

The book contains the following contributions: Dirk De Meulemeester and Willem van Baren ("Preface: For the Sake of Transparency?"), Kristof Cox ("Based on true events: CEPANI's practice and Belgian case law on conflicts of interest"), Gerard J. Meijer ("Conflicts of Interest: NAI's practice and Dutch case law", Filip De Ly ("Conflicts of interest: international practices and case law from other jurisdictions", Vera Van Houtte ("ICC and conflicts of interest"), Olivier Caprasse ("Conflicts of interest: some practical considerations") and Melanie van Leeuwen and Sophia von Dewall ("Does apparent bias automatically give rise to conflicts of interest?").

**EMARA, Fehr Abd Elazim:** *Les mesures provisoires en arbitrage commercial international. L'arbitrage commercial d'urgence*, Saarbrücken, Dictus Publishing, 2016, xxv+485. ISBN: 978-3-659-55963-1.

Dans le domaine des mesures provisoires et conservatoires, cet ouvrage présente des études innovantes et spécialisées qui s'adressent aux praticiens et aux organismes agissant sur le plan de l'arbitrage commercial international. En tant qu'étude tant critique que comparative, elle détermine les lacunes réglementaires affectant l'efficacité de la juridiction arbitrale par rapport à la juridiction étatique dans ce domaine particulier. Or, un bon nombre de modifications normatives généralisables sont adéquatement proposées afin de combler ces lacunes. Cette recherche s'avère être d'une nature purement pratique. Elle explique les procédures successives à suivre soit par l'arbitre d'urgence, soit par le tribunal arbitral pour statuer sur la requête aux fins de mesures provisoires et conservatoires. Ainsi, certaines solutions techniques applicables sont suggérées afin de surmonter les difficultés qu'affronte l'arbitre lors de l'examen de ladite requête.

**FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana:** *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2017, 304 pp. ISBN: 978-84-947639-2-2.

En su lucha para ser reconocida como una justicia plena y autónoma, la justicia arbitral se ha enfrentado a la dialéctica entre la defensa de la autonomía de la voluntad de las partes, con la consiguiente renuncia a la jurisdicción estatal como medio de solución de controversias, y la fiscalización de la actividad arbitral y del contenido del laudo por aquélla. La resultante de esta dialéctica permite contemplar la verdadera virtualidad de un determinado sistema estatal de arbitraje y a ello profesora Ana Fernández Pérez ha dedicado un importante esfuerzo a partir de la contemplación y análisis crítico de la reciente práctica española, con importantes aportaciones no sólo desde la perspectiva práctica, sino desde la científica.

En este sentido, apunta la autora que la consolidación del arbitraje en un determinado sistema estatal acostumbra a estar en directa relación a la calidad de los jueces que en él ejercen funciones de apoyo y de control al arbitraje. Este

último se ve afectado, a su vez, por la determinación de la competencia del juez en la materia. La generalidad de los ordenamientos estatales, incluido el español, dispensan al juez una importante función de intervención en las distintas etapas en que se desarrolla el arbitraje suprimiendo cualquier confrontación o superposición entre el ámbito de actuación asignado, respectivamente, al juez y al árbitro. La colaboración entre el juez y el árbitro y el control por aquél de los laudos arbitrales no pretenden otra cosa que dotar de mayor eficacia a la solución de este tipo de controversias. No debe olvidarse que la cláusula de arbitraje, esencia misma de la institución arbitral, es un mero título contractual que confiere al árbitro la facultad de resolver el litigio, lo que no excluye la formulación de una reserva general respecto a ciertos excesos del liberalismo contractual en la realización del arbitraje.

Mas el papel controlador del juez no menoscaba, a juicio de la autora, el principio de la autonomía de la voluntad que es el soporte de la propia institución del arbitraje, erigiéndose en un principio capital en el mundo globalizado, en el que aspira a un papel propio, definidor de nuevas realidades jurídicas y de nuevos procedimientos de solución de conflictos a través de la armonización de los intereses en presencia. Se trata de un paradigma sustentado en los principios superiores o fundamentales que rigen en los ordenamientos jurídicos y en particular en el Derecho español y, a la vez, un principio fundamental para el Derecho de la contratación y, por ende, para el desarrollo de las relaciones económicas y sociales de un país en donde, aunque la Constitución de 1978 no lo recoge, ampara expresamente los derechos y libertades que lo conforman, pues no en vano la vocación de los contratos es materializar las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales.

Con estos presupuestos, a lo largo de los cinco capítulos que conforman la monografía de Ana Fernández Pérez, dicha autora configura el arbitraje como un modelo de justicia profundamente distinto al utilizado por la jurisdicción pero no de carácter "libertario", pues incumbe a los poderes públicos garantizar el libre desarrollo de la personalidad o, dicho en otras palabras, el respeto a la autonomía individual, facilitando a los ciudadanos los instrumentos precisos para su participación en condiciones de igualdad en la vida política, económica, cultural y social.

Pero la libertad apuntada no es, a juicio de la autora, ilimitada. De un lado, no puede llevarse al extremo de alterar la naturaleza misma del arbitraje ni los objetivos de sus normas reguladoras, esencialmente en la LA/2003 o las Convenciones de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961; debe distinguirse, a este respecto, entre aquellos aspectos sobre los que las partes cuentan con un gran margen de autonomía (*v.gr.*, el alcance del acuerdo arbitral, las potestades que se confieren a los árbitros para decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia o sobre la aplicación de punitive damages, la sede del arbitraje o la legislación aplicable) y aquellos otros sobre los cuales la libertad contractual cede ante las normas imperativas (como, por ejemplo, el derecho de audiencia y el derecho de defensa). De otro lado, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra condicionada por el hecho de que tanto la constitución del

órgano arbitral como el procedimiento de arbitraje deben ser conformes, o al menos no contrarios, a la normativa reguladora del acuerdo arbitral.

La autonomía de la voluntad tiene en el arbitraje el correspondiente contrapunto, a partir del control ejercido por la jurisdicción estatal, reconociendo la autora que la gran mayoría de los Estados limitan, de una manera u otra, el control ejercido por sus jurisdicciones sobre los laudos arbitrales, dentro de una doctrina que ha adquirido carta de naturaleza en pro del control limitado de los laudos. Esto implica, en primer lugar, que el juez “de control”, que no puede actuar como “juez de fondo”, esto es, no puede sustituir la apreciación de los árbitros por la suya propia. Y en segundo lugar, que el control judicial se encuentra limitado por su objeto y su finalidad, así como por el momento en el cual debe ser apreciado. Lo contrario, sustentado con apoyo de argumentos en favor de un control más severo de los laudos, incluso a partir de la invocación de que el control de oficio del orden público habilita para ello, iría en contra de la institución arbitral en su conjunto pues supondría una desconfianza sistemática en la actuación de los árbitros.

En la dicotomía entre la autonomía del arbitraje respecto a los tribunales jurisdiccionales y el control o la intervención de éstos en el arbitraje, nuestro sistema establece que estos últimos pueden intervenir en la fase inicial del arbitraje (nombramiento de árbitros y medidas cautelares, esencialmente), en la que —por su propia naturaleza— el procedimiento arbitral es más frágil y —con posteridad— solo en contadas ocasiones (sustitución de árbitros, práctica de pruebas). El control de los órganos judiciales en el arbitraje se caracteriza, en primer lugar, por orientarse a la fase *ex post*, esto es, cuando ya existe laudo arbitral, y no a un control *ex ante* del laudo que obstaculice la sustanciación de las actuaciones de los árbitros. En segundo lugar, posee una dimensión restrictiva, en lógica consonancia con la prevalencia de la autonomía de la voluntad de los sujetos en conflicto. Se logra así mantener el necesario equilibrio entre la autonomía del procedimiento arbitral y el decidido apoyo de los órganos jurisdiccionales estatales, cuando éste es requerido y, además, se garantiza previsibilidad en la decisión de los árbitros, de suerte que los usuarios del arbitraje no se vean sorprendidos con una intervención judicial exorbitante.

En el contexto anterior, la profesora Fernández Pérez entra de lleno en la polémica en torno a si la autonomía de la voluntad que caracteriza al arbitraje debe posibilitar a las partes la decisión de si quieren o no estar protegidas por el instrumento de control que ofrece la acción de anulación pues, de admitirse la renuncia, el laudo quedaría eximido del control judicial en la fase post-arbitral. Es una cuestión vinculada a si el “pacto de exclusión” se integra dentro de los denominados derechos renunciables. Tras examinar los argumentos en favor de la admisión de la renuncia y de los sistemas que la contemplan, la autora se detiene en el sistema español considerando que si la cuestión se suscita ante un juez, éste debe admitir de manera restrictiva las renunciaciones y exigir un lenguaje claro que refleje la intención de las partes de excluir cualquier impugnación del laudo. La renuncia no puede ser indirecta, ha de figurar en el convenio arbitral mismo o en un acuerdo escrito posterior; no puede hallarse en un documento preexistente al que las partes reenvían y la mera conformi-

dad en el convenio arbitral de que el laudo será definitivo y no sujeto a apelación no constituye una renuncia al derecho a impugnar el laudo. Considera plenamente convincentes los argumentos que apuntan a las ventajas del control judicial del laudo porque, permitirá a la jurisdicción de la sede fijar pautas uniformes de ordenación del procedimiento y servirá como un factor de garantía del arbitraje.

Solventada esta cuestión la monografía que aquí se comenta tiene el mérito de enfatizar el instituto del arbitraje de equidad que en ciertas etapas históricas se alzó como la modalidad más representativa del arbitraje, vinculándose a la decisión adoptada por un árbitro único, y se construyó en el leal saber y entender del profesional que, actuando como árbitro, escuchaba a las partes y aplicaba la práctica generalizada y universalmente aceptada del concreto sector en el que se enmarcaba el litigio. Una modalidad que, asimismo, entrañaba unos trámites procesales más flexibles e informales.

Con respecto a dicha cuestión, considera la autora que, pese a estar regido por las mismas leyes que regulan el arbitraje de Derecho, el arbitraje de equidad aporta unos mecanismos de simplicidad que le hacen particularmente atractivo en ciertos casos. Si bien la ley establece el arbitraje en equidad como excepcional, pues los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello, esta modalidad ha experimentado una importante revitalización en el Derecho moderno como resultado de su acomodación a la realidad práctica. Resulta pues, en su opinión, un mecanismo idóneo para resolver relaciones complejas y prolongadas suscitadas en campos emergentes en los que la ley no está suficientemente desarrollada o no confiere respuestas adecuadas; y a ello se une su virtualidad para alcanzar una respuesta, de manera informal, con prontitud e imparcialidad. Si la ley y la equidad son las hijas gemelas de la justicia, el arbitraje de equidad se acomoda a los postulados de la racionalidad práctica y a un empleo eficaz de ciertas prácticas y usos aplicables a un caso concreto. Constituye en la actualidad una especie del género arbitraje que sigue desempeñando una importante función en la resolución de las controversias tanto internas como internacionales.

Militan, a juicio de la autora, en favor del arbitraje de equidad argumentos muy variados que apuntan a sus preferencias en determinados sectores de la práctica que son reacios al formalismo de determinadas regulaciones que pueden contrariar la puesta en marcha de la acción de la buena fe, esencial en la solución de múltiples frecuentemente excesivo del Derecho oficial. En otras ocasiones, entiende que la razón elegir el arbitraje de equidad es su virtualidad para utilizar de manera cumulativa el contenido de varias leyes nacionales evitando tener que optar por una de ellas y equilibrando así las pretensiones de las partes.

Otra cuestión capital estudiada en profundidad en la presente monografía se centra en las actuaciones de los árbitros que dan lugar a los denominados "conflicto de intereses". Reconociendo que la existencia en el arbitraje de un conflicto de intereses no es pernicioso en sí misma, sino más bien una suerte de "patología benigna", entiende la autora que lo nocivo es una mala gestión

del mismo que suponga el riesgo de entrañar un perjuicio. El conflicto de intereses no exige una situación en la que el daño se vaya a producir inevitablemente o, incluso, que ya se haya producido; consiste en un estado de riesgo para la integridad e independencia de la actuación profesional. Y en su indagación deben valorarse las circunstancias que lo originan y los resultados de su existencia: es suficiente la probabilidad de que una situación concreta presente en potencia el riesgo de incidir negativamente en la actuación del profesional. Por tanto, es autónoma del perjuicio que pudiere derivarse para terceros o del potencial daño producido al prestigio del colectivo profesional, y la consiguiente desconfianza generada por esta actuación en la sociedad.

La necesidad de resolver los conflictos de intereses en el arbitraje conduce inexorablemente a un complejo cúmulo de intervenciones que añade cuantiosos gastos y retrasos en la resolución de la controversia. Bien es verdad que las denuncias pueden utilizarse de forma abusiva, como una simple maniobra dilatoria con el objeto único de retrasar el arbitraje, pero la solución óptima a esta cuestión en el ámbito del tribunal arbitral, del centro administrador o, en última instancia, de los tribunales ordinarios, decidiendo cuestiones de descalificación de los árbitros debido a conflictos de intereses, es una garantía para las partes litigantes, para el propio proceso arbitral y para el Estado donde éste último tiene la sede. Precisamente en la evitación de recusaciones con fines exclusivamente dilatorios, y de la retirada injustificada de árbitros propuestos, el sistema de listas que incorporar las Directrices de la IBA juegan un importante papel.

Con independencia de lo anterior, para evitar las situaciones descritas, los grandes bufetes de abogados están llamados a mejorar sus sistemas de control de conflictos, para evitar que el árbitro pueda pasar inadvertidamente de la independencia a la dependencia a su propio albedrío. Además, la información que deben suministrar debe ser exhaustiva. De no hacerlo así pueden producirse graves consecuencias, sobre todo, como ocurrió en el caso que se comenta, cuando la constatación de la nueva situación se produjo en una etapa tardía del procedimiento arbitral evidenciando sospechas serias acerca de la capacidad del árbitro para actuar de manera independiente e imparcial.

La monografía concluye con un profuso estudio de la fase judicial de control del arbitraje y del árbitro, aseverando la autora que los linderos entre un control judicial respetuoso con la voluntad que no interfiera con el fondo de la decisión del tribunal arbitral son variables pero tienden a estrecharse, dentro de un debate doctrinal inacabado y de una práctica jurisprudencial heterogénea que, sin embargo, evidencia un debilitamiento del control ejercido por el juez estatal sobre el procedimiento y sobre el laudo. De la delimitación adecuada de estos linderos depende la existencia misma de la institución arbitral.

Juan Carlos ORTIZ PRADILLO

Profesor de Derecho Procesal (T.U. acreditado) de la UCLM  
Presidente de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Toledo