

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Informe sobre Resolución N° 23, Exp. N° 00093-2014

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Nombres y apellidos del autor:

Juan Enrique Becerra Rodriguez

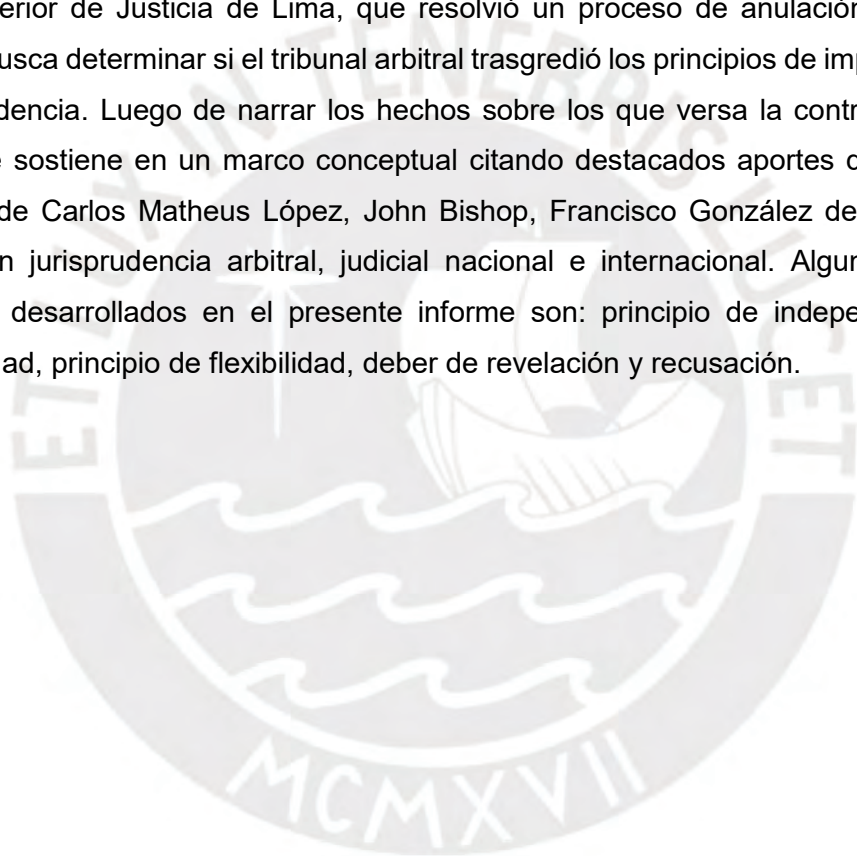
REVISOR:

Víctor Rogelio Sueiro Varhen

Lima, 2021

RESUMEN

En la tutela de derechos que nos brinda un Estado, los derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho al juez natural o predeterminado por ley, derecho al juez imparcial, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, entre otros, son de vital importancia porque sin el ejercicio pleno de éstos no se pueden demandar el cumplimiento de otros derechos llamados *materiales*. El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos muy importante en el país, y su estudio continúa despertando interés en el ámbito jurídico alrededor del mundo. El presente informe tiene por objeto analizar una sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió un proceso de anulación de laudo arbitral y busca determinar si el tribunal arbitral trasgredió los principios de imparcialidad e independencia. Luego de narrar los hechos sobre los que versa la controversia, el análisis se sostiene en un marco conceptual citando destacados aportes doctrinales, como los de Carlos Matheus López, John Bishop, Francisco González de Cossío; y además en jurisprudencia arbitral, judicial nacional e internacional. Algunos de los conceptos desarrollados en el presente informe son: principio de independencia e imparcialidad, principio de flexibilidad, deber de revelación y recusación.



ÍNDICE ANALÍTICO

I. INTRODUCCIÓN	1
II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA SENTENCIA	2
III. ANTECEDENTES DEL CASO	2
IV. HECHOS RELEVANTES DEL CASO	3
V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	6
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DEL CASO	7
5.1. ¿Existió reclamo expreso y desestimado en su momento ante el tribunal arbitral, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del Decreto Legislativo N° 1071?.....	7
5.2. ¿Es correcto solicitar la anulación de laudo arbitral mediante el art. 63 numeral 1 inciso b) del Decreto legislativo N° 1071?	8
5.3. ¿El procedimiento de recusación contra los abogados Madeleine Osterling Letts y Alfredo Zapata Velasco se realizó conforme a la norma aplicable en el momento de su interposición?.....	10
5.3.1. Apuntes de la doctrina sobre la definición de recusación	10
5.3.2. Resoluciones en arbitraje institucional sobre la materia	12
5.3.3. La recusación materia del presente informe	13
5.4. ¿La Primera Sala Comercial Permanente realiza de manera correcta el fallo de la anulación del laudo arbitral?	16
5.5. ¿Las partes pueden continuar con el arbitraje al conocer que los árbitros podrían haber vulnerado los principios de independencia e imparcialidad?	19
5.6. ¿Los miembros del tribunal arbitral trasgredieron el principio de imparcialidad e independencia de los árbitros?	21
5.6.1. Apuntes históricos sobre el principio de imparcialidad e independencia	21
5.6.2. Apuntes contemporáneos sobre el principio de imparcialidad e independencia.....	21
5.6.3. Jurisprudencia nacional.....	26
5.6.4. Jurisprudencia internacional.....	27
5.6.5. La calificación de los árbitros materia del presente informe.....	32
VII. CONCLUSIONES	42
VIII. BIBLIOGRAFÍA	44

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano es conflictivo desde sus primeros años de vida y esto se incrementa mientras más se relaciona con sus pares. Es así que, en estas circunstancias nace la búsqueda de una tercera persona que pueda atender su problema y brindar una solución. En otras palabras, cuando tenemos al menos dos sujetos reclamándose mutuamente algún objeto o situación que estiman ellos merecer o ejercer su derecho, aparece la necesidad no solo de un mero solucionador de problemas, sino de uno que esté calificado para que el conflicto sea resuelto de manera justa.

Cuando trasladamos estos problemas al plano de la tutela de derechos que nos brinda el Estado, vemos que cobran protagonismo e importancia los derechos de matriz constitucional, entre los cuales se cuentan: derecho al debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho al juez natural o predeterminado por ley, derecho al juez imparcial, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, entre otros; los cuales tendrán por objeto que la decisión de este sujeto o órgano dirimente respete el valor justicia.

El presente trabajo de investigación no busca probar cuán valorados son estos derechos por parte de los órganos jurisdiccionales, pues dicha labor quizás sea titánica e inclusive imposible de realizar. No obstante, debido a la importancia que tiene el arbitraje en el país, como método alternativo de solución de conflictos, mi objetivo principal es analizar la Resolución N° 23 emitida por la Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima el 12 de julio de 2018, sobre proceso de anulación de laudo arbitral y determinar si el tribunal arbitral trasgredió el principio de imparcialidad e independencia.

En primer lugar, luego de justificar la elección de la sentencia materia de estudio, narraré los hechos sobre los que versa la controversia. En segundo lugar, analizaré la decisión de la Corte valiéndome (i) del marco conceptual correspondiente citando aportes doctrinales de destacados juristas como Carlos Matheus López, John Bishop, Francisco González de Cossío, entre otros y (ii) del estado de dicha decisión en el ámbito nacional e internacional. La jurisprudencia fue recabada del sitio web del Poder Judicial del Perú y del sitio web especializado en arbitraje *Kluwer Arbitration*. Finalmente, las conclusiones de todo lo investigado.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA SENTENCIA

El presente trabajo de investigación es reflejo de mis actividades como estudiante del Curso de Titulación, impartido por el Centro de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y como Secretario Arbitral de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la misma casa de estudios. Tengo la dicha de mantenerme en constante aprendizaje de los profesionales del Derecho que intervienen en los procesos que administro.

El razonamiento de la Corte de la sentencia elegida y el problema de investigación que encierra la misma cobra importancia en el contexto actual en el Perú, pues siendo el país el único en la región que obliga por ley a las partes a someter sus controversias originadas de contratos con el Estado a arbitraje; y que de acuerdo con el índice de percepción de la corrupción publicado por Transparencia Internacional, el Perú se ubica en el puesto 101 de 198 países, con una puntuación de 36 sobre 100 puntos, por debajo de la media (2019); cobra vital importancia reflexionar si en el país el derecho a un árbitro independiente e imparcial está siendo respetado.

III. ANTECEDENTES DEL CASO

1. Mediante escritos de fechas 19 de diciembre de 2007 y 10 de enero de 2008, Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. (en adelante, la ADMINISTRADORA) y el Jockey Club del Perú (en adelante, el JOCKEY CLUB), presentan demanda arbitral y contestación de demanda, respectivamente, respecto de la controversia sobre existencia y exigibilidad de obligación de saneamiento de flujos que el JOCKEY CLUB asumió frente a PORTALIA S.A. (en adelante, PORTALIA) en el Contrato de compra venta de fecha 19 de abril de 2000. PORTALIA cedió la referida obligación a la ADMINISTRADORA por transacción extrajudicial el 14 de febrero de 2003.
2. Mediante el Laudo arbitral de fecha 7 de mayo de 2008, el Tribunal arbitral dispuso declarar infundada la demanda presentada por la ADMINISTRADORA.
3. PORTALIA interpone acción de amparo contra el tribunal arbitral y la ADMINISTRADORA, solicitando que se declare nulo el Laudo arbitral del 7 de mayo de 2008. El 19 de abril de 2010, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia declara fundada la demanda, en consecuencia, declaró nulo el

referido laudo. Asimismo, se ordenó que se emplace con la demanda a PORTALIA

4. Mediante escrito del 25 de junio de 2010, PORTALIA recusa a los miembros del tribunal. Mediante escritos de fechas 18 y 28 de agosto de 2010, los miembros del tribunal renuncian a sus cargos.

IV. HECHOS RELEVANTES DEL CASO

5. Mediante escritos del 6 de febrero, 15 de marzo y 3 de mayo de 2012, la ADMINISTRADORA informa a PORTALIA sobre las designaciones y aceptaciones de los nuevos miembros del tribunal arbitral.
6. Mediante escrito del 8 de mayo de 2012, los abogados Luciano Barchi Velaochaga (árbitro designado por la ADMINISTRADORA), Alfredo Zapata Velasco (árbitro designado por el JOCKEY CLUB) y Madeleine Osterling Letts (presidenta del tribunal designada por los árbitros) designan al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, el CENTRO) como secretaría arbitral.
7. Mediante escritos del 10 de mayo de 2012, el CENTRO comunicó a las partes la conformación del tribunal arbitral y citó a audiencia de instalación.
8. En fecha 23 de mayo de 2012, se lleva la audiencia de instalación, dejándose constancia la inasistencia de PORTALIA. Dicha parte, mediante escrito del 28 de mayo de 2012, alegó que no tenía conocimiento de que en la audiencia se iba a reconstituir el tribunal y que, nunca participó de la designación del árbitro Luciano Barchi, nombrado por la ADMINISTRADORA.
9. En fecha 6 de junio de 2012, mediante audiencia especial, el representante de PORTALIA decidió no ratificar al tribunal arbitral.
10. Mediante escrito del 27 de junio de 2012, PORTALIA solicita a los miembros del tribunal informar sobre sus vínculos profesionales y personales con las partes.
11. Mediante escritos presentados por el tribunal arbitral de fechas 9, 11 y 18 de julio de 2012, absuelven la solicitud de ampliación de revelación presentada por PORTALIA.

12. Sobre la presidenta del tribunal, Madeleine Osterling se comprobó lo siguiente:
- Durante agosto y septiembre de 2011, dos abogados del estudio donde ella era socia, brindaron asesoría a ADMINISTRADORA por una operación de leasing.
 - Su padre era socio del JOCKEY CLUB.
 - Es pariente de los señores Carlos Roe Battistini y Eduardo Roe Battistini, miembros del directorio del JOCKEY CLUB.
 - Es amiga del doctor Oscar Gastañeta Alayza, socio del Estudio García Sayán, que ha asesorado al JOCKEY CLUB, en temas relacionados con las controversias suscitadas por PORTALIA.
13. Sobre el árbitro Alfredo Zapata Velasco se comprobó lo siguiente:
- Durante los años 2008 a 2010 a través del Estudio Muñiz, el estudio de abogados del cual el doctor Zapata es asociado, brindó asesoría a la ADMINISTRADORA por operaciones de precios de transferencia.
 - Durante diciembre de 2010 a marzo de 2011, a través del Estudio Muñiz, brindó asesoría a la ADMINISTRADORA sobre el Código de Protección al Consumidor.
 - El padre y un hermano del doctor Zapata son socios del JOCKEY CLUB.
 - El señor Eduardo Roe Battistini es compañero de estudios del colegio Champagnat.
14. Mediante escrito presentado por PORTALIA el 26 de julio de 2012, recusó a los árbitros Osterling y Zapata, por considerar que habrían mantenido algunas relaciones con la parte demandada, y que no habrían sido declaradas al momento de aceptar el cargo ni en la ampliación de la declaración jurada que los árbitros voluntariamente presentaron.
15. Mediante Resolución N° 26 del 7 de setiembre de 2012 el Tribunal Arbitral resuelve: *“1. El incidente de recusación contra los dos árbitros sea resuelto por el Juez Especializado en lo Civil, conforme al trámite indicado en el artículo 23 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. 2. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral”.*
16. PORTALIA interpuso demanda de recusación ante el Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil el 17 de setiembre de 2012. El Colegiado declaró

fundada la demanda el 25 de enero de 2013, la misma que fue confirmada por la Cuarta Sala Civil Superior el 19 de setiembre de 2013.

17. Mediante el Laudo arbitral de fecha 24 de enero de 2014, el Tribunal arbitral en mayoría dispuso declarar infundada la demanda presentada por la ADMINISTRADORA en todos sus extremos.
18. Los árbitros recusados y el JOCKEY CLUB interpusieron recurso de casación contra lo resuelto por la Cuarta Sala Civil. El 28 de enero de 2014 la Corte Suprema falló declarando inadmisibles los recursos, declararon la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso e improcedente la demanda interpuesta. Asimismo, señalaron que el CENTRO era el competente- y no el Juez Civil. Consideró que, previamente a laudarse, el CENTRO debía resolver la recusación formulada.
19. Mediante Resolución Aclaratoria del 14 de marzo de 2014, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, declaró nula la resolución del 28 de enero de 2014. Solo quedó en vigor el rechazo de plano de los recursos de casación. En tanto, lo resuelto por el Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil y confirmado por la Cuarta Sala Civil Superior adquirió la autoridad de cosa juzgada.
20. PORTALIA interpone demanda de anulación de laudo arbitral el 12 de mayo de 2014 y subsanada mediante escritos del 26 de junio y 16 de julio de 2014 por infracción del literal b) del inciso 1 del artículo 63 del DL 1071.
21. La Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia, mediante sentencia del 2 de diciembre 2014, declara fundado el recurso de anulación e inválido el laudo. No obstante, entre lo que dispuso señaló: *“previamente a expedir el laudo correspondiente, se debe tener a la vista el pronunciamiento definitivo respecto de la recusación formulada por PORTALIA, expedido por el CARC”*.
22. PORTALIA interpone recurso de casación. El auto de calificación declaró procedente el recurso el 14 de abril de 2016 por las causales de infracción normativa procesal artículo 139, inciso 3 y 13 de la Constitución, artículo 4 del TUO de la Ley orgánica del Poder Judicial.

23. Mediante Resolución del 8 de marzo de 2017 (Casación 1408-2015), de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil (en adelante, el CPC), la Corte Suprema declaró fundada la casación y ordenó a la Sala superior que expida un nuevo fallo. Entre los principales argumentos se encuentran:

- Se pretende revivir ante la institución administradora del arbitraje, la sentencia resuelta por el Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil y confirmado por la Cuarta Sala Civil Superior.
- La Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior ha tenido en cuenta, al fallar, solamente la primera resolución de la Sala Suprema Civil Transitoria del 28 de enero de 2014 y no así su aclaratoria que forma parte integrante de la misma.

24. Finalmente, el 12 de julio de 2018, la Primera Sala Comercial Permanente resolvió declarar fundado el recurso de anulación de laudo e inválido el laudo arbitral. La Sala estimó que (i) la decisión arbitral bajo examen se encontraba afectada de nulidad al haber sido emitida por un tribunal compuesto por dos árbitros que habían sido inhabilitados, (ii) se vulneró el derecho al debido proceso (derecho de imparcialidad e independencia de sus juzgadores) ya que no existieron garantías en torno a la imparcialidad e independencia de los recusados.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

a) PROBLEMAS SECUNDARIOS:

1) PROBLEMAS DE ADMISIBILIDAD DEL CASO

¿Existió reclamo expreso y desestimado en su momento ante el tribunal arbitral, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del Decreto Legislativo N° 1071?

¿Es correcto solicitar la anulación de laudo arbitral mediante el art. 63 numeral 1 inciso b) del Decreto Legislativo N° 1071?

2) PROBLEMAS DE FONDO:

¿El procedimiento de recusación contra los abogados Madeleine Osterling Letts y Alfredo Zapata Velasco se realizó conforme a la norma aplicable en el momento de su interposición?

¿La Primera Sala Comercial Permanente realiza de manera correcta el fallo de la anulación del laudo arbitral?

¿Las partes pueden continuar con el arbitraje al conocer que los árbitros podrían haber vulnerado los principios de independencia e imparcialidad?

b) PROBLEMA PRINCIPAL:

¿Los miembros del tribunal arbitral trasgredieron el principio de imparcialidad e independencia?

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DEL CASO

- 5.1. ¿Existió reclamo expreso y desestimado en su momento ante el tribunal arbitral, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071?

El primer problema de admisibilidad del caso es verificar si PORTALIA realizó un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y este fue desestimado, antes de haber solicitado la anulación del laudo. Sobre el particular, el numeral 2 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071¹, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, el DL) establece lo siguiente:

“Artículo 63.- Causales de anulación.

(...)

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas”.

¹ El laudo arbitral fue emitido el 24 de enero de 2014, por lo que resulta aplicable el Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde 31 de agosto de 2008, al momento de interponer el recurso de anulación.

Al respecto, la norma es clara al señalar que el recurso de anulación solo será procedente si la parte que alega cualquiera de las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de la DL 1071, ha realizado un reclamo previo y expreso ante el tribunal y éste, lo haya desestimado. Es decir, la solicitud de anulación sería improcedente si el vicio pudo ser reclamado y subsanado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

La exigencia del reclamo expreso responde a la finalidad del legislador de evitar que la parte solicite la anulación del laudo de manera furtiva; debido a que, ante la vulneración de su derecho, si no plantea un reclamo, se considera que ha renunciado a su derecho a objetar. Así lo estima el árbitro y abogado peruano César Guzmán-Barrón Sobrevilla: “(...) el reclamo expreso del vicio que motiva la causal se basa en que la parte que interpone la anulación no acuda a ella de forma subrepticia, guardando o incluso fabricando hechos para usarlos posteriormente para plantear una anulación. Si este reclamo expreso no se manifiesta, se entiende que la parte afectada con el vicio consiente el mismo (...)” (2017, pág. 126).

De los hechos del caso, se evidencia que PORTALIA sí realizó un reclamo previo y expreso, toda vez que, mediante escrito del 26 de julio de 2012, recusa a los árbitros Osterling y Zapata, luego que haber tomado conocimiento de los escritos de ampliación de revelación presentados por los mencionados árbitros de fechas 9, 11 y 18 de julio de 2012.

En ese orden de ideas, se colige que PORTALIA sí cumplió con el requisito señalado en el numeral 2 del Decreto Legislativo N° 1071 al momento de solicitar la anulación del laudo arbitral.

5.2. ¿Es correcto solicitar la anulación de laudo arbitral mediante el art. 63 numeral 1 inciso b) del Decreto legislativo N° 1071?

El segundo problema de admisibilidad del caso es determinar si la causal alegada por PORTALIA al momento de solicitar la anulación del laudo arbitral fue la correcta. De los hechos del caso, se advierte que PORTALIA solicita la anulación del laudo arbitral por infracción del literal b) del inciso 1 del artículo 63 del DL 1071.

El referido artículo del DL 1071 señala lo siguiente:

“Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”. (el subrayado es propio).

En ese sentido, la causal b) sería procedente, por ejemplo, cuando no se notificó o se notificó de manera oportuna con la aceptación de un árbitro, de manera que la parte haya perdido su derecho de interponer una recusación, en caso considere que el árbitro no esté calificado; o bien cuando no se notificó o no se notificó de manera oportuna un escrito que contenga nuevas pruebas ofrecidas por su contraparte, imposibilitando presentar las oposiciones o las tachas correspondientes.

Del caso se observa que la solicitud PORTALIA en estricto no está contemplada dentro de los supuestos del DL 1071; no obstante, no podemos dejar de lado la cláusula abierta del citado literal b): “(...) *o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*”

Sobre la interpretación del citado literal, el árbitro y abogado peruano Juan Luis Avendaño Valdez señala: “(...) *También la Sala Comercial en más de una oportunidad señaló que no estaba expresamente contemplada la causal de la violación al debido proceso para poder anular un laudo, pero que debía hacer una interpretación extensiva pues se entendía que esa había sido la intención del legislador*” (2011, pág. 695).

PORTALIA denuncia la falta de independencia e imparcialidad de dos miembros del tribunal arbitral, pretensión que encuentra su sustento en el derecho al debido proceso y en estricto, al derecho de poseer juzgadores imparciales e independientes, motivo por el cual, coincido con la Corte en afirmar que su afectación, es equivalente a considerar que no ha podido hacer valer sus derechos, y por ende esta subsumida dentro del literal b) del inciso 1 del artículo 63 del DL 1071.

5.3. ¿El procedimiento de recusación contra los abogados Madeleine Osterling Letts y Alfredo Zapata Velasco se realizó conforme a la norma aplicable en el momento de su interposición?

5.3.1. Apuntes de la doctrina sobre la definición de recusación

Se denomina recusación al procedimiento o mecanismo que disponen las partes para solicitar que el árbitro o juez abandone su cargo, por considerar que su perfil (profesional e inclusive, personal) carece de idoneidad, independencia e imparcialidad para dirimir el proceso.

Según el Diccionario de la lengua española, recusación es definido como: “Acto tendente a apartar de la intervención de un procedimiento administrativo o judicial a un juez, un testigo o un perito, por su relación con los hechos o con las demás partes”. En efecto, se denomina recusación al procedimiento de iniciativa de parte, por el cual ésta, en un proceso arbitral, solicita que el árbitro abandone el proceso por existir circunstancias suficientes que prueban su falta de independencia e imparcialidad en el proceso. En ese sentido, podemos aseverar que la recusación es un derecho de tienen las partes para asegurar la calificación de un árbitro.

En palabras de Vidal Ramírez la recusación es el 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. (2003, pág. 85)

Siguiendo esa línea, Carlos Matheus López señala que la recusación es un trámite que permite retirar del arbitraje, a un árbitro que no reúne las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad. (2007 , pág. 67)

A su vez, para Mario Castillo Freyre la recusación tiene una razón de ser, la cual, como instrumento jurídico utilizado para restaurar la fe en el proceso, radica en la desconfianza en el administrador de justicia. (2009, pág. 190)

Por su parte, hay académicos que consideran a la recusación no como un derecho, sino más bien como una sanción. *“La recusación es la principal sanción a la exigencia de independencia del árbitro. Asimismo, agregar que la recusación puede ser de dos tipos, a saber, convencional”* (por incumplir con los requisitos que las partes han establecido

en el contrato) o legal. (González de Cossío F. , Independencia, imparcialidad y apariencia de los árbitros)

La recusación es el mecanismo por medio del cual las partes pueden cuestionar la falta de independencia o imparcialidad del árbitro por estar éste involucrado en un conflicto de intereses. La recusación sirve para cuestionar el incumplimiento de los requisitos legales o convenidos por las partes para ser árbitro. (Guzmán-Barrón Sobrevilla, 2017, pág. 196)

Finalmente, en opinión del Organismo Supervisor de la Contrataciones con el Estado - OSCE, la figura de la recusación tiene un rol fiscalizador pues permite establecer, ante causales taxativas establecidas en su plexo normativo, cuándo corresponde y bajo qué circunstancias se debe apartar a un árbitro del conocimiento de un proceso (OSCE, 2011).

En suma, podemos sostener que además de considerar a la recusación como un derecho de las partes o como una sanción a los árbitros, y además de resaltar su naturaleza fiscalizadora o su rol restaurador de la fe en el proceso; la recusación es también un procedimiento propiamente dicho, y algunas veces medianamente complejo.

A diferencia de lo que sucede con un pedido de apartamiento o remoción² que inicia también a pedido de parte, pero que puede culminar en caso el árbitro implicado decida allanarse al pedido, la recusación es el procedimiento que luego de escuchar a todos los participantes implicados en el arbitraje³ puede exigir un pronunciamiento posterior,

² La Ley N° 26572 no regula la posibilidad de solicitar el apartamiento o remoción de los árbitros, mientras que la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 sí lo hace. Su artículo 30 señala lo siguiente: **“Artículo 30.- Remoción.** Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes. (...)”.

Por su parte el artículo 32 del Reglamento de Arbitraje vigente del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP señala: **“Apartamiento y renuncia al cargo de árbitro. Artículo 32.-** Las partes pueden solicitar a los árbitros que se aparten del arbitraje si consideran que existen motivos justificados que así lo ameritan. La Secretaría General traslada dicha solicitud al árbitro por el plazo de tres (3) días para su pronunciamiento. Si el árbitro se allana al pedido, se entenderá que ha renunciado al cargo (...)”.

³ El procedimiento de recusación varía dependiendo del tipo de arbitraje y de las normas aplicables acordadas por las partes. Por ejemplo, mientras que la actual Ley de Arbitraje señala en el literal b) del inciso 2 de su artículo 29: “(...) 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 (...)”. El Reglamento del CARCP PUCP regula un procedimiento donde todas las partes implicadas (la contraparte, el árbitro

ya sea de los árbitros que no han sido recusados o de una instancia superior en caso el arbitraje sea institucional⁴. El pronunciamiento debe respetar el debido proceso y, sobre todo, debe estar debidamente motivado a efectos de resolver si el árbitro no está calificado para ejercer su función.

5.3.2. Resoluciones en arbitraje institucional sobre la materia

La página institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos contiene un listado de recusaciones fundadas emitidas por Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CARC PUCP⁵ que desarrollan de manera prolija la institución de la recusación.

Un ejemplo del referido listado es el pronunciamiento de la Corte a propósito de la recusación interpuesta por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL, proyecto adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el árbitro Fernando Canturías Salaverry, árbitro designado por su contraparte Consorcio Vial Huayllay.

La Corte define la recusación en el fundamento 17 de su pronunciamiento de la siguiente manera:

(...) **Recusación de un árbitro:** La recusación de un árbitro constituye un mecanismo que faculta a las partes en un arbitraje, a solicitar el retiro de aquél árbitro en el que han dejado de depositar su confianza, al surgir, bajo determinadas circunstancias, dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia. Desde luego, las razones para formular la recusación, no pueden obedecer a cuestiones absolutamente discrecionales o mucho menos arbitrarias, por lo que se exige, en cada caso, que se verifiquen previamente determinadas causales que sustenten debidamente la duda justificada o el

recusado e inclusive a los otros miembros del tribunal, en caso sea uno colegiado) disponen más de un momento para manifestar lo conveniente a sus derechos.

⁴ Por ejemplo, mientras que la actual Ley de Arbitraje en el literal c) del inciso 2 de su artículo 29 señala que la recusación culmina en caso el árbitro renuncia al cargo “(...) 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”; el Reglamento del CARC PUCP es el único reglamento de arbitraje institucional que acoge un pronunciamiento de su instancia superior, así el árbitro renuncie luego de ser recusado “(...) d) La Corte de Arbitraje decide sobre la recusación, incluso si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro recusado renunciare. En dichos supuestos, se sustituye al árbitro conforme a los mecanismos acordados por las partes, sin perjuicio de que la Corte de Arbitraje continúe con el trámite de la recusación y emita un pronunciamiento (...)”.

⁵ Ver en <https://www.minjus.gob.pe/lista-de-recusaciones-fundadas-resueltas-por-el-carc-pucp/>

cuestionamiento a la independencia o imparcialidad del árbitro recusado. Dicho mecanismo puede ser utilizado en cualquier momento en un proceso arbitral, ante la existencia de ciertos hechos, inherentes o sobrevinientes al mismo, y cuando la parte recusante perciba que tales hechos pudieran afectar la imparcialidad e independencia con las que se debe conducir el arbitraje.

Otro pronunciamiento de la Corte de Arbitraje del CARC PUCP que vale la pena citar fue el de la recusación interpuesta por PROVIAS NACIONAL contra el árbitro Franz Kundmüller Caminiti, árbitro designado por su contraparte Consorcio Vial Chongoyape. La Corte deja claro en el fundamento 23 y 24 de la resolución que el propósito de la recusación no es sancionar al árbitro, sino que obedece primordialmente a restaurar la confianza de las partes en el proceso arbitral o como señala Mario Castillo Freyre “*restaurar la fe en el proceso*”.

(...) la recusación en un procedimiento arbitral, no tiene como propósito central sancionar al árbitro, sino velar por la prevalencia de valores y principios que sustentan el ejercicio de la función jurisdiccional que cumplen los árbitros. En consecuencia, una decisión que declara fundada una recusación, determinando la separación del árbitro del respectivo proceso arbitral, no constituye en sí misma una sanción, ni atribuye necesariamente algún tipo de inconducta al árbitro separado, al tratarse de una medida adoptada con el objeto de mantener la confianza de las partes en la idoneidad del mecanismo arbitral para resolver sus diferencias.

5.3.3. La recusación materia del presente informe

Del caso, advertimos que el tribunal arbitral integrado por los doctores Osterling, Zapata y Barchi decidieron en fecha 7 de setiembre de 2012 que las dos recusaciones contra los doctores Osterling y Zapata fuesen resueltas por el Juez Especializado en lo Civil de Lima. Al respecto, ¿cómo estimaron que el fuero ordinario sea el encargado? ¿Cuál fue la norma aplicable?

La Ley N° 26572 desarrolla la recusación en los siguientes artículos:

Artículo 28.- Causales de recusación. - Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

(...)

3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Artículo 31º.- Procedimiento de recusación. -

Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el Artículo 23º, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro.

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad.

Contra la resolución que el juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio.

El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.

El procedimiento de recusación iniciado por PORTALIA contra los referidos árbitros goza de especial particularidad, toda vez que, los hechos del caso no calzan en alguno de los supuestos que regula la norma antes citada. En efecto, vemos que en el caso (i) el proceso arbitral está presidido por un tribunal colegiado, (ii) el arbitraje es de tipo *ad hoc* y (iii) la recusación fue interpuesta contra dos árbitros, uno de los cuales era el presidente del tribunal. La norma no regula el procedimiento de recusación en un arbitraje con las características antes descritas, motivo el cual, al evidenciarse una laguna normativa, el tribunal decidió aplicar de manera análoga el artículo 31 de la Ley N° 26572.

La integración jurídica por analogía es el método de integración que se basa en la determinación de la razón de la norma como criterio de la semejanza entre el supuesto de hecho y el hecho ocurrido en la realidad, a fin de atribuir la consecuencia jurídica correspondiente. *“La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia (Rubio Correa, 2009, pág. 264)”*

En ese sentido, debido a que PORTALIA recusó a dos miembros de un tribunal integrado por tres árbitros, y que además el proceso no estaba siendo administrado por institución arbitral; el tribunal arbitral estimó conveniente invocar el primer párrafo del artículo 31 de la antigua ley de arbitraje y señalar que el juez especializado en lo civil era el único órgano colegiado competente para atender el caso.

Mediante la Resolución N° 26 del 7 de setiembre de 2012 el Tribunal Arbitral resuelve: *“1. El incidente de recusación contra los dos árbitros sea resuelto por el Juez Especializado en lo Civil, conforme al trámite indicado en el artículo 23 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. 2. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral”.*

Si bien en ninguna de las instancias judiciales se hizo mención de la aplicación del mencionado método de interpretación jurídica, sino únicamente a la legitimidad del tribunal para determinar y “flexibilizar” la normativa aplicable, considero importante mencionarlo por fines académicos.

Ahora bien, del caso se advierte que luego de la sentencia fundada del juez especializado en lo civil de enero de 2013, tanto los árbitros recusados como la ADMINISTRADORA y el JOCKEY CLUB interpusieron recurso de apelación contra lo resuelto. Finalmente, la sentencia fue confirmada por la Sala Civil Superior en setiembre de 2013.

Cabría preguntarnos lo siguiente: ¿las partes y los árbitros pueden interponer recursos impugnatorios contra la sentencia que resuelve una recusación? De conformidad con el penúltimo párrafo del artículo 31 de la Ley N° 26572: *“(…) Contra la resolución que el Juez, la Institución Organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio (...)”*⁶.

De conformidad con la citada norma, la sentencia de enero de 2013 debió haber finalizado el proceso de recusación; en ese sentido, la Sala Civil Superior debió declarar

⁶ La razón de lo dispuesto podría encontrar sustento en el último párrafo del mismo artículo 31: *“(…) El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral”.* Dado que el procedimiento de recusación de árbitros no interrumpe el curso del proceso arbitral, estimo que el legislador consideró proteger la seguridad jurídica del proceso, de las partes intervinientes y de los sujetos implicados, al no regular una segunda instancia en estos casos, pues de haberlo hecho, podría darse el caso que el procedimiento se pueda extender aún más que el propio proceso arbitral, que, en principio, es caracterizado por su celeridad.

improcedente el recurso de apelación y con mayor razón debió hacerlo la Corte Suprema en un primer momento.

Ahora bien, la Corte Suprema se pronunció en dos oportunidades⁷, de la cuales estoy plenamente de acuerdo con la segunda. En un primer momento, si bien la Corte falló declarando inadmisibles los recursos, lo cual estimo que fue una decisión acertada por lo señalado líneas arriba; erró al declarar nulo todo lo actuado -esto es, el proceso de recusación en instancia judicial- y señalar que el CENTRO era el competente- y no el Juez Civil, toda vez que lo resuelto por el Juzgado Especializado en lo Civil adquirió la autoridad de cosa juzgada.

La garantía de la cosa juzgada, garantía constitucional⁸ para el respeto y buen funcionamiento de todo proceso, es el derecho de toda persona a que el juez que resolvió su controversia no repita el mismo juicio (cosa juzgada formal) o bien, que otro juez posterior invalide lo resuelto por el juez antecesor. *[La garantía de la cosa juzgada] es la prohibición de que jueces posteriores desvirtúen en procesos diferentes aquello que dijo un juez anterior, incurriendo de nuevo en una violación de la prohibición de reiteración de juicios (...)* (Nieva, 2010, pág. 33).

En un segundo momento, y felizmente que lo hubo, la Corte Suprema declaró nula en parte su primera resolución. Solo quedó en vigor el rechazo de plano de los recursos de casación y estipuló que lo resuelto por el Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil y confirmado por la Cuarta Sala Civil Superior adquirió la autoridad de cosa juzgada.

5.4. ¿La Primera Sala Comercial Permanente realiza de manera correcta el fallo de la anulación del laudo arbitral?

Ahora bien, llegado a este punto del presente informe, lo siguiente es determinar si la Corte realizó de manera correcta o no el fallo a favor de PORTALIA. La sentencia de la Primera Sala Comercial Permanente aborda dos puntos centrales; por un lado, los principios de independencia e imparcialidad aplicables al caso, y por el otro, la

⁷ La primera sentencia de fecha 28 de enero de 2014 y la segunda aclaratoria de fecha 14 de marzo del mismo año.

⁸ Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

resolución aclaratoria que reconoció la sentencia sobre la recusación de los árbitros implicados.

En el fundamento décimo, la Corte puntualiza sobre los principios estudiados:

DÉCIMO.- Así pues, completando la idea desarrollada en el fundamento cuarto de esta resolución, es importante mencionar, que otros de los pilares muy importantes en los que se sostiene toda forma de administración de justicia, son los principios de IMPARCIALIDAD e INDEPENDENCIA de los juzgadores, es decir tanto jueces como árbitros se encuentran obligados a proceder conforme a estos parámetros; ello en buena cuenta es así, porque ambos sistemas-*por encima de debates doctrinarios*¹⁷-desarrollan función jurisdiccional de acuerdo al texto del artículo 139.1° de la Constitución Política del Perú.

Más adelante, la Corte asevera que los citados principios están ligados al derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que forma parte del derecho constitucionalmente expreso al debido proceso. Al respecto, considero que la Corte acierta en su afirmación, toda vez que, en todo proceso (ya sea arbitral, judicial u administrativo) todas las personas intervinientes tienen derecho a que las actuaciones se conduzcan con garantías que respeten sus derechos a lo largo de toda la controversia. En el arbitraje, que un árbitro esté calificado para ejercer su función, es una forma que materializa el respeto al derecho a un debido proceso.

La Corte continúa señalando que, al haberse probado mediante sentencia recusatoria la descalificación de los árbitros Osterling y Zapata, éstos se encontraban impedidos de dilucidar la controversia arbitral al carecer de facultades. De esta forma, la Corte se limita a afirmar que los árbitros no podían emitir laudo, pues éstos ya habían sido apartados del proceso mediante sentencia firme.

Así pues, la sentencia de anulación fue respetuosa a su vez con la garantía constitucional de la cosa juzgada, pues no modificó ni amplió los argumentos que motivaron la sentencia que declaró fundada la recusación formulada contra los árbitros. En otras palabras, el presente proceso, luego de verificar los aspectos de su procedencia, solo verificó la existencia de una sentencia firme que comprobó que existieron dudas justificadas sobre la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros comprometidos; decisión que considero también acercada por parte de la Corte.

Finalmente, el segundo punto central de la sentencia importante de mencionar es el momento en que se tuvo en consideración la resolución aclaratoria de la Corte Suprema que resolvió la recusación.

El 2 de diciembre de 2014, la sentencia de la Corte Superior declaró fundado el recurso de anulación e inválido el laudo; no obstante, dispuso que “*previamente a expedir el laudo correspondiente, se debe tener a la vista el pronunciamiento definitivo respecto de la recusación formulada por PORTALIA, expedido por el CARC*”. Es decir, por un lado, dispuso “revivir” el proceso de recusación que había sido resuelto; y por el otro, no tuvo en cuenta la resolución aclaratoria de la Corte Suprema del 14 de marzo de 2014.

Sobre la facultad aclaratoria del juez, el artículo 406 del CPC señala lo siguiente:

Aclaración. -

Artículo 406.- El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable.

De la lectura del citado artículo, se observa que mediante una resolución aclaratoria se busca clarificar un concepto oscuro o dudo expresado en lo resuelto; es decir un aspecto que pueda ser difícil de entender por los interesados. Asimismo, se deja claro que el aclarado no puede modificar el contenido sustancial de la decisión.

Considero que la resolución de la Corte Suprema del 14 de marzo de 2014 no cumple con lo regulado por el CPC, toda vez que no aclaró conceptos dudosos en lo decidido el 28 de enero de 2014, sino en cambio, modificó aspectos fundamentales de la sentencia. En un primer momento declaró nulo el proceso de recusación y que la institución arbitral era la competente para pronunciarse sobre el proceso; y posteriormente, reconoció que el proceso de recusación ya había tenido un pronunciamiento firme con calidad de cosa juzgada.

Si bien estimo que, la última sentencia de la Corte Suprema no se trató de una resolución aclaratoria, no pretendo aseverar que fue una decisión ilegal. El artículo 176 del CPC regula la facultad de los jueces para declarar nulidades de naturaleza insubsanables, por lo que la actuación de la Corte estuvo amparada por dicho artículo.

Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema admitió recuso de casación interpuesto por PORTALIA por los argumentos expuestos en los párrafos anteriores. La Corte amparó la pretensión de la solicitante y resolvió que la Corte Superior emita un nuevo pronunciamiento⁹. De esta manera, cuando el proceso “regresó”, la Corte no solo declaró fundado el recurso de anulación e inválido el laudo, sino que en el resolutivo tercero de la sentencia dispuso que el CARC se encargue de coordinar la recomposición del tribunal arbitral.

5.5. ¿Las partes pueden continuar con el arbitraje al conocer que los árbitros podrían haber vulnerado los principios de independencia e imparcialidad?

El arbitraje a diferencia del proceso judicial, se caracteriza por no ser un proceso estricto o preclusivo, sino que durante todo el proceso se puede permitir cierta flexibilidad que responda a las necesidades de las partes. Es lo que en doctrina arbitral se conoce como el principio de flexibilidad del arbitraje.

El principio de flexibilidad permite que las partes decidan las “reglas de juego”, esto es, que decidan las reglas del arbitraje, bien si están contenidas en la convenio o cláusula arbitral o bien si llegan a un acuerdo posterior. De esta manera, las partes buscan que los procedimientos arbitrales sean flexibles y estén diseñadas según las necesidades de cada caso específico (Born, 2014, pág. 2125).

Cabe precisar que, hablar de flexibilidad en el arbitraje no implica que el proceso se desarrolle de manera desordenada, o, en otras palabras, que las partes puedan presentar escritos y/o medios probatorios en cualquier momento de la controversia -por ejemplo, si ha vencido el plazo que otorgaron los árbitros para presentar una documentación adicional-. En aras de respetar el derecho a un debido proceso, los

⁹ "Artículo 396.- Sentencia fundada y efectos del recurso

(...)

Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del debido proceso del impugnante, la Corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda: 1. Ordena a la Sala Superior que expida una nueva resolución; o

(...)

árbitros son los responsables de dirigir el proceso con probidad y responsabilidad, de modo que las decisiones que otorguen aseguren la equidad entre las partes.

En la práctica arbitral, las partes suelen ponerse de acuerdo en: tipo de arbitraje (ad hoc o institucional), la institución arbitral (en caso se acuerde un arbitraje institucional), la cantidad de árbitros (colegiado o unipersonal), el proceso de nombramiento de árbitros, plazos para presentar los escritos postulatorios, objeciones a medios probatorios, defensas previas, asuntos relacionados a los costos arbitrales (en caso el arbitraje sea de tipo ad hoc), entre otros asuntos.

Ahora bien, cabría preguntarnos si las partes haciendo uso de su autonomía de la voluntad y libre disposición, podrían acordar no objetar el nombramiento o aceptación de árbitros que podrían haber vulnerado los principios de independencia e imparcialidad. Es decir, podría ser el caso que las partes al momento de la suscripción del convenio arbitral – en el caso que lo hubiera- o durante la fijación de las reglas del arbitraje, renuncien a su derecho de objetar a los árbitros designados por su contraparte. O también, podría ser el caso donde luego de conocidas las revelaciones de información del árbitro o árbitros; y habiéndose advertido potenciales conflictivos de intereses, las partes acuerden no poner en tela de juicio la calificación de los árbitros.

Como el caso de una parte que podría estar de acuerdo con el árbitro designado por su contraria, que previamente emitió una opinión previa en una conferencia académica sobre la materia jurídica que versa la *litis*, porque considera que su especialidad será relevante para emitir una buena decisión al momento de resolver.

O bien, las partes podrían estar de acuerdos con árbitros que afirmaron tener vínculos familiares o amicales con los representantes de las partes que los designaron.

De lo expuesto anteriormente, se colige que mientras que exista un acuerdo entre las partes y sobre todo buena fe para alcanzar los objetivos del proceso, las partes sí pueden continuar con el arbitraje si conocen que los árbitros podrían tener una apariencia de parcialidad. El acuerdo de las partes es vital y muchas de las decisiones que se emiten durante el proceso dependen directamente de este aspecto.

5.6. ¿Los miembros del tribunal arbitral trasgredieron el principio de imparcialidad e independencia de los árbitros?

5.6.1. Apuntes históricos sobre el principio de imparcialidad e independencia

Podríamos señalar que la necesidad de calificar a los juzgadores se remonta a los albores de la institución arbitral¹⁰. Hablando de arbitraje comercial propiamente dicho, es recién hasta 1829 con el Código de Comercio de Sainz de Andino –compendio de normas que anteriormente habían sido propias del derecho consuetudinario- que institucionalizó al arbitraje como medio de solución de conflictos entre las relaciones societarias, añadiendo por vez primera su naturaleza obligatoria. Su artículo 324 señala lo siguiente:

Artículo 324: Las partes interesadas los nombrarán en el término que se haya prefijado en la escritura, y en su defecto en el que les señale el tribunal que conozca de las causas mercantiles en aquel territorio. No haciendo el nombramiento dentro del término señalado, y sin necesidad de prórroga alguna, se hará de oficio por la autoridad judicial en las personas que a su juicio sean peritas e imparciales para entender en el negocio que se dispute. (El subrayado es propio).

De esta forma, coincido con Aníbal Quiroga León, quien señala que la práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera adelantada y obligatoria la decisión, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. En efecto, fue con posterioridad con el perfeccionamiento de la organización de la sociedad, que se permitió a los órganos jurisdiccionales encargarse de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno (2017, pág. 50).

5.6.2. Apuntes contemporáneos sobre el principio de imparcialidad e independencia

Las posturas doctrinales contemporáneas sobre el significado de la independencia e imparcialidad en los juzgadores son diversas, no obstante, siguen una línea muy clara entre sí. Por ejemplo, para el árbitro internacional estadounidense John Bishop:

¹⁰ En 1265 cobra importancia la tradición del arbitraje en la Corona de Castilla, hoy España, con la promulgación de las *Siete Partidas* por el rey Alfonso X. En efecto al inicio de la Ley 1 del Título 4 de la Partida Tercera de esta norma se señala: “*Los juzgadores que hacen sus oficios como deben tienen nombre con derecho jueces, que quiere tanto decir como **hombres buenos** que son puestos para mandar y hacer derecho (...)*”. El subrayado es propio. En ese sentido, vemos que esta norma al emplear el adjetivo “buenos” fijaba un estándar ético en la función de los juzgadores.

La independencia se refiere a las relaciones personales o profesionales que puedan tener los candidatos a árbitros con las partes, o los abogados de las partes, con los testigos y con los propios árbitros (...) mientras que la imparcialidad atañe más al objeto de la controversia y guarda poca o ninguna relación con las partes o sus agentes. Un árbitro es imparcial cuando éste posee un buen criterio para decidir el caso de que se trate, aplicando la verdad y justificando los fundamentos de hecho y de derecho que presenten las partes, y desechando cualesquiera otros asuntos que puedan ejercer alguna influencia sobre él (Anzola, 2007, pág. 6).

Para el jurista peruano Carlos Matheus López la noción de independencia corresponde a un carácter objetivo e importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, en relación con los sujetos parciales del arbitraje. En cambio, la imparcialidad es una noción de carácter subjetivo que consiste en no ser parcial o en actuar como prevenido dejándose invadir por opiniones preconcebidas y circunstancias extrañas a las cuestiones planteadas en el proceso (2007 , pág. 304).

Dada la importancia de la independencia e imparcialidad en el arbitraje, éstas se convierten en una declaración que debe cumplir todo árbitro desde el momento que se incorpora al proceso y que debe mantenerse durante el desarrollo del mismo. Así lo estima el árbitro y abogado peruano César Guzmán-Barrón Sobrevilla: “El árbitro tiene la obligación de mantenerse independiente e imparcial durante el arbitraje, así como también tiene la obligación de revelar las circunstancias que puedan poner en duda su independencia o imparcialidad. Estos deberes son aplicables tanto al arbitraje comercial como al arbitraje de contratación pública” (2017, pág. 77).

Ahora bien, ¿un árbitro podría ser independiente pero parcial? o bien ¿un árbitro podría no ser independiente pero sí imparcial?, o, en otras palabras, ¿un árbitro podría tener un calificativo y el otro no? Pues, definitivamente no. Considero que podrían existir muy raras excepciones, pero en la práctica arbitral se considera que el concepto de imparcialidad e independencia son conceptos absolutos e inherentes a la función del árbitro. “(...) o se es completamente independiente e imparcial o no, de lo contrario se llegaría al mismo absurdo que afirmar que ‘se está un poco embarazada’. (...)” (González de Cossío F. , Imparcialidad, 2013, pág. 17).

En la línea de los citados autores, se colige que no es posible hablar de imparcialidad sin independencia: la independencia es condición necesaria de la imparcialidad. La relación estrecha entre estos principios ocasiona que los principios se consideren vitales

en la labor de un árbitro. Una conocida frase del árbitro francés Marc Henry es '*la independencia la que define al arbitraje, sin ella se caricaturiza*'.

Un asunto adicional en este esfuerzo, pero relevante dado su uso recurrente en el ámbito del arbitraje, es sobre el llamado "árbitro de parte". ¿Podríamos dudar de la imparcialidad e independencia de un árbitro cuando es una parte la que designa?, ¿podría verse comprometida la imparcialidad de un árbitro cuando la parte que lo designa es la que paga sus honorarios?

Es lamentable cuando en la práctica arbitral, algunos "árbitros de parte" consideran que deben velar por los intereses de la parte que los designó y, por lo tanto, fallan a su favor; o que de forma errónea la parte y sus abogados consideran que el árbitro designado está bajo sus órdenes y que éste debe velar por sus intereses dentro del tribunal arbitral.

Debido a esto, es que la doctrina arbitral estima a que la nomenclatura de "*arbitro de parte*" no se debe emplear y que en su lugar se debe emplear "*árbitro designado por una de las partes*". El árbitro debe comprender que, al ser designado por una parte no se debe a ésta, sino a la solución de la controversia, esto es, al proceso en sí; motivo por el cual es necesario que declare sobre su imparcialidad e independencia respecto a ambas partes, a fin de que no se dude de su decisión.

La asunción de los gastos arbitrales por una de las partes (que generalmente es la parte demandante) es una circunstancia muy común en los arbitrajes. La parte demandada suele alegar múltiples razones para justificar su negativa de no pagar. Los motivos pueden ser desde uno convencional, pues las partes acordaron que, el que inicie un arbitraje será el responsable de asumir los gastos respectivos; a uno que podemos denominar "estratégico" pues si no paga, la duración del arbitraje se extenderá y podría disponer de más tiempo para preparar su posición en la controversia.

Cualesquiera que sean los motivos, el tribunal incurre en grave error pensando que debe responder al que le está pagando –similar a una relación abogado-cliente-, pues como lo hemos señalado líneas arriba, su responsabilidad es hacia la solución del proceso.

Cabe mencionar que una eventual solución a estas circunstancias, la encontramos en el papel de las instituciones arbitrales, pues a diferencia de lo que pasa en los arbitrajes *ad hoc*, en el arbitraje institucional se dispone de reglamentos que regulan la gestión y

el cobro de los honorarios arbitrales, se establece así intermediarios entre los árbitros y las partes intervinientes.

Ahora bien, estimo que todas las medidas existentes empleadas en la actualidad para asegurar la independencia e imparcialidad en los árbitros, desde las propiamente legales hasta las administrativas, no son suficientes para asegurar su cometido por dos motivos en especial. En primer lugar, no existe un árbitro cien por ciento independiente e imparcial por la sencilla razón que ningún ser humano lo es; y segundo lugar, no existe *a priori* un criterio mensurable para establecer la imparcialidad de estos profesionales.

A lo practicado actualmente para asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros, podrían sumarse ciertas medidas que podrían contribuir más a que las partes confíen más en sus árbitros. Un primer aporte podría hallarse en la creación de una instancia como, por ejemplo, un tribunal de ética, entre las instituciones arbitrales para procesar y eventualmente sancionar a los árbitros que incurran en malas prácticas. De esta forma, se conocerán los antecedentes de los árbitros en todas instituciones y se evitaría que un árbitro participe en una institución, cuando está sancionado en otra.

Un segundo aporte, en cuanto al arbitraje en contrataciones con el Estado, sería en establecer que, el OSCE, en materia arbitral, se encargue únicamente de supervisar a las instituciones arbitrales en lugar de administrar procesos. Actualmente, en solo Lima existen instituciones arbitrales reconocidas por la calidad de sus servicios en administrar arbitrajes con el Estado como los son: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, entre otros. El Estado debería preocuparse por fiscalizar sus funciones, la aplicación de sus reglamentos, directivas, etc., a fin de asegurar el cumplimiento de los derechos de las partes.

Otro aporte importante podría encontrarse en establecer que los árbitros que forman parte de una nómina de árbitros de una institución arbitral, se sometan a un examen psicológico que permita evaluar, por ejemplo, la manera en la que asumen responsabilidades. En la práctica psicológica se emplean *tests de introspección*, los cuales determinan qué tan capaz es la persona de mirarse a sí misma en determinadas circunstancias. Los resultados de los exámenes estarían en custodia de la propia institucional arbitral y ésta podría establecer un protocolo estricto para el acceso a dicha información, dada su naturaleza evidentemente sensible.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial las cortes no han sido ajenas en desarrollar la importancia de los principios de independencia e imparcialidad en la función arbitral. Así, en el considerando décimo de la sentencia materia de la presente investigación se lee: *(...) Otros de los pilares muy importantes en los que se sostiene toda forma de administración de justicia, son los principios de imparcialidad e independencia de los juzgadores, es decir tanto jueces como árbitros se encuentran obligados a proceder conforme a estos parámetros; ello en buena cuenta es así, porque ambos sistemas desarrollan función jurisdiccional de acuerdo al artículo 139.1° de la Constitución Política del Perú.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado en el precedente vinculante contenido en la STC N° 00142-2011-AA/TC que la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no implica que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. Así, el supremo interprete de la Constitución ha establecido que el arbitraje, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuado de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2011). El Tribunal reconoce que los principios estudiados gozan de protección constitucional, fundamentando así su debida observancia entre los actores en un proceso ordinario o arbitral.

Ahora bien, es menester mencionar el concepto de “duda justificada de independencia e imparcialidad”. Dicho concepto ha cobrado vital importancia, toda vez que ante la imposibilidad de tener plena certeza de que un árbitro sea independiente e imparcial, basta únicamente que existan dudas justificables sobre ello, esto es, que existan indicios –por mínimos que sean, para que la partes desconfíen de la calificación del árbitro para emitir decisiones justas. “(Un árbitro) no puede mantener con las partes relación personal, profesional o comercial que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, lo que determinará que deba analizarse cada caso para comprobar así si las circunstancias concurrentes producen o no esa duda justificada de independencia e imparcialidad” (Ruiz Risueño, 2014, pág. 827).

Sobre esa línea, en palabras del árbitro peruano Carlos Soto Coaguila:

En virtud del deber de revelación, los árbitros deben manifestar todos los hechos o circunstancias que pudieran dar lugar a una futura recusación, como por ejemplo, la relación de parentesco o dependencia que pudieran tener con alguna de las partes, la existencia de litigios pendientes o el haber sido abogados o apoderados de alguna de las partes, ostentar determinados cargos públicos, en general, la existencia de circunstancias que pudieran originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia” (2014, pág. 343)

El tratamiento de esta “duda justificada” ha sido desarrollado además por asociaciones internacionales como la International Bar Association – IBA. En efecto la IBA publicó las «Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional» (*The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*) la cual no define propiamente los atributos de independencia e imparcialidad, no obstante, deduce una posición que destaca la importancia de considerar la suficiencia de los indicios o la duda justificada. *“Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes* (2014, pág. 15).

Una célebre decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “De Cubber vs. Bélgica”, de fecha 26 octubre 1984 (Sentencia N° 11, 1984), señaló sobre la importancia de los indicios o las apariencias lo siguiente: “(...) debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados”.

5.6.3. Jurisprudencia nacional

Un caso nacional bastante similar al estudiado, puesto bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tuvo como demandantes a Compas Industrial S.A, Victoria Mabel Razuri Balarezo, Rosana Gloria Monterola Abregu; y como demandado a Construcciones e Inversiones V&E S.A.C.

El 5 de mayo de 2014 la señora Razuri recusa al árbitro Alberto Vásquez, señalando que había participado como árbitro en un arbitraje anterior seguido entre las mismas partes, y que eso generaba dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

El 6 de agosto, el Consejo Superior de Arbitraje declara fundada la recusación planteada contra el doctor Vásquez; sin embargo, el 26 de agosto el doctor Vásquez declara infundada la demanda.

El 12 de marzo de 2015 COMPAS y la señora Monterola interponen recurso de anulación de laudo arbitral¹¹. El 6 de junio de 2017, la Corte Superior resolvió declarar fundada la demanda y en consecuencia invalido el laudo. La Corte estimó que el árbitro hizo caso omiso a la resolución que le impedía seguir conociendo del proceso arbitral, y que se había acreditado que el árbitro había participado como árbitro en un arbitraje anterior seguido entre las mismas partes.

La Sala Superior estimó además que la causal que más se hubiera acomodado para plantear el recurso de anulación contra el laudo, hubiese sido la causal b) de la Ley de Arbitraje vigente¹², no obstante, considerando que la materia era “opinable” y que el hecho concreto estaba claramente identificado; emitió pronunciamiento sobre el cuestionamiento propuesto bajo el “paraguas” de la causal d). Finalmente, señaló que el hecho de que el árbitro recusado no resolvió lo concerniente a su recusación planteada por la señora Razuri dentro del proceso arbitral, sino que decidió excluirla, fueron circunstancias adicionales que generaron dudas justificadas sobre su imparcialidad.

5.6.4. Jurisprudencia internacional

A nivel internacional, un caso interesante, fue el que ocurrió en la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia del 30 de junio de 2011. Los antecedentes de la misma son los siguientes:

El 9 de febrero de 2009, en el marco de un proceso arbitral seguido entre DELFORCA 2008, Sociedad de Valores S.A y el Banco Santander S.A., DELFORCA advirtió la privación de su derecho a un árbitro imparcial e independiente, pues conoció que el Sr. Román, Socio Director del Estudio Garrigues, despacho que asumía la defensa del

¹¹ Los demandantes alegaron que el doctor Vásquez, ya no tenía competencia para emitir ningún laudo, toda vez que la Cámara de Comercio había declarado fundada la recusación.

¹² **Artículo 63.- Causales de anulación.**

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o **no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.** (el subrayado es propio).

Banco Santander, había sido pasante del Presidente del Tribunal Arbitral; en ese sentido recusó a éste, requiriéndole que revelase las relaciones que aún no hubiesen sido conocidas en su deber de revelación. Sin embargo, en fecha 25 de febrero de 2009, la Corte de Arbitraje de Arbitraje de la Cámara de Comercio de España denegó la recusación.

En fechas 3 y 9 de marzo de 2009, DELFORCA presenta sendos escritos en las que se aludió a diferentes páginas Web, a tenor de las cuales, a criterio, se ponían de manifiesto la relación entre el Presidente del Tribunal Arbitral y el Banco Santander.

Ante ello, el árbitro recusado reconoció y explicó la relación con el Sr. Román, con un centro de estudios y la relación laboral que mantuvo su hija con el Banco Santander. En ese sentido, DELFORCA volvió a plantear recusación del árbitro mediante escrito de fecha 27 de abril de 2009; no obstante, la Corte nuevamente denegó la recusación.

Luego de emitirse el laudo arbitral en fecha 12 mayo de 2009, declarando infundadas las pretensiones de DELFORCA, éste formula Recurso de Anulación (Nulidad de Laudo Arbitral 3/2009) ante la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid. Luego de dos años de duración del proceso, mediante la sentencia de fecha 30 de junio de 2011, la Audiencia declaró fundado dicho recurso de anulación de laudo. La Corte estimó que se había vulnerado el derecho al Juez Imparcial reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

La Audiencia estimó que, el árbitro presidente recusado tuvo una relación de amistad con diversos miembros del despacho que desarrollaba a defensa del Banco Santander. En efecto, del informe presentado se evidenció que: (i) el yerno del árbitro recusado trabajaba en el despacho Garrigues, (ii) el árbitro recusado había elaborado informes profesionales para dicho estudio en razón de su relación de amistad con algunos integrantes de dicho despacho, (iii) el árbitro recusado era integrante del Consejo Asesor del Máster en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues, empresa de personalidad jurídica distinta, pero vinculado con el despacho del mismo; y (iv) el Sr. Román había trabajado en el despacho del árbitro recusado, y si bien se señaló que dicho trabajo cesó en 1980, el abogado reconoció que mantiene una relación de “buena amistad” con el profesional recusado.

La Audiencia Provincial estimó que las circunstancias señaladas si se apreciaban aisladamente no llevaban a estimar que exista causa de recusación, no obstante,

apreciadas en su conjunto y poniéndolas en relación con las mencionadas relaciones del árbitro con el despacho que defendía los intereses del Banco, incrementaron el sustento y fundamento en las dudas sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro.

En ese sentido, la Sala fundamentó que se apreció la existencia de relaciones y situaciones que fueron válidas, para privar a la parte recusante de su derecho a un juez imparcial, en los términos en que la doctrina del Tribunal Constitucional español así lo establece, esto es, en el sentido de que solo basta la existencia de circunstancias que, desde el punto de vista formal, permitan cuestionar fundadamente la imparcialidad e independencia del árbitro.

Finalmente, la Audiencia señaló como agravante el hecho que desde un inicio el árbitro recusado no les hizo saber a las partes las circunstancias de sus relaciones con el Banco y con sus abogados defensores, pues esto fue recién puesto de manifiesto a causa de la iniciativa del demandante.

Otro caso particular fue resuelto en la Corte de Apelaciones de Reims el 2 de noviembre de 2011, la Corte declaró fundado el recurso de anulación de laudo interpuesto por J&P Avax contra lo resuelto en la Cámara de Comercio Internacional el 10 de diciembre de 2007, siendo la Société Tecnimont S.P.A. el demandado.

La Corte estimó que existió duda razonable sobre las cualidades de imparcialidad e independencia del árbitro presidente del tribunal. Se comprobó que la firma de abogados en la cual laboraba (Jones Day) había patrocinado y trabajado informes para la empresa demandada y sus filiales, lo cual no fue revelado durante el proceso.

Cabe mencionar que, la defensa señaló que el árbitro no tenía la obligación de informar algo que ignoraba, pues la firma en sí había patrocinado a una empresa que recién había sido incorporada al mismo grupo económico de la empresa demandada. Sin embargo, la Corte consideró que el árbitro tenía el deber de informar de forma completa.

(...) que no ha sido seriamente contradicho que la firma Jones Day, actuando principalmente por medio de sus oficinas de París donde trabaja el señor árbitro, contó entre sus clientes durante el procedimiento arbitral con la sociedad Tecnimont, su filial Sofregaz y sus diferentes sociedades matrices, Edison y EDF, el hecho que el señor árbitro no haya, según la sociedad Tecnimont, sido informado de la existencia de estas restructuraciones de capital ni de la brevedad de la toma de control de Tecnimont por EDF siendo indiferente en la medida en la que la sociedad Tecnimont no ha dejado nunca

de ser filial de un grupo cliente; Que la falta de información a la sociedad Avax sobre estos hechos, seguida de una información incompleta y destilada de esta, es susceptible de hacer dudar razonablemente de la independencia del señor árbitro y conduce a anular la Sentencia del 10 de diciembre de 2007.

La Corte de Apelaciones de Reims resolvió otro caso significativo el 14 de octubre de 2014. El proceso se trató del recurso de anulación de laudo interpuesto por *Auto-Guadeloupe Investissements –AGI* contra lo resuelto en el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de Barbados el 22 de marzo de 2011, siendo *Caribbean Fiber Holdings LP* el demandado¹³.

AGI alegó principalmente la irregularidad en la composición del tribunal arbitral y una infracción al orden público internacional, toda vez de que el árbitro único no había revelado el presunto vínculo entre el despacho de abogados al que estaba asociado con empresas que formaban parte del grupo empresarial de la parte demandada.

Caribbean Fiber señaló que las relaciones del despacho de abogados al que pertenecía el árbitro único eran sociedades vinculadas muy indirectamente a ella y que inclusive no eran de su mismo giro de negocio. Por otro lado, aseveró que las relaciones de este despacho con una de las empresas –Leucadia National Corporation- ya habían sido reveladas por el árbitro y que, en todo caso, eran de dominio público por haberse publicado en el sitio web de dicho despacho.

La Corte de Apelaciones de Reims declaró fundado el recurso de anulación toda vez que

(...) contrariamente a lo que dejaba entender la declaración de independencia del árbitro único, cuando el procedimiento arbitral estaba ya en curso, tres abogados de su despacho prestaron su asistencia a Leucadia en una operación que el despacho consideraba como algo digno de publicación; la naturaleza de tales circunstancias, que AGI ignoraba cuando se designó al árbitro único, sembraron en el espíritu de esta parte una duda razonable en cuanto a la independencia e imparcialidad del árbitro.

Finalmente, otro caso particular fue resuelto en la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial de Santo Domingo el 26 de agosto de 2016. La Sala declaró fundado el recurso de anulación de laudo interpuesto por la Estación de Servicios Esso On The Boulevard S.R.L. contra lo resuelto en el Centro de Resolución Alternativa de

¹³ Cabe mencionar que el laudo fue revestido del executur mediante auto del delegado del presidente del *Tribunal de Grande Instance* de París en fecha 20 junio 2013.

Controversias de la Cámara de Comercio de Santo Domingo en enero de 2016, siendo Esso República Dominicana S.R.L. la parte demandada.

En el proceso se probó que el árbitro presidente incumplió con su deber de revelación, pues no puso a disposición de las partes la información del vínculo que había entre la firma de abogados en la que laboraba y la empresa matriz de la demandada (Exxon Mobil Corporation).

Ahora bien, el árbitro firmó una declaración de imparcialidad e independencia como parte del procedimiento regular, además la parte demandada alegó que era de dominio público que Exxon Mobil Corporation ya no era accionista de Esso República Dominicana S.R.L. a la fecha en que el árbitro había sido designado; sin embargo, la Corte estimó que el árbitro no tuvo en cuenta las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, norma a la que se habían sometido las partes¹⁴.

El punto 3.1. del Lista Naranja de esta norma establece que es deber y obligación del árbitro revelar si dentro de los tres años anteriores al caso, el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial en otro asunto independiente de la causa.

(...) Esta Corte ha evidenciado que si bien es cierto que la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo en virtud del desacuerdo de los árbitros y en cumplimiento de las disposiciones de su Reglamento Arbitral, designó al licenciado Stephan Adell como árbitro presidente del tribunal que conoció del caso que nos ocupa, otorgando a las partes un plazo de 15 días francos para que éstas presenten su aceptación o recusación en cuanto a la elección del mismo como árbitro presidente, siendo éste aceptado por las partes, no menos cierto es que el licenciado Adell no puso en conocimiento a las partes envueltas en el proceso de la vinculación existente entre la firma para la que labora y la razón social Exxon Mobil, la cual tenía una sociedad con la entonces demandante, Esso República Dominicana, S.R.L., lo que se traduce en una falta de información por parte de éste, toda vez que la finalidad de informar a las partes acerca este tipo de situaciones es que las mismas puedan realizar averiguaciones adicionales para que no exista duda acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

¹⁴ Estas estaban insertadas en las normas complementarias al Reglamento de Arbitraje del CRC

5.6.5. La calificación de los árbitros materia del presente informe

De los hechos del caso, se advierte que el tribunal arbitral fue reconstituido por los abogados Luciano Barchi Velaochaga (árbitro designado por la ADMINISTRADORA), Alfredo Zapata Velasco (árbitro designado por el JOCKEY CLUB) y Madeleine Osterling Letts (presidenta del tribunal designada por los árbitros). La ADMINISTRADORA informa a PORTALIA sobre las designaciones y aceptaciones de los árbitros, mediante escritos de fechas 6 de febrero, 15 de marzo y 3 de mayo de 2012; y el CENTRO informa a PORTALIA sobre la reconstitución del tribunal arbitral, mediante escrito notificado en fecha 10 de mayo de 2012.

Los miembros del tribunal informaron en sus escritos que no tenían conflicto de intereses con ninguna de las partes, esto es, que no habían participado en ningún proceso judicial o arbitral como árbitro o abogado de parte, ni que tenían negocios o asuntos personales con algunas de las partes.

Los artículos que regulan la independencia e imparcialidad de los árbitros en la Ley de Arbitraje, Ley N° 26572¹⁵, son los siguientes:

Artículo 18.- Disposición general. - Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción (...).

Artículo 29.- Obligación de informar y dispensa. - 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.

Los artículos citados de la norma peruana regulan el deber de todo árbitro de mantenerse imparcial e independiente a lo largo del todo el proceso y para ello, es de suma importancia que el profesional designado revele todas las circunstancias que pueda descalificarlo como árbitro. Asimismo, la antigua ley de arbitraje no solo

¹⁵ El convenio arbitral está contenido en la Cláusula Décima Octava del Contrato de Compra-Venta de fecha 21 de septiembre de 2000, por lo que resulta aplicable la Ley de Arbitraje, Ley N° 26572.

contempla que el árbitro debe revelar, sino que debe hacerlo sin demora, bajo pena de responder por daños y perjuicios que originen su omisión.

Cuando un árbitro cumple oportunamente con su deber de revelación, evita lo que algunos autores denominan “apariencia de parcialidad”, esto es, “(...) *circunstancias que puedan hacerle pensar a una persona razonable que, desconociendo el estado mental del árbitro, pudiere considerar que existe dependencia por parte del mismo (...)*” (González de Cossío F. , 2002)”. Asimismo, un árbitro queda “protegido” pues queda en una situación cómoda ante cualquier eventual recusación en su contra o pedido de nulidad del laudo arbitral que emita.

Queda claro pues, que el revelar oportunamente obedece a lo afirmado en párrafos anteriores, pues no solo basta que el árbitro sea imparcial e independiente, sino que debe parecerlo, y hacerlo no solo es positivo para el proceso arbitral en sí, sino que también contribuye a reforzar la confianza de las partes.

Del caso se observa que, los miembros del tribunal ampliaron su deber de revelación a solicitud de PORTALIA. El escrito presentado por el árbitro Barchi de fecha 9 de julio de 2012 señaló lo siguiente:

No he asesorado profesionalmente, ni directa ni indirectamente, a ninguna de las partes.

Que en los últimos años he pertenecido a dos Estudios de Abogados: 1) Del 2 de mayo de 2005 al 30 de septiembre de 2010 al Estudio Grau y 2) Del 1 de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2011 al Estudio Osterling. Que de acuerdo a lo informado por el Estudio Grau, éstos no han asesorado a ninguna de las partes. Respecto al Estudio Osterling, se me informó que ninguna de las partes es cliente

del Estudio, pero que en agosto-septiembre de 2011, Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. solicitó al Dr. Felipe Osterling Parodi una opinión legal respecto a una operación de Leasing inmobiliario modalidad construcción.

No mantengo relación de amistad íntima con ninguna de las partes. Que conozco al Dr. José Enrique Palma Navea y al Dr. Christian Funcke Ciriani pues somos egresados de la Universidad de Lima, aunque no pertenecemos a la misma promoción. Asimismo, conozco a la Dra. Margaret Burns Olivares por cuestiones profesionales cuando el suscrito pertenecía al Estudio Grau. Con ninguno de ellos mantengo frecuencia en el trato.

Debo señalar que no he asesorado profesionalmente a los representantes de las partes acreditados en el presente proceso. Desconozco si han sido clientes de los Estudios de Abogados a los cuales he pertenecido.

Que he tenido acceso a la página web del Jockey Club del Perú (desconozco si está actualizada) para conocer quiénes son miembros de su Consejo Directivo y a sus Directores. Debo declarar que no conozco a ninguno de ellos. Desconozco si han sido clientes de los Estudios de Abogados a los cuales he pertenecido.

Respecto a los socios del Jockey Club del Perú he tenido acceso a un listado que consta en el expediente (no sé si esa lista está actualizada). Si bien conozco algunas de las personas ahí mencionadas, no tengo relación de amistad ni frecuencia en el trato con ellas. Entre quienes aparecen en dicho listado, debo hacer mención especial en el caso del Dr. Felipe Osterling Parodi, en cuyo estudio trabajé del 1 de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2011. Del Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima donde dicté clases hasta julio del 2011. Del Almirante Luis Giampietri Rojas de cuya hija mi madre es madrina de bautizo. Respecto de ellos declaro que, no obstante el aprecio personal que les tengo, no tengo frecuencia en el trato. Ninguno de ellos me ha contactado (y conociendo sus calidades personales estoy seguro que nunca lo harían) con relación al presente proceso arbitral.

Desconozco si los socios del Jockey Club del Perú han sido clientes de los Estudios de Abogados a los cuales he pertenecido.

No he asesorado profesionalmente, ni directa ni indirectamente, a ninguno de los miembros del Directorio de Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., ni a sus accionistas. Desconozco si éstos han sido clientes de los Estudios de Abogados a los cuales he pertenecido.

El escrito presentado por el árbitro Zapata de fecha 18 de julio de 2012 señaló lo siguiente:

1. No he asesorado profesionalmente ni directa ni indirectamente a ninguna de las partes.
2. Durante los últimos 8 años he trabajado en el Estudio Muñiz Abogados. De acuerdo a la documentación que obra en archivos del estudio, no se ha brindado asesoría en ninguna materia al Jockey Club del Perú y respecto a Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. se le brindó asesoría en operaciones de Precios de Transferencia a través de su vinculada Muñiz Transfer Prizing durante los años 2008, 2009 y 2010, asimismo respecto a esta última, durante el mes de diciembre del año 2010 hasta marzo del año 2011 se le brindó servicios de capacitación respecto del Código de Protección al Consumidor.

3. No mantengo relación de amistad con ninguna de las partes, sus representantes o abogados ni los he asesorado profesionalmente.

Respecto de los socios del Jockey Club del Perú con los que guardo relación familiar cumplo con mencionar lo siguiente:

1. Gastón Zapata de la Flor, mi padre.
2. Gastón Zapata Velasco, mi hermano.

Respecto de otros socios, al igual que mis coárbitros, señalo que he revisado la lista de socios que obra en el expediente pudiendo informar lo siguiente:

1. Eduardo Roe Battistini, compañero de estudios del colegio Champagnat en los años 1963 y 1964.
2. Oswaldo Hundskopf Exebio, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
3. Felipe Osterling Parodi, catedrático del Curso de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Respecto de ellos declaro que ninguno me ha contactado en relación al presente proceso arbitral.

El escrito presentado por la árbitra Osterling de fecha 11 de julio de 2012 señaló lo siguiente:

1. No he brindado asesoría profesional ni directa ni indirectamente a ninguna de las partes.
2. Durante los últimos 10 años he laborado en la empresa de telecomunicaciones celulares BellSouth Peru S.A. y posteriormente en la empresa Telefonica Móviles S. A., ejerciendo el cargo de Directora de Asuntos Legales en ambas empresas hasta el 31 de diciembre de 2011. En el mes de enero de 2012 me he reincorporado al Estudio Osterling S.C. en el área minera y de medio ambiente.

Al igual que lo expresado por el Dr. Luciano Barchi, tengo conocimiento que ninguna de las partes es cliente del Estudio Osterling S.C. pero que en los meses de agosto – setiembre de 2011, Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. solicitó a mi padre, el Dr. Felipe Osterling Parodi, una opinión legal respecto de una operación de Leasing inmobiliaria en la modalidad de construcción, opinión legal que fue suscrita por los doctores Osterling y del Castillo, ambos abogados del Estudio.

3. No mantengo relación de amistad con ninguna de las partes, sus representantes o abogados, salvo con la Dra. Margaret Burns, compañera de promoción de la Universidad Católica, a la que sin embargo no frecuento.

Respecto a los socios del Jockey Club del Perú, al igual que el Dr. Luciano Barchi, he revisado la lista de socios que obra en el expediente, respecto de lo cual cumpla con mencionar lo siguiente:

Guardo relación familiar con los siguientes socios:

- a) Felipe Osterling Parodi - mi padre.
- b) Eduardo Roe Battistini, pariente de mi padre, casado con Elisa Alvarado, compañera de clase del colegio Villa María.
- c) Carlos Roe Battistini, pariente de mi padre.
- d) Ricardo Rizo Patrón de la Piedra casado con mi amiga Luz María Olaechea Álvarez Calderón, padre de Fátima Rizo Patrón Olaechea, casada con mi primo hermano Andrés Bayly Letts

Guardo relación de amistad con los siguientes socios:

- a) Luis Arias Grazziani padre de la señora María Elena Arias Rose, administradora del Estudio Osterling S.C. y compañera de clase del colegio Villa María.
- b) Antonia Bellido Tagle de Arizmendi, madre de Cristina Arizmendi Bellido Tagle, íntima amiga de mi hija María Cristina Rojas Osterling y socia de Grupo Privado de Inversiones, empresa en la que practica mi hijo Sebastian Rojas Osterling.
- c) José Soyer Nash – íntimo amigo de mi tío Roberto Letts Colmenares, a quien conozco desde la infancia.
- d) Jorge Nebel Helguero, íntimo amigo de mi padre, a quien conozco desde la infancia.
- e) Alfonso Prado Montero casado con Yolanda Ferrero Costa, amigos de la familia.
- f) Alfredo Gastañeta Alayza, abogado del Estudio García Sayán, asesor externo de Volcan Compañía Minera S.A.A., empresa en la que mi familia tiene una participación significativa.
- g) Oscar Gastañeta Alayza, abogado del Estudio García Sayán, asesor externo de Volcan Compañía Minera S.A.A., empresa en la que mi familia tiene una participación significativa.
- h) Víctor de la Torre de la Piedra.
- i) Oswaldo Hundskopf Exebio.
- j) Liliana Checa Yabar.

Conozco a varios otros socios de nombre o referencia, sin embargo no guardo ningún tipo de relación personal o profesional con ellos que amerite ser declarada expresamente.

Finalmente, he revisado el Comprobante de Información Registrada ante SUNAT de Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y estoy en condiciones de afirmar que no he prestado asesoría profesional, ni directa ni indirectamente, a ninguno de los representantes legales u otras personas vinculadas que figuran inscritos ante SUNAT, ni a los miembros del Directorio, ni a sus accionistas y no tengo conocimiento si estos han sido clientes del Estudio Osterling S.C..

Con la información proporcionada por los mismos árbitros, PORTALIA recusó a los árbitros Osterling y Zapata, por considerar que habrían mantenido algunas relaciones con la parte demandada, y que no habrían sido declaradas al momento de aceptar el cargo ni en la ampliación de la declaración jurada que los árbitros voluntariamente presentaron.

Luego de que el tribunal arbitral resolvió que la recusación sea resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, PORTALIA interpuso demanda de recusación ante el Trigésimo Tercer Juzgado Especializado, la cual fue declarada fundada la demanda y confirmada por la Cuarta Sala Civil Superior el 19 de setiembre de 2013.

Los fundamentos que desarrolla el Trigésimo Tercer Juzgado Especializado son similares a los que motivan lo resuelto por la Cuarta Sala Civil Superior. Ambas instancias judiciales señalaron que se había comprobado lo siguiente:

a) Sobre la señora presidenta Madeleine Osterling:

- Durante agosto y septiembre de 2011, dos abogados del estudio donde ella era socia, brindaron asesoría a ADMINISTRADORA por una operación de leasing.
- Su padre era socio del JOCKEY CLUB.
- Es pariente de los señores Carlos Roe Battistini y Eduardo Roe Battistini.
- Es amiga del doctor Oscar Gastañeta Alayza, socio del Estudio García Sayán, que ha asesorado al JOCKEY CLUB, en temas relacionados con las controversias suscitadas por PORTALIA.

b) Sobre el señor árbitro Alfredo Zapata Velasco:

- Durante los años 2008 a 2010 a través del Estudio Muñiz, el estudio de abogados del cual el doctor Zapata es asociado, brindó asesoría a la ADMINISTRADORA por operaciones de precios de transferencia.
- Durante diciembre de 2010 a marzo de 2011, a través del Estudio Muñiz, brindó asesoría a la ADMINISTRADORA sobre el Código de Protección al Consumidor.
- El padre y un hermano del doctor Zapata son socios del JOCKEY CLUB.
- El señor Eduardo Roe Battistini es compañero de estudios del colegio Champagnat.

En ese sentido, la Corte consideró que los árbitros cometieron actos que produjeron la disminución de la confianza de la parte recurrente, en tanto los árbitros (i) presentaron sus revelaciones de información de manera posterior al momento en que comunicaron sus aceptaciones, y (ii) las revelaciones fueron a pedido de PORTALIA y no por iniciativa propia.

Fundamento sexto de la Resolución N° 6 del 25 de enero de 2013:

Este juzgado considera que el hecho de que los árbitros recusados, no hayan brindado información considerada relevante para la demandante, como la expuesta por ésta y que solo lo hayan comunicado cuando se les ha requerido por la demandante, merma la confianza en su designación como árbitros.

Considero que si bien, los doctores Osterling y Zapata afirmaron mantener y/o que habían mantenido relaciones profesionales y personales con las partes y con sujetos vinculados, estas declaraciones no son concluyentes si son valoradas por separado. Las relaciones profesionales y académicas que puede tener un profesional en Derecho pueden ser diversas y el círculo o “mundo” de los profesionales especializados en arbitraje puede ser pequeño; en consecuencia, las partes muchas veces optan por designar profesionales “del mismo círculo”, debido a que estiman el trabajo y experiencia de estos abogados.

En cuanto a las relaciones personales, va depender mucho de qué tan próximas son las partes o los sujetos vinculados a las mismas. Por ejemplo, creo que no habría dudas sobre la dependencia y parcialidad de un árbitro, si es padre del gerente general de una empresa demandante. En ese sentido, vemos que las relaciones personales de los árbitros del caso no tienen el mismo grado que el ejemplo propuesto.

Del caso estimo que, la Corte valoró de forma conjunta toda la información ofrecida y eso fue lo que generó aún más la duda sobre la calificación de los árbitros. No obstante, la Corte deja claro, lo que considero determinante para haber dudado de la independencia e imparcialidad de los árbitros recusados, a saber, la oportunidad en que los árbitros revelaron toda la información a los participantes del arbitraje.

Fueron dos las actuaciones arbitrales que debieron evitarse para favorecer la calificación de los referidos árbitros. Por un lado, el no haberle participado a PORTALIA la designación conjunta del abogado Luciano Barchi; y por el otro, no haber informado de una forma amplia todos los vínculos con los participantes del arbitraje desde el momento de las aceptaciones al encargo, por parte de los árbitros.

En primer lugar, PORTALIA no participó de la designación del árbitro Luciano Barchi, nombrado por la ADMINISTRADORA. En efecto, la ADMINISTRADORA mediante carta

de fecha 6 de febrero de 2012 y notificada en la misma fecha dirigida a PORTALIA, informó lo siguiente:

Lima, 6 de Febrero de 2012

Señores
PORTALIA S.A.
Av. Arequipa No.2327
Lince.-

Atención.- Dr. Jaime Checa Callegari
Apoderado

RECIBIDO
NO SEÑAL DE CONFORMIDAD
2012 FEB - 6 PM 3:06
NANCY CASILLAS / RE INE
EJECUTIVO COMERCIAL
CON SE. ORIGINAL

De nuestra consideración:

Por medio de la presente nos es grato saludarlos y al mismo tiempo enviarles copia de la comunicación que nuestra empresa ha remitido al Jockey Club del Perú con relación al proceso arbitral en el que su representada ha sido integrada como litis consorte necesario, en la cual designamos como árbitro al Dr. Luciano Barchi Velaochaga y requerimos a dicha institución a los efectos que cumplan con designar al árbitro que le corresponde.

Tan pronto recibamos respuesta a la comunicación antes indicada la pondremos en vuestro conocimiento.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente;

ADMINISTRADORA JOCKEY PLAZA SHOPPING CENTER S.A.

De la revisión del escrito anterior, se advierte que la ADMINISTRADORA solo informó la designación del árbitro Barchi. Asimismo, en escritos posteriores, la ADMINISTRADORA solo se limitó a informar de cómo se desarrollaba la conformación del tribunal arbitral. Mediante escrito del 15 de marzo de 2012, la parte solo informó a PORTALIA que solicitaron al árbitro Barchi que proceda con la designación del presidente, por lo que no se evidenció coordinación alguna.

PORTALIA como participante del arbitraje en calidad de parte demandante, al igual que la ADMINISTRADORA, tenía el derecho de participar en la designación del árbitro que iba a formar parte del tribunal arbitral colegiado¹⁶.

Al no haberse involucrado PORTALIA en el procedimiento de designación de los miembros del tribunal, afectó de alguna forma su confianza en la labor de estos profesionales. En un proceso arbitral, al momento que las partes designan a los árbitros

¹⁶ Si bien es cierto que, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta, ordenó únicamente que se emplace con la demanda a PORTALIA; luego de esto la accionante recusó a los primeros miembros del tribunal y habiendo renunciados éstos, estimo que fueron motivos suficientes para que la ADMINISTRADORA considere conveniente coordinar con PORTALIA la designación del nuevo árbitro.

encargados de solucionar su controversia, consideran el valor confianza como un aspecto relevante que el árbitro debe de poseer, motivo por el cual, cuando se involucran en sus designaciones, deben comunicar a los árbitros lo que esperan de ellos, a saber, que tengan aptitudes, disponibilidad de tiempo y, sobre todo, que no tengan conflictos de intereses.

En segundo lugar, los árbitros Osterling y Zapata no informaron de una forma amplia todos los vínculos con los participantes del arbitraje desde el momento que fueron conocidas sus aceptaciones. Al respecto, de la revisión del expediente, se advierten las cartas presentadas por la árbitra Osterling del 20 de abril de 2012, por las cuales informó lo siguiente:

Estimados señores:

Acuso recibo de la comunicación de 19 de los corrientes, enviada por los doctores Alfredo Zapata Velasco y Luciano Barchi Velaochaga, árbitros designados para conocer la controversia suscitada entre Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y el Jockey Club del Perú, mediante la cual ponen en mi conocimiento que he sido designada como Presidenta del Tribunal Arbitral correspondiente.

Por la presente, me es grato confirmar mi aceptación al mencionado cargo de Presidenta del Tribunal Arbitral, función que cumpliré con objetividad, imparcialidad e independencia.

Asimismo, deseo informar que no he participado en ningún proceso judicial o arbitral como árbitro o abogado de parte, en el cual hayan intervenido Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y el Jockey Club del Perú, ni tengo negocios o asuntos personales con las citadas sociedades, por lo que no tengo incompatibilidad para actuar como Presidenta del Tribunal Arbitral.

Finalmente, procederé a informar mi aceptación como Presidenta del Tribunal Arbitral a los árbitros designados, doctores Alfredo Zapata Velasco y Luciano Barchi Velaochaga, así como al Jockey Club del Perú, en los domicilios indicados en su carta.

Sin otro particular, me despido.

Muy atentamente,


Madeleine Osterling Letts

En efecto, vemos que la referida árbitra señaló únicamente no tener “(...) *negocios o asuntos personales con las citadas sociedades* (...)” y no detalló a las partes la información que posteriormente declaró mediante su carta del 11 de julio de 2012, a pedido de PORTALIA.

En la práctica arbitral, es recurrente que los árbitros al momento que informan su aceptación a las propuestas de las partes, informan por escrito todos los vínculos o situaciones¹⁷ que pudieran generar apariencia de parcialidad. Esto es lo que se conoce como ampliación de revelación o ampliación de deber de revelación o *disclosure*; actuación que es de suma importancia no solo porque obedece a un mandato legal¹⁸, sino que favorece la confianza y calificación de los árbitros frente a las partes.

Finalmente, otra cuestión, no abordada en las sentencias, pero también relevante, es la referida a la “fuerza” de los escritos presentados por los árbitros cuestionados, lo que evidentemente generó la suficiente convicción en los jueces para resolver a favor de PORTALIA. En efecto, de acuerdo a la teoría del razonamiento probatorio, los documentos poseen mayor eficacia probatoria, debido a que se encuentran a mayor proximidad al juez; a diferencia, por ejemplo, de una prueba testimonial o una pericia, que demandan al juez una labor interpretativa. *“En la prueba por representación, el documento es el más eficaz, porque el intermediario queda reducido tan solo a la conversión del hecho en cosa; pero esa conversión se realiza normalmente con deliberada atención y los documentos se redactan con el propósito de que reproduzcan con la mayor exactitud posible lo que se desea representar”* (Couture, 1958, págs. 218, 219).

Por tanto, en vista de lo abordado en los párrafos anteriores, considero que los señores árbitros Osterling y Zapata, miembros del tribunal arbitral sí trasgredieron el principio de imparcialidad e independencia de los árbitros, toda vez que (i) no cumplieron oportunamente con su deber de revelación y (ii) de la evaluación conjunta de lo revelado, se comprobó que existió duda justificable en torno a las garantías de sus calificaciones.

¹⁷ Relaciones personales, profesionales, académicas con las partes, participaciones en otros procesos arbitrales donde participen algunas de las partes y/o sus coárbitros, entre los principalmente revelado.

¹⁸ Artículo 29 de la Ley N° 26572, ley aplicable al arbitraje del caso.

VII. CONCLUSIONES

1. La justificación de la sentencia responde a la importancia del arbitraje en el contexto nacional actual. El Perú es el único país en la región que obliga por ley a las partes a someter sus controversias originadas de contratos con el Estado a arbitraje; no obstante, es un país donde se percibe que la corrupción influye mucho su sociedad. Debido a esto es necesario reflexionar un poco si el derecho a disponer un árbitro calificado está siendo respetado.
2. La primera norma sobre arbitraje comercial internacional se remonta a 1829 con el Código de Comercio de Sainz de Andino, compendio de normas que anteriormente habían sido propias del derecho consuetudinario, el cual que institucionalizó al arbitraje como medio de solución de conflictos entre las relaciones societarias, añadiendo por vez primera su naturaleza obligatoria.
3. Según Quiroga León, el arbitraje, esto es la práctica de someter el conflicto a otra persona, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. Los órganos jurisdiccionales se encargaron de impartir justicia luego de un proceso largo organización de las sociedades.
4. Hablar de la independencia del árbitro es hablar de un carácter objetivo e importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, en relación con los sujetos parciales del arbitraje; mientras que la imparcialidad es una noción de carácter subjetivo que consiste en no ser parcial o en actuar como prevenido.
5. La manera por la cual un árbitro despeja dudas respecto a su independencia e imparcialidad es mediante una declaración que debe revelar todas las circunstancias que puedan hacer desconfiar a las partes respecto de su calificación. Es obligación de los árbitros presentar dicha declaración cuando estime que es necesario revelar circunstancias que podrían estar vinculadas al proceso.

6. No existe consenso en la doctrina arbitral sobre si los principios de independencia e imparcialidad son independientes entre sí. Muchos autores señalan que no es posible hablar de imparcialidad sin independencia, es decir que la independencia es condición necesaria de la imparcialidad.
7. El Tribunal Constitucional ha señalado que el arbitraje debe observar los principios constitucionales de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, es decir el arbitraje no se encuentra exceptuado de observar todas las garantías que componen el derecho al debido proceso.
8. Se entiende que existe una *duda justificada* en la independencia e imparcialidad del árbitro, cuando éste no manifiesta todos los hechos o circunstancias que pudieran dar lugar a una futura recusación como, por ejemplo, la relación de parentesco o dependencia que pudieran tener con alguna de las partes, la existencia de litigios pendientes o el haber sido abogados o apoderados de alguna de las partes.
9. Se entiende por recusación al procedimiento de iniciativa de parte, donde ésta solicita al árbitro abandone el proceso por existir circunstancias suficientes que prueban su falta de independencia e imparcialidad en el proceso. Algunos autores consideran a la recusación como el derecho que tienen las partes para asegurar la calificación de un árbitro. Otros autores, consideran más bien a la recusación como una sanción por la falta de su independencia e imparcialidad.
10. La garantía de la cosa juzgada, garantía constitucional para el respeto y buen funcionamiento de todo proceso, es el derecho de toda persona a que el juez que resolvió su controversia no repita el mismo juicio (cosa juzgada formal) o bien, que otro juez posterior invalide lo resuelto por el juez antecesor.
11. El principio de flexibilidad permite que las partes decidan las “reglas de juego”, esto es, que decidan las reglas del arbitraje, bien si están contenidas en la convenio o cláusula arbitral o bien si llegan a un acuerdo posterior. Según Gary Born, las partes buscan que los procedimientos arbitrales sean flexibles y estén diseñadas según las necesidades de cada caso específico

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Anzola, J. E. (2007). *El nombramiento y recusación de los árbitros*. II Congreso del Club Español de Arbitraje.
- Born, G. (2014). A closely-related objective of international arbitration is the use of arbitral procedures that are flexible and tailored to the parties' particular dispute and mutual desires. *International Commercial Arbitration. 2da Edición, Kluwer International*.
- Castillo Freyre, M., & Sabroso, R. (2009). *El Arbitraje en la Contratación Pública* (Primera ed.). Lima: Palestra.
- Charry, L. (1998). *Arbitraje Mercantil Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Couture, E. (1958). Eficacia de los medios de prueba, La prueba. En E. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque depalma Editor.
- González de Cossío, F. (s.f.). Obtenido de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>
- González de Cossío, F. (2002). Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 12.
- González de Cossío, F. (2013). Imparcialidad. *Revista del Club Español del Arbitraje*(17), 17-41.
- Guzmán-Barrón Sobrevilla, C. (2017). *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- IBA, I. B. (2014). *Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*.
- Matheus López, C. A. (2007). La independencia e imparcialidad del árbitro. *Foro Jurídico*, 67-69.
- Nieva, J. (2010). La cosa juzgada. El fin de un mito. Santiago de Chile: Abeledo Perrot. Legal Publishing.
- OSCE. (2011). Obtenido de [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/FINAL\(5\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/FINAL(5).pdf)
- Quiroga León, A. (2017). La Naturaleza Procesal del Arbitraje . *Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Académica* . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú .
- Resolución N° 32, Exp. N° 257-2014-0 y 263-2014-0 (Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial 6 de junio de 2017).
- Resolución Número Veintitrés , Exp. N° 00093-2014-0-1817-SP-CO-01 (Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima 12 de julio de 2018).
- Rubio Correa, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Risueño, F. (2014). Árbitros e instituciones arbitrales: la ética como exigencia irrenunciable de la actuación arbitral. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)*, 7(3).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 142-2011-PA/TC Lima - Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Tribunal Constitucional 21 de setiembre de 2011).

Sentencia N° 11, Demanda N° 9186/1980 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de octubre de 1984).

Soto Coaguila, C. A. (2014). Conflictos de Intereses de los árbitros, Deber de revelación y Deber de declaración de los árbitros. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*.

Valdez, J. L. (2011). Causales de anulación. En A. B. Carlos Alberto Soto Coaguila, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA.

Vidal Ramírez, F. (2003). Manual de Derecho Arbitral. *Gaceta Jurídica*.

