbitros, *en la primera sesión del Tribunal, deberán firmar una declaración con el siguiente tenor:*

“A mi leal saber y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre _____ y _____”

“Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte.”

“Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y en los Reglamentos y Reglas adoptados de conformidad con el mismo.”

“Adjunto una declaración sobre mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales”.

¹⁹ <https://www.adr.org/aaa/faces/rules>

²⁰

1. *Los árbitros que actúen bajo estas reglas serán imparciales e independientes. Antes de aceptar el nombramiento, la persona propuesta como árbitro informará a la administradora sobre cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificadas con respecto a su imparcialidad o independencia. Si, en cualquier etapa del arbitraje, surgieran nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a tales dudas, el árbitro informará a la brevedad tales circunstancias a las partes y a la administradora. Al recibo de tal información dada por el árbitro o por una parte, la administradora la comunicará a las otras partes y al tribunal”.*
2. *Ninguna parte (o persona que actúe en su nombre) tendrá comunicaciones referentes al caso, en ausencia de la otra parte, con un árbitro o candidato a árbitro nombrado por una parte, salvo que sea para informar al candidato sobre la naturaleza general de la controversia y sobre los procedimientos que se anticipa que tengan lugar, para comentar las cualificaciones, disponibilidad o independencia del candidato respecto de las partes o para comentar la idoneidad de los candidatos que podrían ser seleccionados como tercer árbitro cuando las partes o los árbitros elegidos por ellas deban participar en esa elección. Ninguna parte (o persona que actúe en su nombre) podrá tener comunicaciones relativas al caso, en ausencia de la otra parte, con ningún candidato a ser árbitro presidente (International Centre for Dispute Resolution and American Arbitration, 2010).*

Se entenderá que ha renunciado el árbitro que no hubiere firmado tal declaración al finalizar la primera sesión del Tribunal”.

Un escrito de este estilo e intención, sería, en mi concepto, una buena práctica dentro de los centros de arbitraje nacionales, en la medida que puede ser preventiva y al mismo tiempo disuasoria para aquel árbitro que, eventualmente, por intereses personales, profesionales o económicos, acepte el nombramiento no obstante saber que no podrá ser independiente e imparcial y que no revele sus razones a las partes.

C. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA REFERENTE AL DEBER DE INFORMACIÓN

Como referente importante para nuestro análisis, presentaremos de manera resumida algunas sentencias de tribunales y organismos extranjeros en torno a esta temática. En Colombia, a la fecha de este escrito, por lo reciente de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, y dado el hecho que el deber de información es una figura completamente nueva en nuestro sistema, aún no se ha producido un conjunto de sentencias que dé lugar a un análisis jurisprudencial al respecto. Apenas hay una referencia que más adelante comentaremos.

En primera instancia expondremos un caso jurisprudencia de Francia. El siguiente es el resumen de la sentencia de la *Cour d'appel* de Paris, del 12 de febrero de 2009, referida al alcance del deber de revelación del árbitro (Fernández Rozas, 2010) que presenta una relevancia especial: *Primero, por proceder de una de las jurisdicciones más importantes del mundo en materia de control de los laudos en el arbitraje comercial internacional y poseer una proyección ejemplarizante en otros sistemas en los que la cuestión todavía necesita contar con posiciones de mayor firmeza. Segundo, porque supone un avance sustancial dentro de la jurisprudencia francesa, ya de por sí extremadamente sensible a estas cuestiones: por vez primera un tribunal francés anula un laudo (laudo parcial pronunciado en un procedimiento administrado por la CCI) por circunstancias que no conciernen directamente al árbitro, en este caso el presidente del tribunal arbitral elegido por los otros dos co-árbitros, sino al entorno de la firma internacional de abogados donde trabajaba como consejero. La severidad de la sanción y el elevado monto de la indemnización acordada (70.000 euros), de conformidad con lo dispuesto en el art. 700 NCPC pone de relieve la importancia que la Cour d'appel confiere a la cuestión de la independencia del árbitro por no revelar la existencia de un conflicto de intereses.*

El caso se trataba de una información genérica acerca del eventual conflicto de intereses del presidente del tribunal arbitral que trabajaba como consejero en una firma de abogados multinacional que no sólo asesoraba a la empresa matriz de una de las partes en el litigio, sino a una filial de la misma que le pertenecía en su totalidad. Y a ello se añadían otras circunstancias: que la oficina de la firma en China había asesorado a la casa matriz en una operación en ese país y que un abogado de la firma había sido árbitro único coetáneamente al procedimiento arbitral en un asunto en la referida filial era parte. Ciertamente, las

circunstancias relatadas se referían a la firma de abogados, pero la pertenencia del presidente a la firma siquiera como consejero y el hecho de que en ella se diluyese la información por la distinta localización geográfica de sus asuntos no fueron considerados atenuantes del deber de revelación. Es cierto que la actividad de consejero en una firma o despacho multinacional no es equiparable necesariamente a la de los abogados que lo integran, desde la perspectiva del conflicto de intereses, pues no acostumbran a percibir los mismos honorarios, pero en este caso concreto la *cour d'appel* entendió que del cúmulo de circunstancias del caso se desprendía una clara falta de la independencia requerida. Y a ello añadió que los mencionados conflictos no vinculaban exclusivamente a las partes en el litigio, sino a todas las sociedades del grupo al que pertenecen.

Traemos ahora a colación un referente jurisprudencial de la Corte de Justicia de Estados Unidos, que anuló un laudo en el cual el tercer árbitro, escogido por los árbitros de parte, no divulgó la existencia de ciertos nexos con una de las partes del arbitraje (*Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co*²¹).

Según González de Cossio²² este caso resulta especialmente interesante a los practicantes e interesados en el arbitraje puesto que existen diversas circunstancias que militaban contra el resultado adoptado por la Suprema Corte de Justicia. Por principio de cuentas, el vínculo en cuestión era endeble y pasado. Es decir, ya no existía. Además, no sólo nunca se acreditó una ausencia de independencia o imparcialidad, sino todo lo contrario. El expediente dejaba claro que no existía parcialidad del árbitro. Existían constancias que acreditaban que el árbitro que faltó a su deber de divulgar se comportó con prudencia y equidad procesal. Más aún, tanto las cortes de primera y segunda instancia como las opiniones disidentes de la Suprema Corte de Justicia dejaron claro que no existía indicio alguno de parcialidad por parte del árbitro.

Es decir, a la Suprema Corte de Justicia le quedaba claro que no existía en el expediente base alguna para determinar que en efecto había una falta de independencia o imparcialidad. Sin embargo, y no obstante que el solicitante no había sufrido perjuicio alguno por la falta de revelación, dicho órgano decidió *fixar el precedente que aún en presencia de independencia e imparcialidad de los árbitros, el no cumplir estrictamente con el deber de revelación de un árbitro traía como resultado una especie de regla per se de nulidad* (González de Cossio).

Otro caso digno de mencionar es el de la sentencia de Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los EE UU de 4 de septiembre de 2007 (*New Regency Productions, Inc. vs Nippon Herald Films, Inc.*) en la que este órgano anuló el laudo de un árbitro que no reveló sus negociaciones laborales y posterior obtención de empleo con la filial de una de las empresas involucradas en el arbitraje mientras actuaba como árbitro.

Vemos pues que la jurisprudencia estadounidense ha sido particularmente exigente con los árbitros en relación con la inobservancia del deber de información.

En la jurisprudencia española encontramos la sentencia de Audiencia Provisional de Navarra del 21 de febrero 2000 que anuló un laudo arbitral por contravención de las garantías

²¹ 393 U.S. 145 (1968).

²² Op. cit.

esenciales del procedimiento “... dada la relación profesional que debe deducirse del hecho de haber compartido despacho profesional durante más de 6 años, al menos, el Sr. Letrado de una de las partes y la Sra. Letrada que... fue designada como árbitro en dicho proceso,... no permite situar a la Sra. árbitro en condiciones objetivas, al menos de garantizar que su decisión pueda merecer la exigible confianza de los terceros y de las partes, en el sentido de que resulte ser fruto de una decisión plenamente interesada e imparcial”. En este caso se analizó la omisión por parte del árbitro del deber de información con carácter previo a las partes, de los elementos constitutivos de la función del árbitro: independencia, imparcialidad y disponibilidad.

De acuerdo con el profesor español José Carlos Fernández Rozas (Fernández Rozas, 2010) “La apariencia de parcialidad puede ser una base para anular el laudo cuando el árbitro ha faltado a su deber de revelación y la anulación se vuelve más sólida cuando se ha comprobado fehacientemente la parcialidad. La Ley Modelo Uncitral no recoge esta causal de manera autónoma y si bien no es infrecuente que figure en algunos sistemas estatales, podría subsumirse: a) en la causal de los perjuicios manifiestos al derecho de defensa, pues, por ejemplo, si los árbitros desatienden su obligación de informar las circunstancias que dieran lugar a dudas justificadas, acerca de su imparcialidad o independencia, están violando las reglas mínimas del debido proceso, concretamente al principio de igualdad; b) en la causal de incorrecta composición del tribunal arbitral; o c) en la excepción de orden público. Este motivo de oposición al laudo se configura cuando en los árbitros que han pronunciado el laudo concurren circunstancias que en su momento pudieran dar lugar a la recusación y que las partes no conocieron a lo largo de las actuaciones arbitrales porque los designados no lo hicieron saber en su declaración de independencia. La práctica en este sector es muy variada y es muy frecuente encontrarnos con su presencia cuando existe una relación profesional entre el árbitro y la representación de una de las partes”.

Es preciso concluir que la pluricitada necesidad de independencia e imparcialidad por parte de los árbitros en sistemas foráneos, ha hecho que la exigencia del deber de información sea tal, que incluso, pueda erigirse en causal de anulación del laudo, o, no estando ésta prevista expresamente en las causales legales, la posibilidad de hacerla violatoria del principio de igualdad, en el de indebida integración del tribunal (lo que en Colombia, eventualmente, podría intentarse, en la medida en que esta causal sí está anunciada expresamente en el artículo 41 numera 3: “No haberse constituido el tribunal en forma legal”) o hasta en la excepción de orden público. No es pues un asunto que se pueda tomar a la ligera, en la medida que tiene, como se está viendo, serias consecuencias legales.

2). - EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS ÁRBITROS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Para mayor claridad del tema en el plano colombiano, empezaré este numeral haciendo i) un señalamiento expreso de la norma sobre el deber de información, luego me referiré a ii) la decisión de la Corte Constitucional frente a la primera demanda de inconstitucionalidad al respecto y finalmente realizaré iii) varios comentarios personales frente al desarrollo que en la práctica ha tenido esta institución en nuestro país.

- i) Tal y como lo hemos mencionado en el transcurso de este escrito, en Colombia, tan sólo a partir de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje) entró en vigencia la figura del deber de información o revelación de los árbitros. Señala textualmente el artículo 15:

“ART. 15. - Deber de información. La persona a quien se comuniquen su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

Si dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y su deseo de relevar al árbitro con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros.

Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados.

En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje”. (Resaltado fuera del texto).

- ii) El 22 de mayo de 2013, la Corte Constitucional decidió frente a la demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 8° (parcial), 9° (parcial) y 15 de la Ley 1563 de 2012, (sentencia C-305/13 - Referencia: Expediente D-9330) presentada por la señora Olga Berrío Pino, siendo Magistrado Ponente el doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Nos centraremos en citar solamente lo atinente al artículo 15 arriba transcrito:

“7. Acusación en contra de la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012

. . . La demandante considera que el artículo es contrario a los postulados de la buena fe, pues el legislador no la presumió, sino que puso en duda “la rectitud, seriedad y transparencia de las personas que fungen como árbitros y secretarios” y presumió su silencio, mediante una redacción meticulosa que estima contraria al artículo 83 de la Constitución.

Como se desprende del texto demandado el deber de información busca garantizar la imparcialidad y la independencia de árbitros y secretarios, proveyéndose al efecto una regulación aplicable al arbitraje que comporta la administración de justicia de manera transitoria o temporal y que ameritó un tratamiento distinto del correspondiente a la administración de justicia que se presta de manera permanente, lo cual se inscribe dentro de las posibilidades que al legislador le brinda su potestad de configuración.

Sobre el particular procede anotar que, a propósito de medidas legislativas que guardan cierta similitud con las contempladas en el precepto acusado, la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cargos que consisten en la posible violación del principio de buena fe por el legislador. Al respecto la Corporación ha indicado que “los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es razonable pensar que algunas personas estarían dispuestas a no acatar esas pautas normativas”.

De conformidad con lo anterior, la Corte ha puntualizado que “el principio constitucional de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones pues, como dicen los autores del El Federalista, ‘si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno’, ni habría necesidad de regulaciones jurídicas, ni de ordenamientos coactivos, pues todas las personas vivirían en perfecta armonía”.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, “al estipular requisitos el legislador no viola el principio de buena fe, pues no presume nada en contra de ella; no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales”.

. . . Si el principio de buena fe tuviera el carácter absoluto que le atribuye la demandante la legislación que se expidiera con un propósito preventivo sería inconstitucional y, entonces, cabría concluir “que todo el código penal viola la Constitución porque la ley presume que los ciudadanos puedan cometer delitos”. Tampoco podría el legislador establecer presunciones de mala fe, como lo ha hecho sin quebrantar la Carta, pues “en situaciones concretas”, la

buena fe admite prueba en contrario y “en ese sentido es viable que el legislador excepcionalmente establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ellas proceden”.

De conformidad con los anteriores criterios el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 no contradice el artículo 83 superior, pues es evidente que el legislador tiene la facultad para ponderar circunstancias, prevenir situaciones o procurar mediante la ley la corrección de prácticas o conductas anómalas, mediante el establecimiento de requisitos o de obligaciones que, además, contribuyan a la realización de otros principios, o derechos o finalidades constitucionales, como la imparcialidad, la independencia, el debido proceso o la buena marcha de la administración.

Se declarará la exequibilidad del precepto cuestionado, por el cargo que se ha analizado y no sin dejar de advertir que es desacertado formular un cargo de inconstitucionalidad partiendo de la mala fe del legislador, ya que, como lo ha enfatizado la Corte, “la buena fe se presume y esta presunción cubre igualmente al legislador en el ejercicio de la función legislativa. En tal virtud, la mala fe debe probarse, por lo cual el actuar doloso o fraudulento no puede tan solo afirmarse”. (Resaltados propios, fuera del texto).

Coincido completamente con el análisis que hace la Corte Constitucional en este asunto, pues el legislador debe partir del conocimiento de la naturaleza humana, lo cual hace necesario que se regulen asuntos del deber ser, como en el caso del deber de información, y agregaría, además, que la inclusión de la institución del deber de información no se trata de un asunto aislado, o de “cosecha propia” del legislador colombiano, sino que se presenta como resultado de toda una corriente internacional en materia de arbitraje que pretende preservar los principios de buena fe, transparencia, independencia e imparcialidad, justamente porque los legisladores son conscientes de la imperfección de la naturaleza humana y de la necesidad de tratar de prevenir ciertos comportamientos errados vía este tipo de regulaciones.

iii) A continuación, mencionaré varias características o particularidades de la figura consagrada normativamente a nivel nacional y presentaré mis personales opiniones y comentarios frente a las mismas:

1. El deber de información en Colombia tienen un doble alcance: i) El árbitro debe revelar las relaciones de carácter profesional con las partes y su apoderados, y no solo desde el punto de vista individual, sino incluyendo a su oficina, firma o despacho de abogados, actual o pasada, con una limitante temporal de dos (2) años hacia atrás, y ii) Cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados, sin límite de tiempo, es decir, con carácter permanente.

Este doble alcance implica especial dificultad en tratándose de las firmas u oficinas (o “despachos” o “estudios”, como se denominan en otros países) de abogados, sobre todo, si

estamos frente a grandes firmas, pues la dificultad de cotejar en un término tan corto como el que da la norma (5 días) todos las relaciones que con las partes o sus apoderados han tenido todos los abogados de la firma a la que pertenece o perteneció el árbitro en los dos últimos años. Esta situación se torna más difícil si la oficina de abogados tiene agencias o sucursales en otras ciudades ya sea del país o en el extranjero. Posiblemente, la mejor manera de que el árbitro pueda hacer un análisis juicioso y preventivo, será consultando la base de datos de clientes, que para ese efecto y muchos otros, deberá tener organizada y actualizada la firma. Aunque la norma no menciona a partir de qué fecha se cuentan los dos años precedentes, considero que debe tratarse desde la fecha que tenga la comunicación de nombramiento.

La indicación de los escenarios en los cuales puede el árbitro (o secretario) coincidir o haber coincidido con las partes o sus apoderados es amplia: puede tratarse de otros procesos arbitrales o judiciales, o también trámites administrativos, pero no limitándose a ello el legislador lo abre a “*cualquier otro asunto profesional*” en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia. En estos eventos cabrían por ejemplo, mesas de negociaciones, audiencias de conciliación, amigables composiciones, procesos contractuales, licitaciones, conceptos jurídicos, etc.

A mi juicio, en este alcance *no* cabrían asuntos *académicos*, así se trate de escenarios jurídicos, en tanto que el calificativo que la ley le da a este entorno es el de “asuntos profesionales” y en los roles que allí se describen para el árbitro o los abogados de su firma, no se menciona el de “docente”, “profesor” o “alumno”. Así las cosas, en principio, no estaría el árbitro o el secretario obligado a informar una de estas últimas circunstancias de relación académicas, y si las revela, objetivamente, a la luz de la norma, no constituiría una “duda justificada” para las partes, y por ende, no se le podría solicitar que se separara de su cargo.

El término de los dos (2) años podrá parecer muy amplio para algunos, muy corto para otros o adecuado para otros tantos. La verdad es que en relación con otras legislaciones como la peruana (que en materia de contratación estatal es de cinco años), y la última versión de las normas IBA sobre Conflictos de Intereses²³ (que se refiere a tres (3) años), no resulta en Colombia, a mi juicio, tan extenso este tiempo limitante. Pero la verdadera razón del término exacto de dos años se desconoce. Ni si quiera en la exposición de motivos de la ley se hace una referencia especial a la misma. Pareciera obedecer más a un “capricho” del legislador.

El segundo alcance mencionado es aún más amplio, pues se refiere a “*cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados*” y en este escenario no hay un límite de tiempo. Se trata de un asunto sumamente complejo, porque la palabra con que inicia su presentación ya de por sí es una gran puerta de entrada de todo tipo de relaciones personales y familiares: “*cualquier*” y de acuerdo con la premencionada RAE esta expresión significa “*Una persona indeterminada, alguno, sea el que fuere*”.

²³ http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Al final de este escrito haremos referencia detallada a estas importantes reglas.

La vida de un ser humano promedio, con los años, y con el trasegar normal de los días, se va volviendo una red de relaciones que generalmente crece de manera exponencial. A nivel *personal* se tienen relaciones de vecindad (en todas las edades), de colegio (o escuela), de universidad, de trabajo (que por regla general, son varios en la vida), de diversión y esparcimiento como el deporte, y de culto, entre muchas otras. En el caso de los árbitros, ese tipo de relaciones personales, independientemente de su mayor o menor nivel de sociabilidad, generalmente es frecuente, dado el hecho que en Colombia se requiere, para ser árbitro, reunir las mismas calidades que para ser Magistrado de Tribunal²⁴ y ello se traduce en una edad mediana (35 años) en la que ya cursó pregrado, algún tipo de posgrado y ya cuenta con un recorrido profesional. A esa altura de la vida, ya se han tejido innumerables relaciones personales.

La pregunta que surge frente a las relaciones personales es entonces: ¿Cuáles de éstas son objeto de revelación por parte del árbitro a las partes? ¿Cuál es el alcance de esta obligación? La respuesta debe ir ligada al propósito o finalidad de la norma, cual es el que deben informarse aquellas relaciones que a los ojos de las partes podrían generar dudas justificables frente a la imparcialidad e independencia, dada la cercanía, proximidad, grado de amistad, afecto o cariño. Así, en mi opinión, relaciones esporádicas, protocolarias o meramente formales *no* deberían generar ningún tipo de duda razonable. Algunos ejemplos de estas serían:

- Ser egresado del mismo colegio (escuela), universidad o facultad.
- Hacer parte del mismo club social.
- Asistir a la misma iglesia, parroquia u organización religiosa.
- Practicar, eventualmente, deportes de equipo o parejas, como fútbol, golf, ciclismo o tenis en los que los árbitros coincidan con las partes o sus apoderados, pero no necesariamente de manera organizada o sistemática.
- Ser padres de familia de niños del mismo colegio o estudiantes de la misma universidad.
- Ser parte del mismo colegio o barra de abogados.
- Ser accionista en porcentaje no relevante de una sociedad que cotice en bolsa.
- Asistir al mismo gimnasio.
- Ser vecinos de vivienda o finca (casa de recreo).
- Asistir con frecuencia, pero separadamente, a los mismos restaurantes, bares, hoteles y demás lugares de esparcimiento.
- Estar conectados en redes sociales sin tener relación de amistad, sino simplemente de contacto o conocimiento (Facebook, Instagram, WA, Twitter, etc.).
- Ser docentes de la misma universidad.

Si a las situaciones anteriores les pone de fondo una relación de *amistad* o de *enemistad*, claramente estaremos frente a un caso en que *sí* pueden existir dudas relevantes y el árbitro,

²⁴ Artículo 7 de la Ley 1563 de 2012. “ . . . En los arbitrajes en derecho, los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral”.

en consecuencia, no debería aceptar el nombramiento, o una vez aceptado y no revelado, daría lugar a una recusación plenamente válida.

Y para determinar qué es amistad, nada más acertado que consultar con la RAE cuál es el significado de la palabra²⁵. Con base en el primero de los mismos, en el cual se señala: *1. f. Afecto personal, puro y desinteresado, compartido con otra persona, que nace y se fortalece con el trato*, se puede determinar que se requiere una dosis importante de cariño o afecto más cierto nivel de constancia en la interrelación, que no se trata de algo esporádico, sino que tiene inmerso el elemento tiempo y frecuencia.

No hace la norma nacional alusión a relaciones de carácter *económico*, y llama la atención que no se haya señalado un asunto tan influyente como este. No obstante, en una interpretación finalista del precepto, en mi criterio, debe entenderse que se encuentran incluidas en la obligación de informarla a las partes, por tener vocación de generar dudas razonables. Tendríamos como ejemplos de situaciones de carácter económico que sí podrían incidir en la transparencia del árbitro al fallar:

- Ser (o haber sido) socio o accionista de sociedades en las cuales también tengan tal carácter las partes, sus apoderados y sus familiares cercanos.
- Obtener (o haber obtenido) salario u honorarios de ellos.
- Ser (o haber sido) proveedor o contratista de ellos.
- Estar en negociaciones para suscribir un contrato de naturaleza comercial, laboral, administrativa o civil.

Ahora, frente al escenario de las relaciones *familiares*, dado que la norma no puso una limitante frente al grado de consanguinidad o afinidad, se debe entender que son *todas* en el contexto de la definición de “familia” que trae la Constitución Política en su artículo 42: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”. Al no limitarla, se incluyen dentro del término *familia* tanto el vínculo de consanguinidad como de afinidad en la plenitud de su extensión, y se ampliará el deber de información, más allá de lo que comúnmente llamamos “familia cercana” (padres, hijos, hermanos, cónyuge, compañeros permanentes, sobrinos), que generan causales objetivas de impedimento y recusaciones, sino que alcanzarán incluso a lo que serían familiares un poco menos cercanos, tales como: tíos políticos, cuñados(as), yernos, nueras y hasta ex esposos(as) de hermanos, entre otros. De otro lado, en el escenario que se pretenda ampliar aún más el concepto de familia y se desborden los límites de lo jurídico constitucional, taxativamente consagrado, y se comprenda dentro del término familia a las parejas homosexuales, bajo el entendimiento que la Corte Constitucional en múltiples fallos ha hecho respecto de la validez de este tipo de uniones y el respeto que merecen, tendremos un escenario aún más amplio de relaciones familiares a revelar.

²⁵ www.rae.es. Cita tomada de consulta hecha el domingo 8 de febrero de 2015.

Por todo lo anterior, convendría acogerse a reglamentos como el del Club Español de Arbitraje (Club Español del Arbitraje, 2008), que para la temática del deber de revelación, parte de *definiciones* que limitan y dejan establecidos claros mojones, dentro de las que incluyen “familia” y “familiar cercano”. Considero que éste es un sano ejercicio para los centros de arbitraje.

2. No distinguió el legislador la forma de nombramiento de los árbitros, es decir, bajo este supuesto, todos los árbitros tienen el deber de información, ya sea que hayan sido nombrados directa y conjuntamente por las partes, o por el centro de arbitraje a través de sorteo, o por un tercero, o por un juez civil del circuito.

En relación con este aspecto, debo señalar que en mi sentir, el deber de información tendría total sentido si el árbitro hubiera sido designado por terceros distintos a las partes, pues se trata, en principio, de árbitros que ellas no conocen o no prevén en su proceso, pero en tratándose de árbitros que las partes mismas nombraron (y que debe ser de común acuerdo o “conjuntamente”, ya que en Colombia la figura del “árbitro parte” no es legal²⁶), no deberían ser iguales las consecuencias de la omisión de alguna circunstancia por parte del nombrado de esta manera, es decir, la recusación por las partes debe obedecer a asuntos realmente relevantes.

No obstante, intuyo que la regulación normativa se hizo genérica para unos y otros, en tanto que, en la práctica, debe resultar dispendioso graduar la violación de acuerdo con la forma de nombramiento. Por eso mi sugerencia, en este escenario es: “*Ante la duda, informa*”.

Es un hecho que existe una “tensión” entre i) el derecho que tienen las partes a acceder a profesionales expertos, renombrados, conocidos y de confianza o que les genere seguridad, y ii) el deber que tienen los árbitros de revelar todas aquellas relaciones que tengan con las partes. Y digo *tensión* porque entre más cercanía tenga la parte con el árbitro, más confianza le tendrá, pero más posibilidades habrá de que no pueda aceptar el nombramiento, o que, aceptándolo, y revelando tales circunstancias, la parte que no tiene tanta cercanía con el árbitro, lo recuse. No se trata pues de un asunto fácil de desarrollar y dependerá del profesionalismo del árbitro nombrado su aceptación, y de la madurez de la parte su recusación.

3. El deber de información se hizo obligatorio en Colombia tanto para árbitros como para secretarios, lo que contrasta con el ámbito internacional, en el cual solamente se aplica a los árbitros por ser ellos quienes tienen funciones jurisdiccionales.

²⁶ ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS. *Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.*

...”

Respecto de la extensión de este deber a los secretarios de los tribunales de arbitramento, soy enfática en mi oposición ideológica: No tiene sentido que a los secretarios, que son profesionales fundamentales para el desarrollo del proceso arbitral, pero que desempeñan funciones instrumentales, de impulso del proceso, y de trámite, nunca jurisdiccionales, se les imponga este deber de información, cuando, por lo mismo, no puede predicarse de ellos los deberes de imparcialidad e independencia, porque, insisto, no intervienen en el fallo, no profieren el laudo.

Si observamos los reglamentos y legislaciones internacionales referidas en la primera parte de este escrito, veremos que casi todos se refieren al pluricitado deber dirigido solo a los árbitros, no a secretarios, y la razón debe ser la misma: que en tanto no cumplen funciones jurisdiccionales, y no inciden en el fallo, no deben ver afectada su independencia e imparcialidad. A ellos se les debe exigir solamente el ejercicio profesional bajo los postulados de la ética y de la buena fe. Ciertamente es que no en todas las legislaciones y los reglamentos existe esta figura del secretario y que en muchos centros de arbitraje, son los mismos funcionarios del Centro quienes hacen la secretaría, empero, la figura existe sólo para árbitros, e internacionalmente, en mi opinión, allí está bien tratada.

No soy ajena a la realidad de que en nuestros centros de arbitraje nacionales existen algunos secretarios que por sus características de personalidad, su capacidad de relacionamiento y/o por su prestigio profesional, pueden llegar a constituir lo que en la práctica arbitral llamamos coloquialmente “el cuarto árbitro” (o “segundo” en tratándose tribunal unipersonal), ya que los árbitros, conocedores de su buen criterio jurídico, pueden llegar a consultar su opinión, y en ese orden de ideas, pueden lograr influir en el laudo, pero, no es éste el *deber ser* y tiene que, en todo caso, constituir la excepción, pues no es una garantía de transparencia para las partes. Pero aún bajo esas circunstancias, el secretario así caracterizado, en estricto sentido, tampoco administra justicia, en tanto que no suscribe el laudo ni tiene derecho a salvar su voto.

Posiblemente la Comisión de Expertos que proyectó la referida ley, siguió los lineamientos tanto del Código General del Proceso, que en el tema de impedimentos y recusaciones también incluyó a los secretarios, y del Código Disciplinario Único que también les es vinculante a los secretarios. No obstante, esta es una posición personal y académica y, en consecuencia, no pretendo, ni mucho menos, desconocer la vigencia y obligatoriedad de la norma.

Vale la pena resaltar que la última versión de las Reglas IBA sobre conflicto de intereses (octubre de 2014²⁷), que más adelante expondré en detalle (dada su importancia y

²⁷ http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

utilidad práctica), incluye el deber de información para secretarios, siendo éste un cambio significativo en materia internacional, tal vez promovido por la multiplicidad de nacionalidades de los miembros que componen la comisión redactora de las mismas, entre los cuales se encuentra un ilustre abogado colombiano²⁸ y por ende la amplia gama de casos reales que han dado lugar a cuestionarse la figura dirigida solamente a árbitros. Llama pues la atención este cambio en la tendencia internacional²⁹.

4. El deber de información perdura desde la comunicación del nombramiento como árbitro o secretario hasta que el proceso arbitral termina por cualquier causa legal, es decir, no es un análisis que se deba hacer en un único momento sino durante todas las etapas del proceso.

Señala el referido artículo 15 de la ley 1563 que la persona a la que se le comunique el nombramiento deberá informar *al aceptar* las circunstancias que pueden dar lugar a dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad. El momento procesal para exponer las circunstancias que el destinatario de la norma considera sano y necesario que las partes conozcan, pero que, en su criterio profesional no lo afectan (porque de lo contrario, lo hubiera rechazado de plano), es el de la aceptación, la cual se hace por escrito. En ese mismo documento debe dar lugar a la exposición de los hechos que deben conocer las partes.

De alguna manera esto riñe con el hecho de que, posteriormente, en la audiencia de instalación del tribunal, como se ha venido presentando en la práctica, el árbitro nuevamente haga alusión a las circunstancias precisas del deber de información, dejando así una doble constancia, a fin de que las partes se pronuncien ratificando su nombramiento o manifestando sus dudas y solicitando el nombramiento de otro en su reemplazo. En mi criterio, con que se dé el primer trámite, basta para que en el término de cinco (5) días las partes se manifiesten frente a lo expresado por el árbitro y se aplique el procedimiento descrito por la norma para su reemplazo. Hacerlo en dos momentos procesales tan cercanos (aceptación y audiencia de instalación), en mi sentir, genera desgastes innecesarios, a menos, claro está, que hayan surgido nuevas circunstancias después de la aceptación.

En la práctica, en la audiencia de instalación del tribunal, se nombra al secretario, quien igualmente cuenta con cinco (5) días hábiles para aceptar y pronunciarse frente a su deber de información.

Ahora bien, no termina el deber de información de árbitros y secretarios con esta primera manifestación, pues señala el mismo artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 que *“En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad,*

²⁸ Doctor Eduardo Zuleta Jaramillo

²⁹ En la anterior versión de estas Directrices IBA (2004) se señalaba frente a este asunto: *En lo que se refiere a los secretarios del Tribunal Arbitral, el Grupo de Trabajo es de la opinión de que es responsabilidad de los árbitros asegurarse de que el secretario sea y se mantenga imparcial e independiente.(nota explicativa sobre la norma general 5).* http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje”. Es claro pues que el deber de información o revelación no se agota en la aceptación, sino que debe, bajo el principio de buena fe, permanecer durante la vigencia del proceso arbitral.

No sobra resaltar la infortunada remisión que se hace al nombramiento por parte del “juez civil del circuito”, cuando los demás árbitros no se pongan de acuerdo sobre la necesidad de separación del árbitro, o cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría. Consideramos inapropiada tal delegación, habida cuenta del largo tiempo que se toman la mayoría de estos funcionarios en hacer el nombramiento, y de la falta de criterio, en muchos de los casos, para nombrar profesionales con las características que el proceso arbitral puntual lo requiera. Lo ideal hubiera sido que la ley delegara tal actuación al centro de arbitraje, que tiene funciones administrativas propias del día a día de los procesos arbitrales y además lo hace con celeridad y conocimiento de causa.

5. La expresión “dudas justificadas” es traída directamente de la legislación foránea, muy propia de la redacción anglosajona, y para nuestro contexto jurídico, puede resultar imprecisa y generar zonas grises de interpretación.

Tal y como lo pudimos observar en la primera parte de este ensayo, casi todas las legislaciones y reglamentos foráneos citados utilizan la expresión “dudas justificadas” o “dudas razonables”, queriendo con ellas abarcar todas las posibles situaciones en las que el recto juicio del árbitro se pueda ver afectado y, como consecuencia, pierda o descuide los principios orientadores de independencia e imparcialidad. Cierto es que estas expresiones abiertas, sirven para evitar la elaboración de listas casuísticas en las que se tendría la imposibilidad fáctica de abarcar todas las situaciones. Pero de otro lado, no obstante la bondad de la intencionalidad de la expresión, se cae en el riesgo de la falta de especificidad normativa.

Cuando se utilizan los vocablos “justificadas” y “razonables” se están descartando, por antonimia, razones fútiles, nimias, de poco peso, intrascendentes, no generadoras de daños potenciales, circunstancias vacuas. Como adjetivos, la RAE³⁰ señala como significado de “razonable”: “arreglado, justo, conforme a la razón” y de “justificado”: “conforme a justicia y razón”, lo que nos indica que se trata de términos sinónimos, pero abstractos, en la medida que implican toda una teorización de lo que es justicia y razón. No es mi propósito en este escrito discernir a profundidad sobre estos conceptos, sino partir del entendimiento jurídico general y semántico de las mismas, para tratar de elaborar un acercamiento a su aplicación en el día a día de los tribunales de arbitramento.

³⁰ Real Academia Española www.rae.es

En atención a que en la práctica el ejercicio denota cierto grado de complejidad, dado el hecho de que se vuelve un asunto “subjetivo” (lo que para unas personas resulta justificado, para otras no), algunas instituciones han propuesto fórmulas o maneras de interpretación de este asunto, que, en mi sentir, resulta muy útil tener presentes. En el numeral siguiente expondré las soluciones que tales instituciones proponen.

6. *Dada la generalidad de la norma y la dificultad de determinar con claridad qué son “dudas justificadas” o “razonables”, por el conocimiento que tengo del escenario arbitral y del comportamiento poco ético de algunos apoderados (que son la excepción), me atrevo a vaticinar la posibilidad de abuso premeditado de la figura del deber de información de los árbitros, a fin de dilatar o hasta impedir el buen desarrollo del proceso arbitral.*

Una inadecuada interpretación de esta institución puede ser caldo de cultivo de retardos, demoras y hasta de fracasos de procesos arbitrales. Bajo la bandera de las “dudas justificadas”, algunos apoderados y/o sus partes, recusarán a los árbitros nombrados, sin que medie objetividad, y con base en argumentaciones débiles y tramposas, haciendo que estos sean reemplazados por otros que deben nombrarse en igual forma (y si se trata de juez civil del circuito, estos nombramientos podrán tardar varios meses: entre tres y ocho³¹), esperando hacer lo mismo con el siguiente nombrado, hasta que se vaya minando, poco a poco, uno de los principios más importantes del arbitraje, que al mismo tiempo constituye una de sus principales ventajas, cual es la celeridad, y, por esta vía, se vaya desincentivando su utilización, con todas las consecuencias que ello tendría para la economía. Sé que puede parecer una visión algo negativa o pesimista, pero, por mi trabajo como directora de un centro de arbitraje, tengo conocimiento de este escenario en algunas ciudades del país, y, aunque por lo pronto no es frecuente, si no se acude a reglamentos que ayuden a aclarar estas situaciones, pasará con esta figura lo que ha sucedido con la acción de tutela en nuestro país: se abusará de ella, casi hasta deslegitimarla.

III. MODELOS DE REGLAMENTOS Y RECOMENDACIONES (“SOFT LAW”) QUE PODRÍAN SERVIRNOS DE GUIA PARA DEFINIR EL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN

En el mundo existen varios modelos de reglamentos o recomendaciones (“soft law”) para regular el tema de conflictos de intereses en arbitraje. Considero útil acudir a este criterio del Derecho Internacional denominado por la doctrina “soft law” (o derecho “blando”, en contraposición con el derecho “duro) queriendo con ello indicar el conjunto de instrumentos que no tienen carácter vinculante, esto es, que no son obligatorios, por no provenir de un

³¹ Según estadísticas del Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, realizadas entre los años 2012 a 2014, que constan en documentos de trámite interno.

órgano legislativo, pero que dada la relevancia de su contenido o del órgano que lo cree, son vistos con respeto y logran mérito interpretativo³².

Particularmente dos me han llamado la atención, dada su forma clara y práctica de redacción, que trae bondades para quienes las utilizan. Recomendando acudir a su consulta en caso de dudas frente a situaciones prácticas.

Me refiero puntualmente a:

- A. Las directrices de la IBA (*International Bar Association*) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional y
- B. Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español de Arbitraje.

Veamos las generalidades de cada uno y algunos aspectos a destacar:

- A. *Las directrices de la IBA (International Bar Association) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional* (International Bar Association - IBA , 2004)³³, que están contenidas en un documento que se divide en dos partes: i). Principios básicos y generales sobre imparcialidad, independencia y sobre la obligación de revelar hechos y circunstancias, y ii). Aplicación práctica de las normas generales.

En la parte introductoria de la versión inmediatamente anterior (aprobada por su Consejo el 22 de mayo de 2004³⁴) se hace un recuento de la forma en que se construyó esta importante herramienta de trabajo así:

“Es en el interés de todos los integrantes de la comunidad del arbitraje internacional que los procedimientos arbitrales no se vean afectados por el incremento de los problemas de conflictos de intereses. Por consiguiente, el Comité de Arbitraje y ADR de la International Bar Association, creó un Grupo de Trabajo compuesto por 19 especialistas en arbitraje internacional provenientes de 14 países para que estudiaran los Derechos nacionales, la jurisprudencia, los reglamentos de arbitraje y los aspectos prácticos relativos a la imparcialidad e independencia de los árbitros y a la necesidad de revelar hechos y circunstancias susceptibles de afectar a dicha imparcialidad e independencia en el ámbito del arbitraje internacional, con la intención de contribuir a regular el proceso decisorio en la materia. El Grupo de Trabajo consideró que las normas existentes en la materia no eran lo suficientemente claras ni se aplicaban de manera uniforme. Por ello,

³² Al *soft law* se le ha llamado también “legislación por la puerta trasera” en la medida en que hace tal presión a los Estados, que en muchas ocasiones terminan convirtiendo todo o parte de sus contenidos en normas desde el punto de vista formal. Son ejemplos del *soft law*: las recomendaciones, los códigos de conducta, declaraciones universales, planes de acción, etc.

³³ A la fecha de terminación de este artículo se acaba de concluir una revisión y actualización de estas directrices, pero no se encuentran publicadas oficialmente en Español, solamente en Inglés (versión aprobada en octubre 23 de 2014), razón por la cual haré una traducción e interpretación libre y por tanto no institucional.

³⁴ http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

preparó estas Directrices que contienen normas generales y notas explicativas sobre las normas generales y notas explicativas sobre las normas.

Adicionalmente, el Grupo de Trabajo es de la opinión que el establecimiento de una relación de hechos y circunstancias específicos que deban ser revelados o que justifiquen la recusación de un árbitro tendrá como resultado la mayor homogeneidad en la aplicación de las Normas Generales y la reducción de recusaciones superfluas y de renunciaciones y sustituciones de árbitros si se proporciona una relación de hechos y circunstancias específicos que deban ser revelados o que justifiquen la descalificación de un árbitro. Tales listados - denominados Rojo, Naranja y Verde (los ‘Listados de Aplicación’) aparecen al final de estas Directrices. (Resaltado propio, fuera del texto).

Otro aspecto a destacar de estas Directrices IBA que en mi opinión resulta de gran utilidad, es el que se señala en la regulación de su principio general y en la definición de “conflicto de intereses” para tratar de determinar cómo entender el término “dudas justificables”:

(1) Principio general

“Cada árbitro 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”.

(2) Conflictos de intereses

- (a) 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.
- (b) Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, 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, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General.
- (c) Son consideradas 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.
- (d) Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una

participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio.
(Resaltado propio, fuera del texto).

Vale la pena comentar la recomendación de tomar un *tercero ideal*, como modelo de buen juicio, y además, con conocimiento del asunto, quien después de un análisis objetivo, determine si el árbitro podría o no ver afectada su independencia e imparcialidad. Esto podría ayudar al árbitro y a las partes mismas a salir de su estado de subjetividad al valorar la situación del pretendido o tentativo conflicto de intereses.

El siguiente es un resumen de la traducción libre del listado (pues, como lo mencioné en el pie de página, a la fecha no hay versión oficial en Español) que arriba se explicó con los colores *rojo, naranja y verde*. Considero que es de gran utilidad tenerlos en cuenta:

Los casos la lista “*roja*” son, bajo estas reglas, los que *obligatoriamente* se deben informar y que además, las partes informadas deben tener por hechos que *objetivamente* alterarán la independencia e imparcialidad del árbitro, y, por ende, éste *no* podrá fungir como tal. Ese listado *rojo* se divide en “renunciable” y “no renunciable”, lo que significa que así las partes estén de acuerdo en obviar esa circunstancia y quieran continuar con el árbitro, no podrán hacerlo, lo que, en mi sentir, podría eventualmente constituir una violación al principio de autonomía privada, no obstante la gravedad de los casos.

1. Lista roja irrenunciable

1.1 Existe una identidad (“*identity*”) entre el árbitro y una parte, o el árbitro es un representante legal o un empleado de una entidad parte dentro del arbitraje.

1.2 El árbitro es un gerente, director, miembro del consejo de supervisión (“*member of the supervisory board*”, junta directiva, asamblea, etc.), o tiene un control influyente en una de las partes o una entidad que genera un interés económico directo en que se resuelva el arbitramento.

1.3 El árbitro tiene un interés significativo financiero o alguno personal en una de las partes, o en el resultado final del caso.

1.4 El árbitro o su firma, tiene un interés particular en el proceso arbitral porque el mismo significa un ingreso financiero importante.

2. Lista roja renunciabile

2.1 Relación del árbitro en la controversia

2.1.1 El árbitro ha dado asesoría jurídica o ha proporcionado un dictamen pericial a una de las partes o una afiliada (socia, filial, asociada, etc.) de las partes.

2.1.2 El árbitro tenía una participación previa en el conflicto.

2.2 El interés directo o indirecto del árbitro en el conflicto

2.2.1 El árbitro tiene acciones directa o indirectamente en alguna de las partes o una afiliada de las mismas siendo parte privada.

2.2.2 Un familiar cercano del árbitro tiene un interés financiero significativo en el resultado de la disputa.

2.2.3 El árbitro, o un familiar cercano del árbitro, tiene una relación cercana con una no - parte que pudiera ser responsable de recurrir en nombre de la parte perdedora en la disputa.

2.3 Relación de los árbitros con las partes o con el abogado

2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una afiliada de las partes.

2.3.2 El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o a la firma de abogados que actúa como apoderado de una de las partes.

2.3.3 El árbitro es abogado en la misma firma que el apoderado de una de las partes.

2.3.4 El árbitro es un gerente, director o miembro del consejo supervisor, o tiene un control influyente en una afiliada de alguna de las partes, si la afiliada está directamente involucrada en el asunto de disputa del arbitramento.

2.3.5 La firma de abogados del árbitro tuvo intervención en el caso, pero ya se encuentra culminado, sin que el árbitro se haya involucrado en el mismo.

2.3.6 La firma de abogados del árbitro tiene actualmente una significativa relación comercial con una de las partes o con una afiliada de una de las partes.

2.3.7 El árbitro asesora regularmente a una de las partes o una de las afiliadas de una de las partes, pero ni el árbitro ni su firma obtienen un ingreso financiero significativo de esto.

2.3.8 El árbitro tiene una relación familiar cercana con una de las partes, o con el director, o miembro del consejo de supervisión o con alguna persona que tenga control influyente en una de las partes o alguna de sus afiliadas, o con un abogado que representa una parte.

2.3.9 Un miembro familiar muy cercado al árbitro tiene un interés significativo personal o financiero por una de las partes o por una afiliada de las partes.

Resulta interesante traer a colación un aspecto regulado por la parte general del reglamento en este sentido:

Renuncia por las partes:

a) Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción de cualquier manifestación por el árbitro, o después de este, una cualquiera de las partes se entera de hechos o circunstancias que pueden constituir conflicto de intereses, el hecho de no plantear objeción expresa se entiende que la parte *ha renunciado a un posible conflicto de interés* respecto de ese árbitro sobre esos hechos y circunstancias en particular y no puede objetar luego respecto de eso.

b) Sin embargo, si existen hechos o circunstancias descritos en la lista roja irrenunciable, cualquier renuncia por las partes, o cualquier acuerdo por parte para que sea el árbitro, será considerada como *inválida*.

c) Una persona *no* debe ser árbitro en un trámite cuando exista alguna causal de la lista roja renunciante, sin embargo, dicha persona podrá aceptar el nombramiento o seguir actuando como árbitro si cumple con las siguientes condiciones:

- Todas las partes, los árbitros y la institución arbitral tienen pleno conocimiento del conflicto de intereses.
- Todas las partes acuerdan que puede ser árbitro a pesar del conflicto.

3. Lista naranja

La lista *naranja* trae algunos supuestos que el árbitro *debe revelar*, en cumplimiento de su deber, pero que *objetivamente no darían derecho a las partes a recusarlo* por no ser asuntos trascendentales que influyan en su criterio como fallador.

3.1 Servicios previos prestados para una de las partes o de otro tipo que tiene implicación en el caso

3.1.1 El árbitro, dentro de los últimos tres (3) años, se ha desempeñado como apoderado de una de las partes o de una afiliada a las partes, o ha asesorado o ha sido consultado por una de las partes o una afiliada de las partes *en un asunto no relacionado con el del nombramiento*, pero sin que el árbitro y la parte o la afiliada de una de las partes tengan una relación en la actualidad.

3.1.2 El árbitro, dentro de los últimos tres (3) años, se ha desempeñado como apoderado en contra de una de las partes o de una afiliada de las partes *en un asunto no relacionado*.

3.1.3 El árbitro, dentro de los últimos tres (3) años, se designó como árbitro en dos o más casos por una de las partes.

3.1.4 La firma de abogados del árbitro, dentro de los últimos tres (3) años, actuó a favor o en contra de una de las partes, *en un asunto no relacionado* con el caso y sin la participación del árbitro.

3.1.5 El árbitro actualmente actúa o ha actuado en los últimos tres (3) años como árbitro en otro arbitraje que involucra a una de las partes o una afiliada de las partes.

3.2 Servicios prestados actualmente para una de las partes

3.2.1 La firma de abogados del árbitro actualmente presta un servicio a una de las partes o una afiliada de estas sin crear una relación comercial significativa para la firma de abogados, esta situación sin la participación del árbitro.

3.2.2 Una firma de abogados u otra organización legal que comparta honorarios significativos u otro tipo de ingresos con la firma de abogados del árbitro y que presta un servicio a una de las partes o a una afiliada de las partes antes del tribunal de arbitramento.

3.2.3 El árbitro o su firma representa a una de las partes o a una afiliada de las partes en un arbitramento pero esa representación no tiene que ver con la controversia actual.

3.3 Relación entre un árbitro y otro árbitro o apoderado

3.3.1 Un árbitro pertenece al mismo bufete de abogados de otro árbitro.

3.3.2 Un árbitro y otro árbitro o el abogado de una de las partes son miembros del mismo colegio de abogados (*"Barristers chambers"*).

3.3.3 El árbitro, dentro de los últimos tres (3) años, fue socio o de otra manera afiliado de otro árbitro o de algún apoderado del arbitramento.

3.3.4 Un abogado en la firma de abogados de los árbitros, es árbitro en otra disputa que involucra las mismas partes o parte, o una afiliada de las partes.

3.3.5 Un miembro familiar cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes, pero no implica una asistencia con la disputa.

3.3.6 Existe una estrecha relación amistosa entre un árbitro y el apoderado de una parte.

3.3.7 Existe enemistad entre un árbitro y un apoderado dentro del arbitramento.

3.3.8 El árbitro, dentro de los últimos tres (3) años, ha sido designado en más de tres ocasiones por el mismo abogado o la misma firma de abogados.

3.3.9 Un árbitro y otro árbitro, o apoderado de una de las partes en el arbitramento, actualmente actúan o han actuado juntos en los últimos años como co-apoderados.

3.4 Relación entre árbitro, partes y otras personas involucradas en el arbitramento.

3.4.1 La firma de abogados del árbitro actualmente actúa en contra de una de las partes o de una afiliada de las partes.

3.4.2 El árbitro ha sido asociado con una parte o una afiliada de las partes, a manera profesional, como ex empleado o socio.

3.4.3 Existe una estrecha amistad personal entre un árbitro y un gerente, o director, o miembro del consejo de supervisión de una parte, o con una entidad que tiene un interés económico directo en que el arbitramento sea resuelto, o cualquier persona que tenga control influyente, como una participación mayoritaria como accionista, por una de las partes o por una afiliada de las partes o testigos o peritos.

3.4.4 Existe enemistad entre un árbitro y un gerente o un miembro del consejo de supervisión de una parte, o una entidad que tenga un interés económico en la parte, o cualquier persona que tenga control influyente en una de las partes o afiliadas de las partes o de un testigo o un perito.

3.4.5 El árbitro es un ex juez y dentro de los últimos tres (3) años, ha conocido sobre un caso significativo que envuelva alguna de las partes o una afiliada de las partes.

3.5 Otras circunstancias

3.5.1 El árbitro tiene acciones, directa o indirectamente, que por razón del número de su denominación constituye un material que sostiene a una de las partes, o una afiliada de las partes, la parte o su afiliada, es una sociedad cotizada en la bolsa.

3.5.2 El árbitro ha defendido públicamente una postura sobre el caso, ya sea en un artículo publicado, en un conversatorio, o de otra manera.

3.5.3 El árbitro sostiene una posición con la autoridad nominadora con respecto a la disputa.

3.5.4 El árbitro es un gerente, director, o miembro del consejo de supervisión, o tiene un control influyente en una afiliada de las partes, cuando la afiliada no esté directamente involucrada en los asuntos de disputa del arbitraje.

En mi sentir, esta lista naranja es mucho más laxa o permisiva que el artículo 15 de la Ley 1563, en la medida que en Colombia el deber de información se extiende a todos los casos o temas, mientras que en la IBA se refiere solamente a los que tengan relación directa con el litigio. Además estas recomendaciones de la IBA permiten ciertas circunstancias de amistad o enemistad entre los árbitros y las partes o sus directivos (en tratándose de empresas) y así mismo, no limita en número de arbitrajes de un árbitros con las mismas partes, esto es, permite nombramientos recurrentes. Resulta pues mucho más exigente y estricta la normatividad colombiana.

4. Lista verde

Por último, la lista *verde* contiene una lista no taxativa (como todas las anteriores) de situaciones que *no reportan ninguna importancia* y que, por ende, el árbitro, bajo este reglamento, *ni siquiera estaría obligado a revelarlas*, por no ser susceptibles de crear un conflicto de intereses.

4.1 Opiniones legales anteriormente expresadas

4.1.1 El árbitro ha expresado previamente una opinión legal (como en una revista de Derecho, un artículo, o una lectura pública o conferencia) relativa a un problema que se plantea en el arbitramento (pero la opinión no es enfocada en el caso).

4.2 Servicios que se prestan actualmente a una de las partes

4.2.1 Una firma, asociada o en alianza con la firma de abogados del árbitro, pero que no comparten honorarios o ingresos significativos con la firma de abogados del árbitro, que presta servicios a una de las partes o a una afiliada de las partes en un asunto no relacionado con el arbitramento.

4.3 Contactos con otro árbitro o con el apoderado de una de las partes

4.3.1 El árbitro tiene una relación con otro árbitro o con el apoderado de una de las partes a través de la membrecía en la misma asociación profesional (colegio profesional), o a través de una organización social o de caridad, o a través de una red social.

4.3.2 El árbitro y el apoderado de una de las partes han realizado un arbitramento juntos actuando ambos como árbitros.

4.3.3 El árbitro enseña en la misma facultad o escuela como otro árbitro o apoderado de una de las partes, o sirve como oficial de una asociación profesional o una organización de caridad con otro árbitro o apoderado de una de las partes.

4.3.4 El árbitro hizo un conversatorio, fue un moderador o el organizador de una o varias conferencias, o ha participado en seminarios partes de trabajo profesional o una organización social o de caridad, con otro árbitro o apoderado de las partes.

4.4 Contactos entre los árbitros y una de las partes

4.4.1 El árbitro ha tenido un primer contacto con una parte o una afiliada de la parte (o su apoderado) antes de la cita, si este contacto es limitado a la disponibilidad y calificaciones del árbitro para servir, o para los nombres de los posibles candidatos por un presidente, y no abordar los aspectos procedimentales de la controversia, que sea información para proporcionar al árbitro una comprensión básica del caso.

4.4.2 El árbitro tiene una insignificante cantidad de número de acciones en una de las partes o en una de las afiliadas de las partes, la sociedad cotiza en la bolsa de valores.

4.4.3 El árbitro y un gerente, director, miembro del consejo de supervisión, o cualquier persona que tenga control influyente en una de las partes o de sus afiliadas, han trabajado juntos como expertos, o en otra actividad profesional, inclusive como árbitros en el mismo caso.

4.4.4 El árbitro tiene una relación con una de las partes o sus afiliadas mediante una red social.

En mi opinión este listado verde se acerca más a la intencionalidad del artículo 15 de nuestros Estatuto de arbitraje y trae situaciones que, en efecto, no deberían ser ni siquiera informadas, por carecer, objetivamente, de posibilidades de daño o afectación de la decisión.

La IBA tiene varios documentos de su producción dentro de los cuales también se destacan por su contenido práctico y utilidad las REGLAS ÉTICAS DE LA IBA que se pueden consultar en su sitio web ya citado.

- B. **Recomendaciones relativas a la Independencia e Imparcialidad de los árbitros del Club Español de Arbitraje**³⁵. Se trata de un documento sencillo, práctico y de fácil entendimiento que parte de definiciones generales y hace igualmente listados no taxativos de situaciones que serían motivo de “*Deberes de abstención y de revelación*”, definiendo una circunstancias especiales de abstención de aceptación de

³⁵ https://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/recomendaciones_0.pdf

nombramiento y otras “*Circunstancia de revelación*”, todas ellas expuestas de forma separada en relación con las partes, sus apoderados y el proceso.

Considero útil referirme a algunos aspectos puntuales que traen estas “recomendaciones” del CEA, por ejemplo a las siguientes definiciones, que establecen un marco conceptual que limita las situaciones y facilita la interpretación de las circunstancias, entre las que se encuentran las siguientes:

Definición de “*familiar cercano*” y de “*familiar*”. Por “familiar cercano” se entenderá el cónyuge, la pareja de hecho y los ascendientes y descendientes en línea directa; el concepto de “*familiar*” engloba a los familiares cercanos y además a los colaterales hasta el tercer grado.

Otra definición útil de este reglamento español es la del “*abogado y su despacho*”:

1. Cuando el candidato o árbitro sea un abogado, las circunstancias se predicen únicamente con respecto a él, excepto en aquellos casos en los que estas Recomendaciones se refieran expresamente a su despacho.
2. Forman parte de un despacho todos los socios que presten sus servicios en cualquiera de sus oficinas, o en las de otras entidades asociadas, que, en virtud de acuerdos permanentes, comparten denominación profesional o intereses económicos relevantes que comprometan su independencia.
3. Si el candidato o árbitro no es abogado, los mismos principios se aplicarán a la organización profesional de la que forme parte.

Estas “Recomendaciones” traen también un interesante listado de “Ejemplos de Circunstancias que no precisan ser reveladas, y que serían asimilables a la lista “verde” de la IBA:

1. *En relación con el procedimiento*

Publicaciones: el candidato (a árbitro) ha publicado artículos o trabajos científicos de carácter general, incluso si se refieren a cuestiones jurídicas que pueden ser relevantes en el arbitraje;

2. *En relación con las partes*

b) Consumidor: si alguna de las partes produce o distribuye bienes o servicios de consumo masivo, y el candidato (a árbitro) o su despacho es o ha sido consumidor de dichos bienes o servicios en condiciones análogas a las de los restantes clientes;

c) Inversión financiera privada: si alguna de las partes es sociedad cotizada y el candidato o su despacho es propietario de acciones u otros valores emitidos por dicha sociedad, adquiridos previamente en bolsa con carácter de inversión financiera privada y por un valor no significativo;

- d) Asesoramiento por el candidato: el candidato ha prestado asesoramiento a alguna de las partes sobre asuntos diferentes a la controversia que subyace al arbitraje y tal asesoramiento ha cesado hace más de tres (3) años;
- e) Asesoramiento por el despacho del candidato: el despacho del candidato ha prestado asesoramiento a alguna de las partes sobre asuntos diferentes a la controversia que subyace al arbitraje y tal asesoramiento o bien no fue significativo o ha cesado hace más de tres años;
- f) Actuación como árbitro: el candidato ha intervenido, como árbitro, en otros arbitrajes en los que participó una de las partes;
- g) Simples relaciones sociales: el candidato mantiene meras relaciones sociales o de conocimiento con cualquiera de las partes;
- h) Asociación: el candidato pertenece a una corporación, asociación o entidad a la que también pertenece una de las partes o alguno de los otros árbitros, aunque formen parte de sus órganos de gobierno o dirección.

3. *En relación con los abogados y los otros árbitros*

- i) Despacho conjunto: el candidato ha trabajado o ha sido socio en el despacho de cualquiera de los abogados que intervienen en el arbitraje y esa relación ha cesado hace más de tres (3) años.
- j) Simples relaciones sociales: el candidato mantiene meras relaciones sociales o de conocimiento con los abogados de las partes;
- k) Asociación: el candidato pertenece a la misma corporación, asociación o entidad que alguno de los abogados, o alguno de los otros árbitros, aunque formen parte de sus órganos de gobierno.

Los dos documentos expuestos en el último aparte, podrían ser consultados por los árbitros, las partes y sus apoderados y los centros de arbitraje, en casos de dudas frente al deber de información, en aras de dar argumentos válidos para una toma objetiva de decisiones, en la medida que ya han sido utilizados por muchos colegas en el mundo y han generado buenos resultados.

Los centros de arbitraje y conciliación de las cámaras de comercio de Bogotá, Cali y Medellín para Antioquia, por virtud de un convenio de colaboración que data de tres años atrás (2012), han adoptado reglamentos de arbitraje muy similares, casi iguales (salvo por algunas pequeñas diferencias propias de la costumbre de cada centro) y, en ese sentido, tienen la misma regulación del “deber de información”, la cual es extraída del premencionado artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, mas, hasta la fecha, ninguno de estos centros ha hecho un

desarrollo más detallado para regular tales situaciones, vía reglamento o recomendaciones, por ejemplo, lo cual resultaría de gran ventaja.

En ciudades como Medellín, en que la mayoría de los árbitros se conocen, aunque sea de vista, resulta útil el estudio previo de estos criterios, dado el hecho que, por la novedad de la figura, y el temor de incumplir el deber de información, muchos árbitros tienden a no aceptar los nombramientos, dadas ciertas circunstancias personales, mal interpretadas (por ser objetivamente inocuas o fútiles) que, por lo mismo, no deberían privar a las partes de contar con un profesional de sus calidades y experiencia, ni a los árbitros de administrar justicia para ese caso concreto. Tener pues claras las causales o los criterios generales para aceptar el nombramiento como árbitro y ejercer el deber de información como debe ser, o no aceptar la designación resulta pues de suma importancia en el escenario de la justicia arbitral.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía fundamental de todo ser humano reconocida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, entre otros instrumentos jurídicos de la más alta jerarquía.
2. Los deberes de independencia e imparcialidad son garantías ciudadanas consagradas como pilares de uno de los derechos humanos, cual es el del acceso a la justicia, principio que en Colombia tiene desarrollo constitucional, donde además se equiparan las funciones de los jueces a los de los árbitros habilitados por las partes y en la legislación que desarrolla este precepto de manera directa, se indica que los árbitros y los secretarios están sometidos al mismo régimen de impedimentos y recusaciones previsto para los jueces de la república. Así las cosas, tanto para jueces como para árbitros y secretarios se predicán los deberes de independencia e imparcialidad.
3. El denominado “Deber de información”, “Deber de revelación” o “*Disclosure*” se presenta como una herramienta para tratar de lograr la transparencia de la gestión de los árbitros, así como para garantizar los principios de independencia e imparcialidad.
4. El deber de información consiste básicamente en la obligación que tienen los árbitros (y en el caso colombiano, también los secretarios) de informar a las partes, al momento de aceptar su nombramiento, todos aquellos motivos que pueden generar, eventualmente, una duda razonable sobre su independencia e imparcialidad, no obstante que él (o ella) considere que no lo afectan en su objetividad. Con esta información, las partes, en un término expreso y generalmente muy corto, deciden si en efecto les inquietan tales circunstancias, por considerar que existe el riesgo de que

puedan sesgar el juicio de árbitro, y, en consecuencia, solicitar al árbitro que no acepte, o que si lo ha hecho ya, renuncie. En el evento que las circunstancias reveladas por el árbitro no resulten de relevancia para ninguna de las partes, el árbitro ya cumplió con su deber de informar y el proceso arbitral continúa su curso normal.

5. La finalidad de la figura del deber de información o revelación se traduce en la necesidad de que las partes cuenten con la mayor información sobre los árbitros y que estos últimos no se reserven asuntos que eventualmente puedan llegar a afectar su recto proceder como falladores, o que sin afectarlo, y siendo conocidos con posterioridad y por otros medios, puedan generar una sombra de duda sobre su objetividad.
6. Tanto en la gran mayoría de las legislaciones foráneas, como en reglamentos institucionales de arbitraje internacional, se encuentra consagrada la figura del deber de información o revelación como garantía de imparcialidad e independencia del árbitro, y ello obedece, en parte, a que la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL o CNUDMI que ha servido de guía para muchos, la tiene prevista y esa es la razón para que en Colombia igualmente se haya adoptado a través del denominado Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional o Ley 1563 de 2012.
7. No obstante el fin loable de la figura del “Deber de Información”, dada su redacción abierta y generalizada en el nuevo Estatuto de Arbitraje, puede dar lugar a que se haga un uso indebido de la misma, por aquellas partes y apoderados que quieran entorpecer el proceso arbitral, retardarlo y obstaculizarlo, o por el excesivo temor de algunos árbitros, de incumplir la norma, lo que los motiva a no aceptar los nombramientos, dadas ciertas circunstancias personales, mal interpretadas (por ser objetivamente inocuas o fútiles) que, por lo mismo, no deberían privar a las partes de contar con un profesional de su calidad y experiencia, ni al árbitro de administrar justicia para ese caso concreto.
8. El deber de información en Colombia tienen un doble alcance: i) El árbitro debe revelar las relaciones de carácter profesional con las partes y su apoderados, y no solo desde el punto de vista individual, sino incluyendo a su oficina, firma o despacho de abogados, actual o pasada, con una limitante temporal de dos (2) años hacia atrás, y ii) Cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados, sin límite de tiempo, es decir, con carácter permanente.
9. En Colombia el legislador no distinguió la forma de nombramientos de los árbitros, es decir, bajo el supuesto normativo, todos los árbitros tienen el deber de información, ya sea que hayan sido nombrados directa y conjuntamente por las partes, o por el

centro de arbitraje a través de sorteo, o por un tercero, o por un juez civil del circuito.

10. El deber de información se hizo obligatorio en Colombia tanto para árbitros como para secretarios, lo que contrasta con una gran parte de las regulaciones internacionales, en las cuales solamente se aplica a los árbitros por ser ellos quienes tienen funciones jurisdiccionales.
11. El deber de información perdura desde la comunicación del nombramiento como árbitro o secretario hasta que el proceso arbitral termina por cualquier causa legal, es decir, no es un análisis que se deba hacer en un único momento sino durante todas las etapas del proceso.
12. La expresión “dudas justificadas” que utiliza el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, es traída directamente de la legislación foránea, muy propia de la redacción anglosajona, y para nuestro contexto jurídico, puede resultar imprecisa y generar “zonas grises” de interpretación.
13. Existen dos documentos de carácter internacional, pertenecientes al llamado “*soft law*”, que son las Directrices de la IBA (International Bar Association) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional y las Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español de Arbitraje, las que, a través de orientaciones claras, prácticas y sencillas, regulan de una manera objetiva la forma de establecer cuáles dudas son justificadas en relación la imparcialidad y transparencia de un árbitro y cuáles no lo son, y sugiero acudir a su consulta previa en estos eventos a fin de tratar de unificar posiciones en los diferentes tribunales de arbitramento del país.
14. En todo caso, la recomendación es aplicar siempre el principio de buena fe y que el árbitro se haga un autoexamen honesto sobre si las circunstancias de relacionamiento con las partes o sus apoderados pueden afectar su recto juicio y quebrantar los principios de imparcialidad e independencia a los que, en su función jurisdiccional, está obligado. Mi consejo, en este escenario, es aplicar la siguiente frase: “*Ante la duda, informa*”.

Referencias

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (18 de Consultado julio de 2014 de 1985 con enmiendas aprobadas en 2006). www.uncitral.org. Obtenido de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI. (2003). www.icsid.worldbank.org. Obtenido de https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf
- Club Español del Arbitraje. (23 de octubre de 2008). recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del club español del arbitraje. Madrid.
- Corporación Excelencia para la Justicia. (s.f.). www.cej.org.co. Recuperado el 18 de Mayo de 2011, de www.cej.org.co
- Corporación Excelencia para la Justicia. (s.f.). www.cej.org.co/publicaciones/justiciometros/2554-percepcion-empresarial-de-la-eficiencia-de-la-justicia-colombiana. Recuperado el 19 de Mayo de 2011, de www.cej.org.co/publicaciones/justiciometros/2554-percepcion-empresarial-de-la-eficiencia-de-la-justicia-colombiana
- Corporación Excelencia en la Justicia. (28 de Febrero de 2012). www.cej.org.co. Obtenido de <http://www.cej.org.co/15/index.php/todos-justi/2841-percepcion-empresarial-de-la-independencia-judicial>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Sentencia caso Panama Iribarne vs. Chile.
- Courtis, C. (2006). “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. *“Observar la ley” (Madrid: Trotta)*.
- Dromi, R. (1992). *Los jueces, ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Fernández Rozas, J. C. (2010). <http://eprints.ucm.es>. Obtenido de http://eprints.ucm.es/10480/1/Alcance_del_deber_de_revelacion_del_arbitro.pdf
- González de Cossio, F. (s.f.). www.juridicas.unam.mx. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>
- International Bar Association - IBA . (2004). www.ibanet.org. Obtenido de www.ibanet.org/publications
- International Centre for Dispute Resolution and American Arbitration. (2010). www.adr.org/aaa. Obtenido de https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_013020&revision=latestreleased
- Jijón Lefort, R. (s.f.). La independencia e imparcialidad de los árbitros .
- Julio, B. S. (2001). *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*. Bogotá D.C.: Temis.
- Matheus López, C. A. (2010). Contenido y alcance de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema CIADI. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 463.

“EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y SECRETARIOS EN COLOMBIA DESPUÉS DE LA LEY 1563 DE 2012”

Ministerio de Justicia y del Derecho. (Junio de 2012). *www.fenalco.com.co*. Obtenido de www.fenalco.com.co/sites/default/files/ponenciaarbitraje.doc

Ministerio del Interior y de Justicia. Dr. Germán Vargas Lleras. (Julio de 2012).
<http://190.26.211.102/proyectos/images/documentos/Informes%20Legislativos/2011-2012.pdf>.
Obtenido de www.camara.gov.co:
<http://190.26.211.102/proyectos/images/documentos/Informes%20Legislativos/2011-2012.pdf>

Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *www.un.org*. Obtenido de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de los Estados Americanos. (29 de noviembre de 1969). *www.oas.org*. Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Real Academia Española. (junio de 2014). *www.rae.es*.

Sentencia C - 811 de 2011, D - 8537 (Corte Constitucional 23 de Noviembre de 2011).

Sentencia C 305 de 2013, D - 9330 (Corte Constitucional 22 de Mayo de 2013).