

La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje administrativo

Por: Carlos Alberto Matheus López*

Recibido: 02-08-2014

Aceptado: 0808-2014

“Tres vicios generales parecen tener un especial dominio sobre las malas mujeres, a saber, la infidelidad, la ambición y la lujuria, Por lo tanto, se inclinan más que otras a la brujería, las que, más que otras, se entregan a estos vicios”

Malleus Malleficarum, Heinrich Kramer y Jacob Sprenger

Sumario:

1.- Independencia e imparcialidad. 1.1 Definición. 1.2 Noción compleja de carácter unitario. 1.2.1 La ley modelo de la CNUDMI 1.2.2 La opción de DLA. 1.2.3 Normativa de arbitraje administrativo. 2.- La apreciación de la independencia e imparcialidad. 2.1 La ley modelo de la CNUDMI. 2.2 la opción de DLA 2.3 Normativa de Arbitraje Administrativo. 3.- La obligación de revelación. 3.1 Consagración normativa y reglamentaria. 3.2 Regulación en arbitraje administrativo. 3.3 Proyección temporal. 3.4 Efecto purificador. 4.- Apreciación y alcances de la obligación de revelación. 5.- Conclusiones.

Resumen:

La independencia e imparcialidad del árbitro son condiciones predisponentes que significa no tener ninguna relación cercana -financiera, profesional o personal- con una de las partes o sus consejeros. La independencia se considera, comúnmente, como destinada a las relaciones entre el árbitro y las partes, en tanto la imparcialidad concierne más bien a las relaciones entre el árbitro y el objeto de la controversia.

En tal forma, la independencia se vincula normalmente a las relaciones, por ejemplo, si un árbitro posee un nexo profesional, familiar, personal o de negocios con una de las partes. Ahora, una relación profesional podría incluir el caso de que el árbitro, o un socio, haya actuado o actué como consejero, empleado, asesor o consultor a nombre de una parte. Por su parte, una relación de negocios podría darse en el supuesto de que el árbitro, o un socio, ostente una posición ejecutiva -o no ejecutiva- en una empresa o bien sea parte en una

* Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (España). Catedrático de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal Civil de la Maestría en Derecho Procesal y del Doctorado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Árbitro Profesional y Consultor en Arbitraje - www.cmlarbitration.com

transacción de negocios -propiedad o acciones- con una parte. De otro lado, una relación familiar podría surgir cuando un árbitro -o un socio- esté relacionado con una de las partes, como esposo, padre, tía, primo, etc. En tanto, una relación personal podría incluir, una vieja amistad entre el árbitro y una parte, o un incidente solitario cuando se descubre que el árbitro compartió un despacho con el consejero de una parte. Conviene observar que la independencia depende del grado de cercanía o distancia de tales relaciones, pudiendo este último variar por razón del tiempo y del espacio.

Abstract:

The independence and impartiality of the arbitrator are predisposing conditions it means to have no close financially, professional or personal relationship with a party or its advisers. Independence is commonly seen as aimed at the relationship between the arbitrator and the parties, while the fairness concerns rather the relationship between the arbitrator and the object of the dispute.

In this way, independence is usually linked to relationships, for example, if an arbitrator has a professional, family, personal or business party nexus. Now a professional relationship could include if the arbitrator or a partner, has acted or is acting as a director, employee, consultant or consultant on behalf of a party. Meanwhile, a business relationship could occur in the event that the arbitrator or a partner, or holds an executive position in a company not executive- either party to a business transaction, owned or actions-a part. On the other hand, a family relationship may arise when an arbitrator, or one socio be related to a party, as a husband, father, aunt, cousin, etc. Meanwhile, a relationship could include an old friendship between the arbitrator and a party, or a lone incident when the referee finds that shared an office with the counsel of one party. It should be noted that independence depends on the degree of closeness or distance of such relationship, the latter may vary for reasons of time and space.

Palabras clave:

Independencia – negocio – imparcialidad – controversia – sanción - modelo ley – administrativo - obligación de revelación - efecto purificador.

Key Word:

Independence - impartiality controversy - business-administrative - law-model sanción - obligation revelation - purifying effect.

1.- LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Conscientes de las dificultades conceptuales que involucra la tarea¹, empezaremos el análisis de los conceptos de independencia e imparcialidad, con el objetivo de evidenciar sus eventuales diferencias y/o convergencias técnicas.

1.1. Definición

Las principales reglas de arbitraje, contenidas en la legislación nacional, en aquella convencional y en los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales, contienen alguna variación de los estándares axiales para la calificación y la conducta de los árbitros, esto es, la imparcialidad y la independencia².

Tradicionalmente, se considera que la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales³. O, lo que es lo mismo, la independencia -de carácter objetivo- se refiere a la posición o situación del árbitro, en tanto que la imparcialidad -de carácter subjetivo- viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico⁴. Por lo cual cabe afirmar, que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto a una parte. En tanto la imparcialidad, como noción subjetiva, importa el no ser parcial, esto es,

¹ En tal sentido, “mientras parece que hay una aceptación universal de los principios de independencia e imparcialidad, la aplicación de éstos, especialmente en relación con la revelación del árbitro, está sometida a opiniones opuestas” (Brower, Charles N. “Keynote Address: The Ethics of Arbitration: Perspectives from a Practicing International Arbitrator” en *Berkeley Journal of International Law (Publicist)*, Berkeley, 2010, págs. 4-5).

² Con similar parecer Bishop, Doak y Reed, Lucy “Practical Guides for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration” en *Arbitration International - The Journal of London Court of International Arbitration*, Nº 4, Londres, 1998, págs. 397-398.

³ Con este parecer Clay, Thomas “L'indépendance et L'impartialité de L'arbitre et les Regles du Procés Équitable” en *L'impartialité du Juge et de L'arbitre*, Dirección Jacques Van Compernelle y Giuseppe Tarzia, Bruylant, Bruselas, 2006, págs. 213-214; con similar parecer Stanič, Ana “Challenging Arbitrators and the Importance of Disclosure: Recent Cases and Reflections” en *Croatian Arbitration Year Book*, Volumen 16, Zagreb, 2009, pág. 212, nos señala que “la independencia es generalmente considerada como un estándar objetivo y basado en hechos que exigen al árbitro estar fuera de cualquier influencia y presión externa”.

⁴ Con similar parecer Lalive, Pierre “Sur L'impartialité de L'arbitre International en Suisse” en *La Semaine Judiciaire*, Vol. 112, Ginebra, 1990, pág. 364; de igual forma Park, William W. “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent” en *San Diego Law Review*, Volumen 46, California, 2009, pág. 635, nos señala que “la independencia se refiere a la ausencia de conexiones incorrectas, mientras que la imparcialidad trata cuestiones relacionadas al prejuzgamiento”.

no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso⁵.

Ahora bien, la distinción entre ambos conceptos suele postularse señalando que un árbitro imparcial es uno que no se predispone en favor, ni se parcializa contra, una parte particular o su caso, en tanto que un árbitro independiente es uno que no tiene ninguna relación cercana -financiera, profesional o personal- con una de las partes o sus consejeros⁶. La independencia se considera, comúnmente, como destinada a las relaciones entre el árbitro y las partes, en tanto la imparcialidad concierne más bien a las relaciones entre el árbitro y el objeto de la controversia⁷.

En tal forma, la independencia se vincula normalmente a las relaciones, por ejemplo, si un árbitro posee un nexo profesional, familiar, personal o de negocios con una de las partes. Ahora, una relación profesional podría incluir el caso de que el árbitro, o un socio, haya actuado o actué como consejero, empleado, asesor o consultor a nombre de una parte. Por su parte, una relación de negocios podría darse en el supuesto de que el árbitro, o un socio, ostente una posición ejecutiva -o no ejecutiva- en una empresa o bien sea parte en una transacción de negocios -propiedad o acciones- con una parte. De otro lado, una relación familiar podría surgir cuando un árbitro -o un socio- esté relacionado con una de las partes, como esposo, padre, tía, primo, etc. En tanto, una relación personal podría incluir, una vieja amistad entre el árbitro y una parte, o un incidente solitario cuando se descubre que el árbitro compartió un despacho con el consejero de una parte. Por último, conviene observar que la independencia depende del grado de cercanía o distancia de tales relaciones, pudiendo este último variar por razón del tiempo y del espacio.

Por su parte, la imparcialidad se relaciona con un estado de la mente, evidenciado normalmente a través de una conducta que lo demuestra. Un árbitro es parcial si manifiesta preferencia por una parte o contra otra, o si una tercera persona razonable percibe tal parcialidad. La cual se dará si es razonable creer que el árbitro favorecerá a una parte sobre la otra por razones que no están vinculadas a una decisión razonada sobre los méritos del caso. Estos factores no vinculados podrían incluir una relación de carácter profesional, de negocios, o personal, que pudiera dar lugar a la creencia razonable que el árbitro es parcial. Podría también relacionarse con la conducta del árbitro a falta de tal relación, tal como una declaración durante el curso de un arbitraje de que las personas de una particular nacionalidad son mentirosas, o que un miembro de una minoría étnica resulta de algún modo inferior⁸, o bien escribió un artículo o dio una conferencia sobre la específica controversia en cuestión, sugiriendo la solución correcta.

⁵ Con igual parecer Henry, Marc "Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente" en *Revue de L'arbitrage*, N° 2, Paris, 1999, pág. 195.

⁶ Con tal parecer Bishop y Reed, "Practical Guidelines...", ob. cit., pág. 398.

⁷ Con igual parecer Henry, "Les obligations...", ob. cit., pág. 195.

⁸ Con tal parecer Trakman, Leon "The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered" en *International Arbitration Law Review*, Vol. 10, N° 4, Londres, 2007, págs. 127-128.

1.2. Noción compleja de carácter unitario

A pesar de su diferente terminología, las palabras independencia e imparcialidad describen dos facetas de un mismo elemento, donde la primera se relaciona más a las partes, en tanto que la segunda se vincula con el fondo del litigio. No se trata pues de un sistema binario, como ya lo demostró el derecho francés -como también el suizo-, cuyos tribunales emplean el concepto de "independencia de espíritu"⁹ que se relaciona tanto a las partes como a su controversia¹⁰.

Se trata pues de conceptos muy similares, y pese a que la terminología es diferente, es muy probable que las palabras posean casi el mismo significado jurídico¹¹. Además se observa claramente una parcial coincidencia entre la independencia y la imparcialidad arbitral¹², o, lo que es lo mismo, estos términos poseen un ámbito común que hace difícil una distinción clara y definitiva¹³. Lo que ha llevado a que algunos derechos nacionales traten a la independencia casi como sinónimo de la imparcialidad -como el caso inglés¹⁴ y suizo¹⁵-,

⁹ En tal forma, en Francia, "Para regular la cuestión, la jurisprudencia francesa adoptó para el árbitro un estándar que se sitúa a medio camino de la independencia y la imparcialidad puesto que se refiere a la "independencia de espíritu" del árbitro. Los tribunales hicieron así una amalgama de los componentes objetivos de la independencia y subjetivos de la imparcialidad, y eso vuelve la distinción de los dos términos definitivamente peligrosa, si no inútil, para, el árbitro" (Clay, Thomas "L'arbitre", Dalloz, Paris, 2001, pág. 214).

Por su parte, en Suiza, "Podríamos pensar que la independencia es una noción objetiva, y se refiere a la situación, la posición del árbitro, mientras que la imparcialidad, ésta, sería subjetiva y se referiría más bien a una actitud intelectual; pero la constatación, a primera vista seductora, se encuentra un tanto puesta en tela de juicio por la frecuencia de las referencias, en la práctica, a la "independencia de espíritu" de los árbitros" (Lalive, "Sur L'impartialité...", ob.cit., pág. 60).

¹⁰ Con tal parecer Veeder, V.V. "L'indépendance et L'impartialité de L'arbitre dans L'arbitrage International" en *Médiation et Arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice Alternative ou Alternative à la Justice? Perspectives Comparatives*, LexisNexis, Paris, 2005, pág. 228.

¹¹ Con tal parecer Veeder, "L'indépendance...", ob. cit. pág. 224.

¹² Con tal parecer Trakman, "The Impartiality...", ob. cit., pág. 128.

¹³ Con similar parecer Lalive, "Sur L'impartialité...", ob. cit., pág. 60.

¹⁴ En tal sentido, la Arbitration Act Inglesa de 1996 nos señala en su numeral 1 (a) -de los Principios Generales- que "*the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense*" (el objeto del arbitraje es obtener la resolución justa de conflictos **por un tribunal imparcial** sin innecesario retraso o costo). Asimismo, en su numeral 24, 1 (a) -del Poder de la Corte para Remover al Árbitro- establece que "*A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds - (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality*" (Una parte del procedimiento arbitral puede (previo aviso a las otras partes, al árbitro afectado y a cualquier otro árbitro) exigir a la corte que remueva a un árbitro por cualquiera de los motivos siguientes - (a) que existen las **circunstancias que dan lugar a dudas justificables en cuanto a su imparcialidad**) [las negritas son nuestras]

¹⁵ En tal forma, la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado nos señala en su artículo 180, inciso 1, numeral c, que "*Un arbitre peut être récusé: (...) lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance*" (Un árbitro puede ser recusado (...) cuando las circunstancias permiten dudar legítimamente de su **independencia**) [las negritas son nuestras]

empleándolos de forma intercambiable¹⁶, pues es probable que estas palabras mágicas se hayan convertido en un pleonasma o, lo que es lo mismo, expresan un concepto híbrido y no dos exigencias distintas y disociables¹⁷. Esto es, importan dos caras de una misma moneda, que generalmente se emplean como un solo paquete, o, si se quiere, como una expresión técnica conjunta¹⁸.

Asimismo, la distinción entre ambos términos desde una óptica teleológica, relativa al laudo arbitral, no posee eficacia alguna pues el laudo debe ser sólo imparcial, no pudiendo imaginarse un laudo que no sea independiente¹⁹.

Es por ello que los diversos derechos nacionales, como los reglamentos de importantes instituciones arbitrales, utilizan como fórmula -casi un mantra- bien ambos términos (siguiendo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional) o, indistintamente, sólo uno de ellos, o bien expresiones equivalentes o más amplias, puesto que un único término puede servir de noción genérica que englobe todas las situaciones donde la independencia, la imparcialidad, la neutralidad o la objetividad no estén aseguradas²⁰.

Seguidamente, analizaremos la Ley Modelo de la CNUDMI, el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (DLA) y la normativa del Arbitraje Administrativo, para observar la recepción legal de los conceptos antes expuestos.

1.2.1. La Ley Modelo de la CNUDMI

La Ley Modelo de la CNUDMI exige expresamente, en su artículo 12, los requisitos de independencia e imparcialidad del árbitro.

En tal forma, establece el derecho de las partes de recusar al árbitro cuando existan circunstancias que puedan generar dudas justificadas respecto a algunos de los requisitos mencionados (artículo 12, inciso 2)²¹.

Huelga señalar que la Ley Modelo ha sido adoptada -y con ello su opción terminológica dual- por la mayoría de leyes nacionales de América, Europa y Asia.

¹⁶ Puesto que “la confusa y la persistente ambigüedad que rodea conceptos básicos como los de “imparcialidad” e “independencia” de los árbitros, [permite constatar que son] dos términos al parecer distintos pero a menudo empleados como prácticamente intercambiables en los textos (convencionales o legislativos), la jurisprudencia o la doctrina” (Ver Lalive, “Sur L'impartialité...”, ob. cit., pág. 59) [lo entre corchetes es nuestro].

¹⁷ Con tal parecer Veeder, “L'indépendance...”, ob. cit. págs. 229-230.

¹⁸ Con tal parecer Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 305.

¹⁹ Con tal parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., pág. 214.

²⁰ Con tal parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., pág. 215.

²¹ El cual nos señala que “*Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad o independencia**, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. 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 efectuada la designación*” (las negritas son nuestras).

Además, la amplia recepción normativa de la opción dual contenida en la Ley Modelo de la CNUDMI, viene confirmada por el hecho de haber sido asumida por el más importante esfuerzo en materia de conflictos de interés llevado a cabo por la IBA, a través de sus denominadas “Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional” del 22 de mayo del 2004²². En tal forma, las Directrices de la IBA, nos señalan en su primer artículo -como principio general- que “*Cada árbitro será **imparcial e independiente** de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios*”.

1.2.2. La opción del DLA

El DLA asume la opción terminológica dual de la Ley Modelo de la CNUDMI, al exigir en su artículo 28, inciso 3, que “*Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje **independiente e imparcial***”.

Además, otorga a las partes el derecho a recusar al árbitro si existen circunstancias que puedan generar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia (artículo 28, inciso 3)²³.

1.2.3. Normativa de Arbitraje Administrativo

Primero, el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE) asume la opción terminológica dual al señalar que “*Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje **independientes e imparciales**, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales*”.

Conviene observar que el último párrafo del artículo 224 RLCE (“...*sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales*”) resulta redundante, pues importa un supuesto específico de aquellos regulados en el primer párrafo y, al parecer, toma como modelo al artículo 17, inciso 1, de la Ley de Arbitraje Española -60/2003-, el cual nos señala que “*Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje **independiente e imparcial**. En todo caso, **no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial***”.

²² Un similar esfuerzo posterior fue llevado a cabo por la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, al promulgar el 27 de Agosto de 2010, las denominadas “Reglas sobre Imparcialidad e Independencia de los Árbitros”, adoptadas conforme al artículo 12 de la Ley de la Federación Rusa sobre Arbitraje Comercial Internacional y al artículo 8, inciso 1, de la Ley Federal de la Federación Rusa sobre Cortes de Arbitraje (Doméstico) en la Federación Rusa (Ver Guglya, Leonila “Conflicts of Interest in Arbitration: The News from the Russian Federation” en *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration*, Volumen 1, 2011, pág. 108).

²³ El cual nos señala que “*Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad o independencia**...*” (las negritas son nuestras).

De igual forma, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado (CEACE) -aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE²⁴-, recoge en su artículo 3.1 al **principio de independencia**, respecto del cual nos señala que “*El árbitro deberá conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones externas y/o interferencias de cualquier índole*”. Por su parte, el artículo 3.2 regula el **principio de imparcialidad**, el cual exige que “*El árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto de las partes*”.

Cabe indicar que el intento de definición y distinción conceptual que persiguen ambos artículos solo genera más confusión. Pues las “*presiones externas y/o interferencias*”²⁵ abarcan sólo algunos casos de dependencia, y pueden generar también supuestos de parcialidad. Asimismo, una “*relación personal, profesional o comercial*” importa primero un caso de dependencia, y si bien ésta puede a su vez generar parcialidad, ello se evidencia a través de la conducta del árbitro, criterio que está ausente en el tenor de la norma. Además, no abarca todos los supuestos de parcialidad, pues aun sin existir tal tipo de relación la conducta del árbitro puede evidenciar parcialidad. Por otra parte, la razonable “*apariencia de parcialidad*” es consecuente con el carácter subjetivo de la imparcialidad y con la apreciación objetiva de la independencia e imparcialidad, que abordaremos en el punto 2 del presente artículo.

Segundo, el artículo 226²⁶ del RLCE regula la recusación, y dado que no establece su fundamento, conforme al artículo 1 del DLA, se aplica supletoriamente el artículo 28,

²⁴ Conforme al artículo 1 del CEACE “*El presente Código establece las reglas de ética a ser cumplidas en los arbitrajes sometidos al Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y en los arbitrajes Ad Hoc que se encuentren bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento...*”. Asimismo, el artículo 214 de la LCE nos señala que “*El Código de Ética aprobado por el OSCE es de aplicación a los arbitrajes administrados por el SNA - OSCE y los arbitrajes ad hoc, y de aplicación supletoria a los procesos arbitrales administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o que teniéndola no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable*” (las negritas son nuestras).

²⁵ Concepto que es reiterado, con ocasión del laudo arbitral, por el artículo 11 del CEACE, el cual nos señala que “*El árbitro, luego de una cuidadosa deliberación y **sin permitir que ninguna presión externa afecte su decisión**, deberá pronunciarse respecto de todas las materias sometidas a su competencia...*” (las negritas son nuestras).

²⁶ El cual nos señala que “*En el caso que **las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular**, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme las siguientes reglas: 1. La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente. 2. El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho. 3. Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados. 4. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez (10) días hábiles. 5. La resolución que resuelve la recusación será notificada a través de su publicación en el SEACE. La resolución de la recusación por el OSCE debe ser motivada, es definitiva e inimpugnable y será*

inciso 3, del mismo cuerpo legal, por lo cual “*Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia...*”.

Cabe resaltar así que para que prospere una recusación en el arbitraje administrativo es necesario que existan “*dudas justificadas*” sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

Tercero, el artículo 52.9 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) nos señala que “*Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto*”.

Cabe observar que el artículo 52.9 de la LCE -en concordancia con el artículo 52.12²⁷ del mismo cuerpo legal- importaría una excepción a lo regulado por el artículo 28, inciso 4²⁸, del DLA, pues este último permite a las partes dispensar cualquier motivo de recusación, en tanto el primero sólo les permite la dispensa de aquellos que no importen un “*impedimento absoluto*”. Sin embargo, ni la LCE, ni el RLCE, ni el CEACE, establecen una distinción entre impedimentos absolutos y relativos, restando así virtualidad a su aplicación. Esta disposición parece inspirarse en las Directrices de la IBA, las cuales en su segunda parte - Aplicación Práctica de las Normas Generales- distinguen, en el listado rojo, entre situaciones *renunciables* e *irrenunciables*. O, lo que es lo mismo, impedimentos relativos y absolutos.

De igual modo, el artículo 7 del CEACE -aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE- nos señala que “*El árbitro no podrá persuadir o solicitar a las partes, a los otros árbitros integrantes del Tribunal Arbitral, al CONSUCODE o a terceros, para que recomienden o promuevan su designación. Ello constituye duda justificada respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro*”.

Conviene señalar que este artículo importa un supuesto específico -establecido por la propia norma- de duda justificada sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Por ello, cuando éste se presente debe prosperar sin más la recusación planteada contra el árbitro culpable.

2.- LA APRECIACIÓN DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Todo comportamiento puede apreciarse de dos formas, una objetiva y otra subjetiva. La apreciación subjetiva importa que se busquen las verdaderas intenciones de la persona,

publicada en el portal institucional del OSCE. Cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto. El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral” (las negritas son nuestras).

²⁷ El cual nos señala que “*Los procedimiento de conciliación y arbitraje se sujetan supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente ley y su reglamento*” (las negritas son nuestras).

²⁸ El cual nos señala que “*Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos*” (las negritas son nuestras).

siendo una circunstancia comprometedora cuando ella caracteriza un ánimo culpable del infractor. La apreciación objetiva se vincula a las apariencias sin preocuparse de las intenciones de la persona, siendo una circunstancia juzgada como comprometedora en base a que ésta presenta las características habituales²⁹.

Por otra parte, la apreciación de la independencia del árbitro es a veces concebida objetivamente, esto es, si una persona razonable concluiría, a la luz de determinada relación intersubjetiva, que el árbitro es independiente. Si bien la naturaleza de tal test objetivo puede resultar discutible. A su vez, el test aplicable a la imparcialidad es subjetivo en tanto que se dirige al estado real de la mente, que es la que determina la conducta del árbitro. Sin embargo, es objetivo en la necesidad de fijar a través de algún medio externo si una persona razonable consideraría que ese estado de la mente constituye parcialidad, o tendría un temor razonable de que sea así³⁰.

En realidad, el deber de independencia e imparcialidad del árbitro, puede analizarse según uno de éstos dos métodos. Si bien lo que resulta trascendente en la distinción planteada, es que la apreciación objetiva es necesariamente más severa que la apreciación subjetiva. En tal forma, los ataques al deber de independencia e imparcialidad serán más frecuentes si se opta por la apreciación objetiva, dado que en ella la buena o mala fe del árbitro importa muy poco, pues basta que se presenten las circunstancias consideradas por la hipótesis legal como creadoras, bien de una contravención comprobada a la imparcialidad e independencia, o al menos de una apariencia o un riesgo de contravención que justifique una sanción³¹.

Asimismo, *in limine arbitratum* no existe, normalmente, documento que pueda establecer objetivamente la parcialidad de un árbitro, siendo aquí únicamente el riesgo de dependencia pasible de ser apreciado objetivamente, si bien es difícil excluir el riesgo de apreciación subjetiva de ésta por el lado de una parte descontenta. Ahora bien, la situación puede ser diferente, sobre todo al final del arbitraje, cuando el árbitro sospechoso se ha mostrado completamente parcial o completamente imparcial, en particular en el caso de un laudo rendido por unanimidad³².

Seguidamente, analizaremos la Ley Modelo de la CNUDMI, el DLA y la normativa del Arbitraje Administrativo, para poder observar los criterios de aplicación del test objetivo y subjetivo, en aras de su mejor comprensión.

2.1. La Ley Modelo de la CNUDMI

La Ley Modelo de la CNUDMI señala en su artículo 12, inciso 2, que “*un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*”.

²⁹ Con similar parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 197.

³⁰ Con tal parecer Trakman, “The Impartiality...”, ob. cit., págs. 127-128.

³¹ Con similar parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 197.

³² Con similar parecer Veeder, “L'indépendance...”, ob. cit. pág. 230.

Ahora bien, la expresión “*dudas justificadas*” se refiere a una duda que es pasible de justificación, o lo que es lo mismo, que puede justificarse, constituyendo ésta una apreciación indudablemente objetiva.

Por otra parte, el sintagma empleado no está libre de torpeza, pues el término “*dudas*” señala algo que resulta menos que cierto. En tal forma, no requiere la prueba del prejuicio real, de la parcialidad o de la falta de independencia, sino más bien una demostración del riesgo, del potencial o de la apariencia de parcialidad, lo que importa un umbral probatorio más bajo. Asimismo, su perímetro de aplicación no resulta totalmente claro, lo que ha llevado a que las legislaciones que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI hayan generado sus propios criterios interpretativos sobre el alcance del sintagma. Optando así sus Cortes y dogmática, al interpretar el estándar de las “*dudas justificadas*”, por apreciaciones diversas, si bien la mayoría está de acuerdo en que es una prueba en esencia objetiva³³, la cual, para muchos, se cifra en el criterio de un tercero razonable³⁴.

Podemos observar además, que aun empleando una apreciación objetiva, es difícil trazar la frontera entre sospechas razonables y sospechas puramente caprichosas³⁵. Por lo cual, algunos no ven aquí un test puramente objetivo, sino más bien matizado con un criterio subjetivo que considere el tema de acuerdo a “los ojos de las partes”³⁶.

Adicionalmente, la amplia difusión del criterio de la Ley Modelo de la CNUDMI, viene confirmada al haber sido recogido en las “Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional”, los cuales incluyen también la expresión “*dudas justificadas*” como criterio de apreciación objetivo, fundado en el criterio de un tercero razonable e informado³⁷ (norma general 2³⁸).

³³ Con igual parecer Rogers, Catherine A. “The Ethics of International Arbitrators” en *Bocconi Legal Studies Research Paper*, N° 1, Milán, 2007, págs. 13-14.

³⁴ Con similar parecer Öhrström, Marie “Decisions by the SCC Institute Regarding Challenge of Arbitrators” en *Stockholm Arbitration Report*, N° 1, Estocolmo, 2002, pág. 52, nos señala que “Éste es un test objetivo medido desde el punto de vista de un observador razonable”.

³⁵ Con igual parecer Veeder, “L'indépendance...”, ob. cit. pág. 230.

³⁶ Con similar parecer Van Den Berg, Albert Jan “Justifiable Doubts as to the Arbitrator's Impartiality or Independence” en *Leiden Journal of International Law*, N° 10, La Haya, 1997, págs. 517-518.

³⁷ Con similar parecer Veeder, “L'indépendance...”, ob. cit. págs. 230-231; de igual modo Raeschke-Kessler, Hilmar “The Arbitrator as Settlement Facilitator” en *Arbitration International - The Journal of London Court of International Arbitration*, N° 4, Londres, 2005, pág. 658, nos señala que “el grupo de trabajo [de la IBA] consideraba que sólo hay motivos para el retiro de un árbitro si, desde un punto de vista objetivo, tales hechos se presentan como pasibles de causar dudas justificables en cuanto a la imparcialidad o la independencia a los ojos de una parte razonable y circunspecta”.

³⁸ La cual nos señala que “a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro. (b) Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a **dudas justificadas** acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4). (c) **Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso**”.

2.2. La opción del DLA

El DLA asume el estándar de la Ley Modelo de la CNUDMI, exigiendo así para la recusación del árbitro que existan “*circunstancias que den lugar a dudas justificadas*” sobre su imparcialidad o independencia (artículo 28, inciso 3).

En tal forma, el DLA opta por un test de apreciación de la independencia e imparcialidad del árbitro, en esencia objetivo. El cual, como ya señalamos, podría modularse a través de un criterio subjetivo adicional que considere las circunstancias del caso acorde a “los ojos de las partes”.

2.3. Normativa de Arbitraje Administrativo

Como vimos el artículo 226 del RLCE regula la recusación, y dado que se le aplica supletoriamente el artículo 28, inciso 3, del DLA, se exige para poder recusar al árbitro que existan “*circunstancias que den lugar a **dudas justificadas***” sobre su imparcialidad o independencia. Además, tal criterio viene confirmado por el hecho de que el artículo 5.7 del CEACE -aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE- nos señala que, el árbitro tiene la obligación de revelar a las partes “*Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a **duda justificada** respecto a su imparcialidad o independencia*”.

De tal modo, la normativa de arbitraje administrativo opta por un test de apreciación esencialmente objetivo. El cual, como vimos, podría morigerarse a través de un criterio subjetivo adicional, acorde a “los ojos de las partes”.

3.- LA OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN

La obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos -recusación y/o anulación- basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro. Pues, para permitir a las partes apreciar la independencia e imparcialidad de este último, es necesario que exista una plena transparencia sobre las relaciones que el árbitro pueda mantener con éstas o con el objeto de la controversia³⁹.

presentados por las partes. (d) Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio” (las negritas son nuestras).

³⁹ Con tal parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 216.

Asimismo, la obligación de revelación, si bien funcionalmente convergente, no sustituye a la obligación de independencia e imparcialidad del árbitro⁴⁰, por lo que en caso de su incumplimiento, no es ésta la que justifica el recurso sino más bien la fractura a la independencia e imparcialidad que el silencio del árbitro podría revelar⁴¹.

3.1. Consagración normativa y reglamentaria

La obligación de revelación del árbitro viene recogida por un gran número de legislaciones y reglamentos de arbitraje, constituyendo hoy en día un verdadero uso internacional⁴².

Su amplia difusión se debe principalmente al empleo de la Ley Modelo de la CNUDMI, como también, en menor medida, a la labor de propagación que llevó a cabo la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Si bien, ello no ha impedido que algunas legislaciones no se pronuncien sobre esta obligación, como es el caso de Suiza, Inglaterra y Bélgica. Sin embargo, en tales regulaciones fue la jurisprudencia⁴³ quien la impuso, corrigiendo así la omisión⁴⁴.

La Ley Modelo de la CNUDMI nos señala en su artículo 12, inciso 1, que *“La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro **deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.** El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”*.

La Ley de Arbitraje Española -60/2003- nos señala en su artículo 17, inciso 2, que *“La persona propuesta para ser árbitro **deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.** El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes”*.

La Ley de Arbitraje Alemana, del 1 de enero de 1998, que modifica el libro décimo de su Código Procesal Civil (ZPO), nos señala en su artículo 1036, inciso 1, que *“La persona a quien se aborde con respecto a su posible nombramiento como árbitro **deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificables acerca de su imparcialidad o independencia.** Un árbitro, desde el momento de su nombramiento y*

⁴⁰ En tal sentido, importa un “deber legal, independiente, que precede al deber distinto según el cual un árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente” (Veeder, “L'indépendance...”, ob. cit. pág. 231).

⁴¹ Con similar parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 223.

⁴² Con tal parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 216; con similar parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., págs. 217-218, nos señala que “La obligación de revelación existe masivamente en derecho comparado al punto de ser una regla material del arbitraje internacional. La encontramos en la mayoría de leyes, de reglamentos de centros de arbitraje y de los códigos de ética, sin hablar de las recientes directivas de la International Bar Association sobre conflictos de interés en el arbitraje”.

⁴³ Con tal parecer Veeder, “L'indépendance...”, ob. cit. págs. 231-232.

⁴⁴ Con tal parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., pág. 218.

durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la CCI en su artículo 11, incisos 2 y 3, nos señala que *“Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro **debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad.** La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios. (...) El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje”.*

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje de la OMPI prescribe en su artículo 22, incisos b) y c), que *“Toda persona propuesta como árbitro **revelará a las partes, al Centro y a los demás árbitros que hayan sido nombrados, antes de aceptar su nombramiento, cualquier circunstancia que pueda dar lugar a una duda justificable en cuanto a su imparcialidad o independencia, o confirmará por escrito que tal circunstancia no existe (...)** Si, en cualquier etapa del arbitraje, surgiesen nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a una duda justificable en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro, el árbitro revelará rápidamente esas circunstancias a las partes, al Centro y a los demás árbitros”.*

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la LCIA nos señala en su artículo 5.3., que *“Antes del nombramiento por la Corte de la LCIA, cada árbitro remitirá al Secretario un resumen escrito de su actividad profesional pasada y presente (...) y firmará una declaración en el sentido de que **no existen a su conocimiento circunstancias susceptibles de producir dudas razonables sobre su imparcialidad o independencia, distintas de las ya reveladas por el árbitro en su declaración.** Asimismo, cada árbitro asumirá el compromiso permanente de revelar a la Corte de la LCIA, a los demás miembros del Tribunal Arbitral y a todas las partes cualesquiera otras circunstancias similares, sobrevenidas con posterioridad a la declaración ya efectuada y antes de la conclusión del arbitraje”.*

Finalmente, el DLA -siguiendo a la Ley Modelo de la CNUDMI- nos señala en su artículo 28, incisos 1 y 2, que *“La persona propuesta para ser árbitro **deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia (...)** El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia...”.*

3.2. Regulación en arbitraje administrativo

La obligación de revelación a cargo del árbitro viene establecida por el artículo 52.8 de la LCE, el cual nos señala que *“Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar*

oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía (...) El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), según la sanción impuesta. La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso”.

Observemos que este artículo establece que el incumplimiento de la obligación de revelación, constituye una infracción que genera una sanción administrativa para todo tipo de arbitraje. La cual es independiente de la sanción que corresponda acorde al CEACE (en el arbitraje *ad hoc* y el administrado por el SNA-OSCE) o al Código de Ética de la Institución de Arbitraje (en el arbitraje institucional). Esta norma evidencia una grave confusión respecto al estatuto del árbitro y al arbitraje mismo, pues al establecer una “sanción administrativa” y ser el “Tribunal de Contrataciones del Estado” el competente para imponerla, se está tratando al árbitro como a un funcionario público⁴⁵, olvidándose que solo es una persona natural y privada, a quienes las partes -en uso de su autonomía de voluntad- le han encargado laudar respecto de sus controversias. Además, todo ello importa una interferencia que resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 3, incisos 2 y 4, del DLA, el cual nos señala que **“El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (...) Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo...”**. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Complementaria del DLA⁴⁶, **“Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución...”** (Artículo 139, inciso 2, de la Constitución), **“...bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso”** (artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Finalmente, el hecho que la “sanción administrativa” sea independiente de aquella que corresponda acorde al CEACE o al Código de Ética de la

⁴⁵ Pues no creo que se le confunda con un proveedor, participante, postor o contratista.

⁴⁶ La cual nos señala que **“A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes”** (las negritas son nuestras).

Institución Arbitral, evidencia un excesivo *animus puniendi* y de control por parte del OSCE respecto no solo del arbitraje *ad hoc*, sino incluso de aquel institucional.

Por su parte, el artículo 224 del RLCE nos señala que *“Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia (...) El OSCE aprobará un Código de Ética que establezca los principios y reglas que deben ser cumplidos por todos los árbitros que ejerzan función arbitral en materia de contrataciones del Estado, así como las infracciones a dichos principios y reglas, y sus correspondientes sanciones. Los Códigos de Ética que aprueben las instituciones arbitrales establecerán las infracciones sobre las cuales se impondrán las respectivas sanciones. El Código de Ética aprobado por el OSCE es de aplicación a los arbitrajes administrados por el SNA - OSCE y los arbitrajes ad hoc, y de aplicación supletoria a los procesos arbitrales administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o que teniéndola no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable”*.

Cabe señalar que este artículo adopta como modelo a las Directrices de la IBA al establecer un plazo para la revelación de 5 años anteriores a la designación del árbitro. Efectivamente, las Directrices de la IBA establecen que la revelación respecto de algunas situaciones indicadas en la lista anaranjada caduca luego de tres años. Siendo esta regla evidentemente arbitraria⁴⁷, pues por qué no 2 o 5 años. Asimismo, la lista anaranjada, en su punto 3.1.3⁴⁸, contiene el caso de un árbitro que fue designado en dos ocasiones o más, durante los tres últimos años, por una de las partes, pero por qué dos veces en tres años y no tres veces en cuatro años. Igualmente, en su punto 3.3.7⁴⁹ esta lista recoge el caso de un árbitro que fue designado, por el mismo abogado o bufete legal, en más de tres ocasiones en los tres años anteriores, pero por qué deben ser tres años y tres designaciones -¿Existe alguna mágica eufonía en el número tres?-. La verdad es que no hay lógica jurídica aparente en este tipo de reglas, ni tampoco en la mayoría de los intentos, de las Directrices de la IBA, de tornar una ilustración en una regla formal⁵⁰.

⁴⁷ Es más, “El [propio] grupo de trabajo reconoce que el límite de tres años, sin embargo, es solamente una guía. No establece una clara línea límite porque no puede capturar las circunstancias individuales que pudieron hacer apropiada la revelación incluso luego de un lapso del tiempo” (De Witt Wijnen, Otto L.O.; Voser, Nathalie, y Rao, Neomi “Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration” en *Business Law International*, Volumen 5, N°3, Londres, 2004, pág. 455).

⁴⁸ El cual nos señala que *“Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas”*.

⁴⁹ El cual nos señala que *“En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados”*.

⁵⁰ Ver Matheus López, Carlos Alberto “La Independencia e Imparcialidad del Árbitro”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009, pág. 272.

Por otra parte, este artículo, además de establecer la obligación del OSCE de aprobar un nuevo Código de Ética (con infracciones y sanciones específicas), reitera ese *animus controlandi* del arbitraje institucional, al querer obligar -es imperativo- a las instituciones arbitrales a que aprueben Códigos de Ética que “...**establecerán** las infracciones sobre las cuales se impondrán las respectivas sanciones”. Ahora, si bien luego se establece la posibilidad de que la institución arbitral no apruebe su Código de Ética, el artículo postula que en tal caso se aplica supletoriamente el Código de Ética aprobado por el OSCE (entiéndase hoy el CEACE y luego el futuro Código que se apruebe).

De otro lado, la norma señala que el Código de Ética aprobado por el OSCE, es de aplicación al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE -hasta aquí igual al CEACE-, pero además indica que es “*de aplicación supletoria a los procesos arbitrales administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o que teniéndola no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable*”. Observándose nuevamente aquí el *animus controlandi* del OSCE con respecto al arbitraje institucional, pues pretende conculcar la autonomía de la institución arbitral en la gestión y administración de los arbitrajes que le son encomendados. A lo cual se suma, el *animus puniendi* con respecto del árbitro, al pretender que aún cuando el Código de Ética Institucional no establezca infracciones y sanciones, se sancione igualmente al árbitro. Finalmente, resulta curiosa la denominada “aplicación supletoria” del Código de Ética aprobado por el OSCE, pues es una ley general la que se aplica de tal modo a leyes especiales, como es el caso del artículo 1, inciso 1, del DLA. El cual nos señala que “*El presente Decreto Legislativo se aplicará a (...) leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria*”.

De otro lado, el artículo 238 del RLCE nos señala que “*El Tribunal impondrá sanción de suspensión temporal o inhabilitación permanente a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incurran en las infracciones tipificadas en el numeral 52.8 del artículo 52° de la Ley. La infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, se configurará cuando se haya declarado fundada la recusación interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente. Asimismo, el Tribunal debe determinar la configuración de la infracción antes señalada aun cuando no exista pronunciamiento sobre el fondo de la recusación por renuncia del árbitro recusado o no se haya presentado recusación en el plazo correspondiente (...)* El Tribunal evaluará los actuados y, de ser el caso, sancionará a los árbitros, con suspensión temporal no menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley y el presente Reglamento, con la consecuente suspensión en el Registro de Árbitros del OSCE, cuando formen parte de dicho Registro. La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245° en lo que corresponda. Cuando durante el procedimiento sancionador seguido contra un árbitro, el Tribunal constate,

además de la responsabilidad del infractor, que éste ha sido sancionado en oportunidades anteriores con suspensión temporal cuyo tiempo sumado sea mayor a veinticuatro (24) meses dentro de un lapso de tres (3) años, le impondrá la sanción de inhabilitación permanente, con la consecuente exclusión del Registro de Árbitros del OSCE, cuando forme parte de dicho Registro”.

Cabe señalar que este artículo establece inicialmente que la infracción relativa al incumplimiento de la obligación de revelación “*se configurará cuando se haya declarado fundada la recusación interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente*”. Y ello deviene correcto, pues el incumplimiento de la obligación de revelación *per se* no quebranta la independencia e imparcialidad del árbitro, sino más bien son los hechos no revelados los que pueden generar una infracción a aquellas. En tal forma, la fractura de la independencia e imparcialidad -a causa de los hechos no revelados- quedará establecida cuando la recusación sea estimada. Por contra, si la recusación es desestimada se evidenciará que los hechos no revelados no afectaron la independencia e imparcialidad del árbitro.

Sin embargo, luego la norma retoma su ánimo controlador y punitivo estableciendo una suerte de recusación -o, si se quiere, “revisión”- *ex officio*, al otorgar al Tribunal de Contrataciones del Estado el poder de “*determinar la configuración de la infracción antes señalada aun cuando no exista pronunciamiento sobre el fondo de la recusación por renuncia del árbitro recusado o no se haya presentado recusación en el plazo correspondiente*”. Obsérvese que la primera parte de esta disposición contraría lo dispuesto por el artículo 29, inciso 5, del DLA, el cual -siguiendo el modelo del artículo 14, inciso 2, de la Ley Modelo de la CNUDMI⁵¹- nos señala que “*La renuncia de un árbitro (...) no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados*”. Pues presume más bien la culpabilidad del árbitro⁵², al cual se persigue -para sancionarlo- pese a que ya dejó de serlo al apartarse del arbitraje. Afectándose así la discrecionalidad del árbitro para renunciar a causas que puedan, a su entender, generarle algún conflicto de interés, al pretender eliminar la regla de protección del artículo 29, inciso 5, del DLA. Lo cual no tiene sentido, pues la renuncia del árbitro busca evitar que el arbitraje y el futuro laudo se afecten por su eventual ausencia de independencia e imparcialidad, por lo cual discrecionalmente decide apartarse del arbitraje a fin de evitar tal daño. Y si ello es así, no se entiende por qué luego se le debe perseguir y sancionar. Además, siendo cínicos, tal medida fomentaría que los árbitros pese a saberse parciales y/o dependientes no renuncien al arbitraje, pues aún si lo hicieran igualmente

⁵¹ El cual nos señala que “***Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12***” (las negritas son nuestras).

⁵² Lo cual queda evidenciado en el hecho de que el artículo 238 del RLCE sólo se ocupa del árbitro y no se refiere a “*...la aceptación por la otra parte de su cese*” del artículo 29, inciso 5, del DLA. Supuesto en el cual no operara la presunción de culpabilidad del árbitro, sino más bien la regla de protección de que “*no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados*”.

serían sancionados. Por otro lado, el segundo extremo de esta disposición colisiona con el artículo 11 del DLA, pues si la parte afectada no presenta la recusación oportunamente “*se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias*”. Pese a ello, la norma, desconociendo la autonomía de voluntad de las partes -fundamento de la renuncia a objetar- y evidenciando su *animus puniendi*, presume la culpabilidad del árbitro y lo persigue -para sancionarlo- pese a que las partes renunciaron a objetar el laudo por aquellas circunstancias que podrían haber afectado su independencia e imparcialidad.

Por otra parte, este artículo establece la facultad del Tribunal de Contrataciones del Estado de sancionar a los árbitros “...*con suspensión temporal no menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años para ejercer el cargo de árbitro...*”, regla que toma como modelo -aunque de forma más drástica- al artículo 237, numeral 2, literal a) del RLCE⁵³, el cual define y regula los límites temporales de la inhabilitación temporal -si bien de proveedores, participantes, postores y contratistas-. Además, la norma otorga tal facultad de sanción tanto en el arbitraje *ad hoc*, como en el administrado por el SNA-OSCE, e incluso en el arbitraje institucional. En tal forma, el RLCE nos señala que ésta se aplica a “*las controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley y el presente Reglamento, con la consecuente suspensión en el Registro de Árbitros del OSCE, cuando formen parte de dicho Registro*” (artículo 238), por su parte la LCE nos reitera que tal facultad existe en “*las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión (...) del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)*”, precisándonos además que “*La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso*” (artículo 52.8). Recordemos que la confusión técnica que involucra reconocer tal facultad ya fue explicada en nuestros comentarios relativos al artículo 52.8 de la LCE, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

De otro lado, este artículo nos señala que la graduación de la sanción de suspensión temporal “...*se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245º en lo que corresponda*”. En tal forma, conforme al artículo 245 del RLCE “*Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse (...) el Tribunal considerará los siguientes criterios: 1. Naturaleza de la infracción. 2. Intencionalidad del infractor. 3. Daño causado. 4. Reiterancia. 5. El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada. 6. Circunstancias de tiempo, lugar y modo. 7. Condiciones del infractor. 8. Conducta procesal del infractor. En caso de incurrir en más de una infracción (...) se aplicará la que resulte mayor*”. Ahora bien, más allá de la confusión técnica que involucra la facultad de

⁵³ El cual nos señala que “***Inhabilitación temporal***: Consiste en la privación, por un período determinado, de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. ***Esta inhabilitación en ningún caso podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años***” (las negritas son nuestras).

suspensión temporal, debemos observar que, *de lege lata*, podrían ser útiles para morigerar ésta *-inter alia-*, criterios tales como la intencionalidad y el daño causado por el árbitro.

Finalmente, esta disposición establece la facultad del Tribunal de Contrataciones del Estado de sancionar al árbitro con inhabilitación permanente, siempre que constate “*además de la responsabilidad del infractor, que éste ha sido sancionado en oportunidades anteriores con suspensión temporal cuyo tiempo sumado sea mayor a veinticuatro (24) meses dentro de un lapso de tres (3) años (...) con la consecuente exclusión del Registro de Árbitros del OSCE, cuando forme parte de dicho Registro*”. Regla que toma como modelo -aunque de forma más drástica- al artículo 237, numeral 2, literal b) del RLCE⁵⁴, el cual define y regula los requisitos temporales de la inhabilitación definitiva -si bien de proveedores, participantes, postores y contratistas-. Reiteramos aquí que la confusión técnica que involucra reconocer tal facultad ya fue explicada en nuestros comentarios relativos al artículo 52.8 de la LCE, por lo que a ellos nos remitimos.

Por otro lado, el artículo 5 del CEACE -aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE- nos señala que “*En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: 5.1. Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje. 5.2. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código. 5.3. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años. 5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros. 5.5. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades. 5.6. Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje. 5.7. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia. El deber de información (...) no se limita a lo establecido en este artículo. (...) La omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva*”.

⁵⁴ El cual nos señala que “***Inhabilitación definitiva***: Consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. ***Cuando en un período de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones, que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal***, el Tribunal resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor, participante, postor o contratista.” (las negritas son nuestras).

Esta disposición, aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE, establece inicialmente diversas circunstancias -si bien *numerus apertus*⁵⁵- que exigirían la revelación del árbitro, importando así una lista de aplicación práctica de los principios generales contenidos en el CEACE, la cual toma como modelo a diversos supuestos contenidos en las “Listas de Aplicación Práctica de las Normas Generales” de las Directrices de la IBA⁵⁶. Pero sin distinguir, como lo hacen éstas, entre supuestos renunciables e irrenunciables (listado rojo), ni tampoco aquellos que no requieren revelación (listado verde). Además, varios supuestos del artículo 5 del CEACE no establecen en su texto la intensidad del vínculo⁵⁷, lo cual generaría que, si seguimos el tenor de varios de éstos, el árbitro tenga que revelar su vida entera, pues casi cualquier tipo de vínculo por más tenue que sea, podría ingresar en varios de aquellos supuestos⁵⁸. Ello además permitiría a aquel que busca socavar -o dilatar- el arbitraje, construir más fácilmente supuestas y artificiales conexiones entre el árbitro y las partes que le posibiliten plantear una recusación. Por ello, a fin de corregir el problema, debemos interpretar que las circunstancias listadas en el artículo 5 del CEACE exigen su revelación por el árbitro, cuando éstas sean “relevantes” o “significativas” (excluyendo aquellas *de minimis*) y, por ende, afecten realmente su independencia y/o imparcialidad. Y ello se desprende -vía interpretación sistemática- del artículo 52.8 de la LEC (*Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia **que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía***), del artículo 224 del RLCE (*Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida (...) **que pudiera afectar su imparcialidad e independencia***) y de lo dispuesto por el propio artículo 5 del CEACE (*En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: (...) 5.2. Si ha mantenido o mantiene alguna relación **relevante** de carácter personal, profesional,*

⁵⁵ Acorde a la disposición 5.7, la cual nos señala que, además de las circunstancias listadas antes, el árbitro debe revelar “*Si existe **cualquier otro hecho o circunstancia** significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia*”. Además, el siguiente párrafo del artículo 5 del CEACE, nos señala que “*El deber de información (...) **no se limita** a lo establecido en este artículo*” (las negritas son nuestras).

⁵⁶ Solo, como ejemplo, el supuesto 5.3 del CEACE toma el modelo del supuesto 3.1.1. del Listado Naranja de las Directrices de la IBA, el cual nos señala que “***Dentro de los tres años anteriores** el árbitro **fue abogado** de una de las partes o de una filial de éstas, **o** anteriormente **fue consultado o asesoró** en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación **alguna entre ellos***” (las negritas son nuestras).

⁵⁷ Cabe señalar que si lo hacen, aquellos establecidos en el 5.2 (pues dice “*relevante*”) y en el 5.7 (pues dice “*significativos*”).

⁵⁸ Por ejemplo, si observamos el tenor del supuesto 5.1 del CEACE, este exige al árbitro revelar “*...si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto **de cualquier índole** respecto al resultado o la tramitación del arbitraje*”. En tal sentido, el árbitro debería revelar incluso el hecho que posee una acción en una sociedad anónima cuyo capital social está representado por cuatro mil quinientos millones de acciones. Y ello, en el entendido, que el árbitro obtendría el beneficio de que, al no ser vencida esta sociedad anónima en el arbitraje, no descienda el valor de su única acción.

*comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código (...) 5.7. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia **significativos**, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia).*

Finalmente, este artículo establece una absurda *fictio iuris* -no es una *presumptio*- según la cual la no revelación del árbitro “...**dará** la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva”. Lo cual reitera el ánimo punitivo y de control por parte del OSCE, pues se asume sin más la culpabilidad del árbitro por el mero hecho de no revelar un hecho. Amén de resultar descabellado pues, como ya vimos, no es la mera omisión de revelación la que quebranta la independencia e imparcialidad del árbitro, sino más bien son las circunstancias no reveladas las que pueden generar una fractura de éstas. Felizmente, el artículo 238 del RLCE corrige tal despropósito al señalar que “*La infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, se **configurará cuando se haya declarado fundada la recusación** interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente*”. Destruyendo así tal absurda ficción jurídica, pues solo habrá sanción -y sustitución del árbitro- cuando se estime la recusación, lo cual presupone que los hechos no revelados si fracturaron la independencia e imparcialidad del árbitro. Además, el artículo 3.2 del CEACE abona a este criterio al señalar que “*El árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que **razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad** respecto de las partes*”. Esto es, la “apariencia de parcialidad” requiere de circunstancias objetivas que hagan “razonable” su existencia. Lo que sucederá cuando los hechos no revelados, efectivamente, afectaron la independencia e imparcialidad del árbitro.

3.3. Proyección temporal

La obligación de revelación a cargo del árbitro constituye un deber permanente, o de carácter ubicuo, que se inicia antes de la instancia arbitral y se extiende luego a lo largo de todo el arbitraje⁵⁹.

En tal forma, esta obligación se inicia -*ante causam arbitratum*- a partir de que una parte plantea a un candidato la posibilidad de ser designado como árbitro⁶⁰. En tal caso, el candidato deberá revelar, inicialmente y de modo informal, los hechos pertinentes a la parte en cuestión. Y si las circunstancias reveladas no generan inquietud ni al candidato ni a

⁵⁹ Con igual parecer Fouchard, Philippe “Le Statut de L'arbitre dans la Jurisprudence Française” en *Revue de L'arbitrage*, Número 3, Paris, 1996, pág. 352.

⁶⁰ Con tal parecer, el artículo 28, inciso 1, DLA nos señala que “*La **persona propuesta para ser árbitro** deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia*” (las negritas son nuestras).

dicha parte, entonces ésta última designa formalmente al candidato y éste acepta la designación y, de ser el caso, comunica luego -formalmente- los hechos pertinentes a ambas partes, siempre que presenten dudas justificadas respecto a su imparcialidad e independencia⁶¹. En el caso del arbitraje institucional, la obligación de revelación, antes de la instancia arbitral, emplea generalmente una forma particular denominada “declaración de independencia”⁶², la cual ha sido difundida por el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Posteriormente, la obligación de revelación continúa *-intra causam arbitratum-* desde la designación formal -y aceptación- del árbitro hasta el término de la instancia arbitral⁶³, por lo que de surgir durante este intervalo circunstancias que puedan generar dudas respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro, corresponde a éste revelarlas de inmediato a las partes y a los demás árbitros⁶⁴.

En el ámbito del arbitraje administrativo el artículo 52.8 de la LCE nos señala que “...*El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje*”. Asimismo, el artículo 224 del RLCE prescribe que “*Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje...*”. Y finalmente, el artículo artículo 5 del CEACE -aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE- nos reitera que “*El deber de información se mantiene durante el transcurso del arbitraje...*”.

Por otra parte, la obligación de revelación de hechos sucedidos con anterioridad a la designación del árbitro, posee el límite temporal de cinco años, conforme lo establece el artículo 224 del RLCE al señalarnos que “*Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia*”. Por su parte, el artículo artículo 5 del CEACE -aplicable al arbitraje *ad hoc* y al administrado por el SNA-OSCE- nos reitera que “*En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: (...) 5.3. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años*”. Asimismo, dado el carácter general del artículo 224 del RLCE, cabe interpretar que todos los supuestos recogidos en el artículo 5 del CEACE poseen el mismo límite temporal de cinco años.

La arbitrariedad que importa establecer tal lapso temporal -tributario de las Directrices de la IBA- ya fue explicada en nuestros comentarios relativos al artículo 224 del RLCE, por lo que a ellos nos remitimos.

3.4. Efecto purificador

⁶¹ Con similar parecer Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “Teoría y...”, ob. cit., pág. 309.

⁶² Con igual parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., pág. 218.

⁶³ Con tal parecer, el artículo 28, inciso 2, DLA nos señala que “*El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia...*” (las negritas son nuestras).

⁶⁴ Con similar parecer Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “Teoría y...”, ob. cit., pág. 309.

La obligación de revelación, a cargo del árbitro, es la precaución más elemental que se puede esperar de él como la más esencial, pues por su intermedio aquel alertará a las partes sobre los riesgos de ataque a su independencia e imparcialidad, inmunizando así al proceso arbitral contra toda acción posterior que se refiera a dichos riesgos aceptados, constituyendo una suerte de seguro de vida de la instancia arbitral⁶⁵.

Así, cuando el árbitro -o candidato- revela todos los hechos que podrían razonablemente considerarse que afectan a su independencia e imparcialidad, y no se lleva a cabo, seguidamente, recusación u oposición alguna. Entonces, toda objeción posterior que se realice durante el proceso arbitral o con ocasión del recurso de anulación del laudo, se haya destinada a fracasar⁶⁶, pues se entiende que ha habido una renuncia (artículo 11 DLA) o dispensa -tácita⁶⁷- (artículo 28, inciso 4, DLA) de las partes⁶⁸, a objetar respecto de los hechos revelados⁶⁹.

Una vez que el árbitro -o candidato- hace sus revelaciones, las partes las evalúan y, de ser el caso, plantean, oportunamente, sus objeciones respecto a éstas. Sin embargo, si éstas no se plantean de manera oportuna, se pierde el derecho a objetar, posteriormente, en el proceso arbitral⁷⁰. Asimismo, si las partes hacen la dispensa -expresa- de los hechos revelados, tampoco procede la recusación o anulación del laudo arbitral por tales motivos.

En tal forma, la obligación de revelación tiene la virtud de purificar⁷¹ al proceso arbitral de solicitudes de recusación, y, una vez rendido el laudo, la de limitar los recursos de anulación basados en supuestas fracturas a la independencia e imparcialidad del árbitro⁷².

En el ámbito del arbitraje administrativo el artículo 52.9 de la LCE permite a las partes dispensar aquellas “*causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto*”. Y

⁶⁵ Con igual parecer Clay, "L'independance...", ob. cit., pág. 218.

⁶⁶ Con tal parecer, el artículo 28, inciso 4, DLA nos señala que “***Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos***”; asimismo el artículo 11 DLA nos señala que “***Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias***” (las negritas son nuestras).

⁶⁷ Conforme al tenor del artículo 28, inciso 4, DLA, la dispensa puede ser tanto expresa como tácita.

⁶⁸ La falta de objeción oportuna luego de la revelación, “puede ser vista desde dos perspectivas. Primera, puede ser vista como una renuncia de las partes a su derecho a objetar. Segundo, puede ser vista como una admisión tácita que, en la primera oportunidad, la parte no consideró que los hechos y circunstancias tocaban suficientemente la imparcialidad e independencia del árbitro” (Donahay, M. Scott “The Independence and Neutrality of Arbitrators” en *Journal of International Arbitration*, Nº 4, La Haya, 1992, pág. 39).

⁶⁹ Con similar parecer Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “Teoría y...”, ob. cit., pág. 308.

⁷⁰ Con igual parecer Donahay, M. “The Independence...”, ob. cit., pág. 38.

⁷¹ Con similar parecer Clay, "L'independance...", ob. cit., pág. 219, nos señala que, la obligación de revelación, "tiene un efecto purificante: si las partes no discuten un hecho litigioso cuando toman conocimiento, pierden el derecho a hacerlo valer más tarde; se considera como que lo han aceptado, y por lo mismo lo han purgado de su litigiosidad que es un 'producto perecible'".

⁷² Con similar parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 217.

como vimos, dado que ni la LCE, ni el RLCE, ni el CEACE, plantean una distinción entre impedimentos absolutos y relativos, le quitan virtualidad aplicativa a esta disposición. Ahora bien, cuando el arbitraje sea institucional, las partes podrían dispensar cualquier causa de recusación que sea revelada por el árbitro -por permitirlo el reglamento institucional o bien por aplicación supletoria del artículo 28, inciso 4, DLA-, operando además -por estar recogida en el reglamento institucional o bien por aplicación supletoria del artículo 11 DLA- la renuncia al derecho a objetar respecto a aquellas causales que no se plantearon oportunamente.

Sin embargo, cuando el arbitraje sea *ad hoc* o esté administrado por el SNA-OSCE, opera el artículo 5 del CEACE, señalándonos que “*Cualquier **dispensa de las partes debe hacerse de manera expresa, luego de cumplido el deber de información por parte del árbitro, pudiendo constar en comunicación escrita o en el contenido de un acta, debidamente firmada por las partes y levantada durante la tramitación del arbitraje. En todos estos casos, la circunstancia dispensada en forma expresa no podrá ser motivo de recusación a iniciativa de parte, ni tampoco generara sanción...***”. En tal forma, en estos casos, cabría solo una dispensa expresa de las causales de recusación objeto de la revelación del árbitro, la cual además posee -facultativamente⁷³- una forma *ad solemnitatem* de carácter escrito y con firma. Ahora bien, dado el carácter negocial y dispositivo del arbitraje -erigido sobre la autonomía de voluntad- resulta absurdo no permitir la dispensa tácita de las causales de recusación (y contrario al artículo 52.9 de la LCE que no distingue entre dispensa expresa y tácita), a lo cual se suma el dislate de exigir una forma *ad solemnitatem* a la dispensa expresa, la cual no viene exigida ni siquiera para los pilares del arbitraje, que son el convenio arbitral y el laudo arbitral (artículos 13⁷⁴ y 55⁷⁵ del DLA). Por otra parte, este artículo resulta también defectuoso al establecer como efecto de la dispensa sólo la improcedencia de la recusación y la ausencia de sanción, olvidando el más importante efecto de impedir la procedencia del posterior recurso de anulación. Ante ello y *de lege lata*, cabría aplicar supletoriamente el artículo 28, inciso 4, del DLA, para

⁷³ Pues el artículo 5 del CEACE dice “...**pudiendo constar en comunicación escrita o en el contenido de un acta, debidamente firmada por las partes y levantada durante la tramitación del arbitraje**” (las negritas son nuestras).

⁷⁴ El cual nos señala que “2. **El convenio arbitral deberá constar por escrito (...)** 3. **Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.** 4. **Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta (...)** 5. **Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.** 6. **La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato**” (las negritas son nuestras).

⁷⁵ El cual nos señala que “1. **Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante (...).** 2. **Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo**” (las negritas son nuestras).

solucionar esta grave omisión. Finalmente, dado que la renuncia al derecho a objetar opera por aplicación supletoria del artículo 11 del DLA -pues dispensa y renuncia son categorías diferentes-, ello le resta también sentido a la absurda limitación del artículo 5 del CEACE, pues si respecto a las circunstancias que no fueron dispensadas expresamente, la parte interesada no las objeta “*tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias*”. Y ello, como vimos, puede asimilarse a una dispensa tácita de aquellos hechos revelados que afectan la independencia e imparcialidad del árbitro.

4.- APRECIACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN

La obligación de revelación puede ser apreciada con un criterio objetivo o con uno subjetivo. En el primer caso, se busca determinar si los hechos pertinentes generarían dudas, respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro, a los ojos de un tercero razonable. En tanto en el segundo, se persigue establecer si las circunstancias específicas generarían dudas, sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, a los ojos de las partes enfrentadas en el arbitraje o en los de los árbitros⁷⁶.

Ahora bien, el problema con el criterio subjetivo es la incertidumbre, pues este puede basarse en la perspectiva de las partes o la de los árbitros. Y si se basa en la perspectiva de las partes, el problema es que puede generar el retraso o interrupción del arbitraje, cuando éstas exijan a los últimos una excesiva revelación⁷⁷. Asimismo, el criterio subjetivo está impregnado de una doble subjetividad, puesto que el árbitro debe revelar lo que considere que las partes creerán es una causa de recusación. Ahora bien, la peculiaridad de esta doble creencia es que según ella sea rigurosa o benigna, la suma de las dos subjetividades puede llevar a un resultado casi objetivo -si es que se acumulan- o a una solución totalmente subjetiva -si es que se anulan entre sí-⁷⁸.

Por su parte, el criterio objetivo tiene a su favor el ser compatible con una noción rigurosa y objetiva de la independencia e imparcialidad. Además, no permite que el árbitro sea juzgador y parte de su propia independencia e imparcialidad, teniendo en cuenta el hecho de que éste no siempre desea dejar escapar de sus manos un arbitraje. Igualmente, purifica

⁷⁶ Con similar parecer Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “Teoría y...”, ob. cit., pág. 309; de modo similar Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., págs. 221-222, nos señala que “La verdadera cuestión no es la de la existencia de la obligación de revelación, es la de su perímetro. Dos ópticas son posibles. La primera predica una valoración efectivamente subjetiva de lo que debe ser revelado. Se basaría en el carácter personal del arbitraje y sobre la confianza que preside a la elección del árbitro por las partes: según esta doctrina solamente el árbitro está en condiciones de evaluar la conveniencia de revelar o no un hecho litigioso (...) La segunda óptica es la que ve la necesidad de una apreciación objetiva de los hechos a revelarse. Ella privilegia el carácter jurisdiccional del arbitraje que debe ofrecer las garantías debidas para toda justicia. No hay lugar aquí para la subjetividad en la apreciación de los elementos de una justicia serenamente rendida”.

⁷⁷ Con tal parecer Trakman, “The Impartiality...”, ob. cit., pág. 130.

⁷⁸ Con tal parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., pág. 221.

y calma a la instancia arbitral que no será más contaminada por aquellos temas ya revelados⁷⁹.

Ahora bien, el artículo 12, inciso 1, de Ley Modelo de la CNUDMI nos señala que el árbitro -o candidato- “*deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia*”.

Y, como ya vimos, el sintagma “*dudas justificadas*” alude a una duda que es pasible de justificación, esto es, que puede justificarse, constituyendo esta una apreciación indudablemente objetiva⁸⁰.

En tal forma, las legislaciones que siguen a la Ley Modelo de la CNUDMI adoptan un estándar de revelación de carácter objetivo. Como es el caso del DLA, cuyo artículo 28, incisos 1 y 2, nos señala que “*La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia (...) El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia...*”.

En el campo del arbitraje administrativo, cuando el arbitraje sea institucional -por establecerlo el reglamento institucional o bien por aplicación supletoria del artículo 28, inciso 1, DLA- el estándar de revelación es de carácter objetivo. Y cuando el arbitraje sea *ad hoc* o esté administrado por el SNA-OSCE, opera el artículo 5, inciso 7, del CEACE, el cual adopta también un estándar objetivo, al exigir al árbitro revelar “*Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia*”.

Por otra parte, y como sabemos, el criterio objetivo es por naturaleza más severo, lo que llevaría a entender la obligación de revelación de una manera demasiado estricta. Por ello, éste debe morigerarse empleando el criterio subjetivo de la apreciación del árbitro respecto a la incidencia del hecho sobre su independencia e imparcialidad -si bien desde “los ojos de las partes”⁸¹-, siendo ello una protección necesaria contra los recursos abusivos y dilatorios que una parte podría tener la tentación de emplear. En tal forma, si no se reconoce una cierta libertad de apreciación al árbitro, corremos el riesgo de desestabilizar al arbitraje⁸².

⁷⁹ Con similar parecer Clay, “L'independance...”, ob. cit., pág. 222.

⁸⁰ Con similar parecer Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “Teoría y...”, ob. cit., pág. 309.

⁸¹ Debe pues examinar las circunstancias -pasibles de revelación- con los ojos de las partes, y no sólo desde su propia perspectiva, pues son éstas las que necesitan confiar en la imparcialidad e independencia del árbitro y quienes asumirán las consecuencias del laudo. Asimismo, sin una revelación adecuada, que tome en cuenta su perspectiva, las partes no podrían saber si recusar o no al árbitro.

⁸² Con similar parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 222, nos señala además que “Imaginémonos en efecto que la obligación de información sea entendida ampliamente. El árbitro tendría entonces la obligación de revelar todo vínculo o contacto que habría podido tener con las partes o consejeros de las partes. Los riesgos de ver rechazar su designación bajo un falso pretexto de riesgo de prevención, aumentarían de manera exponencial, y con ellos el plazo de constitución de los tribunales arbitrales. El mundo del arbitraje al concernir a un número bastante limitado de especialistas, los árbitros pronto habrían de estar en una situación donde inevitablemente habrían tenido contactos con tal o cual parte o tal o cual consejero. ¿Debe decirse que el árbitro debería renunciar a los placeres de una vida social, para refugiarse en la ascesis de una vida de anacoreta? No es desde luego el deseo que se concibe para los árbitros”.

Ahora bien, la obligación de revelación del árbitro puede ser limitada en atención a la notoriedad⁸³, antigüedad⁸⁴, naturaleza⁸⁵, o a los sujetos de la circunstancia pertinente⁸⁶, si bien todos estos factores deben ser analizados desde “los ojos de las partes”. Asimismo, al decidir que revelar es conveniente que el árbitro informe de todas las posibles circunstancias que puedan generar sospechas sobre su independencia e imparcialidad. Y de tener alguna duda respecto a llevar a cabo una revelación o no, es preferible que opte por revelar la circunstancia peligrosa a las partes⁸⁷.

5.- CONCLUSIONES

Como hemos visto la regulación de la independencia e imparcialidad del árbitro -y la obligación de revelación- en la LCE, el RLCE y el CEACE es una suerte de laberinto minoico, en el que se asoman diversas insuficiencias técnicas como también algunas contradicciones. Además, se percibe en la normativa un ánimo represor frente a los árbitros,

⁸³ Con tal parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 220, nos señala que “el árbitro no debe sólo apreciar el alcance de su deber de revelación respecto a la incidencia previsible de la circunstancia en cuestión sobre su juicio, sino también respecto al grado de notoriedad de esta circunstancia”; con similar criterio Fouchard, “Le statut de...”, ob. cit., pág. 352, nos señala que “los tribunales limitan el alcance de esta obligación de información por otro 'estandar', igualmente razonable: el árbitro no debe revelar más que lo que es desconocido: 'la obligación de información se aprecia respecto a la notoriedad de la situación criticada'”.

Por nuestra parte, consideramos que la notoriedad importa el conocimiento "general" del hecho y la "certeza" respecto de su existencia. Debiendo ambos factores ser observados en atención a los "ojos de las partes", lo que cual importará determinar el marco de generalidad cognitiva en atención -por ejemplo- a su difusión mediática amplia (prensa o medios comunes) y/o especializada (prensa o medios jurídicos).

⁸⁴ Con similar parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 223, nos señala que “El árbitro debería también ser libre de apreciar si ha o no de revelar que ya fue designado como árbitro por el consejero de la parte o por la propia parte en anteriores arbitrajes. La cuestión será diferente cuando el árbitro designado haya sido el abogado habitual de una parte anteriormente. En la medida en que haya sido llevado a representar a esta parte frente a los tribunales, podría presentar el riesgo de una determinada prevención”. Por nuestra parte, creemos que el transcurso del tiempo, si bien aunado a los otros factores, puede limitar la obligación de revelación del árbitro. Imaginemos el caso de un árbitro que dió una consulta a una parte, no vinculada a la controversia, hace más de 16 años. ¿Este hecho debería ser revelado? Sostenemos que no.

⁸⁵ Con tal parecer Henry, “Les obligations...”, ob. cit., pág. 223, nos señala que “Evidentemente, si un árbitro dio una consulta anteriormente sobre las relaciones contractuales objeto del arbitraje, tal información debería revelarse. Si el árbitro dió una consulta sobre una cuestión ajena al litigio sujeto al arbitraje, el árbitro debería poder libremente apreciar si ha de revelar o no esta información. Del mismo modo, nada debería forzar al árbitro a revelar que él habría anteriormente participado en un arbitraje que plantea cuestiones jurídicas equivalentes a aquéllas que tendría que conocer en el nuevo arbitraje”.

⁸⁶ Cabe señalar en este punto que la obligación de revelación del árbitro debe abordar las circunstancias que involucren tanto a las partes, como a los abogados, a los consejeros y a los demás árbitros, pues no debemos olvidar que el arbitraje está hecho para las partes y no para los árbitros, por lo que deben conocer todas las interacciones en juego (con similar parecer Clay, “L'indépendance...”, ob. cit., pág. 232).

⁸⁷ Con similar parecer Donahey, M. “The Independence...”, ob. cit., pág. 38.

tornando al Tribunal de Contrataciones del Estado en una especie de neo-inquisición que persigue a los últimos cual si fuesen brujos o brujas⁸⁸.

Debemos reconocer que se requiere una reforma integral de la normativa analizada, la cual debería encomendarse a especialistas en el tema, pues éste -como saben- es el más complejo de todo el Derecho de Arbitraje. E igual derrotero debería seguir la confección del futuro Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

⁸⁸ Establecer una regulación normativa presumiendo que todos son “malos árbitros”, lamentablemente afecta la práctica de los “buenos árbitros” -pues la norma mete a todos en un mismo saco- y no constituye la medida más adecuada para desterrar las conductas impropias. La historia ya nos ha enseñado -aludiendo al símil expuesto y que justifica la cita que inicia este artículo- que estas “cacerías de brujas” solo traen el odio, el castigo de inocentes y la demonización de la imagen del perseguido (con similar parecer Barstow, Anne Llewellyn “Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts”, Harper Collins, United States of America, 1994, pág. 12).