

Imparcialidad en la conformación del tribunal arbitral: alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje

Mario Castillo Freyre*

Abogado por la PUCP.

Magister y Doctor en Derecho por la PUCP

Socio del Estudio Mario Castillo Freyre

Profesor Principal de Derecho y de Obligaciones y

Contratos Típicos de la Facultad de Derecho de la PUCP

Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

1. Introducción

Resulta un valor entendido dentro de los conceptos básicos de la administración de justicia, el que ella sea impartida por un tribunal imparcial.

Según la Real Academia Española,¹ la imparcialidad es la *falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.*

Si bien la materia no se encuentra expresamente contemplada en el texto constitucional dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, contenidos en el artículo 139º de la Constitución Política del Perú, resulta absolutamente claro que el concepto de tribunal imparcial atraviesa implícitamente todas las garantías de la administración de justicia, en la medida de que ella no podría ser impartida por tribunales que, en esencia, no reúnan la característica fundamental de imparcialidad.

Entendemos que el concepto de tribunal imparcial se encuentra implícito dentro de las garantías de la administración de justicia, en tanto y en cuanto es el Estado el que administra justicia a través del Poder Judicial, concepto que por razones obvias, se extiende a todo tribunal que deba impartir justicia, incluyendo a los tribunales militares y a los tribunales arbitrales.

Por otra parte, es necesario resaltar que la imparcialidad de los tribunales se encuentra implícita en la administración de justicia regular, en la medida

de que los jueces son designados para ocupar cargos permanentes, y en la medida, también, de que la propia Constitución prohíbe en su artículo 139, inciso 3, segundo párrafo, la formación de tribunales *ad hoc*, desviando a las personas de la administración de justicia regular y preestablecida por la ley.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que la conformación de los tribunales ordinarios de justicia resulta —por esencia— imparcial, lo que se acrecienta si tenemos en cuenta que se trata de tribunales preordenados y preestablecidos al surgimiento del conflicto entre las partes.

Esto significa que los tribunales regulares de justicia existen con absoluta prescindencia de los conflictos que se vayan a suscitar en el futuro entre los particulares, y que por mandato legal estarán obligados a resolver.

Tal situación garantiza que cuando dos partes en conflicto recurran al Poder Judicial, se encontrarán frente a un tribunal que por una cuestión natural será absolutamente ajeno al conflicto. Se tratará, en buena cuenta, de magistrados que no tendrán compromiso alguno con las partes, cuyos problemas tendrán que resolver.

En caso se produjese en los magistrados alguna relación de conocimiento, de parentesco, de afinidad, o incluso de animadversión con respecto a alguna de las partes en conflicto, la propia ley, es decir, el Código Procesal Civil, establece en el Título IX de la Sección Tercera, los supuestos de impedimento,²

* Mario Castillo Freyre, www.castillofreyre.com

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario de la Lengua Española». Madrid: Real Academia Española, 2001, vigésima segunda edición, tomo 6. p. 848.

2 Artículo 305.- «Causales de impedimento

El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:

1. Ha sido parte anteriormente en éste;
2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso;
3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;
4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor;
5. Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite; o
6. Ha fallado en otro proceso, en un incidente o sobre el fondo de la materia, con el cual tiene conexión.

El impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez».

Artículo 306.- «Trámite del impedimento

El juez que se considere impedido remitirá el expediente a quien deba reemplazarlo. Si éste estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta para que en el término de tres días y bajo responsabilidad,

recusación,³ excusación y abstención⁴ de los magistrados, regulando el tema de manera escrupulosa entre los artículos 305 y 316 del referido cuerpo legal.

Con ello queremos resaltar o subrayar que la ley procesal y el ordenamiento jurídico en su conjunto, establecen todos los medios legales para que los tribunales sean imparciales, habida cuenta de que es esencial en la administración de justicia el que ésta no esté sesgada por la composición — también— sesgada de un tribunal de justicia.

Como es sabido, el propio artículo 139 de la Constitución, establece, en su inciso 1, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, agregando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

En lo que respecta a la jurisdicción militar, e independientemente de las características particulares que la puedan distinguir y, de hecho, la distinguen de la jurisdicción ordinaria, ésta y aquélla comparten un rasgo característico fundamental, cual es la preexistencia o preordenación de los tribunales de justicia, con respecto a los conflictos que se van a suscitar en el futuro y que serán materia de conocimiento por parte de dichos tribunales.

Ni los tribunales ordinarios, ni los tribunales militares son tribunales conformados *ad hoc*, es decir, especialmente integrados para el conocimiento y resolución de una controversia en particular.

Esta situación garantiza que los conceptos fundamentales en torno a la imparcialidad de los tribunales de justicia que hemos expresado en líneas anteriores, sean aplicables, por completo, a los tribunales militares.

Queda, entonces, por desarrollar, el tema relativo a la imparcialidad de los tribunales arbitrales, en lo que respecta a la conformación de los mismos, tema objeto del presente ensayo.

2. Posición predominante de una de las partes

Es evidente, los tribunales arbitrales no preexisten al conflicto generado entre las partes; los tribunales arbitrales son —precisamente— conformados a raíz del surgimiento de ese conflicto, y son conformados con el único objetivo de resolver dicho conflicto.

La Ley General de Arbitraje reconoce distintas formas de designación de árbitros: por las propias partes, por un tercero, por una institución arbitral o por el juez, y en todas esas formas es exigible que las partes guarden una posición igualitaria o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la contienda.

La doctrina coincide en señalar que una de las condiciones fundamentales para el ulterior desarrollo del proceso, consiste en que el tribunal arbitral tenga una conformación absolutamente idónea e imparcial.

Tal como lo señala González de Cossío,⁵ en el contexto de la constitución de un tribunal arbitral *pluri-membre*, la designación por cada parte de *su* árbitro es uno de los pasos estratégicos más determinantes del éxito de un procedimiento arbitral.

A entender de Ana María Chocrón,⁶ se debe garantizar la igualdad de las partes. Dicha igualdad se manifiesta en dos ámbitos; a saber: la designación de los árbitros y la determinación de las reglas procesales.

En relación a la designación de los árbitros, la citada profesora nos dice que será nulo el convenio arbitral (cláusula arbitral) que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

La conformación imparcial del tribunal arbitral es tan importante, que el referido principio se encuentra recogido de manera expresa en la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, cuando el

resuelva sin más trámite sobre su legalidad. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al Juez que venía conociendo.

En las Cortes, el juez que se considera impedido informará a la respectiva Sala expresando la causal invocada. La Sala resolverá, sin trámite, integrándose con el llamado por ley. Aceptada la abstención, pasa el conocimiento del proceso al que corresponda. La resolución que resuelve la abstención es inimpugnable».

3 Artículo 307.- «Causales de recusación

Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:

1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos;
2. El o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;
3. El o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes;
4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;
5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y,
6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso».

4 Artículo 311.- «Impedimento, recusación y abstención

Las causales de impedimento y recusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación. El Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella».

Artículo 313.- «Abstención por decoro

Cuando se presentan motivos que perturban la función del Juez, éste, por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, remitiendo el expediente al Juez que debe conocer de su trámite.

Si el Juez a quien se remiten los autos considera que los fundamentos expuestos no justifican la separación del proceso, seguirá el trámite previsto en el Artículo 306».

5 GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. «Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros». p. 1. En: http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf#search=%22%20%22independencia%2C%20imparcialidad%20y%20apariciencia%22%22

6 CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. «Los principios procesales en el arbitraje». Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000. p. 77.



segundo párrafo de su artículo 14, establece lo siguiente:

Artículo 14.- «Separabilidad del convenio arbitral.-

[...]

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, de la materia controvertida, o de las reglas de procedimiento». (El subrayado es nuestro).

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez⁷ señala que las partes están obligadas a darle al convenio arbitral o cláusula arbitral un contenido equilibrado; por ello, la Ley General de Arbitraje sanciona con nulidad la estipulación que coloca a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra en relación a la designación de los árbitros.

En ese sentido, la Ley se cuida de manera muy escrupulosa de que el proceso arbitral se vaya a desarrollar con absoluta pulcritud desde el comienzo.

Cuando hablamos de debido proceso, no sólo nos estamos refiriendo a que se cumpla con los plazos y con los trámites establecidos por la ley, o en el caso arbitral, en el acta de instalación del tribunal arbitral.

Es evidente que la Ley no acepta, por ejemplo, que exista una cláusula arbitral que establezca que los tres miembros del tribunal arbitral, o dos de los tres sean nombrados por una sola de las partes, dicha estipulación sería evidentemente nula.

Cabe precisar, tal como lo hacen Cantuarias y Aramburú,⁸ que la posibilidad de que alguna de las partes pueda elegir al único árbitro o a la mayoría de los árbitros tratándose de un tribunal arbitral, se presentará en la generalidad de los casos cuando estemos ante un arbitraje *ad-hoc*, ya que si las partes pactan un arbitraje institucional, resultará difícil que nos encontremos ante un caso como el estudiado, ya que los reglamentos arbitrales establecen mecanismos de designación donde expresamente se reconoce la igualdad de las partes.

Con ello la Ley no está prejuzgando que los tres árbitros eventualmente designados por una sola parte, estén coludidos con ella; tampoco se está cuestionando su idoneidad moral o profesional.

Simplemente está estableciendo una garantía básica, absolutamente fundamental, para el respeto al debido proceso y el desarrollo normal del mismo en el futuro.

Es evidente la nulidad de las cláusulas arbitrales que groseramente favorezcan a una de las partes.

Ello, en realidad, no constituye mayor problema en el plano teórico, pues difícilmente alguien podría sostener lo contrario, cuando la nulidad sea manifiesta.

Lo que no quiere la Ley es que las reglas del proceso, empezando por la designación de los árbitros que lo van a conducir, sean desproporcionadas en beneficio de una de las partes y en correlativo perjuicio de la otra.

Sin embargo, el problema fundamental no se encuentra allí.

El problema fundamental se encuentra cuando las reglas establecidas para la determinación de los miembros de un tribunal arbitral, se encuentran — aparentemente — en concordancia con la Ley y con sus presupuestos de imparcialidad, pero, cuando en realidad dichas situaciones, de imparciales, sólo tienen la apariencia.

Nos referimos a aquellos casos en los cuales se guarden las formas y se establezca que cada parte designará a uno de los árbitros y que entre los dos escogerán al presidente del tribunal arbitral, pero, en defecto de señalamiento o de nombramiento por una de las partes, será un tercero el que suplirá dicho nombramiento o designación.

Por ejemplo, que se establezca en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le corresponda, dicha designación será hecha por la madre de su contraparte.

Que se establezca, además, que el mismo procedimiento se seguirá, si es que entre los árbitros designados por las partes (o designados a través de este procedimiento supletorio), no se lograra un acuerdo para nombrar al presidente.

En tal caso, será la madre de una de las partes la que designe al presidente.

Es claro aquí que se estaría cumpliendo con el requisito de que la designación supletoria de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, estaría siendo hecha por un tercero, pues no cabe duda alguna de que la madre de una de las partes no es, precisamente, parte en el proceso, en ningún sentido jurídicamente aceptable.

Otro ejemplo sería el caso en el cual se estableciera en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le corresponda, o en caso los árbitros de las partes no logren ponerse de acuerdo en quien presidirá el tribunal arbitral, dicha designación será hecha por una institución vinculada — de alguna manera — con alguna de las partes.⁹

Es claro aquí que también se estaría cumpliendo con el requisito de que la designación supletoria de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, estaría siendo hecha por un

7 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Manual de Derecho Arbitral». Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 57.

8 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. «El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras». Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994. p. 281.

9 Podría ser el caso en que el apoderado o representante legal de una de las partes sea un miembro importante de la referida institución, como por ejemplo, sea integrante de la Junta Directiva de dicha institución.

tercero, pues no cabe duda alguna de que la institución (por más que esté vinculada de alguna manera con alguna de las partes) no es, precisamente, parte en el proceso.

Sin embargo, lo relevante de este último ejemplo es que la intervención de dicha institución podría llegar a consistir —incluso— en la designación de los tres árbitros.

Ahora bien, si nos ciñéramos estrictamente a las formalidades, tendríamos que sostener que esa designación supletoria del árbitro, o del presidente del tribunal arbitral, sería una designación válida, con el correlato de que ese tribunal arbitral podría conocer el futuro proceso y resolver todas las cuestiones relativas a su propia competencia.

Sin embargo, el Derecho no puede limitarse a este tipo de formalidades, pues todos sabemos que en un caso como el de nuestros ejemplos hipotéticos, una de las partes tendría todo a su favor, en la medida de que, dentro de un orden normal de las cosas, será ella la que pueda influir de una manera mucho más eficaz, con respecto a su propia madre o con respecto a la institución, para que haga una designación supletoria del árbitro o del presidente del tribunal arbitral, que se ajuste a la medida de sus intereses, es decir, a los intereses del propio hijo de quien hará tal designación o de la parte vinculada a la institución.

Con ello no estamos diciendo que esa madre o la institución, necesariamente, hagan una designación inequitativa. Con ello tampoco estamos diciendo que alguna de ellas, necesariamente, designará a alguien que como árbitro vaya a conducirse inescrupulosamente en el proceso.

Con ello sólo estamos diciendo que, objetivamente, esa cláusula arbitral pondría en ventaja a una de las partes por sobre la otra, pues, dentro de un orden de probabilidades, será mucho más posible que la designación supletoria de ese árbitro o del presidente, se ajuste a los intereses del hijo de esa madre o a los intereses de la parte vinculada a la institución, que a los intereses de su contraparte.

Esto significa que el procedimiento de designación del tribunal arbitral, no solamente debe ser idóneo en el aspecto formal, es decir, que no solamente debe revestir criterios de imparcialidad, en lo que respecta al cumplimiento de las formas, en el sentido de que sea un tercero el que proceda a efectuar la designación supletoria de un árbitro o del presidente.

Evidentemente, resultará indispensable que las partes hayan adoptado un mecanismo que, además del aspecto formal —que ineludiblemente debe ser transparente e imparcial—, en el aspecto de fondo también deba serlo.

Ello es así, en la medida de que la Ley no podría amparar que tales designaciones supletorias de árbitros sean efectuadas por personas naturales

o jurídicas, cuya composición pudiera favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra.

Tales situaciones se presentarían, fundamentalmente, en aquellos casos en los cuales la entidad o persona que se encargará de la designación supletoria de los árbitros, guarde mayor cercanía o afinidad con alguna de las partes en conflicto.

3. Conclusiones

A nuestro entender, una situación de esta naturaleza debería merecer el análisis exhaustivo de tales vinculaciones por parte del órgano judicial encargado de estudiar y resolver el posible recurso de anulación del laudo que se funde en la causal contenida en el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitral.¹⁰

En tal sentido, deberán examinarse todas las ramificaciones, todos los vínculos que indiquen y demuestren de una manera u otra, que la designación supletoria puede afectar la idoneidad e imparcialidad del tribunal arbitral.

Este análisis debe ser efectuado cuando el tribunal arbitral se hubiere compuesto recurriendo al mecanismo cuestionado.

Por ejemplo, si volviésemos a nuestros ejemplos de la madre o de la institución vinculada a una de las partes, pero ocurriese que nunca se recurrió a ninguna de ellas para que hiciese una designación supletoria de árbitros, sin duda resultaría cuestionable que luego se alegue la anulación del laudo arbitral, invocando una inadecuada integración del tribunal y la violación de preceptos de orden público; ello, en la medida de que cada parte habría elegido a su árbitro, y entre ambos, habrían escogido al presidente del tribunal arbitral.

En otras palabras, aquí no habría nada que decir, porque por más inequitativa que fuere la cláusula arbitral, nunca llegó a activarse en la práctica el mecanismo inequitativo, habida cuenta de que la designación de los árbitros y del presidente, fueron hechas en estricto apego a la Ley y a la equidad.

El caso contrario se presentaría si la composición del tribunal arbitral se hubiese producido con la activación del mecanismo inequitativo e ilegal.

Para finalizar estas consideraciones, debemos señalar que en estos casos, mal podría hablarse de que la nulidad *se salvaría* porque las partes consintieron en dicho mecanismo de designación supletoria de árbitros.

Decimos esto, pues es valor entendido del segundo párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, el que las partes hayan pactado de mutuo acuerdo un convenio arbitral ilegal, razón

10 Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales.-

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:


1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.

[...].».

por la cual, a pesar de haber creído que habían recurrido a un mecanismo ajustado a Derecho, ello no ocurrió en la práctica, y, en tal sentido, la Ley les concede esta salida.

Es necesario subrayar también que —en el presente caso— la nulidad contemplada en el referido segundo párrafo del artículo 14 de la citada Ley General de Arbitraje, es un supuesto que por naturaleza rebasa el *kompetenz kompetenz*, es decir, el principio por el cual el tribunal arbitral tiene exclusiva potestad para decidir las cuestiones relativas a su propia competencia, el mismo que se encuentra contenido en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.¹¹

Decimos esto, por cuanto mal podría resolver el propio tribunal, compuesto ilegalmente, acerca de su propia competencia. Ello, debido a que, en esencia, nos encontraríamos frente a un tribunal parcializado, pues el mismo tendría que renegar de sus orígenes.

Asimismo, sería muy difícil que la materia se pudiera resolver vía proceso de conocimiento, ante los tribunales ordinarios de justicia, pues lo más probable es que por una cuestión de orden formal, los mismos tuviesen que amparar la eventual excepción de incompetencia, basada en la existencia de un convenio arbitral, que eventualmente dedujera la parte demandada. 



¹¹ Artículo 39.- «Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.-

Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada».