

¿LO RECUSAMOS O NO LO RECUSAMOS? CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE DEL ESTADO

Mario Castillo Freyre *
Ricardo Vásquez Kunze **
Rita Sabroso Minaya ***

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 el Juez, quienes tienen por encargo resolver los conflictos que los particulares han sometido al fuero arbitral.

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

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Ricardo Vásquez Kunze, Abogado Consultor del Estudio Mario Castillo Freyre.

*** Rita Sabroso Minaya, Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Contratos Típicos 1 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Asistente Legal del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

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.

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.

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

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

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.

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 General de Arbitraje, Ley N° 26572, establece lo siguiente:

Artículo 28.- «Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26.
2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.»

En líneas generales, debemos señalar que la aplicación del primer inciso del citado artículo 28 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 25⁶ y 26⁷ de la Ley, puedan llevar un proceso arbitral libre de toda sospecha.

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

⁶ Artículo 25.- «Calificaciones legales de los árbitros.-

Por su parte, los supuestos contemplados en los incisos 2 y 3 del artículo 28 nos remiten a la infracción de las normas reglamentarias sobre recusación a las cuales las partes han querido someter el arbitraje y al incumplimiento real o aparente del deber de los árbitros de administrar justicia con independencia e imparcialidad.

Dichos incisos son los que registran 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.

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 el ejemplo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 084-2004-PC, establece como causales de recusación tres supuestos; a saber:

Artículo 283.- «Causales de recusación

Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

- 1) Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279 o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278 de este Reglamento.

Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados.

El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras.

Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el Artículo 20.»

⁷ Artículo 26.- «Personas impedidas de actuar como árbitros.-

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional.
3. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados.
4. Los ex Magistrados en las causas que han conocido.
5. El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República.»

- 2) Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.
- 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 el del inciso 1 del artículo 28 de la Ley General 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 1 del artículo 28 de la Ley General 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 General de Arbitraje– sólo agrega que «dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

En consecuencia, los dos primeros incisos del citado artículo 283 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 278 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 legal están regulados por el artículo 25 de la Ley General Arbitraje y –específicamente para el arbitraje sobre contrataciones y adquisiciones del Estado– por el artículo 278 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En efecto, el artículo 25 de la Ley General de Arbitraje establece que pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por su parte, lo característico del artículo 278 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, a diferencia del artículo 25 de la Ley General de Arbitraje, que señala que el nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados.

En otras palabras, si estamos ante el supuesto de Árbitro Único, tanto el artículo 25 de la Ley General de Arbitraje como el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establecen que tal árbitro debe ser abogado.

Sin embargo, 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;⁸ supuesto que no es contemplado por la Ley General de Arbitraje, para la cual el Tribunal Arbitral de derecho debe estar conformado íntegramente por abogados.

En consecuencia, según lo establecido por el artículo 278 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 279 del 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 sus 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

⁸ Debemos recordar que según el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PC, el arbitraje que resuelva las controversias entre la Entidad y la Contratista será de derecho.

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 279 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 279.- «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 y los 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 CONSUCODE.

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 General 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 279 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado incluye cuatro supuestos más de personas impedidas de actuar como árbitros, a diferencia de los supuestos contemplados por el artículo 26 de la Ley General de Arbitraje.

2.3. Incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral

De otro lado, el segundo inciso del artículo 283 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 Aramburú⁹ 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 Gaspar¹⁰ 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.

Por su parte, Fernando Vidal¹¹ 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.

⁹ 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.

¹⁰ GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, pp. 66-67.

¹¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 56.

Asimismo, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú¹² 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 283 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 Caivano¹³ 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 confiabilidad y eficacia del sistema arbitral, garantizando ciertos principios elementales, inherentes a toda actividad jurisdiccional.

¹² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 132-133.

¹³ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

Por ejemplo, el Código de Ética para árbitros de la American Arbitration Association establece algunas reglas; a saber:¹⁴

- 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 prejuicio. Procurarán laudar en la forma más objetiva posible; etc.

Por su parte, el artículo 282 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 que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier 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, de conformidad con la normativa de

¹⁴ Idem.

contrataciones y adquisiciones del Estado. Cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes.

Sin embargo, las leyes y reglamentos que norman el arbitraje del Estado no realizan mayores especificaciones. En tal sentido –y sólo a manera de referencia– acudiremos a estudiar las disposiciones contenidas en el Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el cual si bien no resulta aplicable *per se*, a menudo, es empleado por las partes para que rijan sus propios procesos en el ámbito del arbitraje estatal. Y, por último, aunque ese no fuere el caso, resulta en extremo ilustrativo.

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 tanto consideramos que es el más completo que existe en el Perú para los fines del presente trabajo.

En realidad, el artículo 6 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.¹⁵ Por ello,

¹⁵ En efecto, este es un artículo meramente conceptual y señala el significado de parcialidad y dependencia, pero no dice en qué hipótesis concretas éstas se producen o se duda que se producen, pese a la engañosa redacción de la norma.

Artículo 6.-

- «6.1 Se produce parcialidad cuando un conciliador o árbitro favorece indebidamente a una de las partes o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia o litigio. La dependencia surge entre el conciliador o árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella.
- 6.2 Genera dudas sobre su imparcialidad si un conciliador o árbitro tiene interés material en el resultado de la controversia o del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobre la imparcialidad pueden quedar soslayadas mediante la declaración prevista en el artículo 5 del presente Código.
- 6.3. Cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el conciliador o árbitro y una de las partes, sus representantes, abogados y asesores generará dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del conciliador o árbitro propuesto. Éstos se abstendrán de aceptar un nombramiento en tales circunstancias a menos que las partes acepten por escrito que pueden intervenir. Se entiende por relaciones indirectas aquellas relaciones de negocios que un miembro de

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 estén sometidas 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 declaración de los árbitros sobre hechos o circunstancias que, a juicio de la institución administradora del arbitraje, importan para que sobre el arbitraje no quepa sombra de duda. Sin embargo, de acuerdo a esta misma norma, no todas las infracciones a estos deberes son causales de recusación.

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 seis supuestos del numeral 5.3. del artículo 5.

De este modo, quien recuse a un árbitro por infringir alguno o varios de los deberes de declaración contenidos en el numeral 5.3 está amparado por la misma norma reglamentaria para que su pretensión sea declarada fundada. Esto no sucederá necesariamente si la recusación se funda en la violación de los deberes contenidos en el numeral 5.4.¹⁶

la familia del futuro conciliador o árbitro, de su empresa o un socio comercial de él, mantienen con alguna de las partes, sus representantes, abogados y asesores.

6.4. Las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del conciliador o árbitro.»

¹⁶ Artículo 5.-

«(...)

5.4. El futuro conciliador o árbitro deberá revelar:

- a) Cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta, según lo indicado en el tercer párrafo del artículo 6 con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores, incluso su designación previa como conciliador o árbitro, por alguna de ellas. En cuanto a las relaciones actuales, el deber de declaración existe cualquiera que sea su importancia. En relación a las relaciones habidas con anterioridad, el deber existe sólo respecto de aquellas relaciones que tengan significación atendiendo a los asuntos profesionales o comerciales del conciliador o árbitro.
- b) La existencia y duración de cualquier relación social sustancial mantenida con una de las partes.
- c) La existencia de cualquier relación anterior mantenida con otros conciliadores o árbitros (incluyendo los casos de previo desempeño conjunto de la función de conciliador o árbitro).
- d) El conocimiento previo que haya podido tener de la controversia o litigio.

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

2.4.1. *Relación de parentesco o dependencia con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores*

Lo primero que hay que decir es que una relación de parentesco o 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 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 de 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.¹⁷ En cambio, un dependiente jamás podrá ser árbitro porque la Ley General de Arbitraje exige en su artículo 18,¹⁸ precisamente, que el árbitro sea

-
- e) La existencia de cualquier compromiso que pueda afectar su disponibilidad para cumplir sus deberes como conciliador o árbitro, en la medida en que ello pueda preverse.
 - f) Cualquier otro hecho, circunstancia o relación que a su juicio resultase relevante.»

¹⁷ Recordemos que el último párrafo del artículo 29 de la Ley General de Arbitraje dispone que «las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos».

¹⁸ Artículo 18.- «Disposición general
Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena

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.

2.4.2. Relación de amistad íntima o frecuencia en el trato con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores

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 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.

independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (...)».

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.

2.4.3. Litigios pendientes con alguna de las partes

Este hecho es en sí mismo una causal de recusación de los jueces en todo proceso civil. 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.

En el caso de los árbitros la razón analógica es la misma. Por ello, si bien el Código de Ética comentado establece que 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 no considerar el deber de declarar un pleito judicial o arbitral pendiente de los árbitros con cualquiera en el proceso que no sean las partes es un acierto. 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.

2.4.4. Haber sido representante, abogado o asesor de una de las partes o haber brindado servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen u opinión o dado recomendaciones respecto del conflicto

Esta regla contiene dos supuestos. Empecemos por el último cuya lógica es patente. 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.

2.4.5. Prestación de servicios profesionales a alguna de las partes que pretenden someter su litigio a su arbitrio

Aquí no se habla del tiempo presente ni del futuro, esto es, si el potencial árbitro es abogado, representante o asesor de una de las partes en otros litigios, o si lo será porque así lo estipula un contrato, aun cuando no haya llevado en los hechos todavía ningún asunto o caso de la parte. Y es que 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.

En efecto, el supuesto nada dice de la frecuencia con que estos servicios profesionales se han producido, ni tampoco de su volumen. Puede haber sido prestado hace veinte años como anteayer, y 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 y por lo tanto, dependerá de la voluntad de las partes evaluar esa situación. Pero ojo que, de declararse este supuesto, no existiría ya una causal de recusación aquí, a no ser que nos zambullamos en la subjetividad de que «Las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento –de árbitro–, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza –¿cuál?– que puedan afectar la decisión del conciliador o árbitro», según lo dispone el numeral 6.4 del mismo Código de Ética.

Una observación pertinente es que ni ésta ni ninguna de las cinco normas cuya infracción de declaración 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.

En efecto. Si al ejemplo enunciado aplicamos la regla del numeral 6.1 del referido Código de Ética que reza que «La dependencia surge de la relación entre el conciliador o árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella», podemos inferir que la relación padre-hijo es una vinculación de este tipo. Por lo tanto, que existiría una relación de dependencia que da lugar a una recusación de acuerdo al artículo 28, inciso 3 de la Ley. Pero si en este ejemplo elegido por nosotros la vinculación estrecha es evidente, en otros no lo es tanto. ¿Qué debe entenderse en la regla del numeral 6.1 por vinculación estrecha? ¿La familia de una de las partes con alguien a su vez relacionado con el futuro árbitro? ¿Las

amicales? ¿Las profesionales? ¿Las de negocios? Si bien es cierto, que los Reglamentos y Códigos de Ética de los centros de arbitraje tratan de objetivar alguna de ellas, la subjetividad no deja de merodear ensombreciendo la claridad que debería tener el tema de las causales éticas de la recusación.

2.4.6. Capacidad para conocer de la controversia, tomando en cuenta el contenido de la disputa y la naturaleza del conocimiento

En este caso, efectivamente, la no declaración es una infracción ética que podría ser causal de recusación, pero el fondo del asunto versa sobre el conocimiento. En otras palabras, no es ningún pecado ser ignorante, el pecado es ocultarlo.

En efecto, el sentido de la norma es que en el arbitraje, nadie puede descalificar a una persona por lego –después de todo, los arbitrajes de conciencia son la mejor prueba de ello–. Sí, en cambio, por no haber notificado a las partes su condición de tal. El problema radica aquí en establecer qué entendemos por lego. Y la única forma de hacer objetiva la respuesta es a través de los títulos profesionales.

En Derecho, objetivamente es lego quien no tiene un título profesional de abogado, aunque en los hechos hayan abogados que de Derecho poco o nada sepan y legos a los que sólo les falta tener el título de abogado. Y lo mismo con otras ciencias y artes. De tal manera que se entiende –y, en especial, así lo entienden los profesionales titulados– que el título profesional es el certificado objetivo que califica a las personas para absolver satisfactoriamente los problemas que el conocimiento impone a su profesión. En este sentido, nuestro ordenamiento legal asume, por ejemplo, que cualquier abogado está capacitado para resolver una controversia de orden jurídico, independientemente de si esto se verifica o no en la realidad.

En efecto, aunque el título profesional es un barómetro de objetividad en el afán de saber quién es lego y quién no, lo cierto es que los títulos profesionales nada dicen de la especialización que en una ciencia dada pueda tener la persona que lo ostenta. Así por ejemplo, un abogado puede ser absolutamente ajeno a una rama de su ciencia que ocupa un lugar fundamental en la solución de un arbitraje determinado, y por consecuencia, aun siendo un arbitraje de Derecho, puede ser absolutamente incompetente –profesionalmente hablando– para arbitrar un asunto que escapa a sus conocimientos de Derecho.

Dentro de tal orden de ideas, sí resulta ético que un abogado propuesto para árbitro declare que sobre la materia de arbitraje, él carece de los conocimientos necesarios sobre el asunto que se busca someter a su juicio porque éste escapa a su especialidad. Lo correcto, en realidad, sería que se excuse y no que declare su incapacidad.

2.5.6. Haber recibido beneficios de importancia de alguno de los participantes o se diese cualquier otra causal que a su juicio le impusiera abstenerse de participar en el arbitraje por motivos de decoro o delicadeza

Como resulta evidente, esto no es más que un homenaje a la ambigüedad y el subjetivismo. Porque, qué entender por 'beneficios'; qué entender por 'importancia'; de qué participantes estamos hablando; cuál es esa 'cualquier otra causal'. Y, para remate, toda la interpretación de lo antedicho queda exclusivamente al libre juicio del futuro árbitro.

Con ello la norma carece de toda posibilidad de aplicación, porque bastará que, interpelado el árbitro por el referido enunciado, éste oponga que 'a su juicio' tal hecho no constituyó un beneficio, que tampoco lo considera importante y así por el estilo para justificar su derecho a no haberlo declarado.

Lima, diciembre del 2005