

Mitos y Quimeras: La Neutralidad en el Arbitraje

Derik Latorre Boza*

¿Qué principios guían la actividad de un árbitro? ¿estos principios son aplicados por todos los árbitros? El presente artículo tiene como objetivo hacer algunas precisiones respecto a los principios éticos de la actividad arbitral. En tal ejercicio, el autor realiza, en primer lugar, un examen detallado de los principios éticos de la actividad arbitral. Un segundo punto tratado por el autor es la distinción entre arbitro de parte y arbitro neutral y en base a dicha distinción determinar si los principios de la actividad arbitral le son aplicados a ambos o no. Como último punto, se hace un acercamiento a lo que la legislación peruana y comparada dice sobre el tema.

“Yo creo que la verdad es perfecta para las matemáticas, la química, la filosofía, pero no para la vida. En la vida, la ilusión, la imaginación, el deseo, la esperanza cuentan más”.

(Ernesto Sábato)

“La verdad, hemos aprendido, tiene muchas caras, no es monopolio de nadie, por intensamente que dicha persona sienta respecto de su verdad. Esto es pluralismo, esto no es relativismo”.

(Ricardo Lagos Escobar)

1. Introducción

El proceso de globalización¹ ha dado lugar a un nuevo ordenamiento mundial en el que los patrones culturales, políticos, económicos, sociales han sido modificados radicalmente y a una velocidad inusitada, en un proceso que sigue aún. Incluso hay quienes sostienen que el actual sistema-mundo está iniciando su bifurcación y esto implicaría que está llegando a su fin². Las ideologías políticas han dejado su lugar a políticas pragmáticas que van atenuando las diferencias entre posturas y bloques antes distinguibles y hasta opuestos. El consumo –sería mejor decir el consumismo– marca el ritmo del desarrollo de estas sociedades. Hoy la mayor parte de

aspectos de la vida social han sido influidos y hasta determinados por ese patrón de consumo y ya no ostentan su vocación de permanencia, sino que más bien afirman su naturaleza perecible, desechable, con lo que se ha llegado a hablar de la sociedad actual como una “sociedad de despilfarro”. Los valores que las diferentes sociedades propugnaban –en muchos casos como sustento de sus órdenes sociales– se han debilitado y empiezan incluso a extinguirse y son sustituidos por una suerte de ética de la sociedad de consumo global. En este contexto, incluso la ética que regulaba los comportamientos de las personas se ha ido desechando y se ha llegado a extremos tales como el de afirmar que la única ética posible es la de una suerte de “selección natural social”.

* El autor es abogado egresado y titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en contrataciones públicas y solución alternativa de conflictos. Actualmente se desempeña como Asesor de la Dirección Ejecutiva del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental (Provias Departamental) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú.

1 Immanuel Wallerstein ha señalado que el concepto de “globalización” no recoge un proceso nuevo, pues ese fenómeno se ha desarrollado en diferentes momentos de la historia. Señala que hoy se trata, en mucho, de una moda.

2 WALLERSTEIN, Immanuel. “Los intelectuales en una época de transición”, Ponencia presentada en el Coloquio Internacional *Economía, Modernidad y Ciencias Sociales*, organizado por varias Instituciones Académicas de Guatemala y de México, y celebrado en la Ciudad de Guatemala, los días 27 al 30 de marzo de 2001. En dicho texto, el autor dice que en el actual sistema-mundo, como todos los sistemas, la proyección lineal de sus tendencias encuentra ciertos límites, después de lo cual el sistema se encuentra a sí mismo lejos del equilibrio y comienza a bifurcarse. “A partir de este punto, podemos decir que el sistema está en crisis, y que transita a través de un periodo caótico en el cual busca estabilizar un nuevo y diferente orden, es decir, que realiza la transición desde un sistema a otro”.

Sin embargo, hoy en día se vuelve a valorar la confianza como un elemento central en las relaciones humanas –y, por tanto, en las relaciones comerciales–, por cuanto sin ella esas interrelaciones aumentarían sus costos, haciéndose excesivamente onerosas, además de humanamente insoportables. Por tanto, paradójicamente, podemos hablar de una suerte de reivindicación de la dimensión ética de las relaciones humanas. Y el arbitraje no es una excepción dentro de las muchas formas de relaciones humanas y sociales, razón por la cual en una sociedad en que existe “una cultura de lo desechable, una clara desorientación valórica, y un hedonismo hacia el consumo, resulta de especial importancia la observancia de los principios éticos en el ejercicio profesional, dentro de lo cual está enmarcada la acción de los árbitros, tanto en el arbitraje nacional como internacional”³.

Como ya lo señalaban la Asociación Estadounidense de Arbitraje (American Arbitration Association o AAA) y la Asociación Estadounidense de Abogados (American Bar Association o ABA), el uso del arbitraje comercial ha cobrado gran relevancia en la solución de controversias, razón por la que aquellos que actúan como árbitros resolviendo esas disputas asumen serias responsabilidades (que incluyen importantes obligaciones éticas) tanto frente al público como frente a las partes⁴. Estas instituciones líderes en el desarrollo arbitral mundial han marcado la pauta al señalar que la ética ocupa un lugar de especial relevancia no solo para las partes del arbitraje sino para la sociedad en su conjunto⁵. Se trata de preservar el valor confianza en las interrelaciones humanas, lo que permite un desarrollo fluido de los intercambios comerciales, culturales, etc.

Uno de los aspectos que menos reflexión ha merecido es el del “dogma” de la “privacidad” o “confidencialidad” del arbitraje, que ha sido el escudo perfecto para que se traicione, en muchos casos, la confianza que las partes y la sociedad depositan en un medio que se muestra –a pesar de todo– idóneo para resolver controversias diversas. Como una breve digresión, puedo señalar

que este dogma, en el caso peruano, empezó a romperse el año 2002 con la decisión del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) de publicar los Laudos Arbitrales en materia de contrataciones públicas (www.consucode.gob.pe), toda vez que esas decisiones tenían, directa o indirectamente, incidencia sobre recursos públicos que, por definición, no pueden disponerse de manera secreta, sino que la disposición de los mismos (salvo las excepciones de Ley, como pueden ser las cuestiones relativas a seguridad nacional y defensa) debe estar abierta al escrutinio público. Y esta decisión innovadora, que en el medio peruano fue duramente criticada por especialistas con una formación profesional privatista, no se constituye en la invención de la pólvora, pues basta revisar para ello las diferentes decisiones arbitrales publicadas en el sitio web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>), aunque claro está, también hay que señalar que dichas publicaciones tienen un origen más bien voluntario. Este dogma ha empezado a discutirse en años recientes, de tal modo que se ha señalado que “en el medio arbitral peruano, la idea de la confidencialidad absoluta no ha sido objeto de controversia, a pesar de que no consta en ley alguna”⁶. Es más, se ha señalado que “la confidencialidad debe mantenerse en forma estricta respecto de las actuaciones arbitrales: las audiencias, los documentos presentados por las partes, las declaraciones de testigos, las pruebas periciales y los alegatos de cada parte, no deben ser divulgados”, pero el mismo autor es de la opinión “que los laudos se publicaran íntegros y que pudieran ser objeto de un control intelectual por parte de las Facultades de Derecho y de la comunidad jurídica. Este control evidentemente no puede variar el resultado del laudo, pero puede dar lugar a un debate académico que permitirá mejores decisiones arbitrales en los laudos futuros”⁷. Vemos, pues, que el pensamiento único en torno a la confidencialidad en el arbitraje es una “verdad” porosa, respecto de la cual ya se empieza a tomar distancia.

- 3 FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. La ética en el arbitraje internacional (1). En Internet: <http://www.camsantiago.com/articulos/ARBITRAJE%20Y%20ETICA%202003.doc> p. 1
- 4 Ver Preámbulo del Código de Ética para árbitros en disputas comerciales aprobado y revisado por la AAA y ABA, <http://www.adr.org/sp.asp?id=21958>
- 5 Aunque no pretendo reconducir estas líneas hacia el terreno estéril del debate respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, es importante señalar que, desde una perspectiva ética, se refuerza el punto de vista de la teoría jurisdiccional, por cuanto el arbitraje constituye parte del sistema de justicia, pues es ese el fin de la decisión de los árbitros, vale decir, administrar justicia. De ese modo, la mala –o buena– actuación de un árbitro no afecta únicamente a las partes que tienen interés directo en su decisión, sino que esta tiene incidencia en el ámbito social. En tal sentido, el preámbulo del Código de Ética de la AAA y ABA establece que el “uso de un arbitraje comercial para resolver una amplia gama de conflictos se ha incrementado considerablemente y forma parte significativa del sistema de justicia del cual depende nuestra sociedad para determinar adecuadamente los derechos legales. Por lo tanto, las personas que actúan como árbitros asumen serias responsabilidades ante el público así como ante las partes. Estas responsabilidades incluyen obligaciones éticas importantes” (subrayados míos). Entonces, se aprecia que estas instituciones arbitrales reconocen que el medio “privado” de solución de conflictos por excelencia no tiene consecuencias únicamente para las partes directamente involucradas, sino que la incidencia de sus decisiones afecta también a la sociedad en su conjunto. Por tanto, cuando hablamos de arbitraje nos referimos más que a un proceso de “privatización” de la justicia, a uno de “socialización” de la misma, entendiendo por este proceso la vuelta al ámbito social de una facultad (administrar justicia) que, al menos durante la edad moderna de la historia de Occidente, ha sido parte del monopolio estatal. Cuando se habla de “privatización” de la justicia se está incurriendo en una concesión exagerada respecto del poder del denominado “sector privado” de la sociedad –lo que obedece, a mi criterio, a una línea ideológica y política–, descuidándose al “sector social”, el más importante. En todo caso, la “privatización” de la justicia no es la solución a la enfermedad del monopolio estatal y constituye solamente una mirada parcial del asunto; creo que lo más importante es entender la necesidad de socializar la justicia, pues por muy “privada” que sea una decisión arbitral, la misma tendrá incidencia en el interés público, es decir, en el interés colectivo de la sociedad.
- 6 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “La publicidad del arbitraje”, en el Boletín Virtual del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima N° 5, Abril 2005.
- 7 Ibidem. Un comentario aparte merece la normativa arbitral de contrataciones públicas, ya que el artículo 53.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM, establece en su quinto párrafo lo siguiente: “El arbitraje y la conciliación a que se refiere la presente Ley se desarrollan en armonía con el principio de transparencia, pudiendo el CONSUCODE disponer la publicación de los laudos y actas de conciliación”. Esta norma muestra que, al menos en el arbitraje administrativo que se desarrolla en la contratación pública, el principio de la confidencialidad no es más la regla.

Volviendo al tema materia del presente ensayo, es muy importante procurar que la actividad tanto de las partes como de los árbitros se desarrolle en armonía con los principios que el consenso social entienda como indispensables, pues solamente de ese modo nuestra sociedad contará con un mecanismo que permita la adecuada resolución de las controversias que, en condiciones normales, surgen en toda relación humana. Por ello, debe emprenderse una tarea de sinceramiento de la actividad arbitral (hay que ser claros al señalar que el arbitraje no se constituye, en absoluto, en una panacea), la que implica que se reflexione, por ejemplo, en los principios que deben regir la actuación de los árbitros, pero también relacionando este tema con la forma en que se regule la designación de estos árbitros, buscando construir un esquema coherente. Normalmente, la realidad desborda los parámetros establecidos por las normas, razón por la que es necesario que esas normas se ajusten lo mejor posible a las realidades que pretende regular, pues si no el desfase es abismal y los anaqueles de casi infinitas y hermosas normas irreales seguirán creciendo, mientras la realidad sigue su camino, independiente y ajeno a esas teorías.

“Uno de los aspectos importantes en el arbitraje es el de la designación de los árbitros y la posición de estos con relación a las partes y al conflicto.”

Una de las preguntas que busco responder en el presente trabajo es si todos los árbitros, independientemente de la forma en que hayan sido designados, deben cumplir en la misma medida con los principios que rigen la ética en el arbitraje o si, por el contrario, debe hacerse un análisis particular, dependiendo de si se trata de “árbitros de parte” o de “árbitros neutrales”. Esta pregunta ya ha sido formulada anteriormente, teniendo en cuenta además que “el mecanismo de designación de árbitros más difundido y utilizado en la práctica es aquel por el cual cada parte designa un árbitro o por qué no decirlo nombra a ‘su árbitro’ y entre ellas o entre los dos árbitros se procede a designar al tercer árbitro, el cual actuará como Presidente del Tribunal Arbitral”⁸.

El presente trabajo está constituido por tres capítulos, el primero referido a los principios y la ética en la función arbitral; el segundo, a la diferencia entre árbitros neutrales y árbitros de parte; el tercero, dedicado a

hacer un análisis de la legislación peruana y alguna legislación comparada. Finalmente, se presentan una serie de conclusiones.

2. Principios y Ética en la Función Arbitral

Uno de los aspectos importantes en el arbitraje es el de la designación de los árbitros y la posición de estos con relación a las partes y al conflicto. En tal sentido, se llegó a afirmar que la selección de los árbitros es el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje, ya que por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con justicia y solvencia⁹. Y esto porque el arbitraje se basa, fundamentalmente, en la confianza que depositan las partes en los árbitros al delegar en ellos el poder suficiente para que decidan respecto a los asuntos que les sometan.

De este modo, las personas designadas como árbitros tienen a su cargo una tarea sumamente compleja y delicada, toda vez que deben componer una situación controvertida que enfrenta a las partes, casi como si se tratara de reconstruir un cristal que se ha quebrado. Por ello, se entiende que la actuación de estos árbitros tiene que sujetarse a determinados principios y estándares que garanticen la idoneidad de la decisión a la que arriben. Una parte muy importante de esos principios y estándares está constituida por los aspectos éticos del arbitraje.

Las normas éticas a que se encuentran sujetos los árbitros, según la mayoría de legislaciones de arbitraje y los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes, descansan sobre dos principios esenciales que son el de imparcialidad y el de independencia¹⁰. En algunos casos se plantea también como principio el de neutralidad. Aunque puede concluirse que, en principio, las diferencias que existen entre “imparcialidad”, “independencia” y “neutralidad” son sutiles y hasta artificiales, debemos hacer un esfuerzo por aprehender dichos conceptos y de ese modo emplearlos de un modo razonable.

Estos conceptos han sido trabajados por la doctrina, desde una perspectiva judicial, razón por la cual es necesario señalar que el arbitraje es un campo de naturaleza jurídica propia con características especiales que demandan un análisis particular y al que no resultan aplicables necesariamente los conceptos de la función jurisdiccional. En tal sentido, vale la pena señalar lo siguiente:

“La originalidad en el enfoque se impone por las diferencias cualitativas que existen entre la actividad de los jueces y la de los árbitros,

8 CANTUARIAS, Fernando y ARAMBURÚ, Manuel. El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras. Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, p. 24.

9 CAIVANO, Roque. Negociación, conciliación y arbitraje, APENAC, Lima, 1998, p. 271

10 FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Ob. Cit. p. 2

no obstante su coincidencia en lo funcional. El arbitraje es lo opuesto a la idea de una justicia retenida, inavocable, permanente, de función exclusiva, con competencia legal, encarnada en la figura del juez ordinario predeterminado por ley¹¹.

Por tanto, la definición y el empleo de los principios antes referidos debiera efectuarse atendiendo a las características propias del arbitraje, que, a diferencia de la jurisdicción estatal, tiene como pilar la voluntad de las partes, constituyéndose en una suerte de “traje a medida”. Entonces, como “traje a medida”, el arbitraje debiera ser diseñado, en principio, por las propias partes, pudiendo éstas establecer las reglas que entiendan razonables, pudiendo también exigir que sus “jueces” (árbitros) cumplan con los requisitos que ellas crean convenientes, aunque los mismos puedan parecer exagerados, absurdos o ridículos. Sin embargo, si las partes no establecieran los requisitos que los árbitros deben cumplir, normalmente las normas de arbitraje los regulan de manera supletoria y, por lo general, entre esos requisitos se encuentran el que deban ser imparciales e independientes.

El siguiente paso en este trabajo, es efectuar el análisis puntual de cada uno de los principios antes nombrados, aunque vale la pena señalar que las legislaciones y la propia doctrina los definen, a veces, de manera muy vaga y ambigua.

2.1. Independencia

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se entiende por independencia la cualidad de aquel que “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”.

Cuando se habla de independencia en sede judicial, la doctrina ha entendido que dicho principio tiene una dimensión externa y otra interna. De ese modo:

“La dimensión externa es un asunto de organización política, que mira a la relación que debe existir entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado”, mientras que la “independencia interna o funcional es la prerrogativa que tienen entre sí los jueces integrantes del Poder Judicial, cualquiera sea su jerarquía, para actuar libre y soberanamente dentro de su competencia¹²”.

Desde una perspectiva propia del arbitraje se ha señalado lo siguiente:

La independencia es “un criterio *objetivo* que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos ‘próximos, sustanciales, recientes y probados’. Claro que el *quid* reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia¹³”.

Como se verá más adelante, el análisis de estos vínculos implica necesariamente el establecer matices y gradaciones, por cuanto un análisis simplista de los mismos haría que cualquier vínculo sea señal inequívoca de falta de independencia.

2.2. Imparcialidad

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se entiende por imparcialidad la falta de “designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

En lo referente a la actividad judicial, la doctrina ha establecido que:

La imparcialidad del juzgador “es un elemento esencial del debido proceso, que afecta la actitud del juez con las partes del proceso. No se debe confundir con la independencia, ya que esta última se refiere a una cuestión previa, de organización, a través de la cual se pretende liberar al juez de toda subordinación que no sea la que el Juez debe estrictamente al Derecho. En cambio, la imparcialidad apunta a la forma como ejerce el juez su actividad en los casos concretos que se someten a su conocimiento¹⁴ (subrayado mío).

Por otro lado, en lo que se refiere al ámbito arbitral, la imparcialidad ha sido definida del modo siguiente:

La imparcialidad es “un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular¹⁵”.

Se ha entendido también por imparcialidad el desinterés frente a las partes o el trato sin favoritismo o la consideración equidistante y ecuánime, todo ello por cuanto las partes en litigio necesitan concordar

11 ROMERO SEGUÉ, Alejandro. La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral. En: www.camsantiago.com/articulos/Recusacion_Arbitros_Alejandro_Romero.doc, p. 2

12 Ibidem p. 3

13 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros, www.coladic.org/ARTICULOS/Independencia.pdf, Consejo Latinoamericano de Estudios del Derecho Internacional y Comparado, p. 2

14 ROMERO SEGUÉ, Alejandro. Ob. Cit. p. 12

15 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Ob. Cit. p. 2

los intereses en discordia y esto no puede obtenerse mediante la preponderancia de los puntos de vista de una de ellas¹⁶.

De ese modo, se sostiene que la imparcialidad implica que el árbitro debe actuar libre de cualquier inclinación subjetiva, en favor de una de las partes o en contra de ellas, lo que los autores de lengua inglesa definen como el actuar libre de presiones, lo que se traduce en resolver el asunto en forma justa. Además, el principio de la imparcialidad en el Arbitraje Comercial Internacional no termina allí, sino que tal como lo consignan diversos autores, a los árbitros se les exige igualmente apariencia de imparcialidad¹⁷.

Se tiene, entonces, que la "independencia" sería un criterio *objetivo*, mientras que la "imparcialidad" sería un criterio *subjetivo*. La independencia tendría que ver, fundamentalmente, con vínculos entre el árbitro y las partes u otras personas relacionadas con estas; mientras tanto, la imparcialidad tendría que ver, más bien, con el estado mental (preferencia o riesgo de preferencia) del árbitro respecto de las partes. Por tanto, podría decirse que existirá parcialidad cuando un árbitro favorezca a una de las partes o cuando tenga un prejuicio en relación con la controversia; existirá dependencia, por su parte, cuando existan relaciones entre el árbitro y las partes o con alguien relacionado cercanamente con una de las partes.

2.3. Neutralidad

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española entiende por neutralidad la facultad de aquel "que no participa de ninguna de las opciones en conflicto".

Asimismo, se señala que la neutralidad es una figura propia del Derecho Internacional Público –específicamente en tiempo de guerra–, por la cual un Estado asume una posición ajena a los estados involucrados en un conflicto. La neutralidad tiene como caracteres básicos la no participación y la imparcialidad¹⁸. Existe, asimismo, relación entre la neutralidad e *independencia*, pues esta última sería una condición esencial para garantizar la neutralidad frente a las partes involucradas en el conflicto. De ese modo, puede señalarse que una posición neutral "será mucho más firme si la Institución sabe salvaguardar y demostrar su independencia"¹⁹.

La palabra «neutro» viene del latín «neuter» que significa «ni uno ni otro». Se consideran neutrales todos los movimientos o todas las instituciones que se abstienen de tomar partido en un conflicto o en un

diferendo y que renuncian a toda índole de injerencias, por diferentes causas, como puede ser el resultado de una voluntad de autoprotección, de una consideración de que el bien y el mal, lo verdadero y lo falso existen en ambas partes, de una moderación en pro de una causa más importante o de una labor específica. Pero el motivo de la neutralidad puede ser también la indiferencia, el miedo o la cobardía. La neutralidad no es, pues, una virtud en sí misma²⁰.

En el ámbito del arbitraje se ha señalado lo siguiente:

"La neutralidad es, por el contrario, una condición objetiva del árbitro, por la cual, aún antes de ser designado, se encuentra en una posición de equidistancia entre las partes independientemente de cualquier propósito personal de imparcialidad con respecto a los intereses de ellas"²¹.

Aunque la cita antes señalada equipara el concepto de neutralidad con el de independencia, la neutralidad se ha entendido en el arbitraje como la cualidad de los árbitros cuya designación recae en el consenso de la voluntad de las partes o está a cargo de un tercero distinto a ellas. Es decir, los árbitros serían "neutrales" siempre y cuando no hayan sido designados por una de las partes en particular, pues en estos casos estaríamos frente a un "árbitro de parte".

Sin embargo, el Código de Ética de la AAA y ABA habría establecido el criterio de que la neutralidad es la suma de imparcialidad e independencia, pues señala que "Los patrocinadores de este Código creen que es preferible que todos los árbitros –incluyendo los árbitros de parte– sean neutrales, es decir, independientes e imparciales, debiendo cumplir los mismos estándares éticos". Aunque hay que decir que, a pesar de que existe en ese Código una presunción de neutralidad, ella tiene mayor relevancia para el caso de arbitrajes internacionales.

De ese modo, la neutralidad ha sido una característica destacada, sobre todo, en el arbitraje internacional respecto de disputas comerciales:

"Renace con la nueva *lex mercatoria* el viejo 'estilo de mercaderes' y se potencia en el tráfico internacional, en el que, junto a las ventajas del arbitraje internacional, se valora la neutralidad del árbitro o de los árbitros, e incluso de la sede, respecto de la nacionalidad de las partes; la elección del derecho aplicable y la adecuación del procedimiento a la dimensión espacial del conflicto"²².

16 Diccionario Jurídico OMEBA, Tomo XIV, Driskill S.A., Buenos Aires, 1982, p. 970

17 FIGUEROA VALDÉS, Ob. Cit. p. 3

18 Diccionario Jurídico OMEBA, Tomo XX, Driskill S.A., Buenos Aires, 1982, p. 263, 264

19 HAUG, Hans. "La neutralidad como principio fundamental de la Cruz Roja". En internet: <http://www.icrc.org/ICRCSPA.NSF/0/35aa33cac0b6f4cd4125667c0035c6a1?OpenDocument>

20 HAUG, Hans. *Ibidem*

21 SOLÁ, Lluís. "Importancia del arbitraje como sistema de resolución de disputas comerciales: el papel de las cámaras de comercio". En : <http://www.pisunyer.org/pdf/Documents%2027.pdf>, p. 18

22 OLIVENCIA, Manuel. "El futuro del arbitraje en España". En: <http://www.pisunyer.org/pdf/Documents%2027.pdf>, p. 49

Sin perjuicio de lo anterior, puede apreciarse que la diferencia entre los conceptos de imparcialidad, independencia y neutralidad no es clara, pues guardan, cuando menos, grandes similitudes. No obstante, puede tomarse como premisa el hecho de que la neutralidad constituiría una posición que supone necesariamente tanto independencia como imparcialidad; no puede decirse, sin embargo, que la independencia o la imparcialidad impliquen necesariamente neutralidad; siguiendo esta línea, la neutralidad es un concepto integral y de mayor alcance en cuanto a la gestión de conflictos, toda vez que no admite la existencia de vínculos ni subjetivos ni objetivos entre un tercero y las partes en conflicto.

2.4. El Deber de Revelación y la Apariencia de Imparcialidad

Los principios antes reseñados tienen relación directa con lo que es el denominado "deber de revelación", el mismo que es uno de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de los mismos. Dicha obligación se materializa en las declaraciones escritas que deben presentar aquellas personas a las que se comunique su posible designación como árbitros y también los árbitros ya designados, acerca de posibles conflictos de interés que pudieran afectar su independencia, su imparcialidad o su neutralidad. Esto es muy importante, pues la existencia de conflictos de interés entre los árbitros y las partes o la materia controvertida, generaría distorsiones en la adecuada gestión del conflicto lo que se traducirá, seguramente, en mayores costos para las partes.

"(...) resulta imprescindible que los árbitros cumplan con el deber de revelación o información, para lograr, primero, garantizar su independencia e imparcialidad, y, segundo, para blindarlo de posibles recusaciones o cuestionamientos posteriores."

Las declaraciones que deben efectuar los árbitros en cumplimiento de este "deber de revelación" encierran una complejidad en sí mismas, pues, volviendo a la pregunta planteada en la introducción del presente trabajo, tendría que definirse si su cumplimiento les es exigible por igual a todos los árbitros independientemente de la forma en que fueron designados. En el caso del Código de Ética de la Asociación Estadounidense de Arbitraje y del Colegio de Abogados de E.E.U.U. (Código de Ética de la AAA) se distinguen matices cuando se trata de un "árbitro

neutral" o un "árbitro de parte". Y en esos matices es que podemos encontrar, seguramente, la mayor gama de discrepancias.

Cuando los árbitros, en cumplimiento del deber de revelación, han informado de determinadas circunstancias, al ser conocidas por las partes determinan el rechazo o la aceptación de la designación del árbitro, permitiendo controlar los elementos básicos de la conformación del Tribunal Arbitral para ejercer su derecho a la recusación. De ese modo, el deber de información "se hace necesario como una exigencia del principio general de buena fe. Es lógico que sean las partes del arbitraje las que, debidamente informadas, controlen este tema y no el propio árbitro, que aunque actúe con buena intención puede actuar con conciencia errónea"²³.

En tal sentido, puede decirse que resulta imprescindible que los árbitros cumplan con el deber de revelación o información, para lograr, primero, garantizar su independencia e imparcialidad, y, segundo, para blindarlo de posibles recusaciones o cuestionamientos posteriores. Dicho de otro modo:

"Un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir cabalmente con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y, no obstante que las circunstancias mismas no hubieran dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber fallado a dicho deber lo descalificará.

Por contrario, el revelar las circunstancias correspondientes pone al árbitro en la cómoda situación consistente en que quedará blindado de cualesquiera recusaciones futuras, o ataques de nulidad o no-reconocimiento al laudo, así como acciones demandándole daños y perjuicios"²⁴.

En todo caso, la mayoría de normas arbitrales acogen la idea de que los árbitros deben también dar la apariencia de imparcialidad, pues lo contrario, es decir la apariencia de parcialidad, podría dar lugar a una recusación.

Es más, el Código de Ética de la AAA establece que cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias debieron o no informarse se debe resolver en favor a la obligación de informar. Esta norma ha sido recogida recientemente en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM, pues su artículo 282, tercer párrafo señala que cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el

23 ROMERO SEGUÉL, Alejandro. Ob. Cit. p. 7

24 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Ob. Cit. p. 12

cumplimiento del deber de información para con las partes. Es muy importante que se haya recogido una norma de este tipo, pues de ese modo los árbitros no dudarán en informar respecto de las situaciones que pudieran afectar su condición de árbitro, lo que abona a favor de la transparencia. El punto flaco de la normativa peruana, sin embargo, sigue siendo el no establecer los matices necesarios para una adecuada aplicación de este deber, diferenciando a los árbitros de parte y a los árbitros neutrales, toda vez que es ese el modo habitual de designación de árbitros.

3. Árbitros Neutrales y Árbitros de Parte. Mitos y Realidades

Los árbitros pueden ser designados por las partes de común acuerdo o por terceros (los denominados "árbitros neutrales") o por alguna de las partes involucradas en el conflicto (los denominados "árbitros de parte"). En tanto los principios éticos exigidos a los árbitros son un punto común en la legislación arbitral, los expertos se preguntan si se puede exigir, en efecto, a todos los árbitros, al margen de la forma en que hayan sido designados, que actúen con absoluta imparcialidad e independencia, y que, de ese modo, mantengan una posición neutral frente al conflicto.

Así, un sector de la doctrina se inclina por una respuesta inspirada en una postura que equipara a los árbitros con los jueces, Así, señalan que:

Los árbitros, "en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterio frente a las partes". [De ese modo, los árbitros de parte] "no son representantes ni defensores de las partes que los proponen o designan, sino verdaderos árbitros en el más estricto sentido del término, con las responsabilidades y deberes propios del cargo con que han sido investidos. El hecho de que hayan sido propuestos o seleccionados por alguna de las partes, no debe hacerles perder de vista la misión esencial que ambas partes le han asignado respecto de la decisión final del litigio"²⁵.

La respuesta contraria a esta es aquella que señala que a los jueces y magistrados, en tanto su designación depende directamente del Estado, es lógico exigirles absoluta imparcialidad en todos los casos, pero no en el arbitraje, ámbito en el que la designación de esos "jueces" privados depende más bien de las partes involucradas en el conflicto. Así, se ha señalado lo siguiente:

"En cambio, en el arbitraje son principalmente las partes las que con absoluta libertad pueden proceder a designar sus 'jueces' de la manera que consideren conveniente" [y por tanto resultaría razonable que las partes elijan a un árbitro] "que por lo menos en líneas generales se incline a favor de la posición de la parte que lo elija"²⁶.

Según esta postura el reconocimiento de la distinción entre "árbitros de parte" y "árbitro neutral" conlleva una serie de consecuencias importantes en lo que se refiere a las reglas de comportamiento o ética que deben observar los árbitros.

"Una de ellas por ejemplo es la que se refiere a la obligación de los árbitros de revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia. En este caso, es razonable exigir sólo al Presidente el cumplimiento puntual de este mandamiento y relajar su aplicación tratándose de árbitros de parte."²⁷

Los mismos Cantuarias y Aramburú consideran necesario que la LGA y la jurisprudencia que se genere a partir de ésta, reconozcan la realidad y acepten la existencia de los "árbitros de parte", porque lo contrario podrá significar que se recusen absurdamente a los árbitros y se impugnen y anulen laudos arbitrales por supuestas parcialidades de personas que en la práctica, desde el mismo momento en que fueron propuestas y nombradas como árbitros, no eran neutrales²⁸.

Entonces, planteadas estas posturas contrarias y atendiendo a la realidad de la práctica arbitral de nuestro medio, ¿cuál de estas lecturas es la más adecuada? Para encontrar la respuesta a esta pregunta, tenemos que rastrear los criterios utilizados en la LGA –efectuando un análisis de la legislación arbitral comparada– y sumergiéndonos en la realidad de la práctica arbitral.

Algunos autores, diagnosticando de manera temprana las consecuencias prácticas de la designación de árbitros de manera unilateral por las partes, sostuvieron con gran optimismo que:

"se entiende que dicha nominación no debería menoscabar la libertad del árbitro, el que debe mantener siempre su libertad de juicio en la decisión. Sin embargo, en el último tiempo algún sector ha cuestionado el ejercicio de esta facultad, especialmente por los problemas de falta de independencia y neutralidad que ello puede generar. En efecto, esta forma de

25 CAIVANO, Roque. Ob. Cit., pp. 272, 274

26 CANTUARIAS, Fernando y ARAMBURÚ, Manuel. Ob. Cit., pp. 293, 294, 295. Aunque este libro se basa en el análisis de la Ley de Arbitraje anterior, el razonamiento sigue siendo válido, pues no se ha variado sustancialmente el enfoque legislativo.

27 Ibidem, p. 296

28 Ibidem, p. 302

designación puede desnaturalizar la figura del árbitro, el que más que un tercero llamado a resolver la contienda, puede pasar a convertirse en un mandatario de la parte, desfigurando su misión²⁹.

Lo cierto es que la designación unilateral de uno o más miembros de un Tribunal Arbitral es una cuestión plenamente aceptada en el ejercicio arbitral y esto ha sido considerado en la mayoría de normas actualmente vigentes. De ese modo, puede decirse que:

“es habitual que en cierto tipo de arbitrajes donde se nombran a tres árbitros, cada una de las partes nombra por derecho propio a un árbitro, el cual tiene el carácter de ‘Arbitro no neutral’ [...] existen algunas jurisdicciones, como es el caso de los Estados Unidos, en que se encuentra expresamente reconocida la participación de los árbitros nombrados por una de las partes o ‘árbitros no neutrales’ en los procedimientos de Arbitraje Comercial, lo que significa que igualmente quedan sujetos a la obligación de cumplir ciertas normas éticas, que propugnan la integridad y equidad del proceso de arbitraje, tales como la obligación de actuar de buena fe, íntegra y ecuanímente; no participar en tácticas dilatorias; efectuar declaraciones a los otros árbitros, que a su leal saber y entender sean falsas o engañosas, etc.”³⁰.

Claro que, de acuerdo a la opinión de algunos autores:

“Esta figura se ha visto alentada por la concepción contractualista del arbitraje que predomina en otras latitudes, en la que la intervención de estos terceros [árbitros] es una actividad de complemento en la interpretación de un acto o contrato, más que la definición de una controversia a la usanza de un juez”³¹.

A mi criterio, incluso abrazando la tesis jurisdiccional del arbitraje, es perfectamente sostenible que, siendo el arbitraje un instrumento convencional en su origen, la voluntad de las partes se constituye en la columna vertebral del mismo, pudiendo esa voluntad establecer los criterios a seguir, por ejemplo, para la designación de árbitros. Y una de esas formas, en el caso de Tribunales Arbitrales colegiados, es la que permite la designación de “árbitros de parte”.

Es en ese contexto, es decir cuando cada parte designa a un árbitro, que el tema de la imparcialidad y la independencia se hace un problema que es necesario abordar con claridad y con total transparencia, a fin de lograr una adecuada regulación y su efectiva aplicación. A mi entender, la Ley General de Arbitraje del Perú –y luego las otras normas que han desarrollado el arbitraje en ámbitos especializados, incluso el arbitraje administrativo que se aplica en las contrataciones y adquisiciones del Estado– es contradictoria en ese extremo, pues da lugar a la diferencia de “árbitros neutrales” y “árbitros de parte” por la forma en que estos son designados, pero no distingue matices para la verificación de los principios de imparcialidad e independencia, con lo que, en la práctica, exige a todos los árbitros que cumplan también con el principio de neutralidad³². Y esto ha generado que se acentúe una actitud pacata e hipócrita entre los operadores del arbitraje en el Perú, pues todos simulan estar de acuerdo con la necesidad de que todos los árbitros sean neutrales, incluso los designados por las partes de manera unilateral, cuando en la práctica esas designaciones desdichan todo esa entelequia.

De ese modo, nadie, con un mínimo de honestidad intelectual, podrá negar que en la mayoría de casos, las partes designan a “su” árbitro habiendo entablado contactos previos para analizar la conveniencia o no de tal designación. Es más, en gran parte de esos casos, lo que sucede es que las partes buscan “ganar” un representante en el colegiado arbitral, con lo que no solo se daría esa “inclinación general” que señalan Cantuarias y Aramburú, sino que en la realidad esos árbitros están asumiendo, prácticamente, el rol de defensores de la posición de la parte que lo designó al interior del colegiado arbitral. Y esto no sucede únicamente en países como el Perú, en que se señala que el valor confianza está sumamente venido a menos, sino que también se da en países como Chile –que se ha constituido en el modelo a seguir, según la opinión generalizada, y que destacan como un activo nacional el factor confianza en sus relaciones sociales–, según puede apreciarse en la siguiente cita, extraída de un estudio sobre el arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas:

“En efecto, ha sido habitual que los profesionales nombrados tanto por el concesionario como por el MOP [Ministerio de Obras Públicas], sean personas de confianza de cada uno de ellos, e incluso profesionales adscritos a la empresa o al Ministerio, por lo que, en realidad, no son más que representantes de las respectivas partes.

29 ROMERO SEGUÉL, Alejandro. Ob. Cit, pp. 4-5

30 FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Ob. Cit. (1) p. 4

31 ROMERO SEGUÉL, Alejandro. Ob. Cit. En:

www.camsantiago.com/articulos/Recusacion_Arbitros_Alejandro_Romero.doc, p. 4

32 Roger Rubio Guerrero me hacía el comentario de que “en líneas generales toda ley arbitral aborda la imparcialidad e independencia de los árbitros mediante tres supuestos: ‘condiciones para los árbitros’, ‘obligación de informar’ y ‘derecho de recusar’ y deja todo lo demás a la autonomía de la voluntad y a las ‘circunstancias particulares’ del caso”. En ese sentido, es posible “que existan árbitros designados por las partes que sean neutrales, lo que quiero decir es que como se trata de un asunto subjetivo, la norma ha entregado este aspecto a la casuística y al desarrollo del arbitraje”. No pretendo negar la certeza de la afirmación anterior, aunque lo que sí creo necesario es que debiera precisarse los matices que permitirían distinguir, en cuanto a reglas éticas de comportamiento, a los “árbitros de parte” y los “árbitros neutrales”.

Lo anterior ha significado, como era previsible, que la [...] Comisión Arbitral, no pueda actuar por unanimidad, pues lo lógico es que el integrante designado por cada una de las partes no preste su acuerdo a proposiciones o decisiones que afecten negativamente los intereses de la parte que lo designó. La unanimidad se ha logrado usualmente únicamente en aspectos procesales durante la tramitación del reclamo³³.

En todo caso, el esquema con el que se ha trabajado la Ley General de Arbitraje en el Perú es contradictorio (aunque los defensores dirán que en la legislación comparada se da la misma regulación), como ya se ha señalado antes, pues, en defecto de la voluntad de las partes, ha optado por un procedimiento supletorio de designación que privilegia, en el caso de tribunales arbitrales colegiados, la designación de árbitros por las propias partes y, sin embargo, exige a todos los árbitros, por igual, que sean imparciales, independientes y neutrales. Quizá lo lógico sería que, siguiendo ese esquema, se acepte las diferencias entre los árbitros de parte y los árbitros neutrales y que la evaluación de sus deberes éticos se efectúe a la luz de esa consideración real; así, por ejemplo, el análisis debiera ser igual respecto a la independencia, pero no respecto de la imparcialidad, pues ciertamente un árbitro de parte no tendría porque ser imparcial en la misma medida que un árbitro no designado por una parte en particular. Por tanto, no podría –o no debiera– exigirse a estos árbitros de parte el que sean neutrales.

Por el contrario, si la ratio legis de la norma es mantener el criterio de que todos los árbitros deben cumplir de igual forma con ser imparciales, independientes y, por tanto, neutrales, la regulación tendría que ser distinta. Obviamente, debe quedar a salvo, en primerísimo lugar, la posibilidad de que las partes regulen de manera libre la forma de designación de los árbitros. Ellas saben lo que quieren mejor que nadie, razón por la que el respeto de la autonomía de su voluntad es lo más importante en la construcción de un arbitraje. Mas, en caso de que ellas no hubieran pactado sobre el particular, es decir, no hubieran regulado los aspectos concernientes a la designación de árbitros, el procedimiento supletorio debería haber señalado que todos los árbitros debieran ser designados de común acuerdo entre ambas partes o por un tercero ajeno a estas. De ese modo sí estaríamos ante árbitros a los que sí podría exigírseles de manera efectiva el acreditar su neutralidad, debiendo cumplir de manera rigurosa y profunda con el deber de información para dejar en claro el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad.

Es indudable que la generalidad de normas arbitrales han optado por un esquema de designación como el de la LGA, por lo que quizá el cuestionamiento que

hago no reciba mayores adhesiones. Sin embargo, debo señalar con énfasis que es necesario tomar alguna medida que sincere el funcionamiento del arbitraje y no lo llene de postulados que, en la práctica, no se cumplen.

4. La Regulación Normativa de los Principios y la Ética de los Árbitros

4.1. En la Ley General de Arbitraje Peruana

La Ley General de Arbitraje peruana (LGA) establece en su artículo 18 que los árbitros “no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad” y “en el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones”. Una lectura simple de esta norma, que sigue el tratamiento que dan a este tema la Ley modelo de CNUDMI y el Reglamento de Arbitraje de dicha comisión, nos muestra que su finalidad última es garantizar que todos los árbitros, sin distinción, actúen sobre la base de los principios de independencia e imparcialidad.

Estos principios han sido reconocidos de diferentes maneras en la LGA, pues, por ejemplo, el inciso 3 del artículo 28 de la LGA, señala que los árbitros podrán ser recusados sólo cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. Es más, esta norma permite sostener que la LGA ha optado por dar cabida también, aunque de modo indirecto, al principio de “aparición de imparcialidad” comentado antes, pues basta para recusar a un árbitro que existan circunstancias que generen dudas, cuestión que es eminentemente subjetiva.

“Es indudable que la generalidad de normas arbitrales han optado por un esquema de designación como el de la LGA, por lo que quizá el cuestionamiento que hago no reciba mayores adhesiones(...).”

Esta norma no hace distinción alguna entre los árbitros sino que se refiere a todos, en principio. Lo cierto es que ni el Poder Judicial ni las instituciones arbitrales en el Perú han “aceptado” la diferencia entre “árbitros de parte” y “árbitros neutrales”, sino que presumen que todos los árbitros deben cumplir con estos principios por igual.

33 FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Resolución de controversias en la ley de chilena de concesión de obras públicas (2). En. www.camsantiago.com/articulo/Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20Obras%20Publicas.doc. p. 4

Por otro lado, el artículo 282 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales. Esta norma desarrolla lo regulado en el tercer párrafo del artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM, que establece que los árbitros deben cumplir "con el deber de declarar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida actuar con imparcialidad y autonomía. Quienes incumplan con esta obligación, serán sancionados conforme a lo previsto en el Reglamento". Nuevamente, en este punto vemos que la normativa arbitral peruana se ha seguido construyendo con los ojos cerrados hacia la realidad, pues el criterio de designación de árbitros promovido por esa norma es justamente, tratándose de tribunales colegiados, el que permite a las partes designar a "sus" árbitros, con lo que se genera una contradicción total entre el esquema general y habitual de designación de árbitros y los requerimientos éticos a los mismos. Esta contradicción requiere de una solución urgente, a fin de sincerar el desarrollo del arbitraje, pues ninguna persona, racionalmente, designaría como árbitro a un eminente profesional que, verbigracia, ha venido sosteniendo en foros académicos o en publicaciones un argumento contrario a la posición que ella defiende en el arbitraje.

Volviendo a la LGA, en la parte referida al arbitraje internacional, el artículo 103 establece que al designar un árbitro, "se tomarán las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial". Pero a esto se le da mayor énfasis en caso de árbitro único o del tercer árbitro, pues "se tendrá en cuenta así mismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes", esto último para lograr una mayor certeza de imparcialidad e independencia y, por ende, de neutralidad.

Entonces, puede manifestarse que en el caso de arbitraje nacional la LGA –y la propia normativa de contratación pública– no hace una distinción entre los árbitros y las características éticas que cada uno debe cumplir, lo que sí se encuentra, aunque sea de manera indirecta, en la parte internacional, pues la norma establece criterios de preferencia cuando se designe árbitro único o tercer árbitro y esto a fin de buscar la independencia e imparcialidad que se desea para estos, con lo que tácitamente se está afirmando que la imparcialidad e independencia que debe exigírseles a los "árbitros de parte" no implica, necesariamente, la neutralidad. Es decir, el análisis de estos principios para los árbitros de parte se hará de manera más flexible y laxo.

La LGA peruana en su artículo 29 prescribe que la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan

dar lugar a una posible recusación, y 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, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión. En sentido similar, en la parte de arbitraje internacional, el artículo 104 establece las mismas obligaciones de los árbitros.

Es tan importante el cumplimiento de este deber de información, que su incumplimiento, en caso de que causara daños y perjuicios a las partes, podría generar responsabilidad civil del árbitro que lo haya incumplido.

En el caso del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el artículo 281 ha establecido que la aceptación del árbitro debe darse y por escrito en un plazo determinado para que su designación surta efectos. Asimismo, el artículo 282 del mismo Reglamento establece en su segundo párrafo que todo árbitro debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Entonces, esta norma requiere que se cumpla con la aceptación formal del encargo arbitral con la finalidad, sobre todo, de garantizar el cumplimiento del deber de información.

Sobre este tema, pienso que la opción normativa peruana ha sido coherente con el respeto y la garantía de que el arbitraje se construye sobre la voluntad de las partes. Las partes pueden, a través del Convenio Arbitral, establecer todos los criterios, condiciones y reglas que crean convenientes. Y, claro, también pueden establecer la forma en que ellas quieren que se designe a sus árbitros. De ese modo, la libertad de procedimiento de nombramiento de los árbitros está reconocida en el artículo 21 de la LGA y el artículo 280 del RELCAE, normas que señalan que las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros. Hay que precisar, sin embargo, que esta libertad no implica la posibilidad de pactar que una de las partes se encuentre en una posición predominante, destacándose lo señalado en el artículo 14 de la LGA, en el sentido de que es nula "la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos [...]".

El procedimiento de designación de árbitros tiene que ver también con el tipo de arbitraje pactado. De ese modo:

- a. Si se ha previsto un arbitraje institucional, tenemos que dicho procedimiento se regulará conforme al Reglamento de la institución arbitral a la que se hayan sometido las partes, con lo que en estos casos el Poder Judicial o el CONSUCODE intervendrán.

- b. Si se ha previsto el desarrollo del arbitraje previendo la actuación de una entidad nominadora, la misma –un tercero– se encarga de la designación de los árbitros, con lo que, tampoco en estos casos el Poder Judicial y el CONSUCODE no intervendrán en esta etapa.
- c. Si se ha previsto un arbitraje independiente o ad hoc, las partes deberían prever el procedimiento de designación de árbitros, algo que normalmente no hacen. En estos casos, se aplicará el procedimiento supletorio de la LGA o en el RELCAE. Las partes podrán acordar diferentes formas de designación, las que podrían variar entre las siguientes alternativas:
- Designar de común acuerdo a todos los árbitros.
 - Cada parte designa a un árbitro y ambas partes designan, de común acuerdo, al tercer árbitro.
 - Cada parte designa a un árbitro y los árbitros designados designan, de común acuerdo, al tercer árbitro.
 - Si no hay acuerdo, se aplican las normas supletorias.

Las normas supletorias están contenidas en la LGA y en el RELCAE, habiendo ambas normas recogido el criterio habitual de designación: cada parte nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo otorgado, la designación será hecha por el juez, cuando se trate de un arbitraje nacional, o por la institución arbitral³⁴ que señale la parte interesada, cuando se trate de arbitraje internacional, o por el CONSUCODE, cuando se trate de contrataciones públicas. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del plazo, el nombramiento lo efectuará el juez, la institución arbitral o CONSUCODE.

Es claro, entonces, que la forma de designación de árbitros planteada como regla supletoria de la voluntad de las partes, también reconoce la potestad de cada una de ellas de designar “árbitros de parte” cuando se trate de tribunales arbitrales colegiados. No obstante que la propia normativa ha promovido este tipo de designación, la misma normativa cierra los ojos y, con beatitud, establece luego que incluso esos “árbitros de parte” –al menos cuando se trata de arbitrajes nacionales– deben actuar con absoluta imparcialidad,

independencia y neutralidad, como si se tratara, en efecto, de “árbitros neutrales”. Para ser coherentes con la regulación normativa, debió también precisarse en la norma que, tratándose de “árbitros de parte”, el análisis de su imparcialidad debe matizarse con el hecho indiscutible de que fueron designados por una de las partes y no por ambas, atendiendo seguramente a diversas razones valederas. Este hecho no cuestiona la integridad moral y ética de los “árbitros de parte”, pero sí hace necesario que se sincere la normativa en el sentido de reconocer que esos árbitros no pueden –ni deben– ser auscultados con la misma rigurosidad respecto de su imparcialidad o independencia. En realidad, el criterio debiera ser, en principio, que al árbitro de parte se le entiende parcial respecto de la parte que lo nombró ya que, por lo menos, lo nombró porque lo conoce o sabe cómo piensa.

Creo que es necesario enfatizar nuevamente que nuestra normativa arbitral ha adoptado el esquema por el cual, en caso de tribunales arbitrales colegiados, las propias partes pueden designar árbitro, directamente. Y esta constatación implica que los “árbitros de parte”, desde su designación, no son “árbitros neutrales”, lo que implica que el análisis de la imparcialidad no debiera hacerse con la misma rigurosidad que en el caso de los neutrales.

Este tema puede abordarse con un ejemplo: determinado profesional es designado como árbitro por una empresa, atendiendo a que en foros académicos o en publicaciones ha sostenido, en términos abstractos y generales, una posición doctrinal favorable a los intereses de la empresa para el arbitraje concreto. A todas luces, no puede sostenerse que ese árbitro sea imparcial en estricto, por cuanto ya tiene cierta inclinación a favor de la posición de la parte que lo designó. Mucho menos aún, podremos decir que ese árbitro vaya a ser neutral. La LGA permitiría que la otra parte recuse a ese árbitro, pues las opiniones académicas vertidas por este profesional constituirían una muestra de esa falta de imparcialidad y para los más atrevidos podría haberse dado, incluso, un adelanto de opinión. Cuestión que resultaría absurda.

Creo que si no se quiere aceptar la realidad de la distinción entre “árbitros de parte” y “árbitros neutrales”, dejando a salvo siempre la libertad de regulación de las partes respecto del arbitraje en general y de la designación de árbitros en particular, la LGA debió optar por un procedimiento supletorio de designación de árbitros distinto, es decir, en defecto de las partes todos los árbitros debieran ser designados de común acuerdo entre las partes o por un tercero ajeno a ellas

34 El tratamiento diferenciado que se hace en la LGA peruana respecto de la entidad competente para efectuar las designaciones residuales de árbitros dependiendo de si estamos frente a arbitraje nacional o internacional, no tiene justificación alguna, pues hubiera sido más coherente con una óptica estrictamente arbitral que se dé la mayor libertad a las partes en ambos casos y no solamente en el caso de arbitrajes internacionales, pues el “intervencionismo” estatal sí está permitido, ipso facto, en los arbitrajes independientes nacionales con la intervención residual del Poder Judicial. Lo más coherente habría sido que, al igual que en el caso del arbitraje internacional, la designación residual de árbitros en estos casos sea de competencia supletoria –en defecto de la voluntad de las partes– de instituciones arbitrales especializadas, sin perjuicio de que las propias partes puedan pactar que quien se encargue de este tipo de designaciones sea el Poder Judicial. Esto garantizaría una mayor especialidad en las designaciones y hasta daría lugar a una simplificación del complicado procedimiento supletorio de designación de árbitros a cargo de los jueces especializados en lo civil, quienes se ven obligados a intervenir en estos casos, agregando un peso adicional a su ya abultada carga procesal.

(juez, CONSUCODE o alguna institución arbitral). De ese modo, los árbitros designados de esa manera, sí deberían ser neutrales y, por tanto, el análisis de su imparcialidad e independencia debería ser lo más profundo y detenido posible.

4.2. En la Legislación Comparada

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del 21 de Junio de 1985, establece en su artículo 12, 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 y que un árbitro puede ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

“La Ley Modelo sobre Arbitraje
Comercial Internacional, (...) establece en su artículo 12, 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(...)”

En el caso de la Federal Arbitration Act de 1925, que es la *lex arbitri* federal de Estados Unidos de América, dicha norma “establece que un laudo puede ser anulado cuando exista ‘parcialidad evidente’ en un árbitro”³⁵. Se cita como precedente más importante el caso de *Commonwealth Coatings Corp. vs. Continental Casualty Co.* 38 en el cual la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos anuló un laudo en el cual el tercer árbitro, escogido por los árbitros de parte, no divulgó la existencia de ciertos nexos con una de las partes del arbitraje. En tal sentido, el mensaje fue claro: “cualquier duda acerca de la necesidad de divulgar alguna circunstancia o nexo debe ser resuelta en favor de la revelación, por más endeble o cuestionable que sea”³⁶.

La Ley de Arbitraje inglesa de 1996 (*Arbitration Act 1996*), ampliamente reconocida como una de las leyes arbitrales más modernas, establece la obligación de los árbitros de actuar con imparcialidad.

La Ley Sueca de Arbitraje de 1999, establece en sus artículos 8 y 21 que el árbitro debe ser imparcial y actuar imparcialmente también. Además, el árbitro será relevado a petición de una parte si existe una

circunstancia que disminuya la confianza en su imparcialidad.

El Nuevo Código de Procedimiento Civil francés (“Nouveau Code de Procédure Civile”) establece que un árbitro que considere que existe una causal para su recusación debe informar a las partes de ello. En dicho caso, no puede aceptar el nombramiento a menos que las partes estén de acuerdo. En este caso, la obligación de información que recae sobre el árbitro “busca brindar a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de recusación”³⁷.

El reporte del comité de redacción de la ley de arbitraje inglesa manifestó que la “independencia” es una cualidad que viene en segundo lugar de “imparcialidad”. Es decir, la ausencia de independencia, a menos que de lugar a dudas legítimas acerca de la imparcialidad de un árbitro, es intrascendente. El sentir del comité fue que en la medida en que es la imparcialidad la que preocupa, la “*dependencia imparcial*” no es razón suficiente para remover a un árbitro. Más aún, el incluir independencia como criterio orientador generaría argumentos que buscarían encontrar un vínculo, por más remoto que fuera, para recusar a un árbitro. Además hay casos en los cuales las partes pueden desear que los árbitros estén familiarizados con el área en la que versa la controversia en lugar de ser completamente independientes. Sin embargo, la ausencia de independencia puede dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad de un árbitro, lo cual sí esta contemplado como razón para recusar o atacar el laudo de nulidad de conformidad con la sección 68 de la misma ley”³⁸.

La nueva Ley de Arbitraje española ha seguido el esquema de la Ley Modelo. De ese modo, tal como se indica en su propia exposición de motivos: “Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia” (subrayado mío).

4.3. En los Reglamentos de Instituciones Arbitrales de Prestigio

El artículo 7-1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París señala que todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje. A diferencia de las leyes estadounidense, inglesa y sueca de arbitraje, que optaron por emplear el concepto de “imparcialidad”, el Reglamento de la CCIP optó por usar el concepto de “independencia”. Esto debiera estudiarse con especial cuidado, pues tal como se indicó antes el término independencia, “aunque

35 GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob. Cit, p. 12

36 Ibidem, pp. 13, 14

37 Ibidem, p. 12

38 Ibidem, pp. 16-17

‘difícil de definir, se consideró mejor que ‘imparcialidad’ en la medida en que es un concepto objetivo mientras que imparcialidad se refiere por lo general a un estado mental cuya determinación puede ser imposible”³⁹.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*) establece que todos los árbitros “serán y se mantendrán en todo momento **imparciales** e **independientes** de las partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas. Ningún árbitro, antes o después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado”⁴⁰.

La Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), que entró en vigor el 14 de Octubre de 1966, establece en su artículo 14: “*Las personas designadas para figurar en las listas deben gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en las listas de árbitros*”⁴¹.

El Reglamento de Arbitraje la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, en Abril de 1976, establece en su artículo 9º: “*La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento, todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas*”⁴².

Las reglas de arbitraje internacional de la American Arbitration Association (AAA), en su artículo 7, establecen: “Los árbitros que actúen bajo estas reglas serán imparciales e independientes. Antes de aceptar el nombramiento, la persona propuesta como árbitro informará a la administradora sobre cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificadas con respecto a su imparcialidad o independencia. Si, en cualquier etapa del arbitraje, surgieran nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a tales dudas, el árbitro informará a la brevedad tales circunstancias a las partes y a la administradora. Al recibo de tal información dada por el árbitro o por una parte, la administradora la comunicará a las otras partes y al Tribunal”⁴³.

Con relación a este punto, debe señalarse que el Código de Ética para los árbitros comerciales de la

Asociación Estadounidense de Arbitraje y del Colegio de Abogados de E.E.U.U. distingue entre los “árbitros de parte” y los “árbitros neutrales”. De esa forma, ocho cánones de los que conforman dicho Código de Ética van a aplicarse a todos los árbitros, pero con especial énfasis en los “árbitros neutrales”, ya que de acuerdo al Cánón X del mismo, se han previsto exenciones para árbitros designados por una parte que no están sujetos a reglas de neutralidad. En dicho Cánón se plantea que los árbitros no neutrales cumplan con todas las obligaciones éticas que prescribe este Código, excepto las siguientes:

- Estos árbitros pueden tener predisposición hacia la parte que los designó, pero están obligados a actuar de buena fe y con integridad y equidad. Así, no se deben comprometer en tácticas dilatorias u hostigamiento a cualesquier parte o testigo y no deben hacer deliberadamente declaraciones falsas o erróneas a los otros árbitros.
- Esto árbitros deben revelar a todas las partes y a los demás árbitros, todos los intereses y relaciones que se requiera que revele. Sin embargo, no están obligados a retirarse, si lo pide solo la parte que no los designó.
- Como árbitros designados por las partes, puede efectuar consultas a la parte que los designó.

Asimismo, en ese mismo Canon se establece que los árbitros no neutrales no pueden:

- Divulgar las deliberaciones de los árbitros sobre cualesquier asunto o tema presentado a ellos para su decisión.
- Comunicarse con las partes que los designaron acerca de cualquier asunto o tema tomado en consideración por el panel, después que el registro haya sido cerrado o dicho asunto o tema haya sido presentado para decidir al respecto.
- Divulgar cualquier decisión final o provisional antes que sea divulgada a todas las partes.
- No se puede comunicar oralmente con el árbitro neutral acerca de cualquier asunto o tema derivado o que se espera que se derive del arbitraje, en ausencia del otro árbitro.

5. Conclusiones

Los principios éticos considerados por la normativa arbitral en el mundo son los de independencia e imparcialidad. En algunos casos, se precisa además que se requiere de los árbitros que asuman una

39 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Ob. Cit., pp. 4-5

40 Ibidem, p. 9

41 FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Ob. Cit. (1) p. 6

42 Ibidem. p. 7

43 Ibidem p. 8

posición neutral, la que consistiría en la sumatoria de los principios antes señalados.

La práctica habitual del arbitraje muestra que existe una diferencia entre los árbitros, de acuerdo con la forma en que haya sido designados. De ese modo, el árbitro puede ser “de parte” o “neutral”.

Todos los árbitros deben actuar de manera ética con relación al arbitraje, sin perjuicio de lo cual es necesario señalar que, en la praxis, el análisis del cumplimiento de los principios éticos por parte de los árbitros debiera matizarse, atendiendo a las particularidades de su designación o de las reglas previstas por las propias partes.

La LGA y la normativa arbitral especial en el Perú han optado por regular la forma de designación de árbitro, de manera supletoria a la voluntad de las partes, admitiendo la designación de “árbitros de parte”, aunque de manera paradójica se les exige a todos los árbitros, incluido aquellos, el cumplimiento

de los principios de independencia, imparcialidad y, por tanto, de neutralidad. Eso ha hecho que la normativa regule supuestos que, por lo general, no se cumple en la realidad.

Atendiendo a la realidad de la práctica arbitral, la normativa peruana debiera optar por alguna de las siguientes alternativas:

Reconocer las diferencias entre “árbitros de parte” y “árbitros neutrales” y las implicancias de dichas diferencias en la evaluación de los criterios éticos para la actuación de cada uno de ellos.

En caso se quisiera seguir asumiendo que no existen tales diferencias, es decir, que todos los árbitros, sin excepción, deben ser también neutrales, debiera establecerse como procedimiento supletorio –en defecto de las partes– que los árbitros deben designarse, de común acuerdo entre las partes, o por el tercero que corresponda 