

La recusación en el arbitraje de las contrataciones estatales*



ROGER VIDAL RAMOS

Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán,
Máster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El árbitro.
- III. El deber de declaración.
- IV. Independencia e imparcialidad.
- V. La declaración en la Ley de Contrataciones del Estado.
- VI. Deber de declaración en el Código de Ética del OSCE.
- VII. La recusación.
- VIII. La recusación en el arbitraje de contrataciones del Estado.
- IX. Legitimación.
- X. Momento y plazo para recusar.
- XI. Las causales.
- XII. Procedimiento de recusación.
- XIII. La recusación en el nuevo reglamento de la LCE.
- XIV. Estadísticas de las recusaciones del OSCE.
- XV. Conclusiones.

Precisamos que el presente artículo ha sido elaborado teniendo en cuenta las disposiciones de la antigua Ley de Contrataciones del Estado, siendo de utilidad para los procesos arbitrales que aún se desarrollan con dicho régimen normativo y para otros estudios académicos.

AUTORES NACIONALES

ARBITRAJE

ADVOCATUS 132

RESUMEN:

En el presente trabajo, el autor realiza algunas reflexiones en torno al deber de declaración que tienen los árbitros como garantía de su independencia e imparcialidad en el marco de los arbitrajes en las contrataciones con el Estado. Asimismo, analiza el procedimiento de recusación que las partes deben seguir cuando alguno de los árbitros incumpla con dicho deber, teniendo en cuenta, entre otras normas, el Código de Ética del OSCE.

Palabras clave: Árbitro, deber de declaración, recusación, independencia e imparcialidad.

ABSTRACT

In the present work, the author makes some reflections about the duty of declaration that the arbitrators have as a guarantee of their independence and impartiality in the framework of arbitrations in contracting with the State. It also examines the challenge procedure that the parties must follow when one of the arbitrators fails to do so, taking into account, inter alia, the OSCE Code of Ethics.

Keywords: Arbitrator, duty of declaration, challenge, independence and impartiality.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad otorgar una visión general de la importancia del deber de declaración del árbitro al momento de emitir su aceptación luego de su designación y en cualquier momento del estado del proceso arbitral, siempre que exista circunstancias que hagan dudar de su independencia e imparcialidad, lo cual constituye en favor de las partes respecto a la garantía por la confianza depositada en el árbitro.

Sin embargo, la no esperada posibilidad de que el árbitro deje de declarar cierta información muy relevante¹, podría ocasionar que se pierda la independencia e imparcialidad, ante este supuesto existe la recusación como mecanismo procesal adecuado a efectos de apartar al árbitro que haya incurrido en esta quebrantamiento de la confianza de las partes frente al(os) árbitro(s) que se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, "LCE"), donde cobra importancia el deber de declaración en la Ley y en el Código de Ética del OSCE, que complementa el procedimiento de recusación arbitral en el denominado arbitraje en las contrataciones estatales.

II. EL ÁRBITRO

Es primordial acotar que la confianza en el Arbitraje reposara siempre en la elección del árbitro bajo ciertas características (experiencia, especialización, honradez o investigación) lo que conlleva a seguir reafirmando que el Arbitraje como pilar fundamental se enmarca en la designación del Árbitro y la suscripción de un adecuado convenio arbitral.

En este sentido es importante lo precisado por Alfredo Bullard, "¿Cómo buscar un árbitro? En mi opinión, la principal característica que se debe buscar en un árbitro es que sea trabajador o, como decimos en el Perú, «chambeador». El árbitro que asume la carga de trabajo suele ser, antes que el árbitro que sabe mucho y tiene muchos conocimientos, el que más influye en el resultado final del laudo. Evidentemente es también importante que tenga conocimiento de la materia que se va a arbitrar, ser inteligente y tener una línea de pensamiento que podamos predecir legítimamente será favorable a nuestra posición. El árbitro tiene que ser inteligente no solo desde el punto de vista intelectual, sino emocional. Tiene que ser empático. Un árbitro conflictivo, que se pelea con todo el mundo, antipático, fastidioso y que nadie pasa, es un mal

1. Asesorías, haber compartido Tribunales, relaciones amicales, familiares y otras que podrían generar dudas de la imparcialidad.

árbitro porque, finalmente, no va a generar química en la discusión con sus colegas y eventualmente con las partes. Y si no empuja consensos los otros árbitros lo aislarán y se quedará solo y sin capacidad de influir en el laudo final².

Roque J. Caivano, citado por Chipana Catalán sostiene que "la selección de los árbitros es quizás el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia".

Agrega que una vez puesto en marcha el procedimiento arbitral, la figura del árbitro desplaza a la de cualquier otro actor, ya que, como veremos más adelante, su función se relaciona con todas y cada una de las actuaciones que al interior del arbitraje se van a dar. Es en suma, el director del elenco, bajo cuya batuta las partes y los terceros que eventualmente puedan intervenir, deberán actuar.

III. EL DEBER DE DECLARACIÓN

El deber de declaración de los árbitros es la obligación de los árbitros de revelar los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia³.

El deber de declaración tiene la finalidad de permitir a las partes verificar la independencia e imparcialidad de los árbitros, este deber puede constituir la base para descalificar a aquel árbitro que muestre dependencia o parcialidad, entre otros aspectos, el árbitro declarará si tiene relaciones de parentesco, amistad, de negocios o litigiosas con cualquiera de las partes o sus representantes.

El deber de declaración existe desde el nombramiento del árbitro y durante todas las actuaciones arbitrales, debiendo el árbitro, por tanto, comunicar los hechos o circunstancias sobrevenidos que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia⁴.

Según los puntos descritos el deber de declaración constituye uno de los principios fundamentales de la labor arbitral que explícitamente impone al árbitro este deber de informar en la aceptación del cargo o su nombramiento y en cualquier etapa del arbitraje de cualquier circunstancia que ponga en duda o incertidumbre su imparcialidad e independencia.

IV. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Imparcialidad significa libertad frente a todo prejuicio o favoritismo, ya sea de palabra o de obra, y una disposición de servir a todas las partes por igual y no solo a una parte. La parcialidad surge cuando un "enjucador" favorece de cualquier forma a una de las partes o cuando mantiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La imparcialidad es un concepto más abstracto que la independencia, en el sentido de que implica un estado de ánimo que además resulta difícil de medir y cuantificar.

Las nociones de independencia, imparcialidad y neutralidad, predicadas o exigidas de cualquier persona con poder para enjuiciar, no son sinónimas sino intercambiables.

La regla de ética para los árbitros internacionales de la IBA, realizan una delimitación de los dos primeros conceptos, según el artículo 3, "la parcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o tiene prejuicios en relación con la materia del objeto de la controversia". La dependencia surge de las relaciones entre el

2. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. ¿Es un arbitraje un juicio? Materiales de lectura Programa de Arbitraje ESAN - OSCE.
3. COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis (Director). *Diccionario terminológico de Arbitraje Nacional, Internacional y de Inversiones*. Lima: Palestra Editores - Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p.511.
4. COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis. *Op. Cit.*, p. 512.

árbitro y una de las partes, o con alguien estrechamente conectado con alguna de las partes.

La independencia es la calidad de estar libre de la influencia, la orientación o el control de terceros. El término independencia implica la inexistencia de interés o de presión sobre el enjuiciador que pueden influir en su libre decisión.

La independencia no puede confundirse con la imparcialidad. A diferencia de la imparcialidad, que es un estado mental, la independencia es una situación de hecho, sin embargo, la imparcialidad se basa en una presunción de independencia.

La independencia se fundamenta principalmente en las relaciones (o más bien ausencia de relaciones) del árbitro con las partes o con terceros. Estas relaciones pueden ser familiares (esposa, padres, hijos, primos) profesionales (por ejemplo, cuando el árbitro ha actuado como abogado, empleado o asesor de alguna de las partes); de negocio o financieras (cuando el árbitro tiene un cargo, ejecutivo o no ejecutivo, o es parte en una transacción comercial con una de las partes del arbitraje o personal, tanto una relación continuada con una parte o un incidente individual, como en el caso de un árbitro que compartió una habitación de hotel con la abogada de una de las partes. El grado y, por tanto, la influencia de dichas relaciones, varían con el tiempo, el espacio y el lugar.

Roque Caivano⁵ expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos

escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

El artículo 12 de la Ley Modelo de UNCITRAL— se refiere a que el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes, tanto al momento de aceptar el encargo como a lo largo de todo el proceso hasta el momento del laudo.

V. LA DECLARACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Castillo y Sabroso⁶, sobre el deber de declaración del árbitro acotan: resulta necesario señalar que uno de los temas más importantes en relación a la aceptación del árbitro para desempeñar tal función en un proceso arbitral, no solo en la contratación del Estado sino en cualquier arbitraje, es el relativo al deber de declaración.

En primer lugar, debemos decir que por deber de declaración se entiende aquella conducta que tiene que realizar el árbitro al momento de aceptar el cargo e incluso después de iniciado el proceso arbitral, en caso surja algún hecho posterior que amerite ser informado a las partes⁷.

El deber de declaración, también llamado deber de revelación, es el deber ético de informar, de revelar o declarar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con las partes; es decir, dudas fundadas sobre la idoneidad del árbitro para el cargo⁸.

El deber de revelación del árbitro es uno de los más importantes y delicados de la propia función arbitral debido a que tiene un doble propósito: por un lado, el respecto a las partes que acuden al arbitraje y, por otro, el proteger

5. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ad – hoc, 2000, pp. 172-173.

6. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. "El Arbitraje en la contratación pública". En: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre Vol. VII. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 155.

7. *Ibid.*, p.155.

8. *Loc. Cit.*

al futuro laudo ante cualquier cuestionamiento posterior⁹.

El deber de declaración está regulado en el cuarto y quinto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que señala lo siguiente:

Artículo 52.- Solución de controversias:

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE–. Los árbitros que incumplan con esta obligación, serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia¹⁰.

Asimismo, el árbitro designado debe incluir una declaración expresa sobre su idoneidad

para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria¹¹.

La omisión del deber de revelación o la aparición de hechos o datos sobrevenidos es susceptible de modulación convencional, por las partes intervinientes en el arbitraje. Es decir no se trata que se eliminen in radice toda pretensión recusatoria fundada en circunstancias reveladas sino en que las partes puedan pactar o los reglamentos de las instituciones arbitrales prevean, que el ejercicio de la pretensión recusatoria una vez revelados nuevos datos o circunstancias del árbitro, queda sometida a un plazo de preclusividad, computado a partir del día siguiente a de la revelación, con la precedente regla convencional se evita, sin menoscabo de derecho alguno que la acción recusatoria esté presente a lo largo de toda la tramitación del arbitraje y constituya una amenaza para el buen fin de este¹².

Por lo expuesto el deber o la obligación de declaración representa una obligatoriedad para los árbitros a fin de ratificar o reafirmar sus condiciones de independencia e imparcialidad frente a la parte que lo nombra y la otra parte litigante, y a su vez permite que se exprese cualquier circunstancia importante sobre desempeño profesionales, condiciones personales o circunstancias que se presenten al momento de la aceptación y transcurso del proceso arbitral que podría causar afectación a su imparcialidad e independencia.

9. ALONSO, Jose María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 2. Lima: Editorial Grijley, 2006, p.99.

10. *Ibid.*, p. 156.

11. *Ibid.*, p. 157.

12. MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición, Tomo I. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006, p. 528.

VI. DEBER DE DECLARACIÓN EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DEL OSCE

En este punto estaremos considerando en forma íntegra el trabajo de Castillo y Sabroso¹³:

Además de ser independientes e imparciales, todos los árbitros deberán cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el OSCE, mediante Resolución N° 258-2008-CON-SUCODE/PRE, de conformidad con lo indicado en el artículo 224 del Reglamento.

En tal sentido, resulta importante que todos los árbitros cumplan con lo establecido por el referido Código de Ética, sobre todo, en lo relativo al deber de información en lo referente a las circunstancias que deban ser declaradas. Según el artículo 2 del citado Código de Ética, dentro del alcance del mismo se encuentran:

- a) El árbitro que participe en un arbitraje sometido al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE;
- b) El árbitro que participe en un arbitraje ad hoc en el marco de la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;
- c) Las partes, sus representantes, abogados y/o asesores, en un arbitraje sometido al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE o que se desempeñen en un arbitraje ad-hoc sometido a la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y
- d) El personal de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE y del OSCE, en lo que les fuere aplicable; encontrándose dicho personal impedido de prestar servicios de secretaría arbitral en los arbitrajes que no sean organizados y administrados por el OSCE y que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de este Código.

Asimismo, cabe precisar que, de conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 4 del Código de Ética, la aceptación al cargo de árbitro implica el cumplimiento de todos los principios recogidos en el referido Código, entre los que encontramos los de imparcialidad e independencia.

El artículo 5 del Código de Ética establece lo siguiente:

Artículo 5.- «Deber de información

En la aceptación al cargo de árbitro, este deberá informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:

5.1. Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o, si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.

5.2. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de (sic) conformidad con lo establecido en este Código.

5.3. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.

5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

5.5. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.

13. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. Cit., pp. 168-173.

5.6. Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje.

5.7. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos (sic), que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia. El deber de información se mantiene durante el transcurso del arbitraje y no se limita a lo establecido en este artículo.

Cualquier dispensa de las partes debe hacerse de manera expresa, luego de cumplido el deber de información por parte del árbitro, pudiendo constar en comunicación escrita o en el contenido de un acta, debidamente firmada por las partes y levantada durante la tramitación del arbitraje. En todos estos casos, la circunstancia dispensada en forma expresa no podrá ser motivo de recusación a iniciativa de parte, ni tampoco generará sanción por parte del CONSUCODE.

La omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/ o para la tramitación de la sanción respectiva».

En primer lugar, y de conformidad con lo establecido por el citado Artículo 5.1., en la aceptación al cargo de árbitro este deberá informar por escrito a las partes si tiene algún interés presente o futuro vinculado a la materia controvertida o si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.

No cabe duda de que el principal elemento de conflicto de interés que pudiera existir entre un árbitro y su desempeño idóneo del proceso es si existiera un interés presente o futuro vinculado a la materia controvertida.

Es decir, si a raíz de aquello que se va a decidir en el laudo, el árbitro es posible que reciba un beneficio económico. Sin duda, esto, anula la imparcialidad, independencia y objetividad que debe poseer todo Árbitro, en la medida de que tiene un interés directamente comprometido en el proceso.

Un ejemplo notorio de esta situación sería aquél en el cual el árbitro fuese accionista de una de las empresas que son parte en el proceso.

Al respecto, De Trazegnies¹⁴ señala que cuando se tiene un interés económico significativo en el resultado del proceso, no se debería aceptar la designación como árbitro. Asimismo, y en relación a la inquietud que antes expresamos, el citado profesor señala que podemos pensar que la independencia del árbitro no se verá necesariamente afectada de manera radical si tiene algunas acciones de la empresa que es una de las partes del arbitraje, compradas en la Bolsa como inversión, en una cantidad que no constituye una parte importante de las acciones de la empresa ni tampoco un parte importante de su patrimonio personal.

En este caso sí se le permitiría ser árbitro, siempre que haya acuerdo expreso de las partes.

EN segundo lugar, el artículo 5.2. Del Código de Ética establece que en la aceptación al cargo de árbitro, este deberá informar por escrito a las partes si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros que pudieran afectar su desempeño en el arbitraje, de conformidad con lo establecido en este Código¹⁵.

Evidentemente, las relaciones cuya mayor implicancia importan en este aspecto, son las relaciones que haya mantenido o mantiene el

14. DETRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje», Op. cit., p. 176.

15. Cfr.: CASTILLO FREYRE, Mario – SABROSO MINAYA, Rita. Op. Cit.

árbitro con las partes. Y, sobre todo, las relaciones de dependencia.

En tercer lugar, el artículo 5.3. Del Código de Ética establece que el árbitro deberá informar si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.

Resulta evidente que si uno ha tenido vinculación con alguna de las partes, ya sea como representante, abogado asesor y/o funcionario, o ha mantenido vínculo contractual con ellas o con sus representantes, tales circunstancias tienen que declararse. El plazo de cinco años es, simplemente una referencia, en la medida en que si hubiesen hechos de mucha relevancia o simplemente de alguna relevancia que hubiesen ocurrido con antelación a esos cinco años, pues tales hechos deberán ser declarados, y el plazo de cinco años allí señalado no será obstáculo para que si se omitiese esa declaración, el árbitro pueda ser recusado por la parte que se considere afectada por tal omisión.

A entender De Trazegnies¹⁶, el árbitro también deberá declarar si es asesor de manera regular de una de las partes y si él mismo o su Estudio de abogados o su firma consultora obtiene de este cliente un ingreso económico significativo. En estos casos, no se debería aceptar la designación. Caso distinto sería si la vinculación no es continua o si lo que obtiene como ingreso por sus servicios no es significativo, ya que aquí bastaría la dispensa de común acuerdo de las partes.

En cuarto lugar, el artículo 5.4. del Código de Ética del OSCE señala que el árbitro deberá informar si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

Este hecho es en sí mismo una causal de recusación de los jueces en todo proceso civil. Se entiende que las probabilidades de un juicio justo se desvanecen si el juez de una causa está en pleito judicial en otro proceso con una de las partes que eventualmente también está sometida a su jurisdicción. Obviamente cualquier pleito resiente voluntades y predispone a la animadversión.

En el caso de los árbitros la razón analógica es la misma. Por ello, cualquier árbitro que se respete moralmente no tiene nada que declarar a este respecto, sino simplemente inhibirse de aceptar el encargo de árbitro. El paso por la declaración dirá mucho de su idoneidad moral, porque ello no implica otra cosa que lo hace a sabiendas de que será recusado, lo que no habla muy bien de su seriedad.

En quinto lugar, el artículo 5.5. del Código de Ética señala que el árbitro deberá informar si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.

Al respecto, debemos referirnos a un caso que se presentó ante el OSCE y que fue materia de recusación. Resulta que el árbitro designado por la empresa «A» es recusado por la Entidad «B», porque el referido árbitro omitió declarar que —en varios arbitrajes anteriores— había sido designado por distintas empresas, pero con un elemento en común entre dichas empresas: el coordinador del arbitraje, por parte de las empresas, era la misma persona en todas aquellas ocasiones y también era el coordinador del arbitraje de la empresa «A».

En sexto lugar, el artículo 5.6 del Código de Ética del OSCE establece que el árbitro deberá revelar a las partes si ha emitido informe, dictamen u opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje.

Esto es bien importante en la medida de que se requiere que el árbitro tenga un conocimiento

16. *Ibid.*, p. 177.

limpio de la materia, es decir, que no vaya con prejuicios sobre el particular.

Si el árbitro hubiese emitido un informe legal a alguna de las partes en relación a la materia controvertida —ya sea de manera verbal o por escrito—, simplemente deberá declararlo y, es más, creemos que debería abstenerse de aceptar el nombramiento como árbitro, en la medida en que ya tiene un prejuicio sobre el particular y, en buena cuenta, ese prejuicio implicará que difícilmente cambie su posición en el arbitraje, porque ya ha emitido opinión en un determinado sentido.

Es más, podríamos llegar al absurdo de que la parte que le ha pedido ese informe por escrito, por ejemplo, pueda adjuntar el informe en el proceso arbitral, indicando cuál es la opinión del árbitro. Esa sería una cuestión demasiado grotesca como para poder ser permitida en un proceso arbitral.

El artículo 5.7, en la medida en que es preferible establecer esta norma y que luego no se pueda señalar que el árbitro no ha declarado porque la ley establecía solamente casos taxativos y ninguno de esos supuestos calza con el supuesto de hecho que el árbitro hubiera omitido declarar.

En efecto, el deber de declaración debe ser entendido en sentido amplio. De esta manera, el árbitro «debe cumplir con el deber de información, a pesar de que la circunstancia a informar no constituye en sí misma una razón suficiente para determinar su descalificación.

Finalmente afirmamos que el código de Ética tiene por finalidad que los árbitros declaren o revelen información vinculada a su ámbito económico (posible interés o beneficio) y profesional respecto a la relación comercial, de asesoría legal, designaciones anteriores, emisión

de informes, y cualquier hecho o circunstancia que razonablemente pueda causar dudas sobre su imparcialidad o independencia.

VI. LA RECUSACIÓN

La Recusación expresa el rechazo de las partes en relación con los árbitros designados, motivado por la desconfianza sobre su idoneidad, imparcialidad o incumplimiento de sus deberes funcionales¹⁷.

Fernando Vidal¹⁸, señala que 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. La recusación puede ser planteada por las partes no solo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando estos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral.

El temor a la ausencia de objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues su *ratio essendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene.

A nuestro criterio la Recusación es el instrumento procesal que se le otorga a las partes a fin de que en diversos supuestos que consideren que existen dudas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros, puedan invocar el retiro o alejamiento del Árbitro o los árbitros del proceso arbitral.

Incluso, el OSCE ha señalado que «el recurso de recusación está previsto como el medio idóneo para aquella parte que se considere afectada en sus derechos, a raíz del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia

17. ALVAREZ ILIANES, Juan Francisco y MORANTE GUERRERO, Luis, *Manual de Contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2013, p. 854.

18. VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Op. cit., p. 85.

de los árbitros, haga efectivos los mismos, a través de la remoción de éstos, sobre la base de la calificación objetiva y justificable de las consecuencias de su proceder».

De manera general el procedimiento de recusación depende de lo que han acordado las partes. La casi totalidad de las leyes de arbitraje prevén que si las partes se han sometido al reglamento de arbitraje de una institución arbitral, como por ejemplo la CCI, el procedimiento de recusación, estipulado por este reglamento es aplicable¹⁹.

Las decisiones de las instituciones arbitrales en materia de recusación son decisiones puramente administrativas que no tiene *res judicata*. Por lo tanto, una decisión que rechaza la recusación no puede ser el objeto de un recurso ante los tribunales estatales. Será únicamente el objeto de un control indirecto a la hora de un recurso en anulación contra el laudo o del *exequatur*.

La recusación en la Ley de Contrataciones se encuentra regulado en el artículo 226 del reglamento, siendo los requisitos previos dos: a) no se hayan sometido a un arbitraje institucional y b) no se haya acordado reglas sobre la recusación, se llevarán a cabo mediante 05 reglas precisadas en el reglamento.

Sin perjuicio de lo indicado, existe plena libertad de las partes en el momento de suscripción del convenio arbitral o en la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, puedan decidir la incorporación de un procedimiento de Recusación Ad Hoc o puedan incorporar como sede recusatoria alguna entidad administradora de procesos arbitrales y someterse a las reglas establecidas en sus reglamentos, con lo cual se permite la posibilidad a las partes puedan fijar

el procedimiento recusatorio más conveniente a sus intereses y necesidades.

VIII. LA RECUSACIÓN EN EL ARBITRAJE DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

La recusación en el arbitraje de Contrataciones del Estado es un mecanismo utilizado por las partes que tiene una doble finalidad: a) Cuestionar la idoneidad del árbitro que resolverá el conflicto; y, b) Promover su apartamiento del proceso (Ledesma: 2010, 87)²⁰. De esa forma preliminarmente se advertiría, en el escenario en el que se formula una recusación, que existen indicios razonables de ausencia de confianza en la persona encargada de resolver la controversia, denominada Árbitro²¹.

El marco legal de las recusaciones en materia de contrataciones del Estado es establecido a partir de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017 (en adelante, "La Ley") y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, "El Reglamento"). De ahí que según el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²², en caso que no se hubiera pactado un arbitraje institucional o cuando las partes no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se lleva conforme a las siguientes reglas:

- a. Regla 1: Debe presentarse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.
- b. Regla 2: El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros re-

19. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. Op. Cit., p. 866.

20. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 87.

21. CASTILLO FREYRE, Mario. *Recusación*. Disponible en: <www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol1/capitulo8_recusacion.pdf>, p. 2.

22. Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

cusados para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho.

- c. Regla 3: Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.
- d. Regla 4: El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o haya sido recusado dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral.

De igual modo, corresponde destacarlo regulado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado "(...) Todo árbitro al momento de aceptar el cargo debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento que pudiera afectar su imparcialidad e independencia."

Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia (...)", regulación que incide en la importancia del deber de revelación de los árbitros como garantía del proceso arbitral²³.

IX. LEGITIMACIÓN

Están legitimados para recusar a los árbitros las partes procesales y excepcionalmente podrían hacerlo también los demás árbitros componentes de un colegio arbitral, siempre que se hubiese dispuesto convencionalmente. Asimismo, están legitimados para ejercer la acción recusatoria todos aquellos que sin ser partes o árbitros, tuvieran un interés legítimo²⁴.

Las partes puedan ejercitar la recusación bien unilateralmente o de consumo. La recusación de parte ejercitada unilateralmente sobre el árbitro nombrado por ellas, o en cuyo nombramiento haya participado, solo podrá tener lugar por causa sobrevenidas ignoradas en el origen, esto, por motivos de los que haya tenido conocimiento después de su designación.

La acción recusatoria sobre el árbitro no nombrado por una de las partes o en cuyo nombramiento no haya participado, puede tener lugar tanto por causas anteriores a la designación como posteriores a la aceptación del árbitro.

X. MOMENTO Y PLAZO PARA RECUSAR

En puridad de principios hay que distinguir entre momento y plazo para recusar, la ley 36/1988 no fijaba el momento en que debía plantearse la recusación sino el momento en que debía estar presente la causa recusatoria, para que la pretensión pudiera prosperar, pero guardaba silencio en cuanto la determinación del plazo para ejercitar tempestivamente la acción recusatoria, ante este silencio legal, los reglamentos de las instituciones arbitrales, venía estableciendo por lo general un plazo falta para el ejercicio de la pretensión recusatoria, pasado el cual decaía la acción por extemporaneidad, como expresivamente tenía ya el tribunal supremo (por todas STS de 18 de febrero de 1988)²⁵.

De lo establecido por la Ley de Contrataciones y su reglamento el momento para interponer la recusación, se activa al momento en las cuales las partes son comunicadas con la designación y/ o aceptación de los Árbitros (de parte o Presidente del Tribunal), otro momento se ocasiona en los supuestos que los árbitros a criterio personal deciden ampliar su deber de revelación declarando algunas circunstancias que ponen a conocimiento de las partes, lo que activa el plazo para interponer la recusación. El

23. ALONSO, José María. Op. Cit., p.99.

24. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. Cit., p. 529.

25. Ibid., p. 531.

último momento para efectuar la recusación es antes de que se notifique con la resolución de cómputo del plazo para emitir el laudo.

XI. LAS CAUSALES

El artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 225.- «Causales de Recusación

Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

- 1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 221 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224.*
- 2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.*
- 3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».*

Es importante poder considerar los alcances de la primera de las causales de recusación, la del inciso 1 del artículo 225 del Reglamento, según lo establecido por el artículo 221º del Reglamento:

Artículo 221.- Se encuentran impedidos para actuar como árbitros

- 1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.*
- 2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.*

- 3. Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.*
- 4. El Contralor General de la República.*
- 5. Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.*
- 6. El personal militar y policial en situación de actividad.*
- 7. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.*
- 8. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.*
- 9. Los declarados en insolvencia.*
- 10. Los sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.*

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas».

Es fundamental resaltar que por Ley existen determinadas personas que por su calidad de altos funcionarios o formar parte de la Administración Pública, se encuentran prohibidos de ser árbitros y arbitrar, debido a que existe una gran tutela de los intereses públicos.

Al respecto Castillo y Sabroso, sostienen: Cabe señalar que la Ley de Arbitraje no contempla una lista taxativa de impedidos para ser árbitros como sí lo hace el Reglamento. El artículo 21 de la Ley de Arbitraje se limita a señalar que «tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas»²⁶.

Es importante la opinión de Castillo y Sabroso, al resaltar la importancia de lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 221 del Reglamento, cuando

26. *Ibid.*, p. 192.

señala que están impedidos de ser árbitros los funcionarios y los servidores del OSCE hasta seis meses después de haber dejado la institución. En efecto, ilustremos con un ejemplo este tema. Recordemos que el OSCE es una entidad nominadora residual de árbitros. Resulta evidente que es contrario a todo orden moral que un funcionario o servidor del OSCE designara —en defecto de una de las partes o en defecto de los árbitros— a «X» como árbitro o como Presidente, respectivamente, para que a cambio, luego «X» designe al referido funcionario o servidor como árbitro o como secretario en el mismo proceso o en otro arbitraje.

Si existe una relación entre las personas que son designadas como árbitros y quienes las designen, se podría estar generando todo un mercado de «de hago para que hagas», lo que es absolutamente inmoral.

El artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, expresa lo fundamental que resulta se conserve principios de la función arbitral como lo son la independencia e imparcialidad, sin mantener relaciones profesionales o comerciales.

Es importante recordar el plazo de 5 años que impone la ley a efectos de que los árbitros declaren al momento de la aceptación de su nombramiento cualquier circunstancia que podría afectar su independencia e imparcialidad, este deber de información se extiende durante el desarrollo de todo el proceso arbitral.

En referencia a la segunda causal de recusación, contemplada por el inciso 2 del artículo 225 del Reglamento, se presenta cuando los árbitros no cumplen con las exigencias y condiciones establecidas por las propias partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementaria.

Al respecto, Cantuarias²⁷ (citado por Castillo y Sabroso) sostiene que a efectos de garantizar

la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros. Generalmente estos requisitos están referidos a la edad y a la capacidad civil, nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro. Pero, además de los requisitos que pueden ser exigidos por la ley del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje, las partes o el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje pueden imponer sus propios requisitos adicionales. Dentro de tal orden de ideas, si el árbitro único o alguno de los árbitros del tribunal arbitral no cumpliera con los requisitos previamente pactados por las partes en el convenio arbitral, una de las partes podría recusarlo válidamente, en virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La tercera causal de recusación, contemplada por el inciso 3 del artículo 225 del Reglamento, es cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa. En tal sentido, el actuar de los árbitros durante el proceso arbitral, debe ser imparcial e independiente.

Sobre el particular, el OSCE ha señalado que «[...] para que pueda alegarse como causal de recusación que existen circunstancias que generan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, las mismas deberán acreditarse sobre la base de in- 223 Quinto y sexto párrafos de la cuarta página de la Resolución N° 482-2008-CONSUCODE/ PRE de fecha 12 de septiembre de 2008. Indicios objetivos razonables que demuestren que la conducción del proceso por parte de los árbitros ha estado orientada hacia el beneficio evidente o encubierto de una de las partes en detrimento

27. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Requisitos para ser árbitro". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 2. Lima: Grijley, 2006, p. 67.

de la otra, sin respaldo en las reglas del proceso, la normativa aplicable supletoriamente o los principios generales del derecho.

A manera de aporte, es necesario acotar que la Corte Suprema de la República²⁸, fija una nueva causal de recusación de árbitros, debido a que los miembros de un tribunal arbitral no pueden tener parentesco. El parentesco por consanguinidad o por afinidad entre los árbitros que forman un tribunal arbitral constituye una causal de recusación, debido a que tal situación genera evidentes y fundadas dudas respecto a su imparcialidad. En consecuencia, para la Corte Suprema, existe la obligación de los árbitros de informar la existencia de una relación de parentesco con otro árbitro si es que la hay, de lo contrario será nulo el laudo arbitral que haya sido emitido en contravención con el deber de los árbitros de informar las causales de recusación que se generen con motivo de su nombramiento.

Consideramos que La Corte Suprema no aporta nada nuevo a la doctrina jurisprudencial arbitral, dado que *"La Causal por parentesco de consanguinidad o afinidad de los árbitros"*, bajo una básica interpretación del contenido del inciso 3), del artículo 225 ° de la Ley de Contrataciones y el inciso 3)²⁹ del artículo 28 de la Ley Arbitral Peruana, expresan contundentemente que los árbitros podrán ser recusados cuando quiebren los principios de la imparcialidad o independencia.

Cabe mencionar que las partes procesales podrían incorporar en el convenio arbitral o en la audiencia de instalación del tribunal arbitral, causales de recusaciones adicionales establecidas en la Ley y a su vez puedan ser interpretadas o incorporadas con las *"Directrices de la IBA sobre*

los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional", sistematizado por el denominado listado rojo, naranja, verde.

XII. PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

La oportunidad para recusar y su procedimiento, en el caso del arbitraje institucional, serán los establecidos en los reglamentos de la institución arbitral. Si el arbitraje es *Ad Hoc*, en principio, depende de lo pactado en las bases del proceso de selección o en el contrato, caso contrario se siguen las siguientes reglas establecidas en el artículo 226° del reglamento de la Ley de Contrataciones:

Artículo 226.- Procedimiento de Recusación.- En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme las (sic) siguientes reglas:

1. La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.

2. El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho.

3. Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.

28. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema estableció este criterio jurisprudencial mediante la sentencia recaída en la Casación N° 888-2013 Piura, por la cual se declara infundado dicho recurso interpuesto en el marco de un proceso de anulación de laudo arbitral.

29. Decreto Legislativo N° 1071: Artículo 28.- *Motivos de abstención y de recusación. (...) 3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.*

4. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez (10) días hábiles.

La resolución de la recusación debe ser motivada, es definitiva e inimpugnable y será publicada en el portal institucional del OSCE. Cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto.

El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral».

En primer lugar, el Reglamento ha establecido que el órgano encargado de resolver las recusaciones es el OSCE, es decir, los árbitros no resuelven las recusaciones que se formulan contra ellos, a menos que las partes pacten en contrario a lo dispuesto por el artículo 226 del Reglamento.

En ese sentido, la recusación debe formularse ante el OSCE en un plazo muy breve; a saber: cinco días de comunicada la aceptación o cinco días desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente (en la medida en que, como hemos expresado, las causales que motivan la recusación pueden presentarse en pleno desarrollo del proceso arbitral).

Queda claro que si se interpusiera una recusación fuera de plazo, por más de que esta fuese fundada, la recusación se debería declarar improcedente por extemporánea. Una vez recibida la recusación, el OSCE la pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados, para que manifiesten lo conveniente a su derecho, en el plazo de cinco días.

Como podemos advertir, en realidad, podría ocurrir que no solo estemos en presencia de un árbitro recusado, sino que se hubiese recusado a un número mayor de árbitros. Si la otra parte estuviese de acuerdo con la recusación o el

árbitro o árbitros renunciaran, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados. Entonces, vemos que el procedimiento de recusación puede tener un primer desenlace y es que la parte que nombró al árbitro recusado acepte la recusación; o, en caso se tratara del Presidente del Tribunal, que la parte que no lo recusa también esté de acuerdo con la recusación.

En otras palabras, en cualquier caso en que un árbitro es recusado por una parte y la otra estuviese de acuerdo con la recusación, automáticamente ese árbitro tendría que abandonar el tribunal arbitral.

Resulta evidente que esta no es una situación en la cual se dé por fundada la recusación, porque para tal efecto se requeriría que el organismo resolviera. Aquí no hay resolución del OSCE, ni tampoco hay aceptación ni expresa ni tácita del árbitro recusado. Simplemente se trata de una situación *sui generis*, en la cual lo que se podría comprender es que ambas partes –vía este mecanismo recusatorio– están acordando tácitamente sustituir o vacar a ese árbitro y proceder a una nueva designación de un árbitro sustituto.

Estas mismas consideraciones son aplicables también para el caso en el cual no solo sea un árbitro el recusado. Entonces, si la contraparte acepta la recusación, no interesa la opinión del árbitro o de los árbitros recusados.

Ahora bien, debemos señalar que es muy poco frecuente que la contraparte acepte la recusación. En la casi totalidad de los casos, la contraparte no la va a aceptar. Entonces, en estos supuestos, el tema –en segundo término– quedaría en manos del árbitro.

Sobre este tema, es necesario señalar que sería prácticamente imposible que el árbitro acepte los fundamentos de la causal de recusación, aunque claro está que ello no sería imposible. Si el árbitro aceptara los fundamentos de la causal de recusación, evidentemente se tendría que apartar del proceso, pero lo más comunes que

el árbitro recusado no acepte los fundamentos que sustenten la causal de recusación.

En este supuesto, encontramos, a su vez, tres caminos. El primer camino es que el árbitro recusado renuncie, a pesar de no aceptar los fundamentos de la causal de recusación, caso en el cual se activa el mecanismo de designación de árbitro sustituto previsto por el propio Reglamento. El segundo camino, que tal vez es porcentualmente el más usual, consiste en que el árbitro recusado no acepte la recusación, la conteste y la rechace en todos sus términos. Finalmente, el tercer camino consiste en que el recusado no se pronuncie al respecto, a pesar del plazo que se le otorga para ello. Tanto en el segundo como en el tercer caso, el tema será resuelto por el OSCE en resolución que debe ser motivada, siendo definitiva e inimpugnable y, además, publicada en el portal institucional de ese organismo del Estado.

Esta situación se halla contemplada en el inciso 4 del artículo 226 del Reglamento, cuando se señala que si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez días hábiles.

La norma agrega que en estos casos cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto.

Es importante señalar que, en principio, el trámite de recusación de un árbitro no debería suspender el procedimiento. Precisamente, eso señala el último párrafo del artículo 226 del Reglamento, pero esto solo será aplicable en caso el recusado sea un árbitro, no así cuando los recusados sean dos o tres árbitros, o cuando lo disponga el Tribunal Arbitral.

Se entiende que si el recusado es un árbitro, no solo es que no se suspende el proceso arbitral;

tampoco se suspende la actividad del propio árbitro recusado dentro del proceso arbitral. Es decir, sigue siendo árbitro en funciones. Lo que podría ocurrir es que el árbitro señale su abstención en los actos procesales que se tengan que ejecutar desde el momento en que ha tomado conocimiento de la recusación y hasta el momento en que la recusación sea declarada fundada, infundada o improcedente. La norma establece que si son recusados dos o tres árbitros, el proceso arbitral sí se suspende.

Entendemos que la finalidad de esta disposición es evitar dudas sobre la idoneidad del tribunal en su conjunto. Sin embargo, nos da la impresión de que lo señalado en el último párrafo del artículo 226 del Reglamento, constituye una norma que puede dar lugar a maniobras dilatorias a efectos de recusar a dos o más árbitros en procesos arbitrales y que, naturalmente, los tribunales tengan que cesar en sus funciones.

Entonces, la pregunta será en qué medida, si se hace uso y abuso del mecanismo de recusar a dos o tres árbitros, el tribunal podría estar suspendido de manera ilimitada. Es una buena pregunta, porque la ley no establece normas para que los tribunales puedan brindar salidas legales a este respecto.

El tema queda evidentemente a la decisión de los propios tribunales arbitrales y de la doctrina. Sin embargo, resulta peligroso el hecho de que se podría hacer uso y abuso de este mecanismo, recusando por diversas causales sucesivas, una vez que es resuelta la causal anterior, que es declarada infundada. Y ahí sí tendríamos el entrampamiento total del proceso arbitral vía la ausencia de normas específicas del propio Reglamento.

XIII. LA RECUSACIÓN EN EL NUEVO REGLAMENTO DE LA LCE

El artículo 194³⁰ del Proyecto, incorpora a la declaración del deber de independencia, im-

30. Artículo 194.- Independencia, imparcialidad y deber de información.-

Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con

parcialidad e información de los árbitros, a la obligatoriedad de la inscripción de todos los árbitros al Registro Nacional de Árbitros, lo que conlleva a establecer, que aquel arbitro que no se encuentra inscrito en el Registro pertinente, podrá incurrir en causal de recusación.

El artículo 195, establece:

Los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas:

- 1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 192 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 194.*
- 2. Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral.*
- 3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.*

En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional, la recusación es resuelta por el OSCE, conforme al procedimiento establecido en la Directiva correspondiente, salvo que aquellas hayan acordado que la recusación sea resuelta por una institución arbitral acreditada.

El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros, o cuando disponga el Tribunal Arbitral. Esta norma es aplicable a los arbitrajes ad hoc y a

los arbitrajes institucionales cuando no se haya regulado al respecto.

Finalmente se debe efectuar una interpretación sistemática del artículo 194 y 203, del reglamento al establecer la necesidad de que el árbitro(s) deben estar previamente inscrito en el Registro Nacional de árbitros, de lo contrario cabría la posibilidad de interponer una recusación contra el árbitro o los árbitros que no mantenga vigente su RNA.

Artículo 194.- Independencia, imparcialidad y deber de información.-

(...) Asimismo, el árbitro designado debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, e incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45° de la Ley, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

Artículo 203.- Finalidad del Registro Nacional de Árbitros y del Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.-

El Registro Nacional de Árbitros (RNA) y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales (RNSA) tienen por objeto transparentar la información que consignen los profesionales que, a nivel nacional, se consideren aptos para desempeñarse como árbitros o como secretarios arbitrales en materia de contrataciones del Estado, de conformidad con la Directiva respectiva. Dichos registros serán publicados por OSCE en su portal institucional.

las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

Asimismo, el árbitro designado debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, e incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45° de la Ley, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

La información consignada en dichos Registros tiene carácter de declaración jurada ante la autoridad administrativa, debiendo ser acreditada en la oportunidad, plazo y forma que establezca la Directiva.

La información declarada en el RNA no exime a los profesionales de cumplir con el deber de información en los respectivos procesos arbitrales en los que participen, debiendo, de ser el caso, acreditar ante las partes o ante el ente competente el cumplimiento de las calificaciones y exigencias legales para asumir el encargo. Asimismo, la inscripción en el RNA no desconoce la facultad de las partes en un arbitraje de cuestionar, por las vías pertinentes, el incumplimiento de tales calificaciones y exigencias cuando así lo adviertan.

La existencia del RNA no desconoce la obligación de las instituciones arbitrales de elaborar sus propias nóminas de árbitros para arbitrajes en contratación pública, ni la facultad de OSCE de contar con una nómina de árbitros para realizar la designación residual. Para efectos de la configuración de estas nóminas, las instituciones arbitrales y OSCE deben asegurarse que los profesionales cumplan las calificaciones y exigencias establecidas en la legislación vigente.

Los procedimientos de inscripción y renovación de inscripción en el RNA y el RNSA son de

aprobación automática y se regulan mediante Directiva aprobada por OSCE.

La pérdida de la vigencia del registro de un profesional inscrito en el RNA que se desempeña como árbitro en un proceso en curso no conlleva al cese de su función como tal.

XIV. ESTADÍSTICAS DE LAS RECUSACIONES DEL OSCE³¹

Es importante considerar el trabajo de investigación efectuando por el OSCE, el cual nos brinda información de los procedimientos de recusación de los años 2011, 2012 y parte del año 2013 referido a los motivos más usuales que conllevan a plantear una recusación ante OSCE, así como verificar cuál de las partes –en un proceso arbitral– ha formulado con mayor frecuencia este tipo de procedimiento, información que será considerada.

Partes que frecuentemente formulan recusación:

Si del análisis se establece que existe un gran margen de desconfianza en la conducta ética de los árbitros, bien valdría la pena preguntarnos ¿Cuál de las partes en un arbitraje desconfía más de los árbitros? Del siguiente cuadro puede observarse que son las Entidades las que cada año formulan el mayor número de recusaciones, siendo en cada caso el porcentaje mayor al 70%, conforme se verifica a continuación.

Cuadro N° 2

AÑO	Universo de Procedimientos	PARTE QUE FORMULA LA RECUSACIÓN			
		Entidad		Contratista	
2011	73	57	78%	16	22%
2012	74	58	78%	16	22%
2013	53 (*)	41	77%	12	23%

(*) Solicitudes de recusaciones presentadas al 30/09/2013

31. Cfr.: CUBA INGA, Edison Fidel; APAZA MONCADA, Carol y ROSALES RODRIGO, José. "Perspectivas y Lineamientos del procedimiento de recusación de árbitros ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)" En: Al Día Revista Institucional de OSCE N° 3. Lima: 2014. Disponible en: <http://portal.osce.gob.pe/revista_osce/147/detalle/>

De ese modo, podemos advertir tal como se muestra en el gráfico, que en los periodos 2011, 2012 y 2013 las entidades han sido las que en forma recurrente han formulado el mayor número de recusaciones, frente al porcentaje reducido de las recusaciones formuladas por los contratistas de 22% en los años 2011 y 2012 y 23% en el año 2013.

Resultado de las decisiones tomadas por OSCE: (ver cuadro 3)

Sin embargo, si bien es cierto son las Entidades las que más articulan este tipo de incidentes no

necesariamente tienen el mismo de grado de efectividad en cuanto a los resultados, conforme se expone a continuación: (ver cuadro 1).

De lo expuesto, puede colegirse que la mayor parte de recusaciones formuladas por las partes ante el OSCE se relacionan a objeciones de carácter ético de los árbitros. De ahí que podemos advertir que en los periodos 2011, 2012 y 2013 más del 70% de motivos o causales que sustentaron una recusación estuvieron relacionados con el incumplimiento del deber de revelación y dudas justificadas de independencia e imparcialidad.

Cuadro N° 3

AÑO	Árbitros recusados por Entidades según contenido de decisiones (*)	OBJETO O CONTENIDO DE LA DECISIÓN									
		Infundada		Improcedencia (incompetencia, extemporaneidad, decisiones arbitrales)		Conclusión por renuncia (No hubiera sido fundada)		Conclusión por renuncia (Hubiera sido fundada)		Fundada	
2011	75	41	55%	9	12%	4	5%	10	13%	11	15%
2012	74	23	31%	10	14%	12	16%	17	23%	12	16%
2013	8 (**)	4	50%	2	25%	0	0	0	0	2	25%

(*) Considerando expedientes resueltos por el OSCE. No se están considerando aquellas resoluciones de improcedencia por motivos que no podrían estar relacionados directamente con el fundamento de la recusación (Por ejemplo, improcedencia por que el árbitro no aceptó el cargo o por que renunció antes de formularse la recusación). Tampoco se están considerando las resoluciones que concluyeron el procedimiento por motivos distintos a la renuncia (como por ejemplo, conclusión por emisión de laudo, por convenir en la recusación, etc.).

(**) Expedientes resueltos al 30/09/2013

Cuadro N° 1

AÑO	N° de veces que se ha alegado la causal o motivo de recusación (*)	CAUSAL O MOTIVO DE RECUSACIÓN									
		Incumplimiento del deber de revelación		Dudas Justificadas de Independencia e imparcialidad		Incumplimiento de exigencias y condiciones del convenio arbitral		Objeción a decisiones arbitrales (**)		Otros (***)	
2011	119	39	33%	49	41%	1	1%	18	15%	12	10%
2012	119	32	29%	57	47%	5	4%	16	13%	9	7%
2013	38 (**)	14	37%	22	58%	0	0	0	0	2	5%

(*) Considerando expedientes resueltos por el OSCE. Es de precisar que en un solo expediente se puede haber recusado a más de un árbitro y se puede haber alegado más de una causal o motivo de recusación.

(**) Del análisis de la casística de los expedientes resueltos hasta el 30/09/2013, los autores nos permitimos identificar una circunstancia que en forma recurrente es usada por las partes.

(***) Incluyen diversos motivos de cuestionamientos: idoneidad, infracción a los principios del Código de Ética, ausencia de especializaciones, etc.

En un proceso arbitral, no solo debe revelarse lo que el árbitro considere que puede generar dudas (criterio subjetivo); sino todo lo que crea que a los ojos de las partes pueda ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo) a fin de dotar de garantías al proceso y evitar cuestionamientos a su función jurisdiccional.

Respecto al modo de cumplir con el deber de revelación el árbitro, consideramos que no solo debe incluir una declaración expresa en lo que concierne a su idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad de tiempo para llevar a cabo el arbitraje, acorde a la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino además, es necesario sesgar la zona gris en relación a lo que debe o no ser revelado, prescribiendo que en caso de duda frente a revelar o no determinado hecho o circunstancia, opción deberá la ser optar por otorgar información a las partes.

Opción que nos parece adecuada toda vez que ello incrementa el grado de seguridad de las partes respecto al papel protagónico de sus árbitros.

El deber de revelación debe ser una obligación moral de carácter constante de los árbitros, con la finalidad que no sean las partes las que requieran precisiones o alcances en relación a determinados hechos que consideren pueden vulnerar la imparcialidad de sus árbitros.

A primera vista, una relación amical entre árbitros no es per se una causal de recusación ni podría generar dudas respecto de la actuación arbitral de tales profesionales, puesto que una vinculación de tal naturaleza sin asociarse a algún hecho concreto que genere dudas sobre la imparcialidad e independencia, no debería ser pasible de recusación. No obstante ello, se debe analizar cada supuesto en particular para llegar a establecer una eventual afectación a tales principios.

Las reglas de la International Bar Association, se constituyen en pautas de carácter referencial que coadyuvan a resolver los procedimientos de recusaciones, sea que se formulen ante el OSCE o ante cualquier otra instancia que resulte competente.

XV. CONCLUSIONES

El deber o la obligación de declaración de los árbitros, representa una obligatoriedad para los árbitros a fin de ratificar o reafirmar sus condiciones de independencia e imparcialidad frente a la parte que lo nombro y la otra parte litigante, y a su vez permite que se exprese cualquier circunstancia importante sobre desempeño profesional, condiciones personales o circunstancias que se presenten al momento de la aceptación y durante el transcurso del proceso arbitral que podría causar afectación a su imparcialidad e independencia.

La recusación representa el instrumento procesal que se le otorga a las partes a fin de que en diversos supuestos que consideren que existan dudas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros, incumplimiento de los estipulado en la Ley de Contrataciones, su reglamento y el Código de Ética, puedan invocar el retiro o alejamiento del árbitro o los árbitros del proceso arbitral.

Es necesaria una aplicación sistemática de las causales de recusación (artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones) y el artículo 5°(deber de información) del Código de Ética para el arbitraje en las contrataciones del OSCE, disposiciones legales que tienen por finalidad que los árbitros cumplan con ciertas condiciones legales (no ser parte de la administración pública), sujeción al convenio arbitral y normas, (Ley de contrataciones y su reglamento) declaren o revelen información vinculada a su ámbito económico (posible interés o beneficio) y profesional respecto a la relación comercial, de asesoría legal, designaciones anteriores, emisión de informes, y cualquier hecho o circunstancia que razonablemente pueda causar dudas sobre su imparcialidad o independencia.

Según el estudio efectuado por OSCE, la mayor parte de recusaciones formuladas por las partes se relacionan a objeciones de carácter ético de los árbitros. De ahí se evidencia que en los periodos 2011, 2012 y 2013 más del 70% de motivos o causales que sustentaron una recusación estuvieron relacionados con el incumplimiento del deber de revelación y dudas justificadas de independencia e imparcialidad.