

La cuarta posibilidad consiste en que el árbitro comunique su aceptación en el nombramiento, pero lo haga de manera extemporánea; es decir, fuera del plazo previsto. Aquí, si bien la norma en comentario atribuye a la no comunicación oportuna de aceptación un sentido determinado (la no aceptación del nombramiento), vale la pena analizar si, en todos los supuestos, nos encontramos ante una situación de preclusión insubsanable.

Creemos que, si, por ejemplo, el árbitro fue nombrado por ambas partes de común acuerdo, nada impedirá que éstas den por válida su aceptación, aun cuando la misma se comunique extemporáneamente. Si eso ocurriese, creemos que ninguna de las partes podría solicitar la anulación del laudo bajo el argumento que la aceptación del árbitro fue extemporánea.

El párrafo 2 del artículo 27° del D. Leg. N° 1071 dispone que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

El párrafo 2 del artículo 27° en comentario es de suma importancia, pues implica que, una vez producida la aceptación de los árbitros, no se requiere de ningún acto posterior para que el tribunal arbitral se considere constituido. De esta forma, se corrige la errónea práctica que se venía generando, consistente en entender que se necesitaba de un “Acta de Instalación” en la que participen las partes, para que el tribunal arbitral recién pueda actuar.

Con la norma en comentario, queda claro que el tribunal queda constituido con la aceptación de los árbitros y, en consecuencia, a partir de allí puede adoptar decisiones, como lo contempla el párrafo 1 del artículo 47° del mismo D. Leg. N° 1071, según el cual “Una vez constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida”.



Art. 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 sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

COMENTARIO ⁽⁵⁵⁸⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las causales de recusación dentro de la ley vigente. 3. Las recusaciones básicas. 4. Los conflictos de interés. 5. Criterios institucionales. 6. Precisando el conflicto de interés. 7. Los principios generales. 8. Las listas. 9. La lista roja no dispensable. 10. La lista roja dispensable. 11. La lista Naranja. 12. La lista verde. 13. El Código Ética de la CCL. 14. La noción de conflicto de interés como concepto vivo.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el arbitraje se ha convertido en una institución ampliamente usada en el Perú y ello ha llevado, como en todo asunto que marcha, a descubrir problemas en el camino, no ya en el nivel puramente académico sino en el práctico, que exigen necesariamente soluciones razonables y coherentes. Una de ellas es el conflicto de interés: ¿Cuándo puede decirse que existe conflicto de interés en aquel que es propuesto como árbitro? ¿Qué situaciones merecen ser consideradas como conflictos de interés y qué objeciones basadas en esta categoría son simplemente majaderías o quizá, intentos de encontrar

(558) Por FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA: Socio del Estudio Fernando de Trazegnies. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

la razón de la sinrazón, argucias utilizadas por la parte demandada para retrasar la instalación del tribunal o su funcionamiento?

Los casos de recusación en el Perú han sido variados y, aunque hasta hace poco no sucedían con demasiada frecuencia, presentan un espectro bastante amplio: desde conflictos de interés de naturaleza bastante clara, como que el árbitro sea socio del Estudio de abogados del defensor legal de alguna de las partes en el mismo arbitraje, pasando por casos menos claros como cuando el árbitro ha sido alguna vez en el pasado abogado de alguna de las partes en otro asunto, hasta casos pintorescos como la impugnación basada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes o que el árbitro es amigo del padre del abogado o del apoderado de alguna de las partes o incluso como expresión del disgusto por la anterior participación política de un árbitro, la que no es compartida por una de las partes o por sus abogados.

Sin embargo, en los últimos tiempos se advierte una proliferación de recusaciones que no son sino estrategias para lograr ventajas (muchas veces ilícitas) en la composición del tribunal arbitral o en el procedimiento del arbitraje. Así, hay recusaciones motivadas en un deseo de impedir la constitución del tribunal arbitral o de retardar el procedimiento. Hay otras recusaciones en las que una de las partes recusa sistemáticamente al árbitro nombrado por la otra con el objeto de que, después de varias recusaciones (en las que muchas veces el recusado renuncia por razones de amor propio, sin permitir la discusión de su caso), se llega a obtener un árbitro quizá con alguna simpatía o vinculación con la parte que empleó sistemáticamente el método recusatorio para lograr ese resultado.

Hay recusaciones bastante más complicadas que obedecen a razones abominables desde cualquier punto de vista. Así, he conocido un caso en el que una de las partes recusa sorpresivamente al árbitro nombrado por ella misma aduciendo que carece de las calidades de especialista requeridas en el convenio arbitral. Obviamente, el tribunal se preguntó cómo podía esa parte haber designado a esa persona si no tenía las calidades requeridas, ya que es ella quien debió juzgar este hecho antes de hacer la propuesta. Sin embargo, la verdadera razón estaba oculta y era más indecente: una vez aceptado como árbitro, la parte que lo había designado le propuso confidencialmente pagarle sus honorarios como una *cuota litis* sobre lo que esa parte pudiera obtener si ganaba el arbitraje. Dado que el árbitro nombrado rechazó de plano tal proposición porque comprometía gravemente su imparcialidad al hacerlo socio de una de las partes, esa misma parte le ofreció entonces una suma de dinero para que renunciara y así les permitiera nombrar a otro que estuviera de acuerdo con una propuesta de esta

naturaleza. Como el árbitro no aceptó tampoco que le “compraran” su renuncia por considerarlo una inmoralidad, la parte en cuestión procedió a recusar a su propio árbitro.

2. LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN DENTRO DE LA LEY VIGENTE

La nueva Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, de 28 de Junio de 2008, hoy en vigencia, ha evitado señalar en detalle las causas de recusación de los árbitros, lo que parece razonable si se tiene en cuenta que éstas pueden ser muy variadas y circunstanciales.

Pero establece dos criterios *sine qua non* el árbitro queda descalificado: su independencia y su imparcialidad, los que deben ser mantenidos a lo largo de todo el proceso.

La independencia y la imparcialidad, aunque parezcan sinónimos a primera vista, no lo son. La independencia se refiere a la ausencia de una relación objetiva y subordinada con alguna de las partes (ser abogado de una de ellas, por ejemplo), mientras que la imparcialidad obvia las relaciones formales y aprecia si pueden existir otras vinculaciones del árbitro con alguna de las partes que afecten su juicio imparcial (haberse pronunciado previamente sobre esta materia, tener negocios con uno de los litigantes, etc.).

Estos dos grandes temas tienen que ser examinados y precisados por el tribunal frente a cada caso concreto. Y notemos que la ley exige que esa independencia (ausencia de relación objetiva) y esa imparcialidad (ausencia de relación subjetiva) deben existir no sólo 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, dentro de los diez días de conocida la causal. Sin embargo, se prohíbe interponer una recusación cuando comienza a correr el plazo de emisión del laudo, porque se supone que ya a estas alturas de la controversia las partes han tenido plenamente conocimiento de los árbitros y de sus relaciones y, por lo tanto, han tenido amplia oportunidad para formular recusaciones si lo estimaban oportuno: en cambio, una recusación, después de haberse llevado a cabo todo el proceso, simplemente afectaría la eficiencia del arbitraje y se prestaría para maniobras intimidantes y dilatorias de alguna de las partes.

3. LAS RECUSACIONES BÁSICAS

Sin embargo, previamente al análisis de la independencia y la imparcialidad a que se refiere el artículo comentado de la LA, existe una condición básica, elemental de recusación, que consiste en el hecho

de que cabe duda de que la persona no reúna las condiciones para ser árbitro: “no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley”, dice el acápite 3°, *in fine*, de la norma comentada.

Esta regla se refiere a los casos de capacidad y de incompatibilidad funcional, tratados en los artículos 20° y 21°, respectivamente, por la misma LA.

Los árbitros tienen ciertas condiciones de capacidad establecidas por la propia LA, como que se trate de personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Esto significa que no se puede nombrar como árbitro a una sociedad ni a un Estudio de abogados. Claro está que puede nombrarse a una persona que forma parte de una institución experta en arbitrajes o de un Estudio de Abogados y que realiza su labor como parte del servicio que presta para su institución o Estudio. Pero frente a las partes, la responsabilidad es exclusiva y plena de la persona natural que ha aceptado el cargo de árbitro, independientemente del hecho de que arbitrar pudiera ser parte de los servicios que presta para una persona jurídica.

En segundo lugar, esa persona natural nombrada árbitro debe estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No puede ser árbitro un menor de edad, aunque sea muy inteligente y el arbitraje se refiere a situaciones que conoce bien. Tampoco puede ser árbitro quien está sujeto a una curaduría debido a algún tipo de restricción de sus derechos civiles.

Un campo en el que la LA trae significativas innovaciones es el referido al hecho de ser abogado como condición para ser árbitro.

Como se recordará, la ley anterior establecía que los arbitrajes que debían ser resueltos en derecho, tenían que estar a cargo de abogados; en cambio, en los arbitrajes de equidad o de conciencia podían intervenir como árbitros personas que no tuvieron esa profesión.

La Ley actual ha mantenido esa condición para el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, pero le ha quitado su carácter determinante al establecer que las partes pueden, si lo tienen a bien, pactar en contrario y nombrar a personas que no son abogados para conformar tribunales arbitrales que deben juzgar de acuerdo a Derecho (artículo 22°, inciso 1). Ésta es una innovación interesante que permite incorporar, por ejemplo, a un especialista cuando la materia a discutir es muy técnica (un ingeniero petrolero, un experto en bolsa de valores, un físico atómico quizá) que proporcione la visión especializada de los hechos a los otros árbitros abogados que deben encargarse de poner todo ello dentro del marco jurídico. Sin embargo, la norma

es tan amplia que permitiría nombrar un tribunal compuesto por tres ingenieros mecánicos para resolver un caso de responsabilidad civil derivado de un accidente producido por una máquina de transporte o de fabricación, pero me temo que estas personas tendrían muchas dificultades para incluir los elementos técnicos del acto dañino dentro de nociones como las de responsabilidad subjetiva u objetiva, responsabilidad vicaria, grado de contribución de la víctima al daño, etc. Y que el arbitraje termine convirtiéndose en uno de equidad a pesar de que las partes habían dispuesto que tenía que ser de derecho; lo que indudablemente puede dar lugar a una gran cantidad de nulidades ante el Poder Judicial, afectando la importancia del arbitraje.

Aún más, la ley expresamente exonera a los abogados árbitros de toda experiencia jurídica, por cuanto dispone que “Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera” (artículo 22°, inciso 2). Esto significa que una persona que estudió Derecho dentro del romanticismo de su juventud, se graduó de abogado pero nunca ejerció su profesión sino que se dedicó toda su vida al comercio, podría ser incorporado como árbitro de derecho a un tribunal que se supone que tiene que conocer muy bien la ley vigente que está obligado a aplicar.

Por otra parte, la Ley dispone también que, “Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera” (artículo 23°, inciso 2), ni aún si el arbitraje hubiera sido pactado como uno de Derecho. Sin embargo, hubiera sido interesante aclarar el tema que se refiere a los abogados peruanos o extranjeros graduados en el extranjero y que no han revalidado su título en el Perú. La respuesta formal a esta pregunta sería que quien no ha revalidado su título de abogado en el Perú no es reconocido como tal por la ley peruana y, por consiguiente, no puede ser árbitro, si el arbitraje es de derecho. Sin embargo, esta situación no perjudica la posibilidad de que importantes juristas extranjeros —que no han revalidado su título en el Perú— puedan ser miembros de tribunales arbitrales establecidos en el Perú para conocer arbitrajes internacionales, dado que la ley prevé expresamente que “En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo” (artículo 22°, inciso 1, *in fine*).

Esto es lo que se refiere a causales de recusación debido a falta de capacidad en función de las exigencias determinadas por ley. Sin embargo, las partes pueden ponerse de acuerdo para exigir capacidades adicionales; y, en consecuencia, los árbitros que no cumplan con ellas pueden ser igualmente recusados, sin que ello implique una

descalificación general para ser árbitro ni una falta de independencia o de imparcialidad. En este sentido, las partes pueden exigir que los árbitros tengan experiencia, por ejemplo, en materia de seguros, dada la naturaleza del caso; o que el árbitro no sea simplemente abogado sino que tenga una cierta experiencia en Derecho Marítimo para participar en un arbitraje entre una compañía naviera y el dueño de la carga transportada; o, de manera más general, tratándose de un tema jurídico muy difícil, los árbitros tengan más de 10 años de abogados en ejercicio o que sean profesores universitarios, etc. En los arbitrajes de conciencia o equidad se pueden exigir también conocimientos especializados no jurídicos: no basta que el árbitro propuesto sea una “buena persona” sino que además debe ser ingeniero o médico o vinculado a los negocios de exportación, etc., por ejemplo, sucede este caso cuando un productor y un distribuidor internacional de uvas establecen que las controversias entre ellos sólo pueden ser resueltas por árbitros de conciencia, pero que conozcan de mercados internacionales y/o del cultivo de la vid.

Es importante destacar que tales exigencias especiales pueden surgir del propio Convenio Arbitral o pueden formar parte del Reglamento de una determinada institución cuando se trata de un arbitraje patrocinado institucionalmente. El sometimiento de las partes al régimen de un cierto arbitraje institucionalizado implica el sometimiento también de los reglamentos de tal institución que pueden establecer requisitos o incompatibilidades especiales para sus árbitros.

Es importante notar que la ley peruana no funda ninguna causal *per se* de recusación en la nacionalidad del árbitro. Ya la ley anterior había consagrado el principio de que el nombramiento de árbitros tanto de derecho como de equidad podía recaer en personas nacionales o extranjeras. La nueva ley establece igualmente al señalar que “la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”, pero coloca esta norma dentro del marco de la libertad de las partes al precisar que ello será así “salvo acuerdo en contrario de las partes” (artículo 20°, *in fine*).

Existe una causal adicional de recusación que se refiere a la “incompatibilidad funcional”, esto es, el hecho de que ejerzan ciertas funciones que hacen inconveniente su participación en un tribunal arbitral porque desbalancean las relaciones internas del tribunal. Por ejemplo, resultaría muy difícil para los árbitros resolver de manera independiente y personal si el presidente del tribunal es el Presidente de la República.

La LGA optaba por designar directamente las personas que no pueden ser árbitros, sin perjuicio de las leyes propias de cada función

que pudieran crear limitaciones adicionales. Así, no podían arbitrar el Presidente de la República, los Vicepresidentes, los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional: tampoco los oficiales generales de las Fuerzas Armadas y Policiales. Otra función cuya exclusión es muy importante a fin de deslindar la jurisdicción arbitral de la judicial, es la de ser magistrado; y la anterior ley la hacía extensiva a los exmagistrados, aunque sólo respecto de las causas que han conocido como tales. Y, finalmente, el Contralor General de la República en los procesos arbitrales donde participen entidades sometidas a su control.

La actual Ley ha preferido remitir la definición de estas incompatibilidades a las leyes del Servicio Público, al establecer que “Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas” (artículo 21°). Sin embargo, ésta no parece ser la mejor solución, porque no solamente complica la determinación de la incompatibilidad al tener que referir-la a una multitud de leyes ajenas al arbitraje sino que, además, abre la puerta para que alguna de esas leyes permitan que sean árbitros funcionarios que, desde una lógica arbitral, no debieran serlo: se ha transferido a los Poderes Públicos la capacidad de determinar quién puede ser árbitro y quién no puede serlo dentro de sus filas.

4. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Delimitada así la recusación por incapacidad e incompatibilidad, podemos regresar a las causales derivadas de la independencia y de la imparcialidad que debe mantener el árbitro.

Éstas son bastante más subjetivas y podríamos calificarlas en general como casos de “conflicto de interés”.

Obviamente, de imparcialidad y de independencia (la ley anterior se refería incluso a “dudas” sobre estos temas) es moverse a través de un terreno incierto, poblado por situaciones borrosas, ambiguas y sutiles. Por ello se requiere de algunas pautas adicionales que nos permitan navegar con un mínimo de seguridad por este mar neblinoso en el que aparecen y desaparecen sombras de otras embarcaciones, sin que lleguemos a tener un criterio seguro para establecer si estamos en rumbo de colisión o si se trata de elementos indiferentes al curso de nuestro proceso arbitral. ¿Cuáles son los criterios prácticos que nos permiten saber cuándo una situación afecta la independencia y/o la imparcialidad del árbitro?

Intuitivamente podemos pensar que recusar a un árbitro porque ha trabajado con un Gobierno que —a juicio político de la parte recu-

sante— no respeta el Derecho y que por tanto debe considerarse que no tiene una visión recta de las cosas, no puede ser admisible, porque se trata de un juicio político, subjetivo como son todas las opiniones políticas. No estamos aquí ante un conflicto de interés sino de una presunta incapacidad que no está fundada en la ley. Por otra parte, el pretendido fundamento incurre en la subjetividad y la pasión propia de todo juicio político.

Igualmente, podemos decir que la acusación de que un árbitro es profesor en una determinada universidad donde también es profesor el abogado de la parte contraria, tampoco puede ser admisible porque nos quedaríamos sin árbitros: la mayor parte de los árbitros son profesores universitarios. En cambio, si el árbitro es socio de la parte contraria en el negocio que ha dado origen a la controversia, evidentemente existe la posibilidad de dudar de su imparcialidad. Y si ese árbitro es el padre del abogado de la parte contraria, también podemos tener esa duda de su independencia; aunque si solamente es primo de ese abogado la situación es mucho más discutible y exige precisar hasta qué grado de parentesco se puede considerar para justificar una duda.

Por eso, se hace indispensable contar con patrones lo más objetivos posibles para determinar cuándo hay conflicto de interés en la realidad concreta del proceso.

5. CRITERIOS INSTITUCIONALES

En el caso de los arbitrajes administrados por alguna institución, encontramos que muchas veces este tipo de instituciones administradoras incluyen en sus Reglamentos normas específicas al respecto. Este es el caso de la Cámara de Comercio de Lima, de la American Chamber y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Algunas veces, esas instituciones tienen además Códigos de Ética que precisan en mayor grado este tipo de circunstancias, como sucede con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Hay, por el contrario, otros reglamentos institucionales que no se han preocupado del problema y prácticamente repiten la norma general de la ley.

Pero también nos puede ser útil la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como internacional y extranjera, así como los textos guías preparados por algunos centros internacionales de arbitraje. No cabe duda de que las nociones a que me he referido y cuya aclaración y precisión requerimos, son —o deberían ser— relativamente similares en todas partes, independientemente de las diferencias entre las distintas legislaciones. Más aún, dentro de un mundo globalizado, la perspectiva de lo que es considerado razonable en esta materia tiende a ser la misma.

6. PRECISANDO EL CONFLICTO DE INTERÉS

Quizá el esfuerzo más grande realizado hoy en día en este sentido ha sido la elaboración de un documento fundamental llamado Lineamientos sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional⁽⁵⁵⁹⁾, por la International Bar Association.

Si bien los documentos institucionales son válidos sólo para los procesos que se lleven a cabo bajo su patrocinio y, por tanto, los Lineamientos de la International Bar Association carecen de fuerza legal o contractual en nuestro medio, presentan muchas ventajas.

En primer lugar, se trata de un texto actual, ya que fue publicado en el año 2004. De otro lado, fue preparado por 19 expertos de catorce países, por lo que nos orienta de manera bastante segura con relación a lo que la costumbre internacional de nuestro tiempo admite bajo el concepto de conflicto de interés. En tercer lugar, no solamente recoge las más modernas tendencias sobre el tema, sino que además las expone en forma sistematizada, lo que facilita mucho su visión de conjunto.

Es probable que nos puedan surgir dudas sobre la ubicación de ciertas situaciones dentro de la sistematización o que encontremos situaciones relativamente similares en lugares muy diferentes. Toda sistematización es tentativa y, salvo en las matemáticas, tiende a ser incompleta. Pero no cabe duda de que el trabajo de reflexión realizado por una institución tan seria nos proporciona un esquema muy sugestivo para la reflexión concreta sobre el tema.

Los Lineamientos comienzan señalando que el incremento de los conflictos de interés es un desafío al arbitraje.

El hecho de que el mundo de los negocios funcione actualmente muy interconectado, crea relaciones y, por tanto, posibilidades de conflictos de interés, que antes no hubieran sido imaginables. Y, por ello, los árbitros usualmente no están seguros de qué es lo que constituye un conflicto de interés dentro de la complejidad del mundo moderno, por lo que asumen actitudes muy diversas frente a temas similares.

No revelar cierto tipo de vinculaciones puede constituir una falta grave en un árbitro. Pero, por otra parte, comunicar a las partes cualquier tipo de relaciones, sin importar si son serias o si son leves, puede llevar a un abuso por parte de litigantes renuentes que aprovechan de

(559) International Bar Association: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approved on 22 May 2004, Londres, Reino Unido, en adelante denominado en este artículo como "los Lineamientos".

esta situación para cuestionar al árbitro y eventualmente removerlo, con las consecuencias de las consiguientes dilaciones del procedimiento y de impedir que participe el árbitro en quien tiene confianza una de las partes.

En esta forma, dicen los Lineamientos, se crea una tensión entre el derecho de las partes a conocer las situaciones que puedan razonablemente suscitar dudas de la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros y, del otro lado, el derecho de las partes de nombrar al árbitro de su preferencia y de tener un desarrollo normal, relativamente rápido, del procedimiento arbitral.

Notemos cómo esta tensión se reproduce exactamente en nuestro medio, ya que las dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro son causales de recusación de acuerdo a la ley peruana conforme hemos visto anteriormente. Y sucede que se ve cada vez más en nuestro medio que, en efecto, los demandados que preferirían dilatar el proceso utilizan la vía de las recusaciones para hacerlo y además obligan así a la otra parte a nombrar un árbitro que no era su primera preferencia.

Es para manejar equilibrada y puntualmente esas situaciones que se han preparado los Lineamientos. Los expertos que intervinieron en su preparación declaran que esos Lineamientos reflejan lo que ellos entienden como la mejor práctica internacional actual y que han tratado de balancear las varias y a veces contradictorias preocupaciones de los principales actores arbitrales, tales como las partes, sus abogados, los árbitros y las instituciones arbitrales.

7. LOS PRINCIPIOS GENERALES

El punto de partida es el principio común a todas las normas sobre conflictos de interés, que también está contenido en nuestra LA y que se repite, aunque no sea necesario, en muchos de los reglamentos de las instituciones arbitrales. Este principio general —que ha sido tomado por la ley peruana como por muchas otras del artículo 12° de la Ley Modelo de UNCITRAL— se refiere a que el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes, tanto al momento de aceptar el encargo como a lo largo de todo el proceso hasta el momento del laudo. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos (“imparcial” e “independiente”), como no lo hace la nueva ley peruana. De ahí la importancia de ensayar un desarrollo al nivel de principios aplicados a situaciones específicas, a fin de permitir su aplicación más segura y objetiva a los casos concretos.

Como puede apreciarse de su lectura, los Lineamientos parten exactamente del mismo punto que el establecido como básico por

nuestra ley peruana y, en ese sentido, nos ayudan a desentrañar el sentido del Derecho nacional.

En consecuencia, el árbitro debe declinar el nombramiento o declarar la situación a las partes, según el caso, si tiene dudas sobre su imparcialidad y/o independencia o si, aunque él mismo no dude, el caso es de tal naturaleza que una tercera persona pudiera razonablemente dudar de su neutralidad.

A partir de ese punto, podemos ir más lejos agregando que un criterio seguro consiste en considerar que hay dudas justificadas si una informada y razonable tercera persona, sin relación con la controversia, alcanzara a pensar que el árbitro puede verse afectado en su juicio por circunstancias que no se derivan de la argumentación de las partes.

Sin necesidad de mayor cuestionamiento, podríamos considerar *iuris et de iure* que una duda justificada sobre la independencia o imparcialidad del árbitro existe si hay identidad entre una de las partes y el árbitro o si el árbitro es representante o funcionario de una de las partes de la controversia o si el árbitro tiene un interés significativo, ya sea personal o económico, en el resultado de la controversia. Todas estas causales terminantes de recusación derivan del gran principio que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. En estos casos, el llamado a ser árbitro, que de alguna manera está asociado con alguna de las partes en los resultados del proceso arbitral, debe declinar la invitación, sin necesidad de esperar la recusación.

Ahora bien, existen también una serie de situaciones en las que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que pudieran dar lugar a que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

En este caso, el árbitro no debe renunciar sino simplemente declarar esa situación. En estas circunstancias, el árbitro propuesto está obligado a revelar (*disclosure*) a las partes, a sus co-árbitros y a la institución arbitral, las vinculaciones que pudieran dar lugar a esa eventual duda antes de aceptar el cargo. Claro está que efectuar tal declaración implica que ese árbitro está convencido de que tales hechos no afectan su independencia de criterio, porque si no fuera así simplemente debería declinar el nombramiento. Si declara no es por una duda personal sino por consideración a lo que los demás actores del arbitraje pudieran pensar al respecto, permitiéndoles con la revelación que hagan una mejor evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda del árbitro sobre si debe o no poner ciertos hechos en conocimiento del tribunal y de las partes debe, en principio, ser resuelta a favor de la divulgación del hecho. Pero es importante destacar que el acto de comunicar ciertos hechos —lo que pudiera ser necesario para que no

existan dudas sobre su imparcialidad— no implica en manera alguna una admisión de conflicto de interés y ni siquiera revela una duda propia del árbitro sino sólo una consideración hacia las partes y sus colegas en aras de la transparencia del proceso.

También es cierto que actitudes excesivamente escrupulosas debilitan innecesariamente la confianza de las partes en el tribunal, lo que no es conveniente. Pero, pese a ello, es preciso insistir en que toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración: el principio que debe regir la conducta del árbitro es *in dubio pro declaratione*. Si las partes, luego de conocida la declaración, no objetan al árbitro, se considerará que las situaciones declaradas son irrelevantes y que el árbitro puede participar en el proceso sin que se le pueda formular posteriormente cuestionamiento alguno por la causa declarada.

8. LAS LISTAS

Hasta aquí en cuanto a principios generales se refiere.

Pero cuando descendemos al terreno de lo fáctico y analizamos las situaciones particulares que pudieran ser consideradas como conflicto de interés, encontramos que no todas tienen el mismo grado de conflictividad y que no podemos tratar a todas de la misma manera, limitándonos a realizar un corte seco entre lo que fundamenta una recusación y lo que no la fundamenta.

Como los matices son muy sutiles en esta materia, debemos encontrar la forma de juzgar las cosas con diferente grado de exigencia y ponderar la recusación en función de los agravantes o atenuantes del contexto. Y es importante que esos principios se plasmen en orientaciones más concretas que se refieran a situaciones que fácilmente ocurren en la práctica actual del arbitraje; sin perjuicio de que estas listas de situaciones específicas no se entiendan taxativamente sino con carácter meramente enunciativo y explicativo.

En este sentido, los Lineamientos de la International Bar Association adoptan un método muy ingenioso y convincente: distinguen entre varias situaciones que pueden llevar a una recusación dentro de ciertas circunstancias, según el grado de alerta que corresponde a cada situación presuntamente conflictiva. Así, ese documento clasifica los conflictos potenciales en los siguientes tres grandes tipos, que van de más a menos:

(a) La Lista Roja contiene situaciones concretas que a cualquier tercera persona ajena al problema pueden darle dudas justificadas sobre un árbitro respecto del caso específico, ya que existe un con-

flicto de interés objetivo. Fundamentalmente, esta Lista corresponde a la existencia de identidades entre árbitros y partes, contrariando el principio de que nadie puede ser juez de sí mismo. En estos casos, el árbitro está obligado a inhibirse de conocer la causa; y, si no lo hace, será recusado. En esta materia, las más graves de las situaciones inhabilitan *iuris et de iure* al presunto árbitro frente a ese caso en particular, sin posibilidad de convalidación. Pero también hay otras que permiten una convalidación si todas las partes están de acuerdo en que no hay conflicto, aceptando que la persona se mantenga como árbitro y lo manifiestan expresamente. De esta manera, la Lista Roja se subdivide a su vez en dos listas: la Lista Roja de Situaciones No Dispensables y la Lista Roja de Situaciones Dispensables.

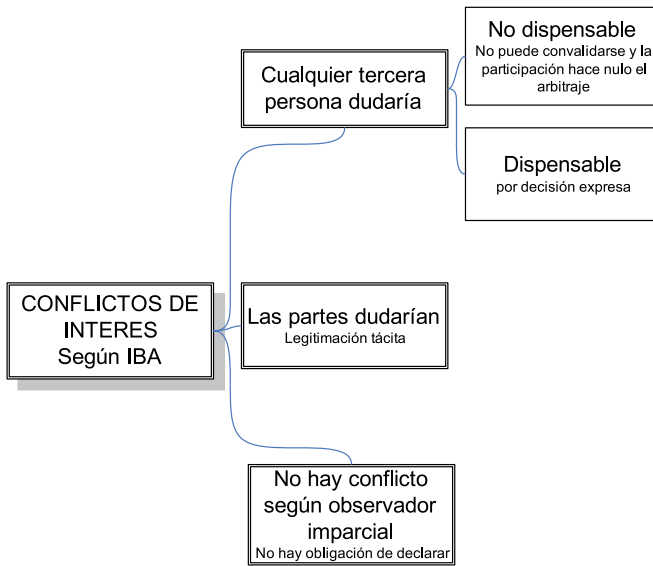
(b) La Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas cuando menos por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro; es decir, a diferencia de los casos comprendidos en la Lista Roja, aquí el supuesto conflicto no es objetivo sino que puede dar lugar a desconfianza o irritación en una de las partes del arbitraje, sensibilizada con el caso. Sin embargo, pese a no tratarse de un conflicto objetivo, el árbitro debe ponerse en la situación de las partes y hacer una declaración de las circunstancias que pudieran ser mal vistas por ellas. Pero esas circunstancias no lo inhabilitan automáticamente, por el contrario, ese árbitro puede quedar tácitamente legitimado si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo. La diferencia fundamental con la Lista Roja Dispensable es que en ese caso se requería una dispensa expresa, mientras que en los casos naranja basta que, conociendo los hechos, no se haya producido objeción de las Partes. De ahí también que la comprobación posterior de la existencia de estas situaciones no conlleva necesariamente la nulidad del arbitraje aunque no haya habido divulgación expresa, en particular si el proceso se lleva a cabo con conocimiento de las partes y sin que éstas objeten al árbitro.

(c) La Lista Verde contiene circunstancias en las que no aparece ningún conflicto actual desde el punto de vista de un observador imparcial. Por consiguiente, el árbitro no tiene obligación de declarar nada.

Como puede verse, la Lista Roja corresponde a casos en los que notoriamente existe un conflicto de interés, visto por cualquier tercero. En el otro extremo, la Lista Verde describe aquellos casos que no deben ser confundidos con conflictos de interés. Y la Lista Naranja está constituida por una franja intermedia de casos de conflicto de interés de menor gravedad que no son considerados tales si ninguna de las partes presenta objeción. Algunos de los casos de la Lista Naranja tienen plazos (por ejemplo, número de años atrás en que el árbitro pro-

puesto prestó un servicio legal a una de las partes) que, al vencerse, hacen que la situación pase a formar parte de la Lista Verde.

Un esquema de esta estructura de Listas puede apreciarse a continuación:



Hagamos a partir de aquí el ejercicio de examinar los casos concretos que los Lineamientos enuncian como ejemplos de situaciones típicas de cada una de las categorías mencionadas. Obviamente, esa enumeración no es taxativa sino meramente indicativa. Y en todo momento hay que tener presente que las fronteras entre una y otra de las categorías pueden ser muchas veces muy tenues.

9. LA LISTA ROJA NO DISPENSABLE

Empezaremos por la Lista Roja No Dispensable, que agrupa a las más graves situaciones de conflicto de interés.

Ahí encontramos fundamentalmente las situaciones que antes hemos calificado como conflictivas *iuris et de iure*, porque infringen el principio básico del arbitraje que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. Los Lineamientos dan cuatro ejemplos de esta situación, que son los siguientes:

- i. El primero se basa en la existencia de una identidad entre una de las partes y el árbitro o, en caso de personas jurídicas, en que el árbitro sea el representante legal de una de las partes. Como puede apreciarse, aquí estamos ante el caso más flagrante: el árbitro y la parte son física o prácticamente la misma persona. Por

consiguiente, la situación antes descrita puede ser calificada objetivamente como de falta absoluta de independencia.

- ii.* El segundo se refiere al caso de que el árbitro sea Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de la empresa o, en general, que tenga una influencia similar sobre el control de una de las partes. En esta condición, podemos pensar también que objetivamente no existe independencia pues no podemos imaginar al Gerente de una empresa o a uno de los miembros de su Directorio votando a favor de un laudo contrario a su empresa; le es imposible votar en contra porque ello lo llevaría a cometer una falta contra sus deberes de Gerente o de Director.
- iii.* El tercero contempla la situación en la que el árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en el resultado del proceso. En esta situación es importante el adjetivo “significativo”. Esto quiere decir que podemos pensar que la independencia del árbitro no se verá necesariamente afectada de manera radical si tiene algunas acciones de la empresa que es una de las partes del arbitraje, compradas en la Bolsa como inversión, en una cantidad que no constituye una participación determinante en el total de las acciones de la empresa ni tampoco es una parte importante del patrimonio personal del árbitro. Si ésta última situación fuera el caso, habría que calificar la situación dentro de la Lista Roja Dispensable, que le permitiría ser árbitro sólo si hay acuerdo expreso de las partes. Pero si ese árbitro tiene un porcentaje decisivo —que no tiene que ser necesariamente más del 50% de las acciones de la empresa sino incluso una cantidad menor pero que le da el control—, incurriría inevitablemente en una causal de la Lista Roja No Dispensable y no podría ser árbitro de tal controversia.
- iv.* El cuarto ejemplo se refiere fundamentalmente a los abogados de empresas; aunque también, cuando estamos ante arbitrajes de conciencia, puede afectar a los árbitros que son contadores, ingenieros consultores u otros profesionales independientes a quienes la empresa parte ha solicitado servicios. En estos casos, se entiende que pertenecen a la Lista Roja No Dispensable cuando el árbitro es asesor de manera regular de una de las partes y él mismo o su Estudio de abogados o su firma consultora obtiene de ese cliente un ingreso económico significativo. Notemos también aquí el adjetivo “regular” y la condición del ingreso “significativo”. Si la vinculación profesional no es continua y actual o si lo que obtiene como ingreso por sus servicios legales de ese cliente no es significativo, estaríamos dentro de la Lista Naranja.

10. LA LISTA ROJA DISPENSABLE

Veamos ahora los casos de la Lista Roja dispensable. Todavía estamos frente a situaciones que objetivamente pueden ser interpretadas como falta de independencia. Pero las partes podrían considerar que esa relación objetiva de dependencia no afecta el arbitraje en curso y, por consiguiente, puede ser dispensada. Las categorías de este tipo de relaciones planteadas en los Lineamientos son nueve, algunas de las cuales son mostradas a su vez con varios casos típicos. Las examinaremos también una por una:

i. La primera está basada en la relación del árbitro con la materia de la disputa. En vista de ello se tiene en cuenta la situación en que el árbitro haya asesorado legalmente o proporcionado una opinión como experto legal sobre el tema de la controversia a una de las partes o a una entidad afiliada a alguna de las partes. Y la existencia de conflicto se extiende incluso a los casos en que, sin haber asesorado previamente a ninguna de las partes, ha estado sin embargo de alguna manera involucrado en el caso. Como se puede ver, se trata de situaciones graves. No estamos aquí frente a un interés personal del árbitro que genere una identidad con la parte. Pero no hay duda de que quien ha emitido antes opinión como asesor legal en las diferentes formas posibles, es probable que no tenga la imparcialidad frente al arbitraje que hubiera sido de esperar. En una nota se aclara que cuando los Lineamientos hablan de empresas afiliadas, se están refiriendo a todas las empresas que forman parte de un grupo de empresas, incluyendo a las matrices. Debe advertirse, sin embargo, que no se habla de un asesoramiento en un caso similar o en una materia análoga sino directamente a una de las partes o a una entidad vinculada a la parte, sobre el objeto del mismo proceso.

ii. La segunda categoría “Roja Dispensable” consiste en que el árbitro tenga interés directo o indirecto en la disputa. Concretamente, nos encontramos aquí con el caso de que el árbitro, sea directa o indirectamente, posea acciones de la sociedad que es parte del arbitraje o de alguna de sus afiliadas. Como se recordará, si la participación es significativa se incurre en una causal de la Lista Roja No Dispensable. Por tanto, aquí estamos hablando de una participación no significativa.

Forma parte también de esta segunda categoría el hecho de que un familiar cercano —y por tal se entiende el cónyuge, los hermanos, padres o incluso las parejas estables— tenga un interés significativo en el resultado de la disputa. Aquí vemos que, tratándose de familiares, los Lineamientos son menos exigentes que cuando se trata del árbitro

mismo: una vez más, se matiza el alcance del conflicto requiriendo no simplemente que haya interés sino que además éste sea significativo.

Finalmente, siempre dentro de esta segunda categoría de la Lista Roja dispensable, encontramos el caso de que el árbitro o un familiar cercano sostengan una estrecha relación con un tercero que a su vez pueda estar expuesto a recurso por la parte perdedora de la controversia.

iii. La tercera categoría se refiere a las relaciones del árbitro con las partes y con los abogados de ellas.

Dentro de este marco está el caso de que el árbitro represente o asesore usualmente a una de las partes o a una empresa afiliada. En este caso se usa el adverbio “actualmente” (currently) mientras que en la Lista Roja No Dispensable se ha utilizado “regularmente” (regularly). Lo que se quiere significar es que, si se trata de una relación profesional continua, estamos en el caso no dispensable. En cambio, el asesoramiento que se brinda en la actualidad —obviamente en materias ajenas a las del caso— pero que es ocasional, puede ser dispensado por acuerdo de las partes. Veremos en la Lista Naranja los casos de asesoramientos no actuales sino pasados y los límites de tiempo a considerar.

Dentro de este mismo marco se ubican los casos en los que el árbitro tiene en ese momento la representación ya no de una de las partes, sino del abogado o si es actualmente miembro del Estudio de abogados al que pertenece quien asesora a una de las partes. Asimismo, es también un caso de Lista Roja Dispensable si el árbitro es Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de una firma vinculada a una de las partes, siempre que esa firma vinculada esté directamente involucrada en los asuntos que son materia del arbitraje. Como hemos visto, si esta relación profesional fuera con la propia firma que es parte en el arbitraje, la situación sería no dispensable. Pero tratándose aquí solamente de una empresa vinculada, no solamente es una situación dispensable por las partes sino que además se exige que la firma con la que se tiene vinculación esté directamente involucrada con la materia arbitral. Esto significa que si la empresa “A” contrata con la empresa “B” para construirle una planta de procesamiento de minerales y encarga la obra civil a su filial A2, si el árbitro es Gerente o Director de A se encontrará dentro de la causal roja no dispensable y deberá inhibirse. En cambio, si es Gerente o Director de A2 tiene que declararlo, pero las partes pueden aceptar que continúe como árbitro. Ahora bien, si es Director de Ax que es otra filial de A, pero que se dedica a asesorar a las empresas agrícolas y no tiene relación alguna con el pleito, la situación baja a la Lista Naranja.

Habría que considerar también como caso propio de la Lista Roja Dispensable la situación en la que el Estudio jurídico del árbitro, en una época anterior, ha prestado servicios vinculados directamente con el caso. O si su Estudio de abogados tiene una significativa relación comercial con una de las partes o con una empresa afiliada de una de las partes.

Como correlato de lo dicho anteriormente en la relación de conflictos de interés no dispensables, encontramos aquí que si el árbitro asesora en forma regular a una de las partes o a una empresa vinculada pero ni él ni su Estudio obtienen un ingreso significativo por ello, esta relación profesional podría ser dispensada por acuerdo entre las partes.

Las relaciones familiares pueden dar lugar también a situaciones que, sin llegar a la gravedad de los casos no dispensables, crean situaciones embarazosas. Por ejemplo, tendría que declarar su condición y no puede quedarse como árbitro si las partes expresamente no lo aceptan, aquel que tiene una cercana relación familiar con una de las partes si es persona individual o, si es persona jurídica, con su Gerente, uno de sus Directores, uno de sus miembros del Consejo de Supervisión o con cualquier persona que tenga una relación de influencia similar con una de las partes o con los abogados de una de las partes. Igualmente, habrá que proceder de la misma forma si un familiar cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una empresa vinculada a ella.

11. LA LISTA NARANJA

La Lista Naranja simplemente obliga a hacer una declaración de la situación. Frente a tal declaración, las partes tienen necesariamente que pronunciarse contra el árbitro para que éste quede excluido del arbitraje, mientras que si no se pronuncian debe considerarse al árbitro como aceptado.

Aquí vamos a encontrar gran parte de aquellas situaciones similares a las anteriormente descritas pero que, por decantación sobre la base del uso de adjetivos de grados, han ido quedando fuera de la Lista Roja en cualquiera de sus dos formas. En general, advertimos que estas situaciones no se refieren tanto a la falta de independencia como más bien a la posible falta de imparcialidad.

De esta manera, encontramos cinco grandes categorías con sus respectivos casos específicos.

i. La primera de esta categoría naranja se refiere a los casos de relación profesional con alguna de las partes.

En este caso, lo que define su pertenencia a esta lista es que el árbitro haya tenido relación profesional en los últimos tres años con alguna de las partes o también que, durante el mismo período haya asesorado a un tercero en contra de una de las partes. Y lo mismo se aplica al Estudio de abogados del árbitro, aun cuando el árbitro no hubiera tenido intervención personal en ese servicio profesional.

Es importante destacar dos situaciones que se derivan de arbitrajes anteriores. Así, si dentro del período de tres años, el árbitro ha sido nombrado antes árbitro por una de las partes o una de sus empresas vinculadas en dos o más ocasiones, está incurso en la Lista Naranja. Y lo mismo sucede si el árbitro simplemente ha formado parte de un tribunal arbitral en un asunto conexo que haya involucrado a una de las actuales partes o de sus compañías asociadas.

En todos estos casos, el límite es de tres años.

ii. La segunda categoría naranja se refiere a servicios que se prestan actualmente a una de las partes o a sus compañías asociadas, por el Estudio de abogados del árbitro, en los casos de que el ingreso económico por este concepto no sea significativo y el árbitro mismo no haya tenido vinculación con tales servicios. Y esta situación se extiende a otros Estudios de abogados que compartan honorarios con el Estudio del árbitro. O al propio árbitro y a su Estudio cuando presta servicios a una de las partes pero en asuntos que no tienen nada que ver con la materia controvertida.

Podemos imaginarnos el Estudio de Juan Pérez que asesora a la distribuidora de productos veterinarios denominada Clonación Ininterrumpida S.A.C. en asuntos laborales. Se presenta una controversia entre Clonación Ininterrumpida S.A.C. y una empresa ganadera sobre la eficiencia de los productos vendidos. En este arbitraje, Clonación Ininterrumpida S.A.C. nombra como árbitro a Juan Pérez. Éste tendría que declarar su relación de asesoramiento en otra materia jurídica (relaciones laborales), pero, de acuerdo a las reglas para la Lista Naranja, si las partes no lo objetan puede seguir como árbitro.

iii. La tercera categoría naranja tiene que ver con las relaciones entre un árbitro con los otros árbitros o con los abogados de las partes.

Dentro de esta categoría encontramos los casos en que dos árbitros del mismo tribunal pertenecen al mismo Estudio o cuando menos, si no lo es ahora, en los últimos tres años se presentó esa situación, sea con otro árbitro o con el abogado de una de las partes.

También puede suceder que un abogado del Estudio de uno de los árbitros sea árbitro en otra controversia que involucra a una de las partes o a una compañía vinculada a ella. Otro caso posible es que un

miembro cercano de la familia del árbitro sea miembro del Estudio que defiende a una de las partes en el arbitraje, aunque no se ocupe personalmente del caso.

Una situación contemplada en los Lineamientos y que, a mi juicio, no es aplicable dentro de nuestro medio, es que el árbitro sea amigo personal del abogado de alguna de las partes. En el Perú, dado que hemos estudiado en pocas universidades, gran parte de los abogados somos amigos personales unos de otros. De manera que si se quisiera aplicar estrictamente esta regla, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a árbitros extranjeros.

iv. La cuarta categoría tiene relación con las actitudes del árbitro respecto de alguna de las partes que hacen dudar de la imparcialidad requerida.

Puede darse el caso que el Estudio de Abogados al que pertenece el árbitro esté actuando profesionalmente contra una de las partes o de una empresa vinculada, lo que haría pensar en una animadversión del árbitro contra esa parte. O que, por el contrario, se sospeche de una excesiva afinidad del árbitro con una de las partes porque en los últimos tres años ha sido su empleado o su socio.

Aquí también notamos una causal que no se ajusta a nuestro medio social y profesional, más pequeño y más vinculado entre sí que el que se da en Estados Unidos o Europa. Los Lineamientos ponen en duda —y, por tanto, colocan dentro de la Lista Naranja— los casos en que exista una amistad personal entre el árbitro y el Gerente o el Director o una persona con un cargo similar de las partes, sus empresas vinculadas e incluso de los testigos o de los expertos. Es posible imaginar que, en el arbitraje internacional, árbitros y partes no se conozcan, salvo en situaciones extraordinarias; en cambio, dentro del arbitraje nacional —y más en un medio como el Perú— esto es perfectamente frecuente, sin que ello ponga en cuestión la independencia de las personas.

v. Finalmente, en la última categoría naranja los Lineamientos han colocado situaciones varias.

Así, se ubican situaciones tales como que el árbitro haya previamente declarado en forma pública su posición frente a la materia controvertida. O que el árbitro forme parte del Consejo de la institución arbitral patrocinante con capacidad para nombrar árbitros y resolver controversias bajo la jurisdicción de tal institución que pudieran surgir dentro del arbitraje.

12. LA LISTA VERDE

Por último, la Lista Verde incluye situaciones que, aunque pudieran parecer conflictos de interés, no deben ser consideradas como tales.

Por ejemplo, los Lineamientos nos dicen que el hecho de que el árbitro haya publicado antes un ensayo o haya dado una conferencia académica sobre el tema jurídico involucrado en la controversia arbitral, es irrelevante mientras no se haya mencionado ese caso específico.

También si el Estudio del árbitro está asociado con otro Estudio que presta servicios para una de las partes en materias desvinculadas del arbitraje y no comparten honorarios, no hay necesidad ni siquiera de declarar este hecho.

Asimismo, los contactos con los otros árbitros o con los abogados de las partes en las asociaciones culturales o de investigación académica, no ponen en cuestión la imparcialidad del árbitro.

Es igualmente fuera de toda noción de conflicto de interés el hecho de que el árbitro y el abogado de una de las partes hayan servido juntos como árbitros en un tribunal anterior o que el árbitro y algunos de los ejecutivos de las partes hayan trabajado juntos como expertos o en otra tarea profesional o hayan sido ambos árbitros en un caso anterior. Tampoco es relevante que el árbitro tenga un número insignificante de acciones de las sociedades que son partes en el arbitraje o de sus empresas vinculadas cuando están inscritas en Bolsa.

Un punto interesante es el caso de que una de las partes haya convocado previamente a uno de los actuales árbitros para tratar sobre el caso antes de nombrarlo y quizá como antecedente de tal nombramiento. En esa hipótesis, el hecho pertenece a la Lista Verde y no debe ser declarado si la reunión se limitó a tratar sobre la disponibilidad de este abogado para ser nombrado árbitro por esa parte, a explicitar sus calificaciones para esta tarea y a discutir los nombres de las personas que pudieran ser elegidas como presidente del tribunal, sin tocar en ningún momento los aspectos substantivos de la controversia.

13. EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

La única institución arbitral peruana que ha intentado explicitar y concretar en situaciones específicas las nociones de independencia e imparcialidad que establece la ley, es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Las normas institucionales de esta entidad, referente a este tema, no están en el Reglamento de Arbitraje sino en el Código de Ética que se aplica tanto a árbitros como a conciliadores.

Estas normas están expresadas en los artículos 5° y 6° (de alguna manera también el 7°) de dicho Código de Ética y contienen —quizá de una manera más somera y menos matizada— gran parte de las situaciones antes mencionadas al tratar los Lineamientos de la International Bar Association.

Sin embargo, hay algunas diferencias fundamentales. La relación de la Cámara de Comercio no establece ninguna gradación de situaciones que pudieran sugerir un conflicto de interés. Y, consecuentemente, no puede aplicar reglas diferentes según el grado de compromiso que implique cada situación. Tampoco señala los casos que no son conflicto de interés aunque pudieran parecerlo.

En realidad, la normatividad de la Cámara de Comercio se limita a ordenar una declaración jurada a cada árbitro de no estar incurso en las situaciones listadas en los artículos mencionados de dicho Código de Ética. Sin embargo, el Centro de Arbitraje de la Cámara cuenta con un Consejo Superior de Arbitraje al cual son elevadas las altercaciones sobre conflictos de interés y que, dada la calidad de sus miembros, suple las imprecisiones de las normas institucionales.

14. LA NOCIÓN DE CONFLICTO DE INTERÉS COMO CONCEPTO VIVO

Sin embargo, a pesar de todo el trabajo desarrollado por instituciones y juristas en torno de este problema y del interesantísimo esfuerzo realizado por la International Bar Association, ciertamente no se ha dicho la última palabra. Todo lo que he mencionado anteriormente no son sino opiniones, costumbres jurídicas o, en el mejor de los casos, reglas aplicables dentro de un entorno legal determinado.

La nueva ley que venimos comentando se ha limitado —muy en su sitio, porque como ley general no puede entrar en detalles— a señalar la falta de independencia y/o de imparcialidad. Pero frente a cada aparente conflicto de interés, cada tribunal tendrá que resolver si efectivamente tal conflicto existe y su nivel de gravedad, interpretando las nociones de independencia y de imparcialidad.

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; y

es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje.



Art. 29°.—Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.

c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23°.

ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23°.