

Fecha: Febrero de 2018

Para: Gestora Omega Limitada Holding y Compañía en Comandita por Acciones

De: José María Alonso

Asunto: **Opinión legal sobre posible conflicto de interés bajo estándares y mejores prácticas internacionales en materia de arbitraje**

I. ANTECEDENTES

Con fecha 22 de diciembre de 2008, Agrícola Corniglia Limitada (en adelante "Corniglia" o "la demandante") y Gestora Omega Limitada Holding y Compañía en Comandita por Acciones (en adelante "Omega" o "la demandada") celebraron el Pacto de Accionistas de Omega S.A. (en adelante "el Pacto de Accionistas"). A la demandante y la demandada se hará referencia conjunta en lo sucesivo como "las Partes".

El Pacto de Accionistas contiene en su Artículo Séptimo un convenio arbitral (en adelante "el Convenio Arbitral"). Dicho convenio establece:

Todas las dificultades o controversias relativas al presente Contrato, incluyendo, entre otras, aquellas referidas a su cumplimiento o incumplimiento, aplicación, interpretación, validez o invalidez, exigibilidad, nulidad o resolución, terminación, determinación de eventuales indemnizaciones de perjuicios relacionados con su incumplimiento y las cuestiones relativas a la propia jurisdicción y competencia de tribunal, serán resueltas por el árbitro arbitrador, sin que sus resoluciones sean susceptibles de recurso alguno, a los que las Partes renuncian expresa y definitivamente en este acto, salvo los de queja y de casación en la forma.

En cumplimiento del Convenio Arbitral, el 11 de abril de 2016 las Partes designaron de común acuerdo al árbitro D. Víctor Vial del Río (en adelante "el Árbitro") para resolver el conflicto suscitado entre ambas en torno a la interpretación y el cumplimiento del Pacto de Accionistas.

Entendemos que el Árbitro el 13 de abril de 2016, cuando aceptó el cargo ante Notario jurando desempeñarlo fielmente, no hizo ninguna revelación en términos de independencia e imparcialidad.

El 26 de abril de 2016 tuvo lugar una reunión entre las Partes y el Árbitro para establecer las bases del procedimiento de arbitraje de equidad (en adelante las "Bases del Procedimiento"). En dicha fecha las Partes y el Árbitro acordaron lo siguiente:

La parte que desee rendir prueba testimonial deberá presentar la nómina de testigos dentro de los cinco primeros días del probatorio. Esta especie de prueba será rendida ante el árbitro, sin que se requiera la intervención de un ministro de fe.

Cada parte podrá presentar un máximo de diez testigos, renunciándose a la formulación de tachas o cualquier causal de inhabilidad. [...]

Recusaciones: Las partes renuncian en este acto a toda causal de recusación del árbitro por hechos anteriores o coetáneos con la aceptación del cargo.

El día 7 de junio de 2016 el Árbitro recibió el escrito de demanda presentado por la demandante.

El 22 de julio de 2016 el Árbitro recibió el escrito de contestación a la demanda de la demandada.

El 17 de agosto de 2016 el Árbitro recibió el escrito de réplica de la demandante.

El 8 de septiembre de 2016 el Árbitro recibió el escrito de dúplica de la demandada.

El 12 de enero de 2017, la demandante presenta su lista de testigos en la cual propuso como testigo, entre otros, a D. Rodrigo Hinzpeter Kirberg (en adelante "el Testigo").

El 16 de enero de 2017, el Árbitro dictó resolución teniendo "por presentada la lista de testigos" de la demandante.

De este modo, el Árbitro tuvo conocimiento de que el Sr. Hinzpeter había sido propuesto como testigo por la demandante con fecha 12 de enero de 2017. A su vez, en la página 66 del Laudo Final se refiere a la testimonial ("*SEGUNDO: Que la demandante rindió prueba testimonial, con arreglo a lo convenido por las partes en el número 6 de las Bases de Procedimiento que rolan a fojas 36 de autos, consistente en la declaración de los testigos que se mencionan a continuación: (i) A fojas 1349 y 2010 de autos se leen las declaraciones de los testigos señores Roberto Zahler y Gonzalo Sanhueza; (ii) A fojas 449 de autos se leen las declaraciones de los testigos señores Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Alfonso Zalaquett Sanguinetti, Vittorio Repetto Ijha y Victor Repetto Capponi*") y lo previsto sobre la prueba testifical en el punto sexto de las Bases del Procedimiento ("*La parte que desee rendir prueba testimonial deberá presentar la nómina de testigos dentro de los cinco primeros días del probatorio*").

El 28 de febrero de 2017 el Testigo remitió su declaración jurada por escrito, en la cual puso de manifiesto que acudía en calidad de abogado del demandante en el pasado. En este sentido indicó:

"Tomé conocimiento de los hechos sobre los que declaro en esta oportunidad en mi calidad de socio del estudio jurídico Álvarez Hinzpeter Jana Abogados. En dicha calidad, durante el año 2008, y en representación de la familia Repetto, lideré la negociación con Southern Cross ("SC") en una compleja operación que implicó la enajenación de un gran número de locales básicamente ubicados en la zona sur de Chile y la posterior suscripción de acciones en una sociedad llamada Omega S.A."

En 2010 el Testigo se desvinculó del estudio jurídico *Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana* (anteriormente *Álvarez Hinzpeter Jana Abogados*) para dedicarse a la política.

El 26 de abril de 2017 el Testigo compareció en audiencia testimonial en calidad de abogado negociador del Pacto de Accionistas por el lado de la parte demandante.

El 10 de octubre de 2017 el Árbitro dictó el Laudo Final (en adelante, "el Laudo"). Tras recoger los hechos relevantes, las pretensiones de las partes y las declaraciones testificales, el Árbitro dictó la siguiente resolución:

1º Se acoge la acción de ejecución forzada de obligación deducida, con el carácter de principal, en la demanda entablada a fojas 43 por Agrícola Corniglia Limitada en contra de Gestora Omega Limitada Holding y Compañía en Comandita por Acciones [...]

2º Se rechazan las excepciones y defensas opuestas por Gestora Omega Limitada Holding y Compañía en Comandita por Acciones, de conformidad con lo señalado en los considerandos pertinentes de la presencia sentencia;

El 16 de octubre de 2017 la demandada interpuso recurso de queja ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Con posterioridad a la conclusión del arbitraje llegó a conocimiento de Omega que el Testigo y la hija del Árbitro eran pareja. Posteriores indagaciones parecen confirmar que la relación sentimental entre el Testigo y la hija del Árbitro existiría desde al menos el año 2015, según se deduce de una entrevista personal al Testigo que fue publicada en la revista Paula el 18 de noviembre de 2015 y en la cual el Sr. Hinzpeter manifestó mantener una relación sentimental con la hija del Árbitro: "*Estoy actualmente con Juanita Vial, ella es mi novia*". Lo anterior se confirma por el artículo publicado en el diario La Segunda el 19 de agosto de 2016, en donde se indica que "*según Juanita Vial (43) [la hija del Árbitro], Rodrigo Hinzpeter, su pareja desde hace dos años, ex ministro del interior y de Defensa de Sebastian Piñera, ya es casi progre*".

No tenemos confirmación de cuándo se inició la relación sentimental entre el Testigo y la hija del Árbitro ni de si dicha relación continuó durante el arbitraje o si sigue existiendo a día de hoy, aunque asumimos que así habría sido.

II. CONSULTA

Se solicita opinión legal, bajo estándares y mejores prácticas internacionales en materia de arbitraje, sobre si el vínculo existente entre el Árbitro y el Testigo, consistente en la relación sentimental entre el Testigo y la hija del Árbitro, constituye o no un conflicto de interés que hubiese justificado la recusación del Árbitro y que justifique actualmente la anulación del Laudo.

III. ANÁLISIS

A) Principios generales

Imparcialidad e independencia. Es un principio universalmente admitido en arbitraje internacional que el árbitro debe ser imparcial e independiente. La imparcialidad es entendida como una cualidad subjetiva consistente en una disposición o actitud de no actuar con prejuicio o favoritismo hacia ninguna de las partes, mientras que la independencia suele entenderse como una cualidad objetiva consistente en la ausencia de vínculos o relaciones personales o profesionales que puedan influir en el juicio del árbitro. La independencia es una situación de hecho o de derecho que puede ser objeto de verificación objetiva, mientras que la imparcialidad es más un estado mental, necesariamente subjetivo¹.

¹ PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD y BERTHOLD GOLDMAN, 'International Commercial Arbitration', E. Gaillard y J. Savage (eds.), Kluwer Law International, 1999, párr. 1028: "*Independence is a situation of fact or law, capable of objective verification. Impartiality, on the other hand, is more a mental state, which will necessarily be subjective*".

La imparcialidad e independencia exigen que el árbitro no tenga durante el procedimiento arbitral, ni haya tenido durante un largo tiempo antes del mismo, relaciones con una parte o con una persona demasiado próxima a ella².

Deber de revelación y derecho de recusación. La protección del deber de imparcialidad e independencia se proyecta en dos ámbitos durante el procedimiento arbitral, ambos basados en la idea de 'dudas justificadas': el deber de revelación del árbitro y el derecho de las partes de recusar al árbitro. Por un lado, el árbitro tiene en todo momento, desde que acepta su cargo hasta que el arbitraje concluye, el deber de revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia³. Por otro lado, las partes tienen, también en todo momento durante el procedimiento arbitral, derecho a recusar a un árbitro si concurren circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia⁴. La doble protección vía revelación y recusación es el estándar internacional reconocido en la práctica totalidad de reglamentos de arbitraje⁵ y legislaciones nacionales⁶.

Como se explicará a continuación, las 'dudas justificadas' no se refieren al árbitro, sino a las partes o a un tercero informado de las circunstancias. Si el propio árbitro tiene dudas sobre su imparcialidad o independencia debe directamente no aceptar el cargo, o bien renunciar posteriormente al mismo. Este principio se encuentra reconocido en las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, originalmente preparadas en 2004 y revisadas en 2014 por expertos procedentes de distintos países y tradiciones jurídicas: "*El árbitro no deberá aceptar su designación*

² DIDIER MATRAY y ALBERT JAN VAN DEN BERG, 'L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre', en *Powers and status of the arbitrator*, Bruylant, Bruselas, 2003, pág. 102: "*L'indépendance et l'impartialité imposent que l'arbitre n'ait pas au moment de la procédure arbitrale et n'ait plus eu depuis longtemps avant celle-ci de relations avec une partie ou avec une personne trop proche de celle-ci*".

3. Reglamento UNCITRAL (1976), art. 9 (art. 11 de la versión del Reglamento revisada en 2010) y Ley Modelo UNCITRAL (1985), art. 12.1 (e igual precepto en la versión de la Ley Modelo revisada en 2006).

4. Reglamento UNCITRAL (1976), art. 10.1 (art. 12.1 de la versión del Reglamento revisada en 2010) y Ley Modelo UNCITRAL (1985), art. 12.2 (e igual precepto en la versión de la Ley Modelo revisada en 2006).

5. Por ejemplo: Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (2010), art. 12.1; Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (2017), arts. 11.2, 11.3 y 14.1; Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) (2014), arts. 5.4 y 10.1; Reglamento de Arbitraje del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) (1998), sección 18.1; Reglamento de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association* (AAA) (2014), arts. 13.2 y 14.1; Reglas CPR para Arbitraje No-Administrado de Disputas Internacionales (2007), art. 7; Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (2012), arts. 9.2 y 10.1; Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de Estocolmo (SCC) (2017), arts. 18.4 y 19.1; Reglamento de Arbitraje de la CIETAC (2014), arts. 31 y 32; Reglamento de Arbitraje Administrado del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) (2013), art. 11; Reglamento de Arbitraje Internacional de la JAMS (2016), arts. 9 y 10; Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO) (2014), arts. 22(b) y 24(a); Reglamento de Arbitraje del Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional (CRCICA) (2011), arts. 13.1 y 11.1; Reglamento de Arbitraje del Instituto Holandés de Arbitraje (NAI) (2015), arts. 11.3 y 19.1; Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) (2016), arts. 13.5 y 14; Código del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS-TAS) (2017), Reglas Procesales R33 y R34.

6. Es el caso, por ejemplo, de las legislaciones nacionales sobre arbitraje de Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Holanda, Francia, Alemania, Guatemala, Hungría, India, Irlanda, Japón, México, Kenia, Nigeria, Noruega, Lituania, Perú, Rusia, Escocia, Portugal, Serbia, Eslovenia, Corea del Sur, Turquía, Ucrania y España.

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" (Directrices IBA, Norma General 2(a)).

Las Directrices IBA reflejan lo que el Comité de Arbitraje de la IBA entiende que es *"la mejor y más reciente práctica internacional"* (Directrices IBA, Introducción, párrafo 4). En la actualidad, transcurridos trece años desde su nacimiento, estas Directrices gozan de gran reconocimiento transnacional y, sin ser normalmente vinculantes, son frecuentemente tenidas en cuenta por los jueces de muchos países al decidir sobre cuestiones de conflictos de intereses en el ámbito arbitral.

Test subjetivo de revelación y test objetivo de recusación. El que una circunstancia deba ser revelada por el árbitro no implica necesariamente que esa circunstancia constituya siempre, o en todo caso, un conflicto de interés que justifique la recusación del árbitro. A la hora de explicar la diferencia entre las circunstancias que deben ser reveladas y aquellas otras que justifican la recusación, la práctica internacional establece una distinción entre el estándar o test de revelación, por un lado, y el estándar o test de recusación, por otro. Se dice que el test de revelación es subjetivo, 'a los ojos de las partes' (*'in the eyes of the parties'*), mientras que el test de recusación es un test objetivo, a los ojos de un tercero razonable informado de las circunstancias.

La revelación se concibe así como una condición necesaria para que las partes puedan valorar debidamente la procedencia de una recusación. Como indican las Directrices IBA, Parte II: Aplicación Práctica De Las Normas Generales, párr. 4: *"La finalidad de la revelación es informar a las partes acerca de situaciones sobre las que pueden querer realizar averiguaciones adicionales para poder decidir de manera objetiva –esto es, desde el punto de vista de una tercera persona con buen juicio que tuviera conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes– si efectivamente existen dudas fundadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro"*.

En esta misma línea se encuentra la práctica de las instituciones arbitrales más importantes, como por ejemplo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI): *"Como las confirmaciones, las recusaciones son decididas por la Corte usando un test objetivo, en lugar de un estándar subjetivo «a los ojos de las partes»"*⁷.

La explicación del test objetivo para apreciar la existencia de un conflicto de interés que descalifique a un árbitro se encuentra en la Norma General 2(c) de las Directrices IBA:

Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes 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.

La descalificación de un árbitro por conflicto de interés no exige que la parte recusante demuestre que el árbitro vaya efectivamente a actuar con parcialidad o haya ya efectivamente actuado con parcialidad (pruebas

⁷ ANNE MARIE WHITESELL, 'Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators', en *The independence of the arbitrator*, Boletín CCI, Suplemento Especial, 2007, Publicación CCI nº 690E, pág. 27: *"Like confirmations, challenges are decided by the Court using an objective test, rather than a subjective 'in the eyes of the parties' standard"*.

ambas casi siempre muy difíciles o imposibles en la práctica), sino únicamente que las circunstancias permitan a una tercera persona con buen juicio dudar razonablemente de que las circunstancias puedan afectar a su imparcialidad. El test o estándar de recusación, como indican las Directrices IBA, es un test de valoración de apariencias que se ha de aplicar de manera objetiva: *"La expresión 'imparcialidad o independencia' deriva del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI [UNCITRAL], artículo que goza de amplia aceptación, y el uso de un test de valoración de apariencias, fundado en dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, como lo señala el artículo 12(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, se ha de aplicar de manera objetiva (el 'examen por una tercera persona con buen juicio')"* (Directrices IBA, Nota explicativa sobre la Norma General 2, 2(b)).

Protección judicial posterior al arbitraje. Con posterioridad al procedimiento arbitral, la protección del deber de imparcialidad e independencia se proyecta en otros dos ámbitos de protección judicial. Por un lado, la falta de imparcialidad e independencia del árbitro constituye un motivo de anulación del laudo arbitral bajo la generalidad de legislaciones nacionales. Por otro lado, dicha falta de imparcialidad e independencia también constituye un motivo de denegación del exequátur de un laudo extranjero bajo la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. En ambos casos, anulación y denegación de exequátur, el motivo puede normalmente plantearse por varias vías, no excluyentes unas de otras: vulneración del procedimiento acordado por las partes, vulneración de normas imperativas y vulneración del orden público.

B) Circunstancias que justifican la recusación del árbitro y, en el ámbito judicial, la anulación del laudo y la denegación del exequátur de laudo extranjero

Las circunstancias que justifican la recusación del árbitro no están en una lista cerrada de circunstancias. Durante buena parte de la historia del arbitraje, hasta bien entrado el siglo XX, las legislaciones nacionales solían equiparar los motivos de recusación de árbitros a aquellos aplicables a jueces. Sin embargo, en la elaboración de los principales instrumentos internacionales se consideró que no era posible ni aconsejable establecer un listado y que era mejor establecer un principio general de que un árbitro es recusable cuando hay circunstancias que dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Las Directrices IBA, a través de sus Listados Rojo, Naranja y Verde, sientan estándares internacionales respecto a las circunstancias que deben ser reveladas y que pueden constituir un conflicto de interés.

El Listado Rojo contiene circunstancias que el árbitro debe siempre revelar y que constituyen un conflicto de interés. Dicho Listado se desdobra en dos, Listado Rojo No Renunciable y Listado Rojo Renunciable, para distinguir los supuestos en los que las partes no pueden salvar el conflicto de interés de aquellos otros en los que sí pueden hacerlo. En caso de existir circunstancias del Listado Rojo Renunciable, las partes pueden salvar el conflicto de interés si, conociendo las circunstancias constitutivas de dicho conflicto, explícitamente manifiestan su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro (Parte II: Aplicación Práctica De Las Normas Generales, párr. 2):

El Listado Rojo consta de dos partes, a saber: el 'Listado Rojo Irrenunciable' (véanse las Normas generales 2(d) y 4(b)) y el 'Listado Rojo Renunciable' (véase la Norma General 4(c)). Estos listados, que no son exhaustivos, detallan situaciones específicas susceptibles, dependiendo de los hechos de

cada caso en concreto, de crear dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Es decir, que si se presentan tales hechos o circunstancias, existe un conflicto de interés objetivo desde el punto de vista de una tercera persona con buen juicio que tenga conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes (véase la Norma General 2(b)). El Listado Rojo Irrenunciable incluye situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Por consiguiente, la aceptación de dicha situación por las partes no evita el conflicto de intereses. El Listado Rojo Renunciable incluye situaciones serias, pero de menor gravedad. Debido a su gravedad, y a diferencia de las circunstancias descritas en el Listado Naranja, estas situaciones deben considerarse renunciables pero sólo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro, de conformidad con la Norma General 4(c).

El Listado Naranja contiene circunstancias que el árbitro debe siempre revelar y que, dependiendo del resto de circunstancias en cada caso concreto, pueden constituir un conflicto de interés. Las partes pueden salvar el posible conflicto de interés sí, conociendo las circunstancias constitutivas de dicho conflicto, o bien manifiestan explícitamente su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro, o bien no objetan al árbitro (Parte II: Aplicación Práctica De Las Normas Generales, párr. 3):

El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el Listado Naranja refleja situaciones que quedarían comprendidas en la Norma General 3(a), por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas. En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo éste revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no objetan al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto, de conformidad con la Norma General 4(a).

El Listado Verde contiene circunstancias que se considera que el árbitro no debe revelar y no son susceptibles de constituir un conflicto de interés (Parte II: Aplicación Práctica De Las Normas Generales, párr. 7):

El Listado Verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones incluidas en el Listado Verde.

C) Concurrencia de circunstancias determinantes de la existencia de un conflicto de interés en el caso analizado

Para analizar la posible causal de anulación bajo estándares y mejores prácticas internacionales en materia de arbitraje, hay que prestar atención a la relación o vínculo existente y determinar si, a los ojos de un observador con buen juicio, tal relación o vínculo puede razonablemente dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Se trata de determinar si la relación permite razonablemente albergar dudas respecto a la posible influencia de aquella en el juicio del árbitro o bien, por el contrario, si dicha relación debe considerarse a tal efecto insignificante.

Vínculo por sí solo potencialmente constitutivo de un conflicto de interés. La relación de pareja entre el Testigo y la hija del Árbitro permite presumir la existencia de una relación personal significativa entre el Testigo y el Árbitro, equiparable a la relación familiar existente entre un yerno y un suegro. A este respecto debe indicarse que, en el ámbito del análisis de posibles conflictos de interés, las uniones de hecho son

equiparables al matrimonio. Bajo las Directrices IBA, el cónyuge y la pareja de hecho son igualmente considerados "pariente cercano", del mismo modo que los hermanos, hijos, padres y cualquier otro miembro de la familia con el cual exista una relación cercana⁸.

Un vínculo así es en sí mismo, aislado del resto de circunstancias, un vínculo que cualquier árbitro debe revelar y que, dependiendo de las circunstancias del caso, puede constituir un conflicto de interés que impida al árbitro actuar o seguir actuando. Como señala BORN al analizar las posibles relaciones entre árbitros y testigos: *"Una relación profesional o personal significativa del árbitro con un testigo material de una parte puede ser base para cuestionar su imparcialidad. Las Directrices IBA incluyen tales relaciones como objeto necesario de revelación y potencial motivo de recusación"*⁹.

La presumible relación personal significativa entre el Testigo y el Árbitro debe entenderse comprendida dentro del Listado Naranja de las Directrices IBA y, más concretamente, dentro del apartado 3.4 de dicho Listado, referido a la *"Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje"*. El subapartado 3.4.3 del Listado Naranja prevé específicamente la circunstancia de que haya una amistad personal estrecha entre un árbitro y un testigo:

3.4.3 Hay una amistad personal estrecha entre un árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia de: una parte; una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo que será emitido en el arbitraje; o una persona que tenga una relación de control, por ejemplo con una participación accionarial de control, sobre una de las partes o sobre una afiliada de éstas o sobre un testigo o perito.

Como se ha indicado, el Listado Naranja de las Directrices IBA incluye aquellas circunstancias que, si bien el árbitro debe siempre revelar, no siempre constituyen un conflicto de interés. La determinación de si una circunstancia naranja constituye efectivamente un conflicto de interés exige analizar el resto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Existencia de conflicto de interés apreciando todas las circunstancias en su conjunto. En el caso que aquí se analiza, la presumible relación personal significativa entre el Testigo y el Árbitro, basada en la relación sentimental entre el primero y la hija del segundo, se ve acompañada de tres circunstancias agravantes que, a mi juicio, determinan la existencia de un claro conflicto de interés. Estas tres circunstancias agravantes son (i) la importancia material del Testigo, (ii) los pasados vínculos del Testigo con la demandante y (iii) el incumplimiento del deber de revelación por parte del Árbitro.

La importancia material del Testigo. La controversia central del arbitraje radicaba en la interpretación del Artículo Cuarto del Pacto de Accionistas y, más concretamente, en si se había cumplido o no la Condición descrita en dicho Artículo Cuarto para que la demandante pudiese ejercitar una opción de venta de acciones

⁸ Cf. Directrices IBA, nota al pie 6 del apartado 2.2.2 incluido en el Listado Rojo Renunciable: *"En estos Listados de Aplicación el término 'pariente cercano' se refiere a: cónyuge, hermano/a, hijo/a, padres o pareja de hecho, además de cualquier otro miembro de la familia con el cual exista una relación cercana"*.

⁹ GARY B. BORN, 'International Commercial Arbitration', 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, Vol. II, pág. 1888: *"Arbitrators' Relationship With Witness. An arbitrator's significant business or personal relationship with a material witness for one party can create grounds for questioning his or her impartiality. The IBA Guidelines include such relationships as required items for disclosure and potential bases for a challenge"*.

que obligaría a la demandada a la compra de esas acciones: "*solo en el evento que transcurridos los 6 años antes indicados la Sociedad no tenga sus acciones inscritas en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros y en una o más bolsa de valores del País (en adelante la "Condición")*". La intención de los contratantes con el Artículo Cuarto del Pacto de Accionistas era el punto fundamental de prueba (*cf.* apdo. 9 en pág. 56 y apdo. 12 en pág. 57 del Laudo).

La tesis de la demandante es que se había cumplido la Condición y por lo tanto había nacido su derecho a exigir a la demandada la compra de acciones, por lo que pedía el cumplimiento forzoso de la opción más el pago de una indemnización de perjuicios. La tesis de la demandada, por el contrario, es que había fallado la Condición y por lo tanto la demandante no tenía derecho a ejercitar su opción de venta de acciones, por lo que pedía la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas de la demandante.

La declaración del Testigo fue presentada por la demandante como elemento de prueba de la tesis de la demandante sobre la cuestión crucial controvertida en el arbitraje de cómo debía interpretarse el Artículo Cuarto del Pacto de Accionistas y, específicamente, la Condición en él incluida. El testigo declaró que la intención común de los contratantes al suscribir el Artículo Cuarto del Pacto de Accionistas fue la que la demandante sostenía en el arbitraje que había sido esa intención común.

La importancia material del Testigo era una circunstancia conocida por el Árbitro desde que éste recibió y pudo leer el contenido de la declaración por escrito de aquél.

Los pasados vínculos del Testigo con la demandante. Estos vínculos son la pasada pertenencia del Testigo al estudio jurídico que representó a la demandante en el arbitraje y que además anteriormente, con participación personal directa del Testigo, asesoró a la demandante en la negociación y redacción del contrato objeto del arbitraje.

El testigo Sr. Hinzpeter fue hasta el año 2010 socio fundador y miembro del estudio jurídico que representó a la demandante en el arbitraje (*Bofill Mir & Álvarez Jana*, hasta 2010 *Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana* y antes, hasta 2008, *Álvarez Hinzpeter Jana*)¹⁰. A ello se añade que el Testigo, como él mismo explicó en su declaración escrita que fue presentada en el arbitraje, participó activa y personalmente como abogado de la demandante en la negociación y redacción del Pacto de Accionistas.

Estos pasados vínculos del Testigo con la demandante pudieron ser conocidos por el Árbitro desde que éste recibió y pudo leer el contenido de la declaración por escrito presentada por el Testigo.

El incumplimiento del deber de revelación. Como antes se expuso, el árbitro tiene el deber de revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El árbitro debe dar cumplimiento a este deber tan pronto tenga conocimiento de la circunstancia que ha de revelar, bien al tiempo de su aceptación del nombramiento como árbitro, bien posteriormente cuando se trate de una circunstancia sobrevenida (Directrices IBA, Norma General 3(a)). En la práctica internacional, la

¹⁰ Los abogados que representaron a la demandante en el arbitraje, D. Rodrigo Gil Ljubetic y D^a. María Victoria Demarchi Salinas, pertenecen al estudio jurídico *Bofill Mir & Álvarez Jana*. El primero de dichos abogados, Sr. Gil Ljubetic, trabajó además en el estudio *Álvarez Hinzpeter Jana* del año 2003 al 2007, mientras el Testigo aún era socio miembro del estudio.

revelación de circunstancias por parte del árbitro debe hacerse por escrito, ya sea dentro de la comunicación de aceptación del árbitro (que normalmente adopta la forma de una declaración de aceptación, imparcialidad, independencia y disponibilidad) o en una comunicación posterior a la aceptación en caso de circunstancias sobrevenidas (*cf.*, entre otros, Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (2017), art. 11.2 y 11.3; Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) (2014), art. 5.4; y Reglamento de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association* (AAA) (2014), art. 13.2 y 13.3).

La vinculación entre el Árbitro y el Testigo no fue revelada en ningún momento por el Árbitro en el arbitraje, lo cual constituye, en mi opinión, un claro incumplimiento del deber de revelación del Árbitro. El análisis de si se ha cumplido el deber de revelación de un árbitro exige considerar la circunstancia no revelada y decidir si esa circunstancia, a los ojos de las partes en cada caso concreto, podía razonablemente dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. En caso de duda, el árbitro debe siempre optar por la revelación (Directrices IBA, Norma General 3(d): "*Cualesquiera dudas que surjan acerca de si un árbitro debe revelar algún hecho o circunstancia deberán resolverse a favor de su revelación*"; Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, párr. 18 *in fine*: "*Cualquier duda debe ser resuelta a favor de la revelación*"¹¹). A mi juicio, el Árbitro debía haber apreciado que la relación de pareja entre su hija y el Testigo constituía o como mínimo podía constituir a los ojos de las partes una circunstancia susceptible de dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia y, por consiguiente, una circunstancia que debía revelar a las partes.

La omisión de revelación por el Árbitro de la relación de pareja entre su hija y el Testigo privó a la demandada de su derecho a recusar al Árbitro. En este sentido resulta evidente que la renuncia de las partes a recusar al Árbitro que fue incluida en las Bases del Procedimiento ("*Recusaciones: Las partes renuncian en este acto a toda causal de recusación del árbitro por hechos anteriores o coetáneos con la aceptación del cargo*") solo puede ser válida y desplegar eficacia respecto a las circunstancias que las partes entonces conocían, no respecto a aquellas otras que les fueran desconocidas.

El incumplimiento del deber de revelación no siempre constituye, por sí mismo, un motivo que justifique la recusación de un árbitro. Sin embargo, dicho incumplimiento sí es un factor que el decisor de la recusación debe tener en cuenta, junto al resto de factores, para tomar su decisión; e incluso, en caso último de duda, puede llegar a ser un factor determinante: "*La mera omisión de revelación, sin entrar a considerar las circunstancias no reveladas, no debería justificar la descalificación de un árbitro. Sin embargo, la omisión de revelación sí es un factor, a ser valorado conjuntamente con los demás, a la hora de decidir si el árbitro debe o no ser descalificado. Puede incluso ser un factor determinante si el decisor, después de considerar los otros factores, tiene dudas sobre qué hacer*"¹².

¹¹ Texto original en inglés del párrafo 18 completo: "*An arbitrator or prospective arbitrator must therefore disclose in his or her Statement, at the time of his or her appointment and as the arbitration is ongoing, any circumstance that might be of such a nature as to call into question his or her independence in the eyes of any of the parties or give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality. Any doubt must be resolved in favour of disclosure*".

¹² ALFONSO GÓMEZ-ACEBO, 'Algunos factores a considerar en el análisis de si los nombramientos repetidos deben descalificar al árbitro', Anuario Latinoamericano de Arbitraje, No. 3, 2014. pág. 173. En el mismo sentido, THOMAS W.

En el caso aquí analizado, el incumplimiento del deber de revelación coadyuva a considerar que la circunstancia no revelada (el vínculo personal estrecho entre el Árbitro y el Testigo) y las otras circunstancias agravantes que el Árbitro conocía (la importancia material del Testigo y los pasados vínculos del Testigo con la demandante) constituyen un conflicto de interés.

La conclusión anterior no cambia por el hecho de que el vínculo entre el Árbitro y el Testigo solo se pusiese de manifiesto con posterioridad al momento en que el Árbitro fue nombrado y aceptó su cargo. El deber de revelación de los árbitros es un deber continuado durante todo el procedimiento arbitral y debe recibir cumplimiento en cada ocasión en que el árbitro tenga conocimiento de una circunstancia a revelar, sea cual sea el momento procesal en que la ocasión surja (Directrices IBA, Nota explicativa sobre la Norma General 3, 3(e): *"La revelación de hechos o circunstancias o la descalificación (como se detalla en las Normas Generales 2 y 3) no deben depender del momento procesal en que se halle el arbitraje"*). El hecho de que el Árbitro ya hubiese sido nombrado antes de que apareciese en el arbitraje como testigo la pareja de su hija no exime al Árbitro de su deber de revelación ni le confiere ninguna suerte de privilegio para eludir su descalificación por existir un conflicto de interés. De hecho, cuando el conflicto se plantea entre un juez y un testigo, la infungibilidad del testigo (*"el testigo no se elige, sino que viene determinado por su relación histórica con los hechos"*) hace que deba ser el juez quien se aparte del caso, ya sea absteniéndose o renunciando posteriormente a su cargo: *"Precisamente la infungibilidad apreciable en la figura del testigo es la que favorecería la opción de separar al juez en el conocimiento del asunto cuando incurra en una relación familiar con el testigo"*¹³. Esta solución debe con más razón aplicarse al arbitraje, donde quien juzga lo hace únicamente por ser depositario de una especial confianza de las partes al ser elegido.

En suma, las circunstancias de este caso apreciadas en su conjunto, (i) el hecho de que el Testigo fuese la pareja de la hija del Árbitro, (ii) el hecho de que el Testigo fuese un testigo material presentado por la demandante para apoyar la interpretación contractual que la demandante sostuvo en el arbitraje, (iii) el hecho de que el Testigo fuese hasta el año 2010 socio del estudio jurídico que representó a la demandante en el arbitraje, (iv) el hecho de que el Testigo participase personal y activamente como abogado de la demandante en la negociación y redacción del Pacto de Accionistas y (v) el hecho de que el Árbitro no revelase a la demandada el vínculo que le unía al Testigo a través de su hija, determinan la existencia de un conflicto de interés que habría justificado la recusación del Árbitro y que también constituye un motivo de anulación del Laudo. A mi juicio, a la luz del estándar internacional para la determinación de la existencia de conflictos de interés (Norma General 2(c) de las Directrices IBA), todas las circunstancias descritas permitirían a una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegar 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.

La conclusión anterior se ve confirmada y reforzada por la constatación posterior de que el Árbitro, en el Laudo, acogió íntegramente la tesis interpretativa defendida por el Testigo y por la demandante.

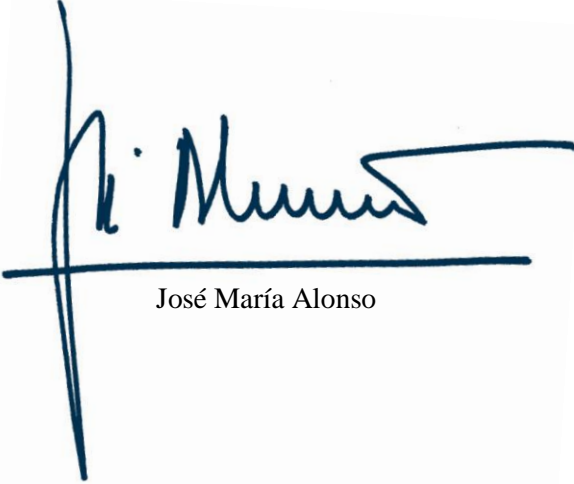
WALSH y RUTH TEITELBAUM, 'The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction', *Arbitration International*, Vol. 27, No. 3, 2011, pág. 289.

¹³ CANDELA GALÁN GONZÁLEZ, 'Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación', *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2005, pág. 134.

IV. CONCLUSIÓN

En mi opinión, por las razones expuestas anteriormente, considero que, bajo estándares y mejores prácticas internacionales en materia de arbitraje, el vínculo existente entre el Árbitro y el Testigo por razón de la relación sentimental entre el Testigo y la hija del Árbitro constituye, apreciando dicho vínculo en su conjunto con el resto de circunstancias del caso (especialmente la importancia material del Testigo y su pasada vinculación con los abogados de la demandante, así como el incumplimiento por el Árbitro de su deber de revelación), un conflicto de interés que hubiese justificado la recusación del Árbitro en su momento y que, de acuerdo a los mismos estándares y mejores prácticas internacionales, justificaría actualmente la anulación del Laudo; máxime al constatar que el Laudo acogió íntegramente la tesis interpretativa defendida por el Testigo y por la demandante.

Este es mi parecer en Derecho, que gustosamente someto a cualquier otro mejor fundado.



Handwritten signature in blue ink, appearing to read "J. Alonso". The signature is written over a horizontal line. Below the signature, the name "José María Alonso" is printed in a standard black font.