

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD, DEBER DE DECLARACIÓN Y RECUSACIÓN EN EL ARBITRAJE DEL ESTADO

*Mario Castillo Freyre**
*Rita Sabroso Minaya***

1. INTRODUCCIÓN.— 2. CAUSALES DE RECUSACIÓN.— 2.1. INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 221 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.— 2.2. ESTAR INCURSO EN ALGUNO DE LOS IMPEDIMENTOS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 221 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.— 2.3. INCUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS Y CONDICIONES ESTABLECIDAS POR LAS PARTES EN EL CONVENIO ARBITRAL CON SUJECIÓN A LA LEY, EL REGLAMENTO Y NORMAS COMPLEMENTARIAS.— 2.4. EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS QUE GENEREN DUDAS JUSTIFICADAS RESPECTO DE SU IMPARCIALIDAD O INDEPENDENCIA Y CUANDO DICHAS CIRCUNSTANCIAS NO HAYAN SIDO EXCUSADAS POR LAS PARTES EN FORMA OPORTUNA Y EXPRESA.— 2.4.1. SI HA MANTENIDO O MANTIENE ALGUNA RELACIÓN RELEVANTE DE CARÁCTER PERSONAL, PROFESIONAL, COMERCIAL O DE DEPENDENCIA CON LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES, ABOGADOS, ASESORES Y/O CON LOS OTROS ÁRBITROS, QUE PUDIERA AFECTAR SU DESEMPEÑO EN EL ARBITRAJE.— 2.4.2. SI HA MANTENIDO O MANTIENE CONFLICTOS, PROCESOS O PROCEDIMIENTOS CON ALGUNA DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES, ABOGADOS, ASESORES Y/O CON LOS OTROS ÁRBITROS.— 2.4.3. SI HA EMITIDO INFORME, DICTAMEN, OPINIÓN O DADO RECOMENDACIÓN A UNA DE LAS PARTES RESPECTO DE LA CONTROVERSIA OBJETO DE ARBITRAJE.— 2.4.4. SI ES O HA SIDO REPRESENTANTE, ABOGADO, ASESOR Y/O FUNCIONARIO O HA MANTENIDO ALGÚN VÍNCULO CONTRACTUAL CON ALGUNA DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES, ABOGADOS, ASESORES Y/O CON LOS OTROS ÁRBITROS EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS.— 2.4.5. SI EXISTE CUALQUIER OTRO HECHO O CIRCUNSTANCIA SIGNIFICATIVAS, QUE PUDIERA DAR LUGAR A DUDA JUSTIFICADA RESPECTO A SU IMPARCIALIDAD O INDEPENDENCIA.—

1. INTRODUCCIÓN

El árbitro o los árbitros —en el caso de un Tribunal Arbitral— son terceros imparciales, elegidos por las partes, o por un tercero designado por las mismas, o — en su caso— por las Cámaras de Comercio, quienes tienen por encargo resolver los conflictos que los particulares han sometido al fuero arbitral.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje y Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

** Rita Sabroso Minaya, Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre, Adjunta de Docencia del curso de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

No cabe duda de que la elección del árbitro (o del tribunal arbitral) constituye el acto central y fundamental del arbitraje, ya que la figura del árbitro cumple un papel protagónico dentro de la institución del arbitraje.

En efecto, todo el sistema arbitral gira en torno al árbitro, en la medida de que sobre su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje.

Recordemos que las partes buscan nombrar como árbitro (o árbitros) a personas que gocen de determinada capacidad y pericia para resolver el conflicto de la manera más eficaz; es decir, a profesionales especialistas respecto de la controversia que se halla sometida al arbitraje.

Al respecto, William Park¹ señala que se debe tener en cuenta que a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en éstas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho objetivo, se espera que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente como para ser buenos oidores y diligentes lectores.

Por su parte, Roque Caivano² señala que la elección de las personas que actuarán como árbitros en algunos casos se verá limitada a la lista proporcionada por la institución que administrará el arbitraje, y en otros casos será con mayor libertad, como en los arbitrajes *ad hoc*. Sin embargo, en uno o en otro caso, la selección de los árbitros es quizá el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más de que intervenga una institución, el éxito o fracaso dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia.

Dentro de tal orden de ideas, la importancia práctica que juega el papel de los árbitros en la institución del arbitraje es verdaderamente significativa, en la medida de que si éstos tienen una conducta que se caracteriza por la falta de imparcialidad y probidad en sus actos y decisiones, la consecuencia práctica será la pérdida de confianza en esta institución como método alternativo eficiente de solución de controversias.

Así, es factible que se susciten ciertas dudas respecto de la imparcialidad de los árbitros, conflictos entre éstos y algunas de las partes que conducen a la inhibición del árbitro, ya sea espontáneamente o en virtud de la recusación formulada por una de las partes.

¹ PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, N° 2, p. 14.

² CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 2da. Edición, pp. 171-172.

Al respecto, Leonardo Charry³ sostiene que la importancia de la figura de la recusación consiste en mantener la imparcialidad de los fallos sobre todo en aquellos casos en que a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones, de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia.

Según Fernando Vidal,⁴ la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. La recusación puede ser planteada por las partes no sólo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando éstos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral o por la jurisdicción ordinaria.

El temor a la ausencia de objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues su *ratio essendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene.⁵

En consecuencia, podemos afirmar que la razón de ser de la recusación — como instrumento jurídico utilizado para restaurar la fe en el proceso— radica en la desconfianza en el administrador de justicia. Si bien es cierto que la confianza es un acto voluntario y personal, esto es, que generalmente otro no confía por uno, sino que somos nosotros, con base en nuestra experiencia, los que depositamos o quitamos nuestra confianza en y a alguien, existen casos en que la ley desconfía por nosotros. A partir de ello, se desprende que la sociedad desconfía *a priori* de que determinados sujetos, independientemente de sus calidades personales y profesionales, puedan hacer justicia.

2. CAUSALES DE RECUSACIÓN

El artículo 28 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, establece lo siguiente:

Artículo 28.- «Motivos de abstención y de recusación.»

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar

³ CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje Mercantil Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 53.

⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 85.

⁵ PICÓ I. JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 41.

- lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él **circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.**
 4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
 5. 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 su nombramiento». (El subrayado y la negrita son nuestras).

En líneas generales, debemos señalar que la aplicación de la última parte del inciso 3 del citado artículo 28⁶ en la realidad es escasa. Dicho precepto, asume como premisa que la sociedad no puede confiar en que aquellas personas a las que se refieren los artículos 20⁷ y 21⁸ de la Ley, puedan llevar un proceso arbitral libre de toda sospecha.

Por su parte, la primera parte del inciso 3 del artículo 28⁹ nos remite al incumplimiento real o aparente del deber de los árbitros de administrar justicia con independencia e imparcialidad.

Dicho extremo es el que registra las hipótesis más frecuentes de los casos que dan lugar a las recusaciones en el quehacer arbitral. Y están referidos casi con unanimidad a la idoneidad moral de los árbitros, o mejor dicho, a su falta de idoneidad moral. No es coincidencia pues que el tema de la recusación siga al de la ética. Porque por lo general, la experiencia enseña que se recusa a un árbitro fundamentalmente por cuestiones éticas.

⁶ No poseer las calificaciones exigidas por la Ley.

⁷ Artículo 20.- «Capacidad.

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

⁸ Artículo 21.- «Incompatibilidad.

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

⁹ Dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia.

Por lo general, los reglamentos y códigos de ética de los centros de arbitraje dicen cosas muy parecidas en cuanto a la recusación. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, establece como causales de recusación tres supuestos; a saber:

Artículo 225.- «Causales de Recusación

Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 221 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224.
2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.
3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

El primer supuesto coincide con la última parte del inciso 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, esto es, con aquella hipótesis que pocas veces se verifica en la realidad y que tiene que ver con las calificaciones legales de los árbitros y con las personas impedidas de actuar como tales en atención a la investidura pública de la que gozan o, según el caso, que han gozado. Esta es la hipótesis de la falta de confianza social en estas personas para administrar la justicia arbitral y que permite su recusación.

El segundo supuesto coincide también con el inciso 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, en el sentido de que puede recusarse al árbitro o árbitros que no cumplan con los requisitos que las partes pactaron en el convenio arbitral.

Finalmente, el tercer supuesto —en comparación con el inciso 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje— sólo agrega que «dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa», lo que también coincidiría con lo establecido en los incisos 4 y 5 del referido artículo 28 de la Ley de Arbitraje.

En consecuencia, los dos primeros incisos del citado artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no generan mayores problemas de interpretación, ya que son eminentemente objetivos. Sin embargo, en el tercer inciso se concentran las dificultades interpretativas, pues el legislador deja abierta la posibilidad —al no establecer los criterios específicos necesarios para dudar de la imparcialidad o independencia de los árbitros— de entrar a tallar en el plano subjetivo.

A continuación, analizaremos cada una de las causales de recusación contempladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2.1. Incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 221 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Para ser árbitro se requiere cumplir con los requisitos legales, que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico están regulados por el artículo 20 de la Ley de Arbitraje y —específicamente para el arbitraje sobre contrataciones y adquisiciones del Estado— por el artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En efecto, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje establece que pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Por su parte, lo característico del artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es establecer que el Árbitro Único y el Presidente del Tribunal Arbitral deben ser necesariamente abogados,¹⁰ a diferencia del inciso 1 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, que señala que el nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados, salvo acuerdo en contrario.

En otras palabras, si nos encontramos ante un Tribunal Arbitral, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sólo exige que el Presidente sea abogado, por lo que podría darse el caso de un Tribunal Arbitral en donde sólo el presidente fuese abogado y los otros árbitros de profesión distinta; supuesto que no era contemplado, por ejemplo, por la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, para la cual el Tribunal Arbitral de derecho debía estar conformado íntegramente por abogados.

En consecuencia, según lo establecido por el artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, una de las partes podría recusar válidamente al Árbitro Único o al Presidente de un Tribunal Arbitral que no sea abogado. Como ya lo señaláramos, este punto no presenta problema alguno, en razón de que se trata de un requisito netamente objetivo.

2.2. Estar incurso en alguno de los impedimentos establecidos por el artículo 221 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

¹⁰ Al igual que el artículo 278 del antiguo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En algunos supuestos, es la propia ley la que desconfía *a priori* (y por nosotros) de determinados sujetos, independientemente de las calidades personales y profesionales de la persona de que se trate.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado veta la confianza en determinadas personas para desempeñar la función arbitral, sin que haya habido una experiencia previa que dé origen a tal desconfianza. Sin embargo, la recusación contra estos sujetos debe producirse porque de lo contrario, así tuviesen las partes fe ciega en ellos, el arbitraje sería nulo de acuerdo a ley.

Así, tenemos que el artículo 221 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado nos dice quiénes son esos sujetos en los cuales la sociedad no puede confiar en que llevarán un proceso arbitral libre de toda sospecha; a saber:

Artículo 221.- *Impedimentos*

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros

1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
4. El Contralor General de la República.
5. Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.
6. El personal militar y policial en situación de actividad.
7. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
8. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
9. Los declarados en insolvencia.
10. Los sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas».

Como vemos, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —al igual que la Ley de Arbitraje— presume que la justicia arbitral idónea no puede recaer en manos de personas que no posean las calificaciones legales para

ser árbitros o que, teniéndolas, estén impedidas de serlo por una circunstancia transitoria, a saber: el cargo público que ocupan.

Al igual que en el caso anterior, esta causal de recusación tampoco presenta problema alguno, en tanto también se refiere a requisitos eminentemente formales, con la única salvedad de que el artículo 221 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla una lista de impedimentos, a diferencia del artículo 20 de la Ley de Arbitraje, que de manera genérica se refiere al tema de los impedimentos.

2.3. Incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias

De otro lado, el segundo inciso del artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tampoco presenta mayores dificultades en su interpretación, ya que sólo se refiere al cumplimiento de criterios meramente formales, pero esta vez, criterios pactados por las propias partes en el convenio arbitral.

Como bien sabemos, el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o que pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sea o no materia de un proceso judicial.

En la medida de que el convenio arbitral es una figura prevista tanto para los supuestos en que el conflicto ya existe, como para los supuestos en que el conflicto es sólo potencial, el contenido esencial para dotar de validez al convenio arbitral estará determinado por la voluntad inequívoca de las partes de querer resolver sus conflictos a través del arbitraje, y por el establecimiento de la relación jurídica en torno a la cual podrán surgir los conflictos.

Al respecto, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú¹¹ consideran que los elementos esenciales del convenio arbitral son solamente dos: (i) El compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias; y, (ii) La fijación de la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje.

Silvia Gaspar¹² nos dice que un aspecto importante que implica la fijación de la relación jurídica en el convenio arbitral es que en función al mismo será posible determinar el concreto procedimiento por el que ha de desarrollarse el arbitraje.

¹¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 131.

¹² GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, pp. 66-67.

Por su parte, Fernando Vidal¹³ sostiene que en el convenio arbitral se debe establecer desde la simple referencia del propósito de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje, hasta los más mínimos detalles en cuanto a la manera como debe desarrollarse el proceso arbitral y las obligaciones que asumen las partes.

Asimismo, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú¹⁴ señalan que las partes podrán pactar, en cualquier momento, otros elementos, tales como el número de los árbitros, la designación de los árbitros, la ley aplicable, el lugar del arbitraje, el procedimiento arbitral, la renuncia a la apelación, etc.

En virtud de ello, es posible afirmar que una de las materias que podría ser parte del contenido del convenio arbitral, es la referida a los criterios esenciales para la designación de los futuros árbitros.

Dentro de tal orden de ideas, si el árbitro único o alguno de los árbitros del tribunal arbitral no cumpliera con los requisitos previamente pactados por las partes en el convenio arbitral, una de las partes podría válidamente recusarlo, en virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2.4. Existencia de circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa

Roque Caivano¹⁵ expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

Como ya lo señaláramos, el problema fundamental en que a menudo no se establecen los criterios necesarios para determinar las circunstancias que dan lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Algunas instituciones arbitrales elaboran, sobre la base de la experiencia vivida, ciertos patrones de conducta para los árbitros, como una especie de guía para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, con la pretensión de abarcar aquellos aspectos del comportamiento de los árbitros que no es reglada por el acuerdo entre las partes o las disposiciones legales. Su objetivo es, finalmente, apuntalar la

¹³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 132-133.

¹⁵ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

confiabilidad y eficacia del sistema arbitral, garantizando ciertos principios elementales, inherentes a toda actividad jurisdiccional.

Por ejemplo, el Código de Ética para árbitros de la American Arbitration Association establece algunas reglas; a saber:¹⁶

- Las personas a quienes se propone ser árbitros aceptarán la designación sólo si ellos consideran que pueden conducir el arbitraje con celeridad y justicia;
- Antes de aceptar una designación como árbitro, deberán verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y en su caso hacerla conocer a las partes;
- Mientras están actuando como árbitros, deberán evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, que haga dudar de su neutralidad, o que sea susceptible de crear la apariencia de parcialidad o predilección hacia alguna de las partes. No es necesario que el hecho haya generado efectivamente esa imparcialidad. Basta con que sea potencialmente capaz de producirla, o que el árbitro crea que las partes puedan haber dudado de ella;
- Si esa situación no hubiera podido evitarse, deberán ponerla inmediatamente en conocimiento de las partes y ofrecerles apartarse voluntariamente del caso. Si a pesar de conocer el hecho, las partes le ratifican la confianza, sólo podrá seguir actuando en la medida de que se sienta verdaderamente imparcial. La convalidación de las partes no bastará si en su fuero íntimo el árbitro conoce que su neutralidad se ha visto afectada. Esto es, obviamente, una cuestión que queda reservada a la conciencia del árbitro;
- Deberán conducirse en todo momento con equidad, absteniéndose de resolver sobre la base de inclinaciones o simpatías personales y absteniéndose de consideraciones subjetivas que puedan implicar un preconcepto. Procurarán laudar en la forma más objetiva posible; etc.

Por su parte, el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

Asimismo, el referido artículo señala que todo árbitro debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco años anteriores a su nombramiento, que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier

¹⁶ Idem.

circunstancia sobrevenida a la aceptación. Asimismo, debe incluir una declaración expresa en lo que concierne a su idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad de tiempo para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

A diferencia de las antiguas leyes y reglamentos que regulaban el arbitraje del Estado sin realizar mayores especificaciones, el artículo 224 del Reglamento vigente establece que todos los árbitros deberán cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

En efecto, con fecha 11 de junio de 2008 salió publicada en el Diario Oficial «El Peruano» la Resolución n.º 258-2008-CONSUCODE/PRE, a través de la cual se aprobó el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En el citado Código de Ética se especifica qué se entiende por imparcialidad e independencia y bajo qué supuestos se produce o se sospecha que se produce la parcialidad o dependencia de los árbitros en relación con una de las partes del arbitraje.

Tanto los deberes de declaración de los árbitros como los elementos determinantes de la imparcialidad e independencia del árbitro establecidos en el referido Código de Ética serán los ejes para nuestro estudio sobre las causales éticas para la recusación de los árbitros.

En realidad, el artículo 3 del Código de Ética, al tener una función meramente explicativa de lo que se debe entender por parcialidad y dependencia de los actos arbitrales, está sometido a la subjetividad de la interpretación. En efecto, este es un artículo meramente conceptual y señala el significado del principio de independencia, de imparcialidad, entre otros, pero no dice en qué hipótesis concretas se vulneran dichos principios.

Por ello, para nosotros, es sólo una referencia complementaria a lo verdaderamente importante en lo que a causales de recusación se refiere, esto es, que estén explícitamente identificadas como tales en el reglamento al cual se hubieren sometido las partes. De esta forma, el artículo 5 de dicho Código de Ética cumple con esta función. Por lo tanto es clave para determinar exactamente cuándo se puede recusar a un árbitro por cuestiones morales.

Así, el artículo 5 del referido Código de Ética sanciona el deber de información de los árbitros sobre hechos o circunstancias que importan para que sobre el arbitraje no quepa sombra de duda.

En efecto, las «justificadas razones» de las partes de un proceso arbitral para dudar o estar seguro de la falta de idoneidad moral de los árbitros se encuentran objetivadas en el incumplimiento por parte de los árbitros de los deberes de declaración contenidos en los siete supuestos del artículo 5 del Código de Ética.¹⁷

Así el último párrafo del referido artículo 5 señala que «la omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva.

De este modo, quien recuse a un árbitro por infringir alguno o varios de los deberes de información contenidos en el artículo 5 está amparado por la misma norma para que su pretensión sea declarada fundada.

Veamos pues cuáles son los principales supuestos de silencio que podrían ocasionar que un árbitro sea recusado, al implicar ese silencio una duda razonable sobre su imparcialidad.

2.4.1. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje

Lo primero que hay que decir es que una relación personal o de dependencia del árbitro con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores, de por sí, no necesariamente descalifica al árbitro. Lo que lo descalificaría moralmente es

¹⁷ Artículo 5.- «Deber de información

En la aceptación al cargo de árbitro, éste deberá informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:

- 5.1. Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o, si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.
 - 5.2. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código.
 - 5.3. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.
 - 5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.
 - 5.5. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.
 - 5.6. Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje.
 - 5.7. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia.
- (...».

que no declare la relación. Es este silencio el que sirve de base para recusarlo según el reglamento.

En efecto, una relación de parentesco con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores no es razón suficiente como para recusar a nadie porque de esa relación no puede inferirse necesariamente la parcialidad del árbitro con el pariente.

El caso no es el mismo cuando estamos en presencia de una relación de dependencia. Aquí sí puede presumirse que quien depende de la hacienda de otro para cubrir sus necesidades en el mundo —esta es la única dependencia que puede objetivarse—, necesariamente se verá inclinado a no contrariar los intereses de aquél de quien depende su suerte. Así pues, la dependencia, a diferencia del parentesco, sí implica parcialidad.

Por ello consideramos inadecuado que a ambas relaciones se les dé igual tratamiento. Porque, como hemos visto, un pariente puede ser árbitro en un proceso donde alguien de su parentela es parte o representante, abogado o asesor de ella. De ser el caso, la declaración oportuna de este parentesco sin que éste importe el rechazo de la otra parte a la función arbitral del declarante, supone su imparcialidad.¹⁸ En cambio, un dependiente jamás podrá ser árbitro porque el propio Código de Ética y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado exigen en sus artículos 3 y 224, respectivamente, que el árbitro sea independiente de los otros actores del proceso. Y la declaración de dependencia no lo hará independiente. Aquí la dependencia es un hecho objetivo que lo inhabilita como árbitro y cualquier declaración sobre su existencia es absolutamente inútil si con ella se pretende ejercer la función arbitral en ese proceso determinado; todo ello, naturalmente, salvo que la parte afectada dispense esa dependencia (situación que, aunque insólita, resulta posible).

Por otro lado, es entendible cualquier suspicacia que pudiera producirse de la amistad íntima o trato frecuente entre un árbitro y una de las partes. Por eso no es descabellado suponer que la íntima amistad predisponga favorablemente al árbitro para con su amigo parte del proceso. Sin embargo y como en el caso del parentesco, esto es una suposición y no una certeza.

En tal sentido, se hace bien cuando se exige en el caso de la relación de amistad o trato frecuente entre el árbitro y alguna de las partes, la declaración de estos hechos por el árbitro en cierne. Ésta basta para demostrar la buena fe del

¹⁸ Recordemos que el penúltimo párrafo del artículo 5 del Código Ética dispone que «cualquier dispensa de las partes debe hacerse de manera expresa, luego de cumplido el deber de información por parte del árbitro (...). En todos estos casos, la circunstancia dispensada en forma expresa no podrá ser motivo de recusación a iniciativa de parte, ni tampoco generará sanción por parte del CONSUCODE [hoy OSCE]».

árbitro, la que será evaluada por la otra parte, la cual puede o no recusarlo legítimamente según su parecer.

Caso totalmente distinto es el de la relación de amistad íntima o trato frecuente del árbitro con alguno de los representantes, abogados o asesores de alguna de las partes del proceso. Es nuestro parecer que aquí el deber de declarar tiene un sentido bastante discutible sino hasta frágil. Y ello porque el mundo de los arbitrajes en las sociedades latinoamericanas y sobre todo en el Perú, es por el momento muy restringido. De ahí que quienes actúan en él no sólo tienen un trato frecuente, sino que desarrollan amistades poderosas, de donde no es difícil hallar que en un proceso arbitral, todos los actores, con la probable excepción de las partes, o se hayan tratado frecuentemente o sean íntimos amigos entre sí.

En otras palabras, en un círculo cerrado como es el de la jurisdicción arbitral, la probabilidad de relaciones amistosas y trato frecuente entre árbitros, abogados, asesores y otros profesionales dedicados a la administración de la justicia privada, es muy alta. Ello hace que no tenga mayor sentido declarar algo que tiene probabilidad estadística elevada de ocurrir y que es parte de la realidad del arbitraje.

Por otro lado, debe notarse que la recusación por motivo de esta causa, independientemente de si se declara o no, implicaría en corto tiempo el desplome de la actividad arbitral ante la desaparición de operadores jurídicos descalificados por amistad o trato frecuente.

Por lo demás, la sospecha de falta de imparcialidad que pudiera sugerir la amistad íntima o el trato frecuente entre árbitros, abogados, representantes o asesores de alguna de las partes no se funda en sólidas razones. Y esto porque el mismo hecho de que todos los involucrados mencionados se conozcan de tratos frecuentes o sean amigos, disuelve precisamente por ello, la probabilidad de parcialidad.

2.4.2. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros

Este hecho es en sí mismo una causal de recusación de los jueces en todo proceso civil.¹⁹ Se entiende que las probabilidades de un juicio justo se desvanecen si el juez de una causa está en pleito judicial en otro proceso con una de las partes que eventualmente también está sometida a su jurisdicción. Obviamente cualquier pleito resiente voluntades y predispone a la animadversión.

¹⁹ Cabe precisar que el inciso 6 del artículo 307 del Código Procesal Civil establece que las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso cuando «exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio de proceso».

En el caso de los árbitros la razón analógica es la misma. Por ello, si bien es la no declaración formal de este hecho la que da lugar a la recusación y, por tanto, no el hecho en sí mismo, lo cierto es que cualquier árbitro que se respete moralmente no tiene nada que declarar, sino simplemente inhibirse de aceptar el encargo de árbitro. El paso por la declaración dirá mucho de su idoneidad moral, porque ello no implica otra cosa que lo hace a sabiendas de que será recusado, lo que no habla muy bien de su seriedad.

Cabe precisar que el considerar el deber de declarar un conflicto, procesos o procedimientos pendientes de los árbitros con cualquiera en el proceso que no sean las partes es un desacierto. Porque en efecto y tratándose sobre todo de arbitrajes de Derecho, no son remotas las probabilidades de que el árbitro y los abogados, asesores o representantes de alguna de las partes en un arbitraje, tengan pendientes, en otros procesos judiciales o arbitrales, litigios entre sí como consecuencia del ejercicio de su profesión de abogados. Pues los abogados patrocinan causas y pelean jurídicamente por ellas con otros abogados. Ello es absolutamente normal y por tanto sería absurdo descalificar a un árbitro por este hecho. Después de todo, el árbitro va a hacer justicia a las partes con las que no tiene ningún litigio pendiente, y no a sus representantes, abogados o asesores con quienes podría tenerlos en el marco del quehacer profesional. Demás está decir que si el pleito ha pasado la frontera profesional, hecho que bien podría darse, es al abogado, representante o asesor de una de las partes —y no al árbitro— a los que les correspondería alejarse del proceso arbitral, por el bien de los intereses de su patrocinado. En lo que toca a la moral, quedarían éstos como duques.

2.4.3. Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje

Puede ser recusado el futuro árbitro que no declare formalmente que con relación al conflicto que se pretende someter a su juicio arbitral, él ya tuvo una relación profesional diferente a la de árbitro. Pues brindó sus servicios profesionales asesorando, emitiendo dictámenes u opinando o simplemente recomendando algún curso de acción respecto de ese conflicto a una de las partes. Se supone por tanto que ya tiene una opinión formada sobre el caso antes del proceso arbitral que lo descalifica para hacer justicia allí. En nuestra opinión, es el hecho mismo el que lo descalifica, y no la falta de declaración.

Si bien las mayores probabilidades para su descalificación como árbitro provengan de la parte a la que no brindó sus servicios o consejos profesionales, nada obsta para que aquella a la que sí se los brindó pueda también descalificarlo. Y esto porque el adelanto de opinión o simplemente la opinión que se formó durante la asesoría, pudo haber sido desfavorable a su cliente de entonces y del que hoy pretende ser árbitro.

Un error de la norma en este supuesto bajo comentario, ha sido personalizar el hecho del servicio profesional brindado sobre el conflicto materia de arbitraje a una de las partes por el futuro árbitro. Lo cierto es que tal atención profesional ajena al arbitraje tendría similares reparos si ésta hubiese sido brindada por la empresa o estudio de abogados del futuro árbitro, aun si éste no hubiere participado directamente. Aquí nos sería lícito suponer que el futuro árbitro está comprometido con los actos y opiniones de su centro de labores profesionales y por tanto que no puede desempeñar con imparcialidad ni independencia su función.

En tanto en el supuesto señalado —el de que el servicio haya sido brindado por el estudio de abogados— no se le exige al futuro árbitro el deber de declaración, la otra parte tendrá la posibilidad de recusar al árbitro en atención a su relación de dependencia con el estudio jurídico que brindó servicios a una de las partes. Consideramos que aquí también, no se debe esperar siquiera una declaración formal del futuro árbitro sobre este supuesto, sino que apenas conocida la identidad de las partes, por un mínimo de decoro, deberá rechazar el nombramiento.

2.4.4. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años

Cuando un letrado o un profesional cualquiera lleva casos o asuntos o se compromete a llevarlos en el futuro, establece una relación de dependencia con su cliente, por lo que no puede a la vez ser su árbitro en un proceso arbitral, aun si los asuntos o casos que lleva no tuviesen nada que ver con la controversia que origina el arbitraje. La descalificación aquí procede por la simple relación de dependencia.

Sin embargo, no existe una relación de dependencia ni necesariamente una disposición de parcialidad cuando en el pasado, el potencial árbitro brindó algún servicio profesional a alguna de las partes —que bien puede haber sido a ambas— del arbitraje.

El supuesto nada dice de la frecuencia con que estos servicios profesionales se han producido, ni tampoco de su volumen. Puede haber sido un caso de poca monta como varios de mucha que han podido constituir la principal fuente de ingresos de la firma o la persona natural que los prestó.

Como las normas no pueden ponerse en el caso por caso para presumir cuándo hay mayores probabilidades de parcialidad hacia un antiguo cliente, se dispone con acierto que en este supuesto debe declararse cualquier trato que haya habido en los últimos cinco años y, por lo tanto, dependerá de la voluntad de las partes evaluar esa situación.

Una observación pertinente es que ni ésta ni ninguna de las siete normas cuya infracción de información podría, objetivamente, dar lugar a una recusación, se ponen en el supuesto de una relación —ajena al parentesco— que podría existir entre el árbitro y un miembro de la familia de alguna de las partes, por ejemplo, un futuro árbitro que es abogado del padre de una de ellas. Lo que creemos es que para algunos casos que podrían estar en este supuesto, como el del ejemplo, el Código de Ética ha considerado la existencia objetiva de una relación de dependencia que por sí misma descalifica al futuro árbitro, independientemente de si éste esté obligado o no a declarar tal relación.

2.4.5. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativas, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia

Como resulta evidente, esto no es más que un homenaje a la ambigüedad y el subjetivismo. Porque, qué entender por «significativas», cuál es ese «cualquier otro hecho o circunstancia». Y, para remate, toda la interpretación de lo antedicho queda exclusivamente al libre juicio del futuro árbitro.

Con ello la norma misma mediatiza su aplicación, porque bastará que, interpelado el árbitro por el referido enunciado, éste oponga que «a su juicio» tal hecho no es importante ni significativo y así por el estilo para justificar su derecho a no haberlo declarado. No obstante ello, sería el OSCE quien, finalmente, decida si la recusación reviste fundamento.

En efecto, tal como lo establece el artículo 12 del Código de Ética, cualquier denuncia de infracción a dicho Código (entre las cuales se encuentra el deber de información) será decidida por el OSCE, según la gravedad y/o la reiteración de la falta, en el contexto de las normas aplicables.

Lima, abril del 2009