

La independencia e imparcialidad del árbitro

Carlos Alberto Matheus López*

Profesor Auxiliar de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la PUCP, U. de Lima y Academia de la Magistratura

1. Introducción

A efectos del desarrollo de su actividad al interior del proceso arbitral, se exige del árbitro un estado de *ajeneidad* respecto a la resolución de la controversia que se le encomienda, lo cual afecta a su *independencia* e *imparcialidad* (artículo 28 inciso 3 LGA¹).

La ajeneidad es de dos tipos: ajeneidad de los árbitros *con las partes* y ajeneidad de los árbitros *con la controversia*.

La ajeneidad del árbitro con las partes surge del artículo 18 de la LGA², el cual nos prescribe claramente que estos «no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción».

Por su parte, la ajeneidad del árbitro con la controversia surge del artículo 29 LGA³ según el cual «La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro *deberá revelar todas las circunstancias* que puedan dar lugar a una posible recusación» por existir dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Además, «el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, *revelará sin demora tales circunstancias a las partes*», puesto que aquel debe permanecer independiente e imparcial, dado que la existencia de ambas cualidades son condición tanto de su designación como de su mantenimiento al interior del órgano arbitral⁴.

Cabe además precisar que este deber de los árbitros de revelar a las partes cualquier circunstancia que ponga en duda su independencia e imparcialidad justifica su abstención en orden a conocer del arbitraje.

2. Independencia e imparcialidad del árbitro

A efectos de una mejor comprensión de lo antes dicho, conviene precisar que la noción de independencia posee un carácter objetivo e importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, en relación con los sujetos parciales del arbitraje⁵. En cambio, la imparcialidad -que se observa en relación al litigio- es una noción de carácter subjetivo que consiste en no ser parcial⁶ o en actuar como prevenido dejándose invadir por opiniones preconcebidas y circunstancias extrañas a las cuestiones planteadas en el proceso arbitral⁷.

Asimismo, la garantía de independencia del árbitro precisa, a su vez, de aquella de la imparcialidad -pues la primera es condición necesaria de la segunda⁸- tanto en el decurso del arbitraje como, particularmente, cuando se proceda a laudar⁹.

Por otro lado, tanto la independencia como la imparcialidad -de carácter objetivo y subjetivo, respectivamente- se justifican objetivamente¹⁰, es decir, su ausencia no puede apreciarse más que de forma objetiva, midiéndose *in abstracto* la consecuencia de los hechos constitutivos del

* Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Abogados de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú, del Tribunal Arbitral de Barcelona y de la Corte Vasca de Arbitraje.

1 El cual a la letra nos indica que «**Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes: (...) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia**» (las negritas son nuestras).

2 Cuyo tenor establece que «Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional. La aceptación del cargo por los árbitros, o por la institución arbitral, otorga derechos a las partes para compelérlas a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o por incumplir las obligaciones respectivas».

3 El cual nos señala que «La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro *deberá 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. Las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos*».

4 Con igual parecer LOQUIN, Eric. «Les Garanties de L'arbitrage». En : L'arbitrage: une question d'actualité. Petites Affiches N° 197, Paris, 2003, pág. 13.

5 En tal sentido, cabe señalar que la independencia se aprecia en relación -del árbitro se entiende- a las partes del proceso arbitral.

6 Con similar parecer FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. «Traité de L'arbitrage Commercial International». Litec, Paris, 1996, p. 582. Nos señalan que «la imparcialidad sería una disposición de espíritu, un estado psicológico por naturaleza subjetivo».

7 LALIVE, Pierre «Sur L'impartialité de L'arbitre International en Suisse». En : Semaine Juridique. Paris, 1990. p. 3 y sgtes.

8 Con similar parecer GAVALDA, Christian y Claude LUCAS DE LEYSSAC. «L'arbitrage». Dalloz, Paris, 1993. pp. 39-40.

9 Cabe señalar que la doctrina reconoce como una cualidad moral adicional -propia del arbitraje internacional- a la *neutralidad* del árbitro, la cual «significaría la facultad para el árbitro de conservar independencia e imparcialidad en el ámbito internacional caracterizado por las diferencias políticas, culturales o religiosas» (GAVALDA y LUCAS DE LEYSSAC. Ob. Cit. p. 41), la cual supone que éste sea capaz de tomar una cierta distancia con sus propios valores y tradiciones, a través de una apertura intelectual a otros modos de pensar (Con igual parecer FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Ob. Cit. p. 588).

10 HENRY, Marc. «Les Obligations D'indépendance et D'information de L'arbitre à la Lumière de la Jurisprudence Récente». En : Revue de L'arbitrage. Paris, 1999-2. p. 197.



presunto atentado a la independencia y/o imparcialidad, dado que es imposible calcular el efecto psicológico realmente producido por estos en el «espíritu» del árbitro¹¹.

Cabe también observar, que la permanente labor homogenizadora y pedagógica de la Ley Modelo de la CNUDMI, ha generado en la realidad un derecho de arbitraje común -subyacente en las diversas leyes estatales-, cuyos principios apátridas, entre éstos, los relativos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro, vienen recogidos -de modo similar- en las diversas regulaciones nacionales como en los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales (por ejemplo en aquel de la CCL, de la LCIA, de la AAA, de la CIETAC, por citar algunas)¹².

2.1. Las denominadas dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro

El término «duda» posee una indudable justificación subjetiva en la medida que proyecta la existencia de un ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones o juicios contradictorios sin que exista decisión por uno o por otro. Pero, también el término «duda» posee una justificación objetiva que implica que en base a «circunstancias» se desconfíe o se sospeche de una persona.

Recordemos que el artículo 28 inciso 3 de la LGA¹³ alude a las denominadas «dudas justificadas» sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, y no al término «dudas razonables» de ineludible justificación subjetiva.

En tal forma, la duda que es atendible en el proceso arbitral es aquella -objetiva- justificada en circunstancias que provocan que se desconfíe o sospeche de un árbitro, puesto que su existencia afecta a la independencia e imparcialidad de este último.

Asimismo, podemos indicar como características de las «dudas justificadas» las siguientes:

1. Motivación: La duda ha de hallarse «justificada», no pudiendo ser de carácter arbitrario.

11 Con similar criterio GAVALDA y LUCAS DE LEYSSAC. Ob. Cit. p. 40.

12 MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «El Perfil del Árbitro Global». En: Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Lima, Julio/11, 2006; con similar parecer SARRAILHÉ, Philippe. «L'impartialité et L'indépendance de L'arbitre devant les Juges Anglais». En: Revue de L'arbitrage. Paris, 2001. p. 216, nos señala que «la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro es generalmente presentada como un principio cuasi universal, enunciado por los derechos nacionales, las convenciones internacionales y los reglamentos de arbitraje».

13 Resultando su regulación tributaria del artículo 12 inciso 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el cual nos señala 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...**» (las negritas son nuestras).

Cabe asimismo señalar, que el tenor del artículo 28 inciso 3 de nuestra LGA resulta similar a aquel del artículo 17 inciso 2 de la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), el cual a la letra nos señala que «La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las **circunstancias que puedan dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia...**» (las negritas son nuestras).

14 Con similar parecer LOQUIN. Ob. Cit. p. 16.

15 Sería el caso -en el ámbito privado- de un árbitro designado frecuentemente por una empresa (por ejemplo una de telecomunicaciones), lo cual le asegura a éste una renta que, por su proyección temporal y económica, establece *de facto* una relación propiamente de negocios. Asimismo, encontraríamos un supuesto similar -en el ámbito público- en el caso de que un árbitro sea designado habitualmente por un organismo público (por ejemplo un ministerio) y se cumplan además los requisitos antes referidos.

16 Con igual parecer FOUCHARD, GAILLARD Y GOLDMAN. Ob. Cit. p. 583.

17 Con similar parecer LOQUIN. Ob. Cit. p. 17.

18 Con igual parecer FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Ob. Cit. pp. 583-584.

2. Carácter objetivo: La justificación es objetiva, pues son «las circunstancias» las que hacen dudar sobre la imparcialidad y/o independencia del árbitro.

A. Circunstancias que afectan la Independencia del árbitro

Entre los diversos supuestos de vulneración de la independencia del árbitro que se pueden presentar en la práctica, podemos señalar los siguientes:

- *Existencia de una relación de subordinación entre el árbitro y una de las partes*

Por ejemplo, la presencia de un contrato de trabajo entre una de las partes y un árbitro importa un atentado a la independencia de éste¹⁴.

Asimismo, el árbitro que es habitualmente designado por una de las partes pierde su independencia si la frecuencia de designaciones le asegura a éste una renta, asimilable a verdaderos vínculos económicos, que hagan temer la existencia de una relación de subordinación entre el árbitro y esta parte¹⁵.

Tampoco sería independiente el árbitro que sea contratado por una de las partes al día siguiente de pronunciado el laudo arbitral¹⁶.

- *Presencia de una relación de negocios entre el árbitro y una de las partes*

Es el caso en que una de las partes haya devenido en deudor de la sociedad donde uno de los árbitros es el asalariado¹⁷.

En cambio, no se da este supuesto en los casos de arbitraje institucional o en el que partes y árbitros son todos profesionales de la misma especialidad, pues aquellos mantienen necesariamente relaciones habituales de negocios que, en principio, no ponen en duda su independencia¹⁸.

Igualmente, se presenta este supuesto cuando el árbitro preside la sociedad que sirvió de intermediaria en la venta litigiosa que es objeto de la controversia¹⁹.

· *Existencia de una relación de parentesco entre el árbitro y una de las partes*

Por ejemplo, que una de las partes en el proceso arbitral guarde una relación en segundo grado de consanguinidad con uno de los árbitros²⁰.

Igualmente, sería el caso en que uno de los árbitros sea conyugue de una de las partes o bien tenga con ésta una relación de parentesco -inclusive mas allá²¹- de cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad o por adopción.

· *Presencia de una relación entre el árbitro y el consejo de una de las partes*

Es el caso en que uno de los árbitros se encuentra asociado al consejero de una de las partes o mantiene relaciones profesionales con éste que impliquen la existencia de intereses comunes²².

De igual modo, se presenta este supuesto cuando el árbitro, paralelamente al proceso arbitral, mantenga una actividad remunerada de consejo y asistencia técnica con -o conjuntamente- una de las partes del arbitraje²³.

Igualmente, será el caso de aquel designado como árbitro sustituto, que sea a su vez consultor de una sociedad dependiente del grupo al cual pertenece una de las partes del arbitraje, puesto que, como hemos visto, no existe independencia cuando el árbitro -sea jurista, técnico o economista- ejerce con esa misma cualidad en orden al consejo profesional empresarial²⁴.

B. Circunstancias que afectan la imparcialidad del árbitro

Las principales hipótesis de parcialidad conciernen al riesgo de prejuicio por parte del árbitro que debe juzgar la causa. Así, el árbitro es sospechoso de ser parcial si es que dio una consulta que haya tenido por objeto el litigio o ha expresado previamente una opinión jurídica sobre el caso²⁵.

Asimismo, cuando el árbitro ha conocido del litigio -o de uno conexo- en un arbitraje

anterior²⁶ o si es que participa en dos arbitrajes paralelos sobre la misma causa -cuya complejidad fáctica y jurídica es idéntica- pero opuestos por partes diferentes, surge el riesgo de prevención al crearse una sospecha de parcialidad en su contra²⁷.

De igual modo, si bien no existe *a priori* un criterio mensurable para establecer la imparcialidad, por ser ésta de orden subjetivo, puede sin embargo establecerse que el límite de ésta es precisamente la parcialidad, el cual se ve vulnerado cuando sin motivación o con una notoriamente insuficiente, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes sobre una evidencia legal incontrovertible o se considera como acreditado un hecho que no ha sido probado ni siquiera de forma indiciaria²⁸.

Por otra parte, cabe señalar la impertinencia de optar por los denominados índices «sociales» de parcialidad, puesto que la pertenencia confesional, profesional, las opiniones políticas, filosóficas e incluso jurídicas del árbitro, la comunidad de cultura, o su presencia común en manifestaciones científicas, no pueden bastar para poner en duda su parcialidad²⁹.

3. Carácter instrumental: Son dudas que poseen una relación *de causa-efecto* que permite evidenciar la ausencia de imparcialidad y/o independencia del árbitro.

4. Concepto jurídico indeterminado: Estas «dudas» que pueden justificar objetivamente la ausencia de imparcialidad y/o independencia del árbitro se hallan conceptualmente indeterminadas.

2.2. Control de la independencia e imparcialidad del árbitro

No sin antes recordar que para la existencia de un buen arbitraje resulta esencial que no exista ningún tipo de prevención que vicié el espíritu de quien ha de laudar³⁰, debemos señalar que la ausencia de independencia y/o imparcialidad del árbitro puede ser controlada -además de *ex officio*³¹- a través del mecanismo de la recusación. 

19 Con similar parecer LOQUIN. Ob. Cit. p. 17.

20 Con similar parecer GAVALDA y LUCAS DE LEYSSAC. Ob. Cit. p. 40.

21 Decimos ello en razón de que esta exigencia de ajeneidad exigida al árbitro respecto de las partes -ni tampoco aquella que le es solicitada respecto de la controversia- no posee ningún tipo de concomitancia jurisdiccional, en la medida en que no se hace operativa a través de alguna de las hipótesis que posibilitan la abstención y recusación del juez estático (en tal forma, no existen los límites establecidos -*numerus clausus*- por los artículos 305 y 307 del Código Procesal Civil). Tal opción -de carácter autoreferente- (tributaria del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI) tiene a su favor la eliminación del reenvío a los motivos de abstención y recusación judicial, los cuales no son necesariamente adecuados en materia de arbitraje, no existiendo así un sometimiento de la abstención y recusación del árbitro a causas tasadas, sino mas bien una comprensión extensiva de estos supuestos.

22 Como ejemplos podrían señalarse aquel caso del árbitro que es además socio del abogado de una de las partes, o bien el supuesto en que el árbitro es simplemente miembro -asociado o contratado- del estudio de abogados que representa a una de las partes (con similar parecer GAVALDA y LUCAS DE LEYSSAC. Ob. Cit. p. 40).

23 Con igual parecer FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Ob. Cit. p. 583.

24 Con similar parecer FOUCHARD, Philippe. «Le Statut de L'arbitre». En : Revue de L'arbitrage. Paris, 1996-3, p. 343.

25 Con similar parecer GAVALDA y LUCAS DE LEYSSAC. Ob. Cit. p. 41.

26 Con igual parecer FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Ob. Cit. p. 585.

27 Con similar parecer LOQUIN. Ob. Cit. p. 18-19.

28 Con este parecer MERINO MERCHÁN, José F. «Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje». Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004. p. 55.

29 Con igual parecer LOQUIN. Ob. Cit. p. 18.

30 Con similar parecer FOUCHARD. «Le Statut de...». Ob. Cit. p. 338.

31 Dicho control puede también llevarse a cabo por el árbitro, el cual procede por voluntad propia a su remoción del proceso arbitral a través del mecanismo de la renuncia, de conformidad al artículo 27 inciso 4 de la LGA.