

EL DERECHO DE RECUSAR A LOS ÁRBITROS: NECESIDAD DE UNA REFORMA URGENTE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

THE RIGHT TO CHALLENGE ARBITRATORS: URGENT NEED FOR REFORM WITH REGARD TO PUBLIC CONTRACTING

Richard Martin Tirado*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Concerning the entry into force of the Law 30225, new Public Contracting Law, and its rules of procedure, in this article, the author analyzes the institution of the right to challenge arbitrators in the field of public contracting.

In his analysis, the author examines the right to challenge arbitrators as is set forth in other legal bodies, taking note of the issues that may be present with its transfer to the public contracting area –given its particularities–, and finally concludes that an urgent reform in this matter is needed.

KEY WORDS: *Public Contracting; arbitration; challenging; conflict of interests; Administrative Law.*

A propósito de la entrada en vigencia de la Ley 30225, nueva Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, en el presente artículo, el autor analiza la institución del derecho de recusar árbitros en el ámbito de la contratación pública.

En su análisis, el autor examina el derecho de recusar árbitros tal como está plasmado en otros cuerpos normativos, observando los problemas que puede plantear su traslado a la órbita de las contrataciones del Estado –dadas sus particularidades–, para finalmente concluir que hace falta una reforma urgente en esta materia.

PALABRAS CLAVE: *Contrataciones del Estado; arbitraje; recusación; conflicto de intereses; Derecho Administrativo.*

* Abogado. Magíster en Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Estudios completos de Maestría en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Administrativo en la PUCP y otras universidades. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro Asociado del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Estudio de Regulación (ASIER). Socio de Martin Consultores Abogados. Contacto: rmartin@martinconsultores.com.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el 22 de julio de 2016, y aceptado el 29 de julio de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

Con mucho ruido pero con pocos cambios reales, a partir del 9 de enero del presente año, se encuentra vigente la nueva Ley de Contrataciones del Estado¹ y su Reglamento². Uno de los temas que ofrece menos novedades es el referido a los procedimientos establecidos para ejercer el derecho de recusación por las partes involucradas en un proceso arbitral y, particularmente, en el escenario de las controversias existentes en materia de contratación estatal.

En tal sentido, el objetivo del presente artículo es plantear un conjunto de reflexiones con respecto a las implicancias del ejercicio del derecho de recusación en aquellos supuestos en los que las entidades públicas participan como parte de las controversias. Nuestra premisa de trabajo es que se deben crear reglas especiales en materia de recusación para el caso de las controversias en las que participa el Estado. En forma correlativa, se deben establecer mecanismos de control contra aquellas prácticas temerarias o manifiestamente improcedentes en las que incurren determinadas partes en el desarrollo de los procesos arbitrales.

II. MARCO NORMATIVO APLICABLE AL DERECHO DE RECUSACIÓN AL ÁRBITRO POR LAS PARTES DEL PROCESO ARBITRAL

Para una adecuada comprensión del problema planteado, es necesario remitirse en primer lugar a las normas generales que regulan el proceso arbitral. En tal sentido, se debe recurrir a los alcances del artículo 28 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje [en adelante, Ley de Arbitraje], que establece:

Artículo 28.- “Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar **todas las circunstancias** que puedan dar lugar a **dudas justificadas** sobre su **imparcialidad e independencia**.
2. El árbitro, **a partir de su nombramiento**, revelará a las partes, **sin demora cualquier nueva circunstancia**. **En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.**

3. **Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley.**
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, **por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento**” [el énfasis es nuestro].

Asimismo, en el artículo 29 del referido Decreto Legislativo 1071 se regula lo relativo al **procedimiento para la recusación de un árbitro**, el cual señala textualmente:

Artículo 29.- “Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
 - a. La recusación debe **formularse tan pronto sea conocida** la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
 - b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
 - c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
 - d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

¹ Ley 30225, publicada el 11 de julio de 2014.

² Decreto Supremo 350-2015-EF, publicado el 10 de diciembre de 2015.

- i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23.
 - ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d) y e) del artículo 23.
 - iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
 4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
 5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. **No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.**
 6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determina-

ción, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.

7. **La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prospera se la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo** [el énfasis es nuestro].

Tal como se puede advertir de una lectura atenta de las normas precitadas, sólo procede la recusación del árbitro cuando concurren circunstancias que generen posibles dudas sobre su imparcialidad e independencia. En tal sentido, no basta con que exista una duda, sino que ella debe tener la suficiente intensidad para que sea calificada como injustificada. A partir de esta premisa, recién se podrán activar los cuestionamientos a la imparcialidad e independencia requerida para el ejercicio de la función arbitral.

En este orden de ideas, De Trazegnies Granda ha señalado que la recusación debe de tener dos criterios *sine qua non*: el vulnerar la **imparcialidad** y la **independencia**³. Asimismo, la doctrina más autorizada sobre el tema ha señalado que “las características de independencia e imparcialidad componen un binomio constante en el mundo arbitral”. En el Reglamento de la American Arbitration Association se dispone lo siguiente: “*arbitrators acting under these rules shall be impartial and independent*”. En el Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA) también se dispone que: “*arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties*”⁴.

Matheus López ha señalado que la independencia se expresa con relación a una de las partes en la controversia y la imparcialidad se expresa con relación a la situación misma y la posibilidad de ejercer un juicio que no beneficie a priori a ninguna de las partes sino que responda al concepto de justicia⁵. De acuerdo a ello, podemos concluir que, mientras la independencia posee un carácter objetivo e importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, con relación a los sujetos parciales del

³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Comentarios al Artículo 28 de la Ley de Arbitraje”. En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLES (Coordinadores). “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. En: Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 336.

⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar e Ignacio TORTEROLA. “Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado”. Buenos Aires: Legis. 2011. pp. 108.

⁵ PERALES VISCASILLAS, Pilar e Ignacio TORTEROLA. *Ibid.* p. 118.

arbitraje; la imparcialidad es una noción de carácter subjetivo, que consiste en no ser parcial o en actuar dejándose invadir por opiniones preconcebidas y circunstancias extrañas a las cuestiones planteadas en el proceso arbitral⁶.

Avendaño Valdez⁷ señala que la independencia es no tener vínculo, no depender, no tener ninguna relación de tipo comercial, de tipo profesional, de tipo familiar, etcétera, con las partes en el proceso. Imparcialidad es neutralidad total, es no inclinarse a favor de ninguna de las partes.

Para Jijon Letrot, la independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros mientras que la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar⁸.

Vidal Ramírez sostiene que la recusación es un acto por el cual una de las partes, o ambas rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. La recusación puede ser planteada por las partes no sólo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando estos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral o por la jurisdicción ordinaria⁹.

A nivel del Arbitraje Institucional, el Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima [en adelante, CCL] ha establecido, en su artículo 7, los elementos determinantes de la imparcialidad e independencia, los que a continuación se detallan:

“Elementos determinantes de la imparcialidad e independencia

Artículo 7.-

1. Se produce **parcialidad cuando un árbitro favorece indebidamente a una de las partes o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia o litigio.**

La dependencia surge de la relación entre el árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella.

2. Genera dudas sobre su imparcialidad el hecho de que un árbitro tenga interés material en el resultado de la controversia o del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobre la imparcialidad pueden quedar soslayadas mediante la declaración prevista en el artículo 6 del presente Código.
3. Cualquier relación de negocio en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el árbitro y una de las partes, sus representantes, abogados y asesores generará dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro propuesto. Éste se abstendrá de aceptar un nombramiento en tales circunstancias, a menos que las partes acepten por escrito que puede intervenir. Se entiende por relaciones indirectas aquellas relaciones de negocios que un miembro de la familia del futuro árbitro, de su empresa o un socio comercial de él, mantiene con alguna de las partes, sus representantes, abogados y asesores.
4. Las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del árbitro” [el énfasis es nuestro].

Si bien la Ley de Arbitraje ha señalado de forma general cuáles son los causales de recusación, es pertinente recurrir a su Exposición de Motivos, pues considera como una de sus fuentes a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial e Internacional emitida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [en adelante, CNUDMI], conocida como la Ley Modelo UNCITRAL —en particular en su versión del 2006—, así como a la doctrina procesal.

Al respecto, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial e Internacional emitida por la CNUDMI señala que la recusación es motivada únicamente cuando existen dudas justificadas respecto de la **imparcialidad o independencia** del árbitro. Ello se expresa en los siguientes términos:

⁶ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Introducción al Derecho de Arbitraje”. Lima: Semper Veritas. 2006. p.102.

⁷ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Independencia, imparcialidad y recusación”. En: “Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009”. Volumen 12. Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre. 2010. p. 41.

⁸ JIJON LETROT, Rodrigo. “Independencia de los árbitros”. En: “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo”. Lima: Ediciones Magna. 2008. p. 348.

⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Manual de Derecho Arbitral”. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p. 85.

Artículo 12.- “Motivos de recusación.

1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
2. Un árbitro sólo podrá ser recusado **si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia**, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación” [el énfasis es nuestro].

Con la finalidad de brindar un mayor alcance sobre lo explicado en los párrafos precedentes, consideramos pertinente citar de forma general los Reglamentos de Arbitraje de las Instituciones más prestigiosas a nivel mundial.

El numeral 5.5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París ha señalado que la recusación se justifica únicamente en razón de la carencia de independencia o imparcialidad por parte del Árbitro.

Règlement d'arbitrage de Paris:

5.5.- “*Récusation.*

Toute partie peut solliciter la récusation d'un arbitre devant l'Autorité de Nomination, notamment en raison d'un défaut d'indépendance ou d'impartialité. Une demande de récusation ne suspend pas l'arbitrage. Si l'Autorité de Nomination fait droit à la demande de récusation, l'arbitre est réputé

avoir démissionné avec effet immédiat et un nouvel arbitre doit être nommé conformément aux modalités initiales de nomination, à moins que l'Autorité de Nomination n'en décide autrement à sa discrétion” [el énfasis es nuestro].

Dicho criterio ha sido recogido por el Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V (Instituto Alemán de Arbitraje), en cuyo Reglamento de Arbitraje se han establecido supuestos para la recusación de árbitros, de acuerdo a lo señalado en su artículo 18:

Artículo 18.- “Recusación de un árbitro.

18.1. Un árbitro únicamente podrá ser recusado en caso de que existan fundadas dudas sobre su **imparcialidad o independencia** o no cumpla con los requisitos establecidos por las partes a estos efectos. Una parte sólo podrá recusar al árbitro designado por ella misma o en cuya designación hubiera participado, por motivos que hayan llegado a su conocimiento con posterioridad a su designación”¹⁰ [el énfasis es nuestro].

Se ha mencionado de forma general que las causales de recusación de un árbitro se generan cuando éste ha cometido alguna falta de imparcialidad o independencia, sin detallar de forma enumerada y/o detallada los supuestos en los cuales un árbitro podría ser recusado por alguna de estas causales. Por ello, con el objeto de tener mayores luces sobre los supuestos específicos en los cuales un árbitro puede ser recusado, es necesario recurrir a las **Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional**, aprobadas por el Consejo de la IBA el 22 de mayo de 2004, que detallan una serie de supuestos en los cuales un árbitro podría incurrir en una falta de imparcialidad o independencia.

Las Reglas IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje están señaladas en los listados rojo, naranja y verde:

¹⁰ **18 Ablehnung eines Schiedsrichters**

18.1: Ein Schiedsrichter kann nur abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen, oder wenn er die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt. Eine Partei kann einen Schiedsrichter, den sie benannt oder an dessen Benennung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen, die ihr erst nach der Benennung bekannt geworden sind.

Reglas del International Bar Association sobre los conflictos de intereses en el arbitraje	
Listados	Detalle
<p>I. Listado rojo irrenunciable</p> <p>Estos listados contienen una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso. Es decir, que si se presentan tales hechos o circunstancias, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, puede considerar que existe un conflicto de intereses</p>	<p>a. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.</p> <p>b. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.</p> <p>c. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.</p> <p>d. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.</p>
<p>II. Listado rojo renunciabile</p> <p>El Listado Rojo Renunciable incluye situaciones serias, más no tan graves. Dada su seriedad, se tendrán por renunciabiles sólo en caso de que las partes, de conformidad con la Norma General 4(c) y conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro.</p>	<p>A. Relación del árbitro con la controversia</p> <p>a. El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.</p> <p>b. En el pasado el árbitro intervino en el asunto.</p> <p>B. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia</p> <p>a. El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.</p> <p>b. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.</p> <p>c. El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra la cual la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.</p> <p>C. Relación del árbitro con las partes o sus abogados</p> <p>a. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.</p> <p>b. El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.</p> <p>c. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.</p> <p>d. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre la filial de una de las partes y dicha filial interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.</p> <p>e. Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.</p> <p>f. El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.</p> <p>g. El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.</p> <p>h. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.</p> <p>i. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.</p>
<p>III. Listado naranja</p> <p>El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el listado naranja refleja situaciones comprendidas en la Norma General 3(a) y que le corresponde al árbitro darlas a conocer. En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si éste ha revelado los hechos o circunstancias que corresponda.</p>	<p>A. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso</p> <p>a. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya, o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.</p> <p>b. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente de la causa.</p> <p>c. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas.</p> <p>d. Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente de la causa y sin que interviniera el árbitro.</p> <p>e. Actualmente el árbitro desempeña funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores en otro arbitraje relacionado con el de la causa en el cual también participa una de las partes o su filial.</p>

	<p>B. Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad</p> <ul style="list-style-type: none"> a. El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro. b. Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas. c. El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia. <p>C. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Los árbitros son abogados del mismo bufete. b. Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales. c. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje. d. Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas. e. Un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes, sin que participe en el arbitraje. f. Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales. g. En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados. <p>D. Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje</p> <ul style="list-style-type: none"> a. El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas. b. Dentro de los tres años anteriores el árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o una filial de éstas, por ejemplo, como empleado o socio. c. Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho que el árbitro y alguna de estas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales. d. Si el árbitro hubiese sido antes juez y, dentro de los tres años anteriores, hubiera sido el juez de la causa en un pleito importante en el que intervino una de las partes. <p>E. Otras circunstancias</p> <ul style="list-style-type: none"> a. El árbitro es accionista, directa o indirectamente, de una de las partes o de una filial de éstas cuando se trate de una sociedad pública que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades. b. El árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso, o de cualquier otra forma. c. El árbitro tiene un cargo en una institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje en cuestión. d. El árbitro es gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o ejerce un control similar sobre una filial de una de las partes que no intervienen.
<p>IV. Listado verde</p> <p>El listado verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses.</p>	<p>A. Dictámenes anteriores al arbitraje</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión). <p>B. Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes</p> <ul style="list-style-type: none"> a. El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.

<p>Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca el listado verde. En opinión del Grupo de Trabajo, según se aclaró en la nota explicativa sobre la Norma General 3(a), se deben revelar hechos y circunstancias dentro de ciertos límites razonables. En algunos casos la prueba objetiva deberá prevalecer sobre la prueba meramente subjetiva que se basa en “la perspectiva de las partes”.</p>	<p>C. Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes</p> <p>a. Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.</p> <p>D. Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes</p> <p>a. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social.</p> <p>b. Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados.</p> <p>E. Contactos entre un árbitro y una de las partes</p> <p>a. Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con la parte que lo designó o con una filial ésta (o con sus respectivos abogados) pero el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre los nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se discutió el fondo del asunto de la controversia ni cuestiones de procedimiento.</p> <p>b. El árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de éstas, siempre que se trate de sociedades públicas que coticen en bolsa, pero la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante.</p> <p>c. El árbitro y el gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o quien ejerza un control similar sobre una las partes o una filial de éstas trabajaron juntos como peritos o trabajaron juntos como profesionales de alguna otra manera, incluso desempeñando las funciones de árbitro en un mismo asunto.</p>
--	--

V. ASPECTOS FORMALES DEL DERECHO DE RECUSACIÓN EN LOS REGLAMENTOS ARBITRALES

El artículo 31 del Reglamento de Arbitraje de la CCL establece el procedimiento de recusación de un árbitro en los siguientes términos:

“Procedimiento de recusación

Artículo 31.-

1. Para recusar a un árbitro, se observará el siguiente procedimiento:
 - a. La parte que recuse a un árbitro deberá comunicarlo por escrito al Secretario General, precisando los hechos, fundamentos y, de ser el caso, las pruebas de la recusación.
 - b. **La recusación se presentará dentro del plazo de cinco (5) días de haber tomado conocimiento de la aceptación del árbitro recusado o, en su caso, de las circunstancias que dieron lugar a duda justificada respecto de su imparcialidad o independencia.**
 - c. El Secretario General pondrá dicha recusación en conocimiento del árbitro recusado y de la otra parte para que manifiesten lo que estimen conveniente, dentro del plazo de cinco (5) días de haber sido notificados. Asimismo, informará de esta recusación al resto de integrantes del Tribunal Arbitral, de ser el caso.

- d. Si la otra parte conviene con la recusación, o el árbitro recusado renuncia voluntariamente, éste será sustituido, sin que ello implique que las razones de la recusación sean válidas.
 - e. El Secretario General pondrá en conocimiento del Consejo Superior de Arbitraje todos los escritos relativos a la recusación para que la resuelva.
 - f. El Consejo Superior de Arbitraje podrá citar a las partes y al árbitro recusado a una audiencia para que expongan sus respectivas posiciones.
2. Una vez iniciado el plazo para la emisión del laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, teniendo en cuenta los preceptos del Código de Ética del Centro, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad o independencia.
 3. El trámite de la recusación no interrumpe el desarrollo del arbitraje, salvo que el Tribunal Arbitral estime que existen motivos atendibles para ello, en cuyo caso se suspenden los plazos.
 4. De no prosperar la recusación formulada, la parte recusante sólo podrá cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo” [el énfasis es nuestro].

Tal como se puede advertir, el Reglamento de Arbitraje de la CCL establece que la recusación se presentará dentro del plazo de cinco (5) días de haber tomado conocimiento de las circunstancias que dieron lugar a la duda justificada respecto de su imparcialidad o independencia. Ahora bien, el artículo 30 del citado Reglamento establece un listado taxativo de causales que justifican la recusación de un árbitro y que se resumen básicamente en las siguientes:

“Causales de Recusación

Artículo 30.-

1. Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causales siguientes:
 - A. Cuando no reúnan los requisitos previstos por las partes o exigidos por la Ley, por normas especiales o por Reglamentos Arbitrales del Centro.
 - B. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.
2. Las partes no podrán recusar a los árbitros designados por ellas, o en cuyo nombramiento hayan participado, a menos que la causal de recusación haya sido conocidas después de su nombramiento”.

Con relación al inciso a) del numeral 1 del artículo 30 del Reglamento, es evidente que el supuesto previsto se encuentra vinculado a la falta de idoneidad por parte del árbitro, conforme a las exigencias establecidas por la Ley, normas especiales, o por el propio Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCL.

El inciso b) del numeral 1 del artículo 30 del Reglamento es mucho más concreto y alude en primer lugar, a la “existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas” respecto de la imparcialidad o independencia, requeridas por el árbitro. En realidad, no se trata simplemente de alegar la existencia de imparcialidad o independencia del árbitro, sino que adicionalmente debe acreditarse la existencia de “dudas justificadas” en su desempeño.

Es frecuente en la práctica arbitral que se suela cuestionar a los árbitros por la falta de imparcialidad o independencia, asociando este tema a la omisión del Deber de Revelación y de Declaración de los Árbitros. Por ejemplo, en el caso de aquellos árbitros que participan en procesos en los cuales una de las partes es una entidad pú-

blica, el tema puede llegar a ser esquizofrénico. Veamos algunos supuestos:

Un caso, que no deja de ser frecuente en materia de recusación, es aquel en el cual se cuestiona al árbitro designado por no declarar la existencia previa de procesos arbitrales en los cuales han participado entidades adscritas a un determinado sector. Debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 119 de la Constitución, así como a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158), la noción de “sector”, en términos latos, puede involucrar al conjunto de entidades que dependen del Ministerio correspondiente como organismo rector del sector. Sin embargo, es evidente que por la propia naturaleza de la organización administrativa del Estado peruano, el arbitraje a nivel de nuestro Derecho interno y en materia de contratación pública se desarrolla entre entidades y no propiamente por el Estado como sujeto de derecho.

Las entidades públicas, en función de leyes específicas como la Ley 27444 (artículo I del Título Preliminar), Ley del Procedimiento Administrativo General, o la propia Ley 30225 (artículo 3), actúan en una gran cantidad de casos en forma individualizada en los procesos arbitrales o con el apoyo de su propio sistema de defensa. En otros casos, las entidades adscritas a un sector comparten su defensa en el proceso con la Procuraduría Pública del sector, pero ello no quiere decir, para efectos arbitrales, que sean una misma entidad.

Desde este punto de vista, ni la Ley de Arbitraje, ni la regulación específica en materia de contrataciones con el Estado, han establecido cuál es el límite de la declaración de los árbitros en materia de adscripción sectorial, y si ésta deba extenderse en forma esquizofrénica a todo tipo de vinculación con un Ministerio o ente rector, en el caso de formas de organización ajenas al Poder Ejecutivo.

En realidad, la adscripción sectorial de una entidad a un determinado Ministerio, en el caso del Poder Ejecutivo, así como la existencia de otro tipo de vinculación de entidades con otras formas de organización del Estado, nos demuestra la necesidad de generar reglas específicas para el ejercicio del derecho de recusación en el ámbito de la contratación estatal. No cabe duda que nos encontramos ante un conjunto de supuestos que son ajenos al arbitraje privado y que solo pueden ser explicados desde una perspectiva de Derecho Administrativo, y que usualmente es ajena al análisis por parte de las entidades a cargo de regular las conductas de los árbitros.

En tal sentido, es usual que en el ejercicio de su derecho de recusación, los sujetos privados que

participan en el proceso arbitral entiendan que el deber de declaración y de revelación por parte de los árbitros se extienda, en forma amplia e indiscriminada, a todos aquellos procesos o actuaciones profesionales que hayan desarrollado los árbitros en las que se encuentre vinculado el sector y a sus distintas entidades adscritas. Por otra parte, no es ajeno al desarrollo de los procesos arbitrales que en aquellos supuestos en los que la defensa de las entidades públicas pretende recusar a los árbitros, se alegue que éstos no han cumplido, igualmente, con declarar y revelar todos los casos que involucran al sector al cual se encuentra adscrita la entidad o entidades públicas que participan del proceso arbitral.

En nuestra opinión, las posturas que fundamentan el derecho de recusación, tanto de las entidades públicas como de los agentes privados, deben ser sometidas a una revisión general, pues resulta excesivo e incompatible con la naturaleza del ejercicio de la función arbitral que se pretendan imponer categorías ajenas y abstractas a nuestra realidad, máxime si, hoy en día, existe en campos como los del régimen de contrataciones del Estado, en donde se ha optado por el arbitraje como un mecanismo masivo y obligatorio de solución de controversias.

En esencia, el arbitraje en materia de contratación estatal se desarrolla entre una entidad pública y otro agente económico, que, por paradójico que ello pueda parecer, a veces resulta ser otra entidad pública. En estos supuestos, se debe entender que las entidades públicas que participan lo hacen a título individual. Por ello, pretender que por el hecho que éstas forman parte de una conceptualización macro del término Estado y, sobre la base de ello, pretender establecer estándares para el cumplimiento del deber de declaración y/o revelación, es contrario a toda regla lógica, pues ello implicaría que el árbitro que participa en dichos procesos deberá declarar y/o revelar todas sus vinculaciones con el Estado. Esta situación es imposible de controlar e inclusive de conocer por parte del propio árbitro, que viviría en una situación de esquizofrenia permanente pues, a ciencia cierta, ningún individuo tiene el control total de todas las vinculaciones que mantiene con el Estado.

No es esta la oportunidad para señalar las implicancias del concepto de "entidad" en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí es importante señalar que conforme lo indican las sucesivas versiones de la Ley de Contrataciones del Estado, este concepto es bastante complejo en nuestro país, e involucra a sujetos con y sin personalidad jurídica. Por ejemplo, en el ámbito administrativo se distingue entre Ministerios, Organismos Públicos, Proyectos

y Programas, Empresas y otros sujetos a los que en forma ficticia se les puede otorgar la condición de entidades públicas. Esta problemática, de por sí compleja, no es abordada ni por la Ley de Arbitraje, ni por las normas específicas en materia de contratación pública.

La duda que se nos presenta en este contexto es verificar hasta qué punto debe llegar la obligación de declarar y/o revelar los vínculos existentes por parte del árbitro en esta materia. Ya se han presentado pronunciamientos por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado [en adelante, OSCE], a propósito de solicitudes de recusación, en el sentido que cada entidad debe ser calificada en forma autónoma, una respecto de otra. Sin embargo, persiste en la cultura jurídica, tanto de los representantes de las partes estatales como de las no estatales, la idea que la declaración y/o revelación debe ser lo más amplia posible, lo cual puede llevar a aspectos insospechados en materia de declaraciones, pues no queda claro cuáles son los límites formales y materiales de dichas declaraciones.

En nuestra opinión, deben generarse normas específicas por parte del OSCE que regulen los supuestos de declaración y/o revelación en los casos en los cuales un árbitro participe o intervenga en un proceso arbitral en el cual el Estado, a través de sus entidades, somete una controversia a la vía arbitral. Es evidente que la Ley de Arbitraje, tal como se encuentra formulada, no regula los criterios de adscripción sectorial que son propios del Derecho Administrativo, y no tendría motivos para hacerlo, pues se trata de un asunto de orden administrativo que requiere de una regulación especial.

Por lo demás, somos de la opinión que la futura regulación en esta materia debe ser de carácter restrictivo y acorde con los principios de razonabilidad, puesto que se trata de medidas de excepción.

Con relación a los alcances del numeral 2 del artículo 30 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCL sobre este tema, es indudable que debe acreditarse que la causal de recusación ha sido conocida después del nombramiento del árbitro. Al respecto, es importante que se adopten un conjunto de medidas para evitar el uso discrecional de esta facultad por los sujetos que participan en el proceso arbitral. El tema merece una explicación.

En primer lugar, es frecuente que las partes y, en especial, las entidades públicas que administran información de diversos procesos arbitrales, utilicen de forma selectiva dicha información para ejercer su derecho a recusar. El supuesto previsto

en el numeral 2 del artículo 30 bajo comentario es bastante específico y tiene por objeto que la propia parte que designa a un árbitro o que haya participado en su designación sólo pueda recusar a su “árbitro” por hechos que hayan sido conocidos después del nombramiento.

En segundo lugar, a veces puede ocurrir que, en algunas entidades, los hechos conocidos se encuentran asociados a determinadas personas que ejercen función pública y que se encuentran sujetas a niveles frecuentes de rotación. En este sentido, se nos presenta una dificultad objetiva, pues es difícil identificar la oportunidad en que la causal de recusación ha sido conocida y la forma en la que las entidades públicas suelen utilizar dicha información. Se han presentado casos en los arbitrajes institucionales en los que se ha señalado que, pese a que la entidad pública conocía de tal o cual circunstancia que involucraba a un árbitro, éste habría incurrido en la omisión al deber de declaración y/o revelación, en la medida en que no habría cumplido con individualizar un hecho concreto en cada proceso arbitral.

Esta situación nos parece discutible, pues el supuesto de la norma en comentario es que la entidad no haya conocido el hecho que generaría la causal; pero si ésta ha tenido la oportunidad de conocerla en otras circunstancias, no se entienden las razones por las cuales la entidad pública puede alegar el desconocimiento de los hechos.

En tercer lugar, existe un problema reiterativo y no exento de subjetividad en aquellos casos en los cuales la parte que recusa, actúa en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Se nos suelen presentar estos casos, por ejemplo, cuando una nueva autoridad que se incorpora al proceso, interpreta o determina la existencia de nuevos hechos o hechos sobrevinientes que ameritan una causal de recusación que su antecesor no justificaba como tal.

En forma complementaria a los aspectos señalados, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1071 establece que:

Artículo 3.- “Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. **El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.**

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad” [el énfasis es nuestro].

Con relación a este tema es importante que se delimiten los supuestos en los cuales una autoridad administrativa, como es el caso del OSCE, se puede involucrar a propósito de evaluar la conducta funcional del árbitro en asuntos que son de contenido jurisdiccional. Se han presentado casos en los cuales una autoridad administrativa, como es el caso del OSCE, termina cuestionando decisiones tomadas por los árbitros en ejercicio de su función jurisdiccional. Por ejemplo, en los casos de “demora” no existen criterios objetivos para determinar estas supuestas infracciones por parte del árbitro, pues éste es el conductor del proceso, de forma tal que resulta cuestionable que una autoridad administrativa ajena al desarrollo del proceso pretenda sustituirse en las decisiones adoptadas por el árbitro.

El tema se puede poner más complejo, cuando la autoridad administrativa cuestiona la composición del Tribunal o asuntos relativos a la competencia de los árbitros, las actuaciones probatorias, el otorgamiento o no de medidas cautelares, la admisión o no de determinados medios probatorios, etcétera, y, en general, todas aquellas incidencias que se puedan presentar en el desarrollo de un proceso arbitral.

VI. EL DERECHO DE RECUSACIÓN EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

Tal como se ha señalado, la nueva Ley 30025 y su Reglamento no establecen mayores novedades en cuanto los supuestos de recusación y el procedimiento aplicable para el ejercicio de dicho derecho.

En nuestra opinión, persisten aun los problemas para aquellos casos vinculados a la recusación de árbitros en materia de contratación estatal. En el contexto descrito, se ha perdido una valiosa oportunidad para regular estos aspectos en forma explícita y desde una perspectiva administrativa en la

que se involucre un tratamiento sistemático del régimen de las entidades públicas que participan en los arbitrajes en materia de contratación estatal.

En este orden de ideas, el segundo párrafo del numeral 45.10 de la Ley 30225 regula un supuesto general de conducta por parte del árbitro, al señalar que estos deben ser y permanecer, durante el desarrollo del arbitraje, independientes e imparciales. Asimismo, se regula en dicho precepto legal la obligación de informar en forma oportuna si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro: ejercer el cargo con independencia, imparcialidad, o autonomía; actuar con transparencia; y observar la debida conducta procedimental.

Una primera reflexión sobre los alcances de este párrafo consagrado en el numeral 45.10 de la Ley en mención, es que no se establece en qué consiste la obligación de “informar oportunamente”. Este supuesto ha generado muchas dificultades en su aplicación, puesto que muchas veces se lo asocia a un plazo, tema que en rigor no se encuentra previsto en la Ley. Desde este punto de vista, somos de la opinión que el concepto de información oportuna debe ser evaluado con criterios de razonabilidad, a efectos de determinar en cada situación jurídica concreta si efectivamente hay una afectación a los principios de independencia e imparcialidad requeridos para el ejercicio de la función arbitral.

En la medida que esta obligación de informar en forma oportuna no cause agravio a los principios de independencia e imparcialidad, se estima que termina siendo una expresión declarativa. Lo real y concreto es que este deber de actuación por parte de los árbitros debe configurar o generar una afectación en una de las partes para que pueda ser invocada como una infracción.

Como parte del desarrollo del numeral 45.10 de la Ley 30225, el reglamento aprobado por el Decreto Supremo 350-2015-EF regula los supuestos en mérito de los cuales se puede afectar los principios de independencia, imparcialidad y deber de información.

VII. NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

Mediante la Resolución 258-2008-CONSUMODE/PRE, del 05 de junio de 2008, se aprobó el “Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, que ha sido modificado por el nuevo “Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado”, aprobado mediante Resolución 028-2016-OSCE/PRE del 14 de enero de 2016.

El nuevo Código establece con mayor precisión los lineamientos generales que deben regir la actuación de los árbitros, y establece en forma explícita los supuestos en los que se configura la omisión de cumplir el deber declaración y/o revelación por parte del árbitro.

El nuevo Código establece en el Título II, referido a los principios y reglas de conducta de la función arbitral, un conjunto de preceptos de especial incidencia en los temas materia del presente artículo.

En el artículo 3 del referido Título II se establece un conjunto de principios que regulan el ejercicio de la función arbitral. Para tal efecto, y en concordancia con lo establecido en el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se definen los criterios de integridad, imparcialidad, independencia, idoneidad, equidad, debida conducta procedimental y transparencia.

En el artículo 4 del referido Título III se regulan las denominadas “Reglas de Conducta de los Árbitros”, estableciéndose criterios de observancia en forma previa a la designación como árbitro, con motivo de aceptar el cargo de árbitro y durante el ejercicio del cargo como árbitro.

En el Título III del Código, denominado “Revelación del Árbitro y Conflicto de Interés”, se desarrollan los artículos específicos con relación a la “Aceptación del Cargo y Deber de Revelación” (artículo 5) y “Conflictos de Interés y Supuesto de Revelación” (artículo 6).

Tal como se ha señalado, el referido Código es de aplicación a los arbitrajes administrados por el OSCE, a los árbitros ad hoc y, supletoriamente, a los arbitrajes administrados por las instituciones arbitrales que no tengan código de ética o que, teniéndolo, no prevean el régimen de infracciones que puedan ser cometidas por los árbitros, o no establezcan las sanciones aplicables para dichas conductas infractoras.

Dentro de los principios de la función arbitral que regula el citado Código, encontramos la alusión a los principios de imparcialidad e independencia. En atención a ellos, el nuevo Código de Ética ha establecido que la persona que tenga conocimiento de alguna circunstancia que razonablemente afecte o pueda afectar su imparcialidad e independencia, debe rechazar su designación como árbitro. Igualmente, señala que si luego de asumido el cargo, en caso se tome conocimiento de tales hechos, se deberá renunciar, explicando los motivos que ameritan tal decisión. Es importante señalar que una vez que el árbitro cumpla con re-

velar tales circunstancias, no es posible que se le pueda descalificar automáticamente.

En ese sentido, nos debemos remitir a los literales a) y b) del artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que han previsto supuestos de hecho en los que un árbitro se encuentra obligado a revelar, y cuyo incumplimiento configura infracción sancionable. En tal sentido, dicha norma señala lo siguiente:

Artículo 216.- “Supuestos de Infracción Ética sancionable por el Consejo de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado.

Los supuestos de infracción sancionable por el Consejo de Ética son:

a) Respeto al Principio de Independencia: El incumplimiento o inobservancia del deber de revelar al momento de su aceptación al cargo o de modo sobreviniente, sobre la configuración, en los últimos cinco (5) años, de uno o más de los siguientes supuestos:

1. Existencia de identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una parte en el arbitraje.
2. El árbitro es o ha sido gerente, administrador, directivo o funcionario o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje o sobre su filial, dependencia o similar.
3. El árbitro tiene o ha tenido un interés económico en una de las partes o en el resultado del arbitraje.
4. El árbitro, directamente o a través de una persona jurídica, asesora o ha asesorado con regularidad a una de las partes o a su filial, dependencia, sucursal o similar
5. El árbitro emitió dictamen, informe u opinión respecto de la controversia a instancia de alguna de las partes.
6. El árbitro es o ha sido socio de una de las partes o de una filial, dependencia, sucursal o similar de una de las partes.
7. El árbitro intervino en el asunto controvertido materia del arbitraje.
8. Tanto el árbitro como el abogado, representante o asesor de una de las partes prestan o han prestado servicios en un mismo estudio de abogados o empresa, sus filiales o sucursales.

9. Un pariente del árbitro, hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, cónyuge o concubino(a), tiene o ha tenido un interés económico directo en el resultado de la controversia.
10. El árbitro, de forma directa o indirecta, representa o asesora al representante o abogado de una de las partes, o lo ha hecho en los últimos cinco (5) años.
11. El árbitro, su cónyuge o concubino (a) tiene o ha tenido vínculo de parentesco, hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, con una de las partes o sus socios.
12. El estudio de abogados o empresa del árbitro o en el que presta o ha prestado servicios tiene o tuvo una relación comercial con una de las partes o una filial, dependencia, sucursal o similar de ésta.

En el caso que una parte sea un consorcio, este deber se extiende a las personas que lo conforman.

b) Respeto al Principio de Imparcialidad: Constituye supuesto de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia del siguiente deber ético:

1. Revelar al momento de su aceptación al cargo o de modo sobreviniente, todo hecho o circunstancia que pudiese generar a las partes dudas justificadas sobre su imparcialidad.

c) Respeto al Principio de Transparencia: son supuestos de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia de los siguientes deberes éticos:

1. Cumplir con registrar el laudo en el SEACE de forma íntegra y fidedigna, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, en los casos que corresponda.
2. Remitir la información y/o documentación que el OSCE le requiera, siempre que esté conferido a arbitrajes concluidos, sobre los arbitrajes en contrataciones del Estado en que se desempeñan como árbitros a partir de la entrada en vigencia de la Ley.

d) Respeto al Principio de Debida Conducta Procedimental: Son supuestos de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia de los siguientes deberes éticos:

1. Evitar utilizar, en beneficio propio o de un tercero, la información que, en el ejercicio de sus fundaciones, haya tenido de un arbitraje, salvo para fines académicos.

2. Abstenerse de agredir física o verbalmente a las partes, abogados, representantes y/o asesores involucrados en el proceso arbitral.
3. Abstenerse de sostener reuniones o comunicación, con una sola parte, sus abogados, representantes y/o asesores. Reviste especial gravedad que la reunión o comunicación sea utilizada para informar, de manera anticipada, sobre las deliberaciones o las decisiones que puedan emitirse o haya sido emitidas en el ejercicio de la función arbitral.
4. Custodiar los expedientes arbitrales y garantizar su integridad conforme las normas aplicables.
5. Incurrir sin que exista causa justificada, en una paralización irrazonable del proceso arbitral.
6. Verificar que el secretario arbitral que se designe cuente con inscripción vigente en RNSA.

Lo expuesto no desconoce la potestad de las instituciones arbitrales de sancionar otras conductas no descritas en el presente artículo que a su juicio y conforme a sus instrumentos normativos constituyan conductas no éticas” [el énfasis es nuestro].

Con respecto a esta fórmula final del artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es indudable que estamos ante la presencia de un precepto inconstitucional, pues viola sendos precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional con respecto al ejercicio de la potestad sancionadora por parte del Estado, en la medida que no respeta los principios de legalidad ni de tipicidad en materia de infracciones administrativas. Ello, dado que se pretende regular una sanción administrativa por vía reglamentaria y, lo que es más grave aún, establecer un tipo de infracción genérico y por remisión normativa.

VIII. CONCLUSIONES

- A. Las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje no se encuentran diseñadas para resolver los problemas que se presentan cuando el Estado participa a través de sus entidades públicas en las controversias arbitrales. Esta deficiencia viene llevando a la desnaturalización de las actuaciones procesales y, lo que es más grave, al ejercicio de determinados derechos en forma desproporcionada.
- B. Es necesario que se dicten disposiciones específicas en aquellos casos en los que el Estado participa en los procesos arbitrales, puesto que la Ley de Arbitraje no resuelve

los problemas propios de la contratación estatal o, en algunos casos, ofrece respuestas incompatibles con la naturaleza de las actividades administrativas.

- C. Existen determinadas actuaciones por parte de las entidades públicas que no resultan compatibles con los estándares establecidos para el desarrollo de los procesos arbitrales. En el caso del derecho de recusación, se advierte la existencia de niveles sobredimensionados de discrecionalidad para cuestionar a los árbitros por la omisión del deber de revelación y/o declaración de los vínculos existentes con las entidades públicas.
- D. Desde el punto de vista de la organización del Estado peruano, es evidente que el concepto de “entidad pública” es bastante complejo y colisiona con las regulaciones generales establecidas en la Ley de Arbitraje. Tal como se ha señalado, la referida ley no ha sido diseñada con el propósito de regular aquellas controversias en las que participa activamente el Estado como parte, y por ello es que se generan algunas disfuncionalidades en su aplicación, tal como es el caso del ejercicio del derecho a recusar.
- E. La regulación que se debe emitir en materia de recusación en aquellos supuestos donde participa el Estado, debe ser de carácter restrictivo y sometido a un juicio de razonabilidad, puesto que se trata de una actividad limitativa de derechos en contra de los árbitros. Por ejemplo, hasta dónde llega el concepto de vinculación con el Estado, la regularidad de la vinculación con diversas entidades públicas, las restricciones por razones de parentesco, relaciones profesionales o de otra índole, etcétera.
- F. La Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, regula en el segundo párrafo del numeral 45.10 que los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales durante el desarrollo del arbitraje. Asimismo, establece que los árbitros deben cumplir con la obligación de información si existe alguna circunstancia que les impida: ejercer el cargo con independencia, imparcialidad, y autonomía; actuar con transparencia; y observar la adecuada conducta procedimental. Adicionalmente, se dispone que el deber de informar se mantiene a lo largo del todo el arbitraje. En caso de omisión de dichas obligaciones, se regula la infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, y debida conducta procedimental,

- previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.
- G. Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 350-2015-EF y vigente a partir del 9 de enero del año en curso, establece en su artículo 192 que para el adecuado desarrollo de la función arbitral, todo árbitro debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida en los 5 años anteriores a su nombramiento. No basta, pues, que al momento de recusar se argumente simplemente que se haya omitido el deber de revelación y/o de declaración, sino que dichos deberes deben estar acompañados de “dudas justificadas” respecto de la actuación imparcial e independiente del árbitro. Lamentablemente, los centros de arbitraje y el propio OSCE se encuentran llenos de expedientes de recusación en los cuales se argumenta la existencia de violación a los principios de imparcialidad e independencia, pero en donde no existen dudas justificadas.
- H. Es una práctica bastante frecuente en nuestro ordenamiento jurídico que se ejerza el derecho a recusar a los árbitros en forma indistinta, tanto por las partes estatales o no estatales, por el incumplimiento del deber de declaración y/o de revelación, cuando en rigor ello no resulta lo más importante para efectos del ejercicio de derecho a recusar. En términos concretos, lo importante es que existan “dudas justificadas” sobre la imparcialidad e independencia. Este criterio, aparentemente subjetivo, no puede ser utilizado como un concepto jurídico determinado sometido a la discrecionalidad.
- I. Es necesario que se incorporen mecanismos de protección para las partes, así como para los propios árbitros, con el objeto que el derecho a recusar no se constituya en una medida dilatoria del proceso. Suele ocurrir con frecuencia que se presentan recusaciones temerarias o manifiestamente improcedentes, las cuales sin embargo tienen por objeto entorpecer el normal desarrollo de los procesos arbitrales. Frente a ello, se hace necesario que en los arbitrajes ad hoc e institucionales se pueda incorporar la figura del rechazo *in limine* y, en su caso, se permita la imposición de multas. En el caso que la recusación sea efectuada por el Estado a través de sus entidades, se debe establecer una regulación específica en la cual la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o autoridad administrativa que indebidamente propició la recusación.
- J. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (artículos 215 y 216) establece un conjunto de preceptos con el propósito de regular los deberes éticos que deben observar los árbitros, los supuestos de infracciones aplicables a los mismos, así como las sanciones a aplicarse en concordancia con el numeral 45.10 del artículo 45 de la Ley 30225. Las disposiciones contenidas en el referido reglamento inciden en los supuestos de infracción en los que pueden incurrir los árbitros por la violación de los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental. En forma complementaria, el Código de Ética aprobado en forma reciente por el OSCE, desarrolla los alcances del numeral 45.10 de la Ley de Contrataciones del Estado referido a las conductas éticas de los árbitros.
- K. Un análisis detallado del numeral 45.10 de la Ley de Contrataciones del Estado nos revela que los árbitros deben ser y permanecer, durante el desarrollo del arbitraje, independientes e imparciales. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autónoma, actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. Tal como se puede verificar de la sola lectura del numeral 45.10 de la indicada ley, no existen supuestos específicos que regulen el desarrollo del derecho de recusación de las partes que participan en una controversia materia de contratación estatal. Este tema tan complejo ha sido derivado a la normativa establecida en el reglamento y a las disposiciones del código de ética.
- L. El artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el nuevo Código de Ética del Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por el OSCE, regula en forma exhaustiva los principios y reglas de conducta de la función arbitral, así como aquellos temas vinculados a los deberes de revelación del árbitro y la existencia de conflictos de interés. No obstante lo señalado, no se advierte un desarrollo de aquellos temas propios del funcionamiento de las entidades públicas y los criterios específicos que pudieran generarse respecto del derecho de recusación. Se trata pues de un tema que forma parte de la agenda pendiente en materia de contrataciones del Estado y que urge regular, a efectos de limitar la discrecionalidad con la que se viene manejando este tema en las controversias arbitrales en las que participa el Estado. 🏛️