

Para citar: CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los motivos de abstención y de recusación de los árbitros”. En: Gaceta Civil y Procesal Civil, n.º 42, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre de 2016, pp. 211-219.



Los motivos de abstención y de recusación de los árbitros

Jhoel CHIPANA CATALÁN*

El autor realiza un análisis sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, motivos que pueden generar la abstención y recusación de estos. Considera que la mayoría de los test que se han ideado para resolver estos problemas tratan de ser lo más objetivos posibles, sin embargo, todos ellos se aplican de manera subjetiva. Sobre el particular, el autor estima que los problemas que surjan de la aplicación subjetiva de los test pueden ser minimizados si las consideraciones objetivas detrás del uso de estos se calibran de acuerdo a las circunstancias.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 142 y 1385.
- **Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 (27/06/2008):** arts. 20, 21 y 28.

PALABRAS CLAVE: Independencia / Imparcialidad / Revelación / Abstención / Recusación

Recibido: 21/11/2016

Aprobado: 23/11/2016

Introducción

Se ha señalado, con razón, que la recusación es la facultad reconocida a las partes durante el desarrollo de un proceso para cuestionar la idoneidad de quién o quiénes tengan a su cargo la resolución de un específico conflicto jurídico. La razón de ser de la recusación radica en la desconfianza hacia el administrador de justicia. Bajo dicha óptica, a través de la recusación, las partes rechazan tener por juez a uno o varios de los miembros del tribunal arbitral. Encuentra su origen en una circunstancia personal que conduce –a pedido de una parte– a solicitar que el árbitro sea desampoderado de sus funciones en el diferendo¹.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad de San Martín de Porres. Ejerce la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre.

1 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 86 y 87.

De otro lado, Luis-Andrés Cucarella establece como principio general para proceder a recusar a un árbitro el siguiente: “La recusación de un árbitro que no haya designado la parte recusante, puede hacerse tanto por causas anteriores como

La recusación es, pues, la solicitud que presenta una de las partes, o ambas, para que un árbitro sea excluido del tribunal arbitral. Dicha exigencia suele estar fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia, por sus vínculos con el litigio, con una de las partes o con algún abogado. Esta alegación de falta de imparcialidad o independencia puede estar basada en hechos revelados por el árbitro en aplicación de su deber de revelación o, al contrario, en hechos que el árbitro ha omitido revelar pero que la parte conoce².

Este tema encuentra regulación legislativa en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1071³ (en adelante, la Ley de Arbitraje). A continuación, nuestros comentarios.

I. Independencia e imparcialidad

El inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje peruana, en su primera parte, establece que todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial.

Mucho se ha escrito sobre este tema; sin embargo, nos preguntamos si es realmente necesario poner tanto énfasis en algo que debe ser presupuesto en todo arbitraje. No estamos frente a un simple supuesto, sino más bien ante algo que ya debe estar presupuesto por todos.

Pese a ello, al parecer sí resulta necesario y hasta imperativo hacerlo. Guillermo Lohmann⁴ lo cree así al expresar que:

“La repetición no es vana. Y no es vana porque tras el enunciado se imponen las permanentes ansias humanas de querer superar nuestra también humana imperfección de juicio mental, que suele quedar desdibujada, afectada o nublada por nuestra inenajenable subjetividad. Lo que, entonces, hace (...) la Ley General de Arbitraje es simple y llanamente llamar la atención sobre nuestra débil naturaleza donde a la razón vienen a unidos los sentimientos. El juez, el árbitro, es un ser humano y, por ende, no está inmune a espontáneos afectos, es sanamente influenciado, tiene inclinaciones,

posteriores a la aceptación del nombramiento. Sin embargo, si la parte designó al árbitro o participó en su nombramiento, los motivos o causas de recusación deben ser sobrevenidas a la aceptación del nombramiento”. (CUCARELLA GALLIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, p. 98). Sin embargo, como veremos más adelante, ello no necesariamente tendrá que ser así.

2 Cfr. CREMADES, Anne-Carole. “Recusación del árbitro”. En: *Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*. Jorge Luis Collantes González (Director). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011, p. 866.

3 **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 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 solo 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 solo 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”.

4 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “Independencia e imparcialidad de los árbitros en la Ley General de Arbitraje. La subjetividad tras las palabras”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, pp. 26 y 27.

apegos, creencias y, en fin, tiene valores que a veces preceden o preexisten al caso sometido a su juzgamiento. Lo que nos pide, entonces la norma, es un doble sacrificio, consistente en vencer y ser impermeables a tendencias que podrían inclinar nuestros ánimos y nuestros criterios, dejándonos llevar por los dictados de los traviesos e insumisos sentimientos, no por la razón pura desprovista de influencias de otra índole”.

De otro lado, se señala que frecuentemente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea⁵. Merino y Chillón⁶ sostienen en la misma línea que:

“La independencia es una situación de hecho, la imparcialidad una predisposición del espíritu. Asimismo, la independencia constituye una presunción de imparcialidad, y por ser susceptible de apreciación objetiva, le es exigida a los árbitros. Por otro lado, la imparcialidad es una predisposición de neutralidad que ha de guardar en todo momento el árbitro con respecto a la *litis* sobre la que ha de actuar. La razón de esta exigencia estriba en que se ha acabado por consagrar la práctica del llamado árbitro de parte, en los tribunales de composición colegiada, y en el que este termina convirtiéndose si no en defensor de la parte que lo designó, sí en un promotor más o menos encubierto de la misma. Como

Comentario relevante del autor



La imparcialidad implica que el árbitro debe apreciar el desarrollo de la controversia desde un punto de vista equitativo. Mirar por igual a ambas partes y a sus posiciones, es decir, no tener prejuicios positivos o negativos en relación a ninguna.

es lógico suponer no existe *a priori* una regla objetiva o medible para establecer la imparcialidad, por pertenecer esta al mundo de lo subjetivo. Puede establecerse, no obstante, que el límite de la imparcialidad es justamente la parcialidad; y esta comienza cuando sin motivación o con motivación notoriamente insuficiente o escasa, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes (normalmente aquella que ha propuesto o designado al árbitro) sobre una evidencia legal incontrovertible o cuando se considera como acreditado un hecho o un dato que no ha podido ser probado ni siquiera de forma indiciaria. En todo caso, la imparcialidad tiene su senda más segura como veladora de las garantías procedimentales y de la igualdad procesal entre las partes en el conflicto”.

A su turno, Leon Trakman⁷ señala que, ordinariamente, la independencia se refiere a una relación; por ejemplo, cuando un árbitro se encuentra profesional o personalmente relacionado con una de las partes, o tiene

5 ALONSO PUIG, José María. “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”. En: *Themis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53, p. 162.

6 MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M.^a. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006, pp. 507 y 513.

7 Cfr. TRAKMAN, Leon. “The impartiality and independence of arbitrators reconsidered”. En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4, pp. 127 y 128 (traducción libre).

una conexión familiar o comercial con esta. Existen relaciones profesionales, familiares, comerciales, personales. La independencia también depende del grado de relación. El grado de la independencia de un árbitro se mide objetivamente. La imparcialidad, por su parte, se relaciona con un estado mental que algunas evidencias conductuales pueden delinear. El test aplicable a la imparcialidad es subjetivo en el sentido de que se dirige al estado mental actual del árbitro. La independencia arbitral puede estar relacionada con algo material, mientras que una falta de imparcialidad puede evidenciarse con un hecho inmaterial.

Mullerat⁸ hace referencia a estos conceptos y los diferencia, señalando que:

“Existe una diferencia conceptual entre la independencia y la imparcialidad, la independencia hace primordialmente referencia a la relación entre el árbitro y las partes, mientras que la imparcialidad tiene un carácter más amplio y hace a menudo referencia a la relación del árbitro con el asunto arbitrable. Ambos conceptos son interdependientes, pero no son intercambiables. (...) Ambos conceptos adoptan como premisa fundamental el principio de independencia judicial. En otras palabras, tienden a considerar la independencia como un fin en sí mismo, lo que conduce a que los demás principios, como la imparcialidad y el deber de rendición de cuentas (*accountability*), pasen a un segundo orden. Aunque la importancia de la independencia judicial no se puede negar, hay peligro de tratarla, como un fin en sí misma. Como el principal objetivo a que se aspira es que la decisión sea ética,

justa y responsable, la imparcialidad ha de considerarse el fin y la independencia un medio –un medio fundamental– para ello, pero no un fin en sí misma. En mi opinión, la independencia, como cuestión de hecho, viene intelectualmente primero –y debe analizarse en primer lugar– y la imparcialidad, como cuestión psíquica, viene después. Un juez, como un árbitro, puede ser independiente –inexistencia de dependencia física, mental, económica y ausencia de presión– pero puede tener prejuicios y conclusiones preconcebidas sobre la materia en disputa. Por consiguiente, creo que el orden en que se deben considerar dichos principios, tanto intelectualmente como en la prueba práctica, son primero la independencia y segundo la imparcialidad. (...).

Resulta importante también que no solo deba existir la imparcialidad, sino también esta debe aparentarse”.

Como es evidente, el deber de independencia e imparcialidad es fundamental para el desarrollo de la función arbitral y constituye uno de los pilares sobre los cuales esta institución se erige.

La Real Academia Española⁹ señala que el término “independencia” significa: “Cualidad o condición de independiente. Entereza, firmeza de carácter”. En tanto que la palabra “independiente” está conceptualizada como: “Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”.

La independencia significa que el árbitro no debe guardar con respecto a la parte que lo nombró y, evidentemente, tampoco con

8 MULLERAT, Ramón. “Neutralidad del árbitro”. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18. Jorge Luis Collantes González (Director). Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011, pp. 784-788.

9 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22ª edición *on line*. Recuperado de <www.rae.es>.

respecto a la otra, alguna relación de dependencia de tipo laboral, económica, financiera, afectiva, social o de cualquier otra índole.

Por ejemplo, podría ocurrir que el árbitro designado sea trabajador de una de las empresas de propiedad del grupo que lo nombra como árbitro. Ese sería el caso de una dependencia de orden laboral. Una dependencia de orden profesional sería que brinde servicios profesionales externos, es decir, que no tenga contrato de trabajo, sino de asesoría profesional a la empresa que lo nombró o al grupo de empresas de las cuales forma parte la empresa que lo nombró. De otro lado, una dependencia financiera sería aquella por la cual el árbitro dependa de fuentes de financiamiento: podría tratarse de varios contratos de crédito por celebrar o ya celebrados con la parte o grupo de empresas que lo nombraron. Una dependencia de orden afectivo podría presentarse en caso exista una relación de enorme amistad y hasta un sentimiento de familiaridad con base en el afecto con respecto a la parte que lo designa como árbitro. Finalmente, una dependencia amorosa podría ser aquella en virtud de la cual la empresa que lo nombra sea dirigida por la persona que constituye el centro de los afectos del árbitro nombrado.

De esta forma, en todos estos casos, así como en otros que sigan esta misma línea, podemos apreciar que el árbitro es dependiente; o sea, que su actuación se encuentra condicionada a la voluntad de la parte que lo nombró. Hacemos extensivas todas estas consideraciones a la parte que no lo nombró, en la eventualidad de que se produjera la situación –inusual, por cierto– en la que esa dependencia se apreciara con respecto a la otra parte.

La Ley de Arbitraje, en el inciso 1 del artículo 28, también trata acerca del deber de imparcialidad del árbitro.

Comentario relevante del autor



Resultaría absurdo y poco práctico delimitar exactamente qué se debe entender por dicha expresión. Lo idóneo en este caso es que frente a cada supuesto en particular se evalúe si el árbitro ha comunicado a las partes sin demora o con demora nuevas circunstancias que puedan poner en riesgo su independencia o imparcialidad. Este concepto debe ser entendido de manera flexible para no caer en exigencias jurídicas que serían imposibles de cumplir, como sería el caso en el que se establezca que, por inmediato, o sin demora, nos refiramos a un número determinado de minutos, horas o días.

Para la Real Academia Española¹⁰, la palabra “imparcialidad” significa: “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

La imparcialidad implica que el árbitro debe apreciar el desarrollo de la controversia desde un punto de vista equitativo. Mirar por igual a ambas partes y a sus posiciones, es decir, no tener prejuicios positivos o negativos en relación a ninguna.

Asimismo, dentro de esta exigencia también se encuentra el tratar de desvincularse afectivamente de la causa de una de las partes. Es decir, el árbitro debe resolver en derecho, si se tratara de un arbitraje de derecho, como lo

¹⁰ Ídem.

es la regla general hoy en día; o en conciencia, si se tratara de este supuesto de excepción.

Pero, ni en derecho ni en conciencia el laudo puede estar influenciado por estos condicionamientos afectivos, que podrían atacar la percepción que el árbitro tenga sobre los hechos o sobre el derecho, si fuera el caso.

En estos supuestos, si el árbitro se sintiera comprometido de la manera que venimos señalando, lo ideal sería que renunciara al cargo de árbitro y tenga que expresar la razón, o cualquier otra razón atendible de acuerdo a ley, a efectos de poder apartarse del conocimiento del arbitraje¹¹.

Según señala cierto sector de la doctrina, los casos de parcialidad real son poco usuales, pues es raro que los árbitros acentúen su favor o desfavor por una de las partes de una manera tan clara. En esa línea, Mullerat¹² señala diversos ejemplos que a continuación citamos:

“Es poco frecuente que los árbitros sean parciales. Pero existen casos en los que ello ocurre, como el que se dio en un arbitraje entre una parte portuguesa y otra noruega, donde se oyó decir al árbitro que los portugueses son todos unos mentirosos (...).

En los tribunales en que participan estos, ciertos comentarios políticos pueden también convertirse en un problema, como lo demuestra un ejemplo bien

conocido del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. (...) Irán pidió la renuncia del juez Marigard de Suecia, uno de los árbitros de un país tercero. Al parecer, este árbitro incurrió en propaganda política dudosa al acusar a Irán de condenar la ejecución, aunque la recusación fue rechazada por el Presidente del Tribunal Supremo de los Países Bajos, actuando como autoridad nominadora, por falta de prueba de que dicha declaración fuera realmente realizada”.

A su turno, Alonso Puig¹³ hace referencia a un caso de recusación por falta de imparcialidad que prosperó en España, que ocurrió en torno a una discusión sobre la terminación de un contrato de distribución y el derecho del distribuidor a recibir o no indemnización. De acuerdo con la Ley de Agencia española, el agente tiene derecho a recibir indemnización por su clientela perdida; en cambio, en el caso del distribuidor, la jurisprudencia es variable. En el conflicto bajo estudio, la parte que representaba al distribuidor nombró a un catedrático de Derecho Mercantil, muy conocido en España, que ha escrito repetidamente que el distribuidor sí tiene derecho a indemnización por clientela. En tal circunstancia, evidentemente el árbitro no era imparcial, pues si bien no tenía ninguna relación con las partes, sí tenía una opinión preconstituida sobre la materia objeto del debate que hacía que no pudiera juzgar adecuadamente, razón por la cual fue recusado.

11 En todo caso, lo que corresponde es que el árbitro se abstenga. La abstención del árbitro es el apartamiento voluntario del árbitro, de intervenir y/o conocer de algunas cuestiones y asuntos, fundamentalmente basados en cuestiones o por hechos o circunstancias que le impidan dirigir el procedimiento arbitral con la independencia e imparcialidad que vienen exigidas por las legislaciones aplicables. (Cfr. YÚFERA, Pedro. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18. Jorge Luis Collantes González (Director). Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011, p. 37).

12 MULLERAT, Ramón. “Imparcialidad de los árbitros”. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Ob. cit., pp. 636 y 637.

13 Cfr. ALONSO PUIG, José María. “La función del árbitro: un ejercicio de responsabilidad”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 14, Bogotá, enero-junio, 2011, pp. 112 y 113.

De otro lado, Mullerat¹⁴ refiere que ante dicha realidad (es decir, ante la figura de la parcialidad de un árbitro), existen mecanismos que se han ideado para intentar descubrirla:

“Los tribunales de distintos países han adoptado también la tesis de la sospecha razonable o del temor razonable. Así, el Tribunal Supremo de Victoria en *Australia Gas & Fuel Corporation vs. Victoria V. Woodhall y Leonard Pipeline Constructors Ltd.*, sostuvo la existencia de una sospecha razonable, al considerar razonablemente una parte del público que el árbitro no pudo resolver la controversia de una manera justa y sin prejuicios”.

Mullerat concluye, citando al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, haciendo una interesante reflexión: es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo empresarial, ya que no se espera que obtengan todos sus ingresos de su trabajo decidiendo casos, pero, en todo caso, debemos ser aún más escrupulosos en salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que la de los jueces, ya que los primeros tienen las manos completamente libres para decidir tanto los hechos como el derecho y no están sujetos a revisión en apelación.

De otra parte, sobre los términos independencia e imparcialidad, Fernando de Trazegnies¹⁵ hace una precisión al señalar que estos dos grandes temas tienen que ser examinados y precisados en el tribunal frente a cada caso concreto. Y debe notarse, dice el autor, que la ley exige que esa independencia (ausencia de relación objetiva) y esa imparcialidad (ausencia de relación subjetiva) deben existir

no solo al inicio del proceso sino que deben mantenerse a todo lo largo del proceso arbitral. Por consiguiente, como lo establece el artículo comentado de la ley, la recusación puede interponerse en cualquier momento del proceso, dentro del plazo establecido por ley. Sin embargo, se prohíbe interponer una recusación cuando comienza a correr el plazo de emisión del laudo, porque se supone que ya a esas alturas de la controversia las partes han tenido plenamente conocimiento de los árbitros y de sus relaciones.

Finalmente, creemos importante hacer mención al tema de la neutralidad, pues, según Mullerat¹⁶, se diferencia de las figuras de imparcialidad e independencia. Así, señala lo siguiente:

“El término neutralidad se usa en el arbitraje en dos sentidos. En el primero, se refiere a una neutralidad nacional, es decir, cuando el árbitro es de un país distinto a los de las partes. En el segundo, se refiere a un árbitro nombrado por las partes (*party-appointed arbitrator*), que se espera votará por la parte que el árbitro estima que tiene la razón, a pesar de tener simpatía por la parte que le nombró por razón de participar de la misma tradición o cultura.

La idea de neutralidad es utilizada principalmente en este segundo sentido por el Código de Ética de la *American Arbitration Association (AAA) - American Bar Association (ABA)* (Código AAA-ABA), que permite que, en algunos tipos de arbitraje, los árbitros designados por las partes (*party-appointed arbitrator*) no

14 MULLERAT, Ramón. “Imparcialidad de los árbitros”. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Ob. cit., pp. 636 y 637.

15 Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Motivos de abstención y recusación”. En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Tomo I, IPA, Lima, 2011, p. 336.

16 MULLERAT, Ramón. “Neutralidad del árbitro”. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Ob. cit., pp. 784-788.

necesiten ser neutrales. Esto no implica que estos árbitros no tengan que ser imparciales, sino que, debido a sus antecedentes jurídicos, sociales y culturales, pueden hallarse favorablemente predisuestos hacia la parte que los designó. Mientras esta proximidad no les permite dictar el resultado del procedimiento, su falta de neutralidad no debe menoscabar la imparcialidad. Sin embargo, el árbitro presidente debe ser siempre neutral”.

Para concluir el análisis del tema de la independencia e imparcialidad, cabe señalar que algunas legislaciones y/o reglamentos han optado por incluir en su texto solo el término independencia, debido a que este engloba un concepto más objetivo y verificable en el caso concreto¹⁷. Asimismo, otros cuerpos normativos optan por referirse solamente a la figura de la imparcialidad¹⁸.

II. Sobre el deber de revelación

La segunda parte del inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje agrega que: “la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”. En esa misma línea, el inciso 2 del artículo bajo estudio señala que: “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”¹⁹.

Según José María Alonso²⁰, “el deber de revelación del árbitro es uno de los más importantes y delicados de la propia función arbitral debido a que tiene un doble propósito: por un lado, el respeto a las partes que acuden al arbitraje y, por otro, el proteger al futuro laudo ante cualquier cuestionamiento posterior”.

Por su parte, Mateo Sanz²¹ señala que este deber “es de obligado cumplimiento, pues su contenido viene marcado por el ser y el permanecer. Así, para ‘ser’ independiente e imparcial, el propuesto como árbitro revelará todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas. Para ‘permanecer’ imparcial el nombrado árbitro revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida”.

Lo señalado en la parte final del inciso 2 del artículo bajo estudio, se refiere, en términos de Mateo Sanz, al “ser” independiente e imparcial, ya que existen dos momentos en los que un árbitro debe revelar cierta información, a saber: antes de su nombramiento y después de este.

17 Un claro ejemplo de este caso lo observamos en el contenido del artículo 7, inciso 1, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el cual establece que: “Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”.

18 A mayor abundamiento, recomendamos la lectura de José María Alonso Puig (ALONSO PUIG, José María. “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”. En: *Themis*. Ob. cit., p. 162).

19 Cabe resaltar que las causas de abstención y recusación, especialmente estas últimas, deben ser entendidas en relación con el árbitro de un modo mucho más amplio que en relación con el juez. “El juez puede ser recusado pero no tiene la obligación de comunicar a las partes posibles razones para ello. El árbitro por el contrario sí tiene tal obligación. La especial naturaleza del arbitraje basado en la sola y exclusiva voluntad de las partes, provoca que la opinión de las mismas sobre la aptitud del árbitro sea imprescindible. La importancia de la opinión de las partes sobre la aptitud del árbitro, determina que la elaboración de una lista tasada de causas que pueden generar parcialidad o dependencia del mismo, aunque sería deseable, no sea posible”. (ALONSO PUIG, José María. “El deber de revelación del árbitro”. En: *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, p. 324).

20 ALONSO, José María. “La independencia e imparcialidad de los árbitros”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 2, p. 99.

21 MATEO SANZ, Jacobo B. “Motivos de abstención y recusación”. En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 324.

Sobre el contenido del inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, Alonso Puig²² realiza una interesante reflexión al señalar que:

“El deber de revelación es uno de carácter delicado, ya que su ejercicio no siempre es tarea fácil porque las circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere ponen en duda su imparcialidad o independencia, y que seguro le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones, también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia. Inmerso en este subjetivismo, el método más seguro que probablemente puede seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consiste en revelar lo que directamente crea que deba revelar y, además, lo que dude si debe revelar. Y es que por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible, y además frecuente, que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido u olvidado en su momento no revelarla”.

Comentario relevante del autor



La dispensa de la recusación será expresa cuando la parte señale, dentro del plazo para recusar, que procede a dispensar la causal existente. Vale decir, la parte, considerando, por ejemplo, la idoneidad y probidad que posee el árbitro, perdona la causal que subsiste a efectos de poder continuar con las actuaciones arbitrales con normalidad.

También se debe tener en cuenta que este deber y derecho no debe ejercerse de manera indiscriminada, vale decir, cayendo en el exceso. Alonso Puig²³ así lo recuerda al señalar que:

“El exceso de revelación que puede originarse como consecuencia de anterior principio, el llamado *overdisclosure*, puede tener efectos negativos. En ocasiones, puede sembrar dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro cuando no hay razones para ello, y, en otros casos, ofrecerá a la parte que desee dinamitar el arbitraje elementos para poder intentar la recusación del árbitro y así dilatar el proceso. Además, el modo en que debe ser ejercido el deber de revelación está también intensamente condicionado por los valores culturales, morales y sociales de cada persona. Ambas cosas dificultan tremendamente la fijación de un alcance concreto e inamovible del deber de revelación. Así las cosas, el árbitro deberá ejercer su deber

22 ALONSO PUIG, José María. “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”. En: *Themis*. Ob. cit., p. 163.

23 ALONSO PUIG, José María. “El deber de revelación del árbitro”. En: *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, pp. 324 y 325.

de revelación del modo más amplio posible pero evitando el *overdisclosure*. La consecución de este equilibrio, que deberá hacerse inevitablemente caso por caso, es dificultosa sin duda. El contenido del deber de revelación es claro y unánimemente aceptado: el árbitro debe revelar todo aquello que pueda generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad. Ahora bien, dicha definición es demasiado general y necesita ser concretada para permitir su efectiva consecución en la práctica”.

Es importante señalar que el deber de declaración no solo se circunscribe a aquello que se debe declarar al momento en que uno es propuesto como árbitro y acepta la designación. El deber de declaración se extiende en el tiempo desde el momento en que esa aceptación se da hasta la finalización del propio arbitraje. El árbitro deberá revelar –en cualquier estado del arbitraje– cualquier hecho o circunstancia que corresponda a la naturaleza de los hechos o circunstancias que se deben revelar dentro de los alcances del inciso 1. Es decir, deberá “permanecer” independiente e imparcial.

Es ese entender, todas las consideraciones de aquello que amerita ser revelado con base en el inciso 1, se extienden hasta la finalización del arbitraje, con base en el inciso 2.

Lohmann²⁴ hace referencia a que la obligación de revelar se enfoca, por tanto, a todo aquello que por vínculo o relación humana, o por estado mental, puede influir. Hay que revelar o informar todo lo precedente y lo que sobrevenga, porque es la información

la que da lugar a dudas si es que ellas no habían sido puestas ya de manifiesto o eran conocidas por las partes. Y aquí el árbitro no tiene manera de saber qué cosa conocen o desconocen las partes, de modo que en la duda, es preferible revelar que abstenerse de hacerlo. Cuando el artículo 28 alude a dudas justificadas, duda significa que cierta información, o incluso ocultamiento de ella, produce o provoca falta de seguridad o certeza porque hay opciones igualmente válidas en apariencia y no hay demostración firme. El árbitro propuesto o ya designado, tiene que declarar todo aquello que, desde su punto de vista, si fuera una de las partes del proceso, pudiera suscitar en el ánimo o intelecto de una o ambas partes una duda sobre su imparcialidad o independencia. Otro tema distinto es si el motivo o causa de esa duda, debe justificar o no el apartamiento del árbitro.

Por otro lado, y retomando la idea de que este deber de revelación debe permanecer a lo largo de todo el arbitraje, Miguel Temboury²⁵ cita un interesante caso. Señala que:

“El resultado de una sentencia dictada por la Corte de Apelación de París el pasado 12 de febrero de 2009 (...) ha anulado un laudo dictado en un arbitraje de la CCI por falta de independencia e imparcialidad del tribunal arbitral. Ocurrido este caso que enfrentaba a una empresa italiana y a otra griega, fue nombrado presidente del tribunal arbitral un abogado, **counsel** de un conocido despacho de abogados internacional con oficina abierta en París y que reveló, al momento de ser nombrado, que su despacho había

24 Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El deber de declaración”. En: *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2010, pp. 51 y 52.

25 TEMBOURY REDONDO, Miguel. “Estándares de conflicto de interés”. En: *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2010, p. 81.

trabajado para la matriz de la empresa italiana en Washington y en Milán. Pero, he aquí que durante el arbitraje, ese mismo despacho, sin que se enterase el árbitro, trabajó en un asunto bastante sustancial para una empresa perteneciente al mismo grupo que la empresa italiana en Pekín y que el árbitro no lo reveló. La empresa griega cuando se enteró de esto, intentó recusar al árbitro sin éxito; la CCI rechazó la recusación y, posteriormente, se impugnó el laudo, y la Corte de Apelación de París anuló el laudo basándose en que debe existir, en todo despacho de abogados, un sistema de control de conflictos permanente durante el arbitraje, y que este sistema debe dar lugar a que posibilite, para los árbitros, poner de manifiesto las partes de cualquier momento o circunstancia que establezca o que pueda establecer alguna duda justificada sobre independencia e imparcialidad. Esta duda justificada es una duda de carácter objetivo y no subjetivo, es decir, prescinde del concepto de fuero interno de las partes para centrarse en el aspecto objetivo y en la apariencia de conflicto que pudiese existir”.

Nótese el grado de exigencia en la experiencia europea sobre el tema bajo estudio. Sin duda, estos cánones deben ser tomados en cuenta cuando estemos frente a un caso de similares circunstancias y es que el deber de declaración, al igual que otros deberes que poseen los árbitros, debe mantenerse incólume a lo largo de todo el arbitraje.

Ahora bien, un aspecto sobre el cual es importante reparar, es que se señala que este deber de revelación o de declaración, deberá ser efectuado sin demora. Sin demora implica, inmediatamente.

Lo señalado implica que apenas se tenga conocimiento de una circunstancia como esta, el árbitro deberá declarar tal situación.

Pero, ¿cómo deberá entenderse esta disposición que hace referencia a la comunicación sin demora?

Creemos que ella deberá concebirse en los términos del artículo 1385 del Código Civil²⁶, relativo a la caducidad de la oferta, ya que el contenido de esta norma sustantiva es perfectamente aplicable a un caso como este.

Así, y sobre el contenido de dicho numeral, De la Puente y Lavalle²⁷ sostiene que se debe dar al término “inmediatamente” (vale decir, sin demora) “el sentido de inmediatez razonable, o sea lo más pronto que la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso lo permitan sin perjudicar los legítimos intereses de ambas partes”.

En efecto, resultaría absurdo y poco práctico delimitar exactamente qué se debe entender por dicha expresión. Lo idóneo en este caso es que frente a cada supuesto en particular se evalúe si el árbitro ha comunicado a las partes con o sin demora nuevas circunstancias que puedan poner en riesgo su independencia o imparcialidad. Este concepto debe ser

26 **Artículo 1385.-** “La oferta caduca:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por este.
3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente”.

27 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. 2ª edición, tomo I, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 608.

entendido de manera flexible para no caer en exigencias jurídicas que serían imposibles de cumplir, como sería el caso en el que se establezca que, por inmediato, o sin demora, nos refiramos a un número determinado de minutos, horas o días.

De otro lado, la segunda parte del inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que “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”.

Para que se configure el supuesto contenido en esta norma, deberá ocurrir que el árbitro ha considerado que no se encontraba en el deber de declarar determinada información y, efectivamente, no lo hizo.

En ese sentido, esa ausencia de declaración de cierta información puede ocasionar que la parte no cuente con información suficiente para, por ejemplo, recusar a dicho árbitro. Es decir, la parte que eventualmente se considere en esa duda o sospecha, no cuenta con los elementos probatorios necesarios y con el conocimiento de causa suficiente como para poder recurrir a interponer la citada recusación, precisamente porque el árbitro no declaró determinados hechos.

De esta forma, creemos que lo señalado por la última parte del inciso 2 del artículo 28 de la Ley es adecuado, ya que a través de ella se faculta a que cualquiera de las partes solicite a los árbitros aclarar sus relaciones con alguna de las partes o sus abogados, y es que es precisamente luego de la información proporcionada por el árbitro (requerido para tal efecto), o, en su defecto, en ausencia de

dicha declaración, que la parte podrá interponer o no una recusación, teniendo los elementos probatorios y el conocimiento de causa suficientes.

Estos requerimientos deberán conducir a que el árbitro aclare –de la manera más honesta y transparente– sus relaciones con respecto a la parte o las partes, sus representantes y abogados.

El requerimiento que le haga la parte no implicará, necesariamente, que el árbitro vaya a ser recusado, ya que tal vez las explicaciones que brinde sean lo suficientemente sólidas como para que no se produzca dicha recusación.

Con todo, y teniendo en cuenta lo señalado por Castillo Freyre²⁸, “el juego entre el deber de declaración y la recusación basado en lo declarado o en aquello que no se declaró –pero que fue de ulterior conocimiento por las partes–, debe ser apreciado con estrictos criterios de lógica y ponderación”. En efecto, cada caso en particular deberá ser evaluado a la hora de resolver la recusación, ya que los mismos hechos rodeados por distintas circunstancias, no necesariamente deberán llevar a una misma conclusión.

III. Causales de recusación

El inciso 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que: “Un árbitro solo 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”.

28 CASTILLO FREYRE, Mario. “El deber de declaración”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2008, p. 636.

La Real Academia Española²⁹ conceptúa al término “recusar” como “poner tacha legítima al juez, al oficial, al perito que con carácter público interviene en un procedimiento o juicio, para que no actúe en él”.

La primera parte del citado inciso señala que solo se podrá recusar a un árbitro si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Sobre este tema, resulta importante recordar que sería poco serio establecer una lista taxativa de supuestos en los cuales estemos frente a una falta de alguno de estos dos requisitos. Se sabe que se han ideado algunos parámetros a partir de los cuales se puede recién sospechar que el árbitro no se conduce con independencia o imparcialidad. En ese sentido, y teniendo en cuenta estos lineamientos (como los de la *International Bar Association*), también se debe observar los alcances y limitaciones de ambos conceptos, razón por la cual remitimos al lector a lo señalado en el punto 1 del comentario al artículo 28.

Carey y Gallagher³⁰ sostienen, comentando el tema de la recusación por falta de imparcialidad en la experiencia inglesa, que “se podría decir que la ley permitirá la destitución de un árbitro parcial cuando se considere que se ha producido un peligro real o exista la posibilidad de que este no sea imparcial. Sin embargo, esto deberá ser analizado con mucha cautela. Solo en los casos más claros y extremos un árbitro será separado.

Comentario relevante del autor



La dispensa será tácita cuando la parte que tiene derecho a recusar al árbitro deja transcurrir el plazo respectivo a efectos de que el transcurso de este haga que no resulte procedente una recusación posterior. En este caso, bastará con que se deje pasar la fecha límite para recusar al árbitro para que se dé por entendido que ese silencio implica una dispensa tácita.

En Inglaterra, la acción debe ser tan extraordinaria que constituya automáticamente una injusticia sustancial”.

Por su parte, Rómulo Morales³¹ pone énfasis en la necesidad de incluir determinados supuestos que puedan permitir recusar a un árbitro, ya que la norma ha dejado de lado importantes causales que hoy por hoy son recurrentes. Así, señala el citado profesor que:

“Hay dos hipótesis que pueden plantearse para analizar la causal de recusación por vínculos profesionales con otros estudios o clientes de otros abogados. Si el presidente del tribunal arbitral pertenece al mismo estudio de uno de los árbitros de parte, ¿hay imparcialidad? Si el

29 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición *on line*. Recuperado de <www.rae.es>.

30 CAREY, Gearóid y GALLAGHER, Norah. “Impartiality of arbitrators: English and Irish law contrasted”. En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4, p. 166 (traducción libre).

31 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Imparcialidad y recusación del árbitro”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2008, p. 649.

árbitro pertenece a la misma *law firm* de un abogado o de la *firm* que, aunque con abogado de otro estudio, asiste a la misma parte, ¿hay imparcialidad? Pensamos que en ambos casos hay parcialidad. Existen razones objetivas para dudar de su neutralidad en el caso materia de la controversia. La Ley no ha regulado ni uno ni otro supuesto. Ello demuestra su insuficiencia en el tema de recusación del árbitro”.

Con todo, creemos que se deberá estar atento a las circunstancias que cada caso plantea. No creemos que sea necesario plantear una lista exhaustiva de causales de recusación, ya que toda enumeración lleva siempre consigo una exclusión³².

En segundo lugar, la ley establece que un árbitro podrá ser recusado si no posee las calificaciones exigidas por las partes.

Como se sabe, los requerimientos establecidos por las partes pueden ser de diversa índole. Aquí no existe límite, salvo que alguno de estos requerimientos colisione con alguna norma imperativa o vulnere las normas que importan el orden público o las buenas costumbres.

En tercer lugar, el inciso bajo estudio señala que el árbitro solo podrá ser recusado si no posee las calificaciones exigidas por la ley.

Con todo, también deberá tenerse en cuenta los numerales 20 y 21 de la Ley de Arbitraje, referidos a la capacidad e incompatibilidad funcional de las personas designadas como árbitros. Básicamente, se trata del hecho de que las personas nombradas como

árbitros sean personas naturales con pleno ejercicio de sus derechos civiles y posean la calidad de abogado en determinados supuestos, entre otros.

IV. Dispensa del motivo de recusación

El inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que: “Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y, en tal caso, no procederá la recusación o impugnación del laudo por dichos motivos”.

Como se sabe, existen situaciones que no constituyendo causales de impedimento para ejercer la función arbitral sí pueden constituir causales de recusación, como por ejemplo el vínculo que el árbitro tenga con alguna de las partes, con sus representantes, con sus abogados, etc.

Sin embargo, hay supuestos en los cuales, incluso conociéndose esta situación y dando esta mérito a una eventual recusación, las partes prefieren efectuar una dispensa, es decir, una concesión o una excepción a la regla general de recusar. Los motivos pueden ser de los más variados y la ley no exige que sean fundamentados.

En casos como el descrito, la dispensa de la recusación se puede efectuar de manera expresa o tácita.

Será expresa cuando la parte señale, dentro del plazo para recusar, que procede a dispensar la causal existente. Vale decir, la parte, considerando, por ejemplo, la idoneidad y probidad que posee el árbitro, perdona la causal que subsiste a efectos de poder

32 En el mismo sentido se pronuncia José María Alonso al señalar que “la propia esencia de la institución arbitral, cuya razón de ser no es otra que la voluntad de las partes, hace que la ‘vara de medir’ la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, a partir de un *numerus clausus* de circunstancias, siempre corra el riesgo de ser inapropiada en un arbitraje, por defecto o incluso por exceso”. (ALONSO PUIG, José María. “La independencia e imparcialidad de los árbitros”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 2, p. 102).

continuar con las actuaciones arbitrales con normalidad.

De otro lado, la dispensa será tácita cuando la parte que tiene derecho a recusar al árbitro deja transcurrir el plazo respectivo a efectos de que el transcurso de este haga que no resulte procedente una recusación posterior. En este caso, bastará con que se deje pasar la fecha límite para recusar al árbitro para que se dé por entendido que ese silencio implica una dispensa tácita.

Es verdad que en este caso la ley no hace referencia a que el silencio tiene valor de manifestación de voluntad (en los términos señalados por el artículo 142 del Código Civil, al establecer que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado). Sin embargo, creemos que no habría problema en que se entienda como tal, en la medida en que, si luego la parte que podría no haber dispensado la causal de recusación se decidiera a recusar, dicha petición debería ser declarada improcedente por extemporánea.

Ahora bien, debemos decir que en la práctica arbitral hay casos en los cuales la persona designada como árbitro, no solamente declara la existencia de alguna situación que pudiera ameritar una eventual recusación, sino que exige en su carta de aceptación al cargo de árbitro una dispensa expresa a alguna de las partes o, en general, a ambas³³.

En el caso citado, la dispensa tendría que efectuarse dentro del plazo de cinco días, ya que este es el que establece la ley para poder recusar a un árbitro.

Finalmente, es necesario precisar que el inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que si las partes dispensaran los motivos de recusación que conocieren, evidentemente no procederá la recusación, pero tampoco procederá la impugnación del laudo.

Naturalmente, cabrá impugnar el laudo si es que la parte recusó al árbitro y esa recusación fue declarada infundada o improcedente.

Si no hubiese habido recusación, no habrá la posibilidad, al menos por esta causal, de impugnar el laudo vía anulación.

V. Recusación del árbitro por quien lo nombró

El inciso 5 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que: “Una parte solo 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”.

Lo señalado por este inciso resulta fundamental a efectos de evitar que la parte que nombre a un árbitro, o participe en su nombramiento, utilice luego alguno de los elementos de la relación que conocía del árbitro con el objeto de apartarlo del arbitraje.

Naturalmente, nos encontraremos solo ante la posibilidad de recusar a ese árbitro por la parte que lo nombró, cuando se trate de hechos que comprometan de alguna manera la relación del árbitro nombrado con la contraparte, con sus abogados o con sus representantes.

³³ En el caso citado, se podrá cuestionar dicha aceptación, ya que en realidad no se trataría de una carta de aceptación, en la medida de que la aceptación a una propuesta de designación de árbitro tiene que ser pura y simple. Sin embargo, no vamos a ahondar en el tema y solo nos limitaremos a señalar que, teniendo en cuenta cada caso en particular, no siempre una aceptación podrá ser considerada como tal, ya que dicha voluntad estaría condicionada a que alguna o ambas partes realicen o actúen de determinada manera.

Comentario relevante del autor



La función de un secretario arbitral no implica la resolución o el análisis de conflicto alguno, ya que para eso ha sido designado el tribunal arbitral. Sin embargo, ello no quita que se deba reconocer la tremenda importancia que este actor cumple al interior de un arbitraje.

Resulta evidente que aquí también podríamos encontrar un supuesto especial y es que uno podría descubrir, con posterioridad al nombramiento, determinados hechos o circunstancias que deterioren la relación entre el árbitro y la parte que lo nombró. Por ejemplo, descubrir que el árbitro, a pesar de haber declarado la existencia en el pasado de una relación con la parte que lo nombró, haya actuado en aquella oportunidad con deslealtad hacia esta persona, quien recién luego de nombrarlo como árbitro descubre este mal actuar. Esta circunstancia, evidentemente, haría perder la confianza que se tuvo en el árbitro nombrado.

Por lo demás, toda circunstancia que afecte la relación entre el árbitro nombrado y la parte que lo nombró (que no haya sido revelada por el árbitro al momento de su aceptación), hará que se presuma que ha sido ocultada dolosamente por dicho árbitro.

No olvidemos que el deber de declaración no solo implica la necesidad de revelar aquellos elementos o circunstancias que pudieran afectar, eventualmente, la relación con la

parte que no lo ha nombrado, sino que también deben mencionarse todos los elementos o circunstancias que impliquen algún punto de contacto entre el árbitro, ambas partes y los abogados y representantes de las partes del arbitraje.

VI. ¿Recusación del secretario arbitral?³⁴

Un interesante supuesto se planteaba en Colombia antes de la entrada en vigencia de su actual ley arbitral.

Se señalaba que al procedimiento arbitral le era plenamente aplicable el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual el secretario del Tribunal también se podía declarar impedido y era recusable en los mismos términos y por idénticas causas a las establecidas por dicho Código para los jueces.

Dentro del trámite de la recusación del secretario, los árbitros no eran recusables ni podían declararse impedidos, por cuanto en términos del inciso 4 del artículo 151 del Código de Procedimiento Civil colombiano, eran las personas encargadas de conocer de la recusación.

Finalmente, si se declaraba el impedimento o se declaraba probada la recusación, el tribunal debía proveer el nombramiento de un nuevo secretario, pues como no había más funcionarios, no se daban los supuestos del inciso 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, que permitían encargar al oficial mayor designar a otro funcionario como secretario *ad hoc*.

No vamos a ahondar más en el tema, ya que este no es materia de estudio del presente

³⁴ Este tema es abordado por Rafael Gamboa Serrano (GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. 62 y 63).

trabajo. Sin embargo, ello no quita que se pueda iniciar un debate respecto a él, ya que, como sabemos, la función que cumple un secretario arbitral resulta de suma importancia.

Y es importante, en vista de que en su figura descansa todo el engranaje procedimental de las actuaciones arbitrales, pues su labor será la de ser un asistente que se encargará de oficiar la documentación, elaborar documentos de mero trámite, hacer el seguimiento de diversas actuaciones, servir de nexo entre las partes y los árbitros para determinados fines, entre otros.

Se podría decir, incluso, que su tarea se asemeja en cierto modo a aquella cumplida por el secretario de un juzgado. Ello, con las salvedades del caso.

La función de un secretario arbitral no implica la resolución o el análisis de conflicto alguno, ya que para eso ha sido designado el tribunal arbitral. Sin embargo, ello no quita que se deba reconocer la tremenda importancia que este actor cumple al interior de un arbitraje.

Sin embargo, creemos que no resultaría idóneo aplicar la figura de la recusación a un secretario arbitral. Ello, en vista de que esta posee una construcción teórica y una aplicación práctica que solo podría recaer en un árbitro.

Asimismo, y si tenemos en cuenta que no está prohibido aplicar supletoriamente al arbitraje alguna norma contenida en el Código Procesal Civil, tampoco se podrá recusar al secretario arbitral, en vista de que conforme a lo establecido por el numeral 761 del citado

cuerpo de leyes, en un proceso ordinario es improcedente la recusación del secretario del juzgado.

Conclusión

Si bien es cierto la Ley de Arbitraje establece causales puntuales sobre las que se puede fundar un eventual pedido de recusación, no olvidemos que la realidad y los hechos concretos, muchas veces, harán que algo no sea lo que parece.

En un agudo comentario, el profesor Fernando de Trazegnies³⁵ señala que “la noción de conflicto de interés es un concepto vivo; y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente”.

Por otra parte, y respecto a los test que se han ideado para resolver los problemas de independencia e imparcialidad, creemos que si bien es cierto la mayoría de estos buscan ser lo más objetivos posibles, todos ellos se aplican de manera subjetiva. Ello es entendible, debido a que el concepto mismo de imparcialidad es abstracto y su evaluación envuelve necesariamente un elemento de subjetividad. Sin embargo, los problemas que surjan de la aplicación subjetiva de los test pueden ser minimizados si las consideraciones objetivas detrás del uso de estos se calibran de acuerdo a las circunstancias. El elemento subjetivo debe encontrarse, pues, balanceado con las circunstancias objetivas del caso en concreto³⁶.

35 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Motivos de abstención y recusación”. En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Ob. cit., tomo I, p. 355.

36 Cfr. SINGHAL, Shivani. “Independence and Impartiality of Arbitrators”. En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 11, issue 3, p. 132 (traducción libre).

Referencias bibliográficas

- ALONSO PUIG, José María. “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”. En: *Themis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53.
- ALONSO PUIG, José María. “El deber de revelación del árbitro”. En: *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008.
- ALONSO PUIG, José María. “La función del árbitro: un ejercicio de responsabilidad”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 14, Bogotá, enero-junio, 2011.
- ALONSO PUIG, José María. “El deber de revelación del árbitro”. En: *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008.
- ALONSO, José María. “La independencia e imparcialidad de los árbitros”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 2.
- CASTILLO FREYRE, Mario. “El deber de declaración”. En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2008.
- CAREY, Gearóid y GALLAGHER, Norah. “Impartiality of arbitrators: English and Irish law contrasted”. En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4, p. 166. (Traducción libre).
- CREMADES, Anne-Carole. “Recusación del árbitro”. En: *Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*. Jorge Luis Collantes González (Director). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011.
- CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. 2ª edición, tomo I, Palestra Editores, Lima, 2007.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Motivos de abstención y recusación”. En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Tomo I, IPA, Lima, 2011.
- GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá, 1992.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “Independencia e imparcialidad de los árbitros en la Ley General de Arbitraje. La subjetividad tras las palabras”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El deber de declaración”. En: *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2010.
- MATEO SANZ, Jacobo B. “Motivos de abstención y recusación”. En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004.
- MERINO MERCHÁN, José F. y José M^a. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Imparcialidad y recusación del árbitro”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Centro de Análisis y Resolución

- de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2008.
- MULLERAT, Ramón. “Neutralidad del árbitro”. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18. Jorge Luis Collantes González (Director). Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011.
 - MULLERAT, Ramón. “Imparcialidad de los árbitros”. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*.
 - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición *on line*. Recuperado de <www.rae.es>.
 - SINGHAL, Shivani. “Independence and Impartiality of Arbitrators”. En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 11, issue 3. (Traducción libre).
 - TEMBOURY REDONDO, Miguel. “Estándares de conflicto de interés”. En: *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.
 - TRAKMAN, León. “The impartiality and independence of arbitrators reconsidered”. En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 10. (Traducción libre).
 - YÚFERA, Pedro. En: *Arbitraje. Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18. Jorge Luis Collantes González (Director). Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011.