



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

No puede afirmarse con carácter general y necesario que el solo incumplimiento del deber de revelación configura afectación del debido proceso que vicie de nulidad el laudo.

EXPEDIENTE Nº : 00111-2015-0
DEMANDANTE : CONSORCIO VIAL TRUJILLO
DEMANDADA : MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

RESOLUCIÓN NÚMERO DIEZ

Miraflores, veintiuno de diciembre

Del año dos mil quince.-

VISTOS: Con el expediente arbitral en dos tomos y 879 folios en fotocopias. Interviniendo como ponente el señor Juez Superior **Rivera Gamboa**.

I. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

CONSORCIO VIAL TRUJILLO (en adelante **EL CONSORCIO**) interpone recurso de anulación contra el Laudo Arbitral emitido el 20 de marzo de 2015, en el proceso arbitral que siguió la ahora demandada **PROVIAS NACIONAL del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** a fin de solucionar las controversias surgidas en relación al contrato de obra 157-2010-MTC/20 "Rehabilitación y mejoramiento de la

carretera Trujillo- Shiran- Huamachuco Tramo: Dv . Otuzco –Dv. Callacuyan (en adelante el **CONTRATO**).

PRETENSIÓN PROCESAL. Se plantea ante este órgano jurisdiccional, que se anule el laudo arbitral de derecho emitido en mayoría por los árbitros Horacio Cánepa Torre y Richard Martin Tirado, por vulnerar y afectar de manera directa el derecho al debido proceso.

El Recurso de anulación ha sido admitido por la causal contemplada en el literal b), in fine del artículo 63 inciso 1 del Decreto Legislativo 1071, argumentando que:

1. Se ha vulnerado el principio de imparcialidad, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 224 del Decreto Supremo 184-2008-EF, principio que se vio afectado por la infracción del deber de revelación en que incurrió el Presidente del tribunal arbitral (abogado Horacio Cánepa Torre) al omitir informar dentro del proceso, dos aspectos relevantes:
 - que fue designado como árbitro de parte por PROVIAS NACIONAL el 29 de setiembre de 2014, esto es, con posterioridad a la fecha en que asumió el encargo de tercer árbitro y presidente del tribunal arbitral en el arbitraje con el recurrente, y antes que se cierre la etapa probatoria del mismo.
 - que aceptó dicha designación efectuada por PROVIAS NACIONAL, el 13 de octubre de 2014 según carta enviada al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, lo que nunca fue informado a la recurrente dentro del proceso arbitral que nos ocupa.
2. La nulidisciente considera que estos aspectos debieron ser informados por el árbitro Horacio Cánepa Torre, no solo porque es una obligación legal de los árbitros, sino porque además, a través de su cumplimiento se garantiza y salvaguarda la transparencia del proceso arbitral; siendo que tal omisión es sancionada por la ley como causal expresa que afecta el principio de imparcialidad, conforme se desprende del último párrafo del artículo 5° del Código de Ética para el Arbitraje de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
3. La omisión al deber de revelación incurrido por el árbitro Horacio Cánepa Torre conlleva la vulneración del debido proceso.

4. De conformidad con el artículo 5° de la Resolución Nro. 258-2008-CONSUCODE/PRE que aprueba el Código de Etica, “*el deber de información se mantiene durante el transcurso del arbitraje*”, por lo que su cumplimiento no se encuentra limitado a alguna etapa del desarrollo del proceso arbitral, o a algún plazo, por lo que no puede dejar de sancionarse la nulidad del Laudo suscrito en mayoría por el hecho que la recurrente, con posterioridad a la emisión del laudo haya recién obtenido conocimiento sobre la infracción al deber de información del árbitro Cánepa Torre, pues dicho laudo fue emitido dentro de un proceso arbitral que no garantizó a la recurrente las garantías de un debido proceso, en la medida que se infringió el principio de transparencia e imparcialidad que dentro de un debido proceso debe ser tutelado y garantizado por los árbitros, lo que de forma indebida e ilegal no ha sido cautelado por el árbitro Cánepa Torre, quien decidió omitir revelar información, antes que velar por salvaguardar la plena vigencia de los principios señalados.
5. El artículo 52 del D. Leg. 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, establece la obligación de los árbitros de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, resultando concordantes los artículos 223, 224 , 225 y 228 del Reglamento aprobado por D.S.- 184-2008-EF

II. ABSOLUCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO.

Con fecha 10 de agosto de 2015 **PROVIAS NACIONAL** del Ministerio de Transportes y Comunicaciones absuelve el recurso de anulación de laudo presentado argumentando lo siguiente:

1. Lo que ha sostenido el contratista en su recurso de anulación, es que el hecho de no contar con la aceptación del Presidente en otro proceso (sic), le ha generado la suspicacia de ausencia de imparcialidad, pero no ha sido pare de sus argumentos manifestar que el laudo no se ajusta a derecho.
2. En esa medida, lo que se ha generado con la omisión de la declaración de la designación efectuada por el Presidente, se encontraría relacionado a una potencialidad mas no a un hecho concreto, toda vez que no está proscrito que una parte pueda designar en diversas oportunidades a un mismo árbitro, y además ello no representa *per se* una causal de anulación de laudo arbitral o que el profesional designado deje de ser imparcial al momento de emitir su decisión.

3. El Presidente del tribunal arbitral ha sido designado en diversas oportunidades por la entidad y en otros casos ha participado como miembro del tribunal encargado de resolver controversias contra la entidad, pero ello no ha significado que dicha designación o cuando dicho profesional haya conformado los tribunales en donde se ventilaban cuestiones en contra de la entidad hayan terminado siempre en un resultado positivo para la misma, siendo por el contrario, que dicho árbitro ha fallado en contra en muchas ocasiones.
4. *“Existe mala fe del contratista pues habría tomado conocimiento de dicha designación tiempo antes, pero sólo la habría usado en el momento que resultado (sic) más conveniente a sus intereses particulares.”*
5. El árbitro Cánepa Torre no ha actuado en contra del ordenamiento ni dolosamente, pues reveló su participación como árbitro designado en las controversias surgidas entre el Consorcio Pucallpa vs. Provías Nacional, información que es de público conocimiento en un link de la página web de dicho árbitro; por lo que es de aplicación el artículo 190 del Código Procesal Civil.
6. El Consorcio Vial Trujillo y el Consorcio Pucallpa tienen identidad en la conformación de sus socios o empresas conformantes, por lo que la nulidisciente tuvo conocimiento oportuno de la carta de aceptación del árbitro Cánepa Torre, y si consideró que dicha designación y aceptación le causaba afectación, debió advertirla en el arbitraje formulando la recusación correspondiente; sin embargo, consintió las actuaciones del proceso y ahora dolosamente pretende que en sede judicial se haga valer su derecho, cuando conforme al D. Leg. 1071 el plazo para recusar debe ser anterior a que se haya fijado plazo para laudar.

III. RESUMEN DEL PROCESO ARBITRAL

- i. **Pretensión de la demanda arbitral.** Por escrito del 23 de abril de 2015, **Consorcio Vial Trujillo** presentó la demanda arbitral.
- ii. **Instalación del Tribunal Arbitral.** Con fecha 27 de marzo de 2012 se instaló el Tribunal Arbitral, designándose como integrantes a los doctores Horacio Cánepa Torre, Richard Martín Tirado y Luis Fernando Pebe Romero. La instalación fue llevada a cabo con la presencia de Jesús Antonio Mezarina Castro en representación del Consorcio Vial Trujillo y Alfonso Roberto Carbajal Sánchez en representación de la Procuraduría Pública de Provías Nacional.

Con dicha instalación del tribunal se establecieron las reglas procedimentales, la clase de arbitraje (nacional y de derecho), la sede (Lima), el idioma (castellano), la ley aplicable (Ley General de Arbitraje, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Reglamento de la referida Ley) y designó como Secretaría a Fabiola Paulet Monteagudo.

iii. Con fecha 20 de marzo de 2015, el Tribunal Arbitral emitió el laudo arbitral aquí cuestionado, en el que resolvió declarar:

- Infundada la pretensión de los contratistas. En consecuencia, no corresponde que se reconozca el integro de los días solicitados como prórroga de plazo contenido en la Carta 225-2011-CVT-RBG-OBRA de fecha 22.09.011, que ascienden a 238 días calendario.
- Declarar improcedente la solicitud de gatos generales variables presentada por los contratistas, ascendente a la suma de S/.8´117,789.68.
- Disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa legal, entre otros.

ANÁLISIS:

PRIMERO.- El proceso arbitral se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, en el que se establecen los parámetros a seguir en un proceso judicial de anulación de laudo arbitral, el cual sólo puede ser incoado si se ha incurrido en alguna de las causales contenidas en el artículo 63 de dicho cuerpo normativo.

SEGUNDO: Sobre el recurso de anulación, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

- 1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por*

objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. [...]

A su vez, el artículo 63 de la citada Ley de Arbitraje dispone en su parte pertinente:

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.

[...]"

TERCERO: El recurso de anulación interpuesto cuestiona la validez del laudo arbitral emitido por mayoría, aduciendo que se ha violado el debido proceso al haberse afectado la independencia e imparcialidad del árbitro Cánepa Torre, Presidente del tribunal arbitral que conoció del arbitraje seguido entre las partes, quien encontrándose dicho arbitraje en la etapa probatoria, aceptó ser designado como árbitro de parte por PROVIAS NACIONAL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en otro arbitraje seguido por dicha entidad contra Consorcio Pucallpa, habiendo además omitido declarar de tal circunstancia, lo que le hubiera permitido a la nulidiscente formular recusación. Sostiene que al no haber cumplido con su deber de revelación, se ha generado la apariencia de parcialidad que prevé el Código de Ética aprobado por la Resolución Nro. 258-2008-CONSUCODE/PRE.

CUARTO: Como se aprecia de primera impresión, la *causa petendi* del recurso de anulación (vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad por incumplimiento del deber revelación de uno de los árbitros) no aparece prevista como causal de anulación según el listado *numerus clausus* previsto en el artículo 63 de la ley de la materia. No obstante, la nulidiscente invoca la causal b) de dicho listado.

QUINTO: Se encuentra establecido por reiterados pronunciamientos de esta Sala Superior, que la causal b) citada al referirse a la imposibilidad de alguna de las partes de hacer valer sus derechos como causal de anulación del laudo arbitral, enmarca el cuestionamiento nulidiscendente dentro de la protección de derechos constitucionales, particularmente el derecho al debido proceso, cuya pertinencia en el arbitraje ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional y resulta a la sazón incuestionable.

En efecto, en el caso *Cantuarias Salaverry* (STC Nro. 06167-2005-HC/TC) que “*el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales, y que en consonancia con ello, el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional*”. Posteriormente en el caso *PROIME* (STC Nro. 04195-2006-AA/TC) dicho tribunal dejó claramente establecido que “*el debido proceso compromete normas de orden público constitucional, por lo que su defensa y control son irrenunciables, no sólo en el ámbito de los procesos judiciales, sino también en todo tipo de decisiones donde el estado haya reconocido actuaciones materialmente jurisdiccionales, como es el caso del arbitraje*” (fundamento 2).

Esta línea de pensamiento fue finalmente consolidada en el caso *María Julia* (STC Nro. 142-2011-AA/TC) que indica lo siguiente:

“(…) de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que imponen el derecho al debido proceso”. (STC 6167-2005-PHC/TC, Fundamento 9).

Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la

Justicia Arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

Dicha sentencia fijó, además, como precedente vinculante que el recurso de anulación constituye vía igualmente satisfactoria para la protección de los derechos constitucionales.

SEXTO: Como ha quedado reconocido también por la jurisprudencia constitucional, el debido proceso es un derecho que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal; en ese sentido, se trata de un derecho “continente” cuyo contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona pueda considerarse como justo. (STC Nro. 2851-2010-AA/TC)

Así, en la STC Nro. 3926-2008-HC/TC, se expresó:

“El debido proceso es entendido como un principio de la jurisdicción que tiene la calidad de ser uno “continente”, es decir, en su seno alberga un conjunto de subprincipios o derechos que le dan contenido; en tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “[...] El derecho al debido proceso, como ha señalado en reiterada jurisprudencia este Tribunal, comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal, de modo que se configura, por así decirlo, un derecho “continente”[...]” (STC. 10490-2006-AA/TC).”

Indudablemente, dentro de su contenido esencial, el debido proceso alberga la independencia e imparcialidad del juzgador, que si bien se encuentran consagradas en el artículo 139 inciso 2) de la Constitución como principios y garantías de la administración de justicia, ostentan además la naturaleza de derechos fundamentales, afirmada por el Tribunal Constitucional en la STC Nro. 004-2006-AI/TC en que expresó:

“La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una

garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que "Debe tomarse en cuenta que si bien, prima facie, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión." (Fundamento 23)

La vigencia de estas garantías-derechos, de independencia a imparcialidad del juzgador, en el ámbito del arbitraje, resulta ya indubitable, habiendo expresado el Tribunal Constitucional que :

"El cuestionamiento acerca de si el derecho a ser juzgado por un juez imparcial también puede titularizarse en el ámbito de un procedimiento arbitral ha sido resuelto afirmativamente por este Colegiado. Así, en la STC N° 3361-2004-AA/TC se afirmó que "el derecho a la tutela procesal efectiva no sólo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten". (STC Nro. 2851-2010-AA/TC)

SETIMO: Ahora bien, qué debe entenderse por independencia e imparcialidad, se encuentra igualmente definido por la jurisprudencia constitucional, según la cual:

"la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional" (STC Nro. 023-2003-AI/TC)

"Por otro lado, el principio de imparcialidad judicial—ligado al principio de independencia funcional—, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al

objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable. (Fundamento 15).

En tanto que derecho fundamental, el derecho a un juez imparcial tiene un contenido constitucionalmente protegido. Ese contenido, como ya se dijo, está relacionado con aquello que este Colegiado ha identificado como las dos vertientes de la imparcialidad, a saber: la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva.

En lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, ésta se refiere a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo. (STC N° 00197-2010-PA/TC, fundamento 16).

Al lado de la dimensión subjetiva, este Colegiado también ha destacado que el principio de imparcialidad tiene una dimensión objetiva referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (STC N.° 00197-2010-PA/TC, fundamento 17). (STC Nro. 2851-2010-AA/TC) (Fundamentos, 15, 20, 21, 22).

OCTAVO: Tratándose de la independencia e imparcialidad de los árbitros, Gonzales de Cossío¹ indica:

¹ Francisco Gonzáles de Cossío. Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>

“La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, les ha dado un contenido que resumiría de la siguiente manera:

Independencia: es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”. Claro está, que el quid reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado carente de independencia.

Imparcialidad: es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude a un estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.”

De modo más explícito, Matheus López² indica:

“Tradicionalmente, se considera que la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales³. O, lo que es lo mismo, la independencia -de carácter objetivo- se refiere a la posición o situación del árbitro, en tanto que la imparcialidad -de carácter subjetivo- viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico⁴. Por lo cual cabe afirmar, que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto a

² Carlos Alberto Matheus López. La Independencia a Imparcialidad del Árbitro en el Arbitraje Administrativo. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>

³ Con este parecer Clay, Thomas “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les Regles du Procés Équitable” en *L’impartialité du Juge et de l’arbitre*, Dirección Jacques Van Compernelle y Giuseppe Tarzia, Bruylant, Bruselas, 2006, págs. 213-214; con similar parecer Stanič, Ana “Challenging Arbitrators and the Importance of Disclosure: Recent Cases and Reflections” en *Croatian Arbitration Year Book*, Volumen 16, Zagreb, 2009, pág. 212, nos señala que “la independencia es generalmente considerada como un estándar objetivo y basado en hechos que exigen al árbitro estar fuera de cualquier influencia y presión externa”.

⁴ Con similar parecer Lalive, Pierre “Sur l’impartialité de l’arbitre International en Suisse” en *La Semaine Judiciaire*, Vol. 112, Ginebra, 1990, pág. 364; de igual forma Park, William W. “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent” en *San Diego Law Review*, Volumen 46, California, 2009, pág. 635, nos señala que “la independencia se refiere a la ausencia de conexiones incorrectas, mientras que la imparcialidad trata cuestiones relacionadas al prejuzgamiento”.

una parte. En tanto la imparcialidad, como noción subjetiva, importa el no ser parcial, esto es, no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso⁵”.

5

Ahora bien, la distinción entre ambos conceptos suele postularse señalando que un árbitro imparcial es uno que no se predispone en favor, ni se parcializa contra, una parte particular o su caso, en tanto que un árbitro independiente es uno que no tiene ninguna relación cercana -financiera, profesional o personal- con una de las partes o sus consejeros⁶. La independencia se considera, comúnmente, como destinada a las relaciones entre el árbitro y las partes, en tanto la imparcialidad concierne más bien a las relaciones entre el árbitro y el objeto de la controversia⁷.

En tal forma, la independencia se vincula normalmente a las relaciones, por ejemplo, si un árbitro posee un nexo profesional, familiar, personal o de negocios con una de las partes. Ahora, una relación profesional podría incluir el caso de que el árbitro, o un socio, haya actuado o actué como consejero, empleado, asesor o consultor a nombre de una parte. Por su parte, una relación de negocios podría darse en el supuesto de que el árbitro, o un socio, ostente una posición ejecutiva -o no ejecutiva- en una empresa o bien sea parte en una transacción de negocios -propiedad o acciones- con una parte. De otro lado, una relación familiar podría surgir cuando un árbitro -o un socio- esté relacionado con una de las partes, como esposo, padre, tía, primo, etc. En tanto, una relación personal podría incluir, una vieja amistad entre el árbitro y una parte, o un incidente solitario cuando se descubre que el árbitro compartió un despacho con el consejero de una parte. Por último, conviene observar que la independencia depende del grado de cercanía o distancia de tales relaciones, pudiendo este último variar por razón del tiempo y del espacio.

Por su parte, la imparcialidad se relaciona con un estado de la mente, evidenciado normalmente a través de una conducta que lo demuestra. Un árbitro es parcial si manifiesta preferencia por una parte o contra otra, o si una tercera persona razonable percibe tal parcialidad. La cual se dará si es razonable creer que el árbitro favorecerá a una parte sobre la otra por razones que no están vinculadas a una decisión razonada sobre

⁵ Con igual parecer Henry, Marc “Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente” en *Revue de L’arbitrage*, N° 2, Paris, 1999, pág. 195.

⁶ Con tal parecer Bishop y Reed, “Practical Guidelines...”, *ob. cit.*, pág. 398.

⁷ Con igual parecer Henry, “Les obligations...”, *ob. cit.*, pág. 195.

los méritos del caso. Estos factores no vinculados podrían incluir una relación de carácter profesional, de negocios, o personal, que pudiera dar lugar a la creencia razonable que el árbitro es parcial. Podría también relacionarse con la conducta del árbitro a falta de tal relación, tal como una declaración durante el curso de un arbitraje de que las personas de una particular nacionalidad son mentirosas, o que un miembro de una minoría étnica resulta de algún modo inferior⁸, o bien escribió un artículo o dio una conferencia sobre la específica controversia en cuestión, sugiriendo la solución correcta.”

NOVENO: Dada la connotación fundamental de la independencia e imparcialidad del árbitro en orden a la garantía del debido proceso, en el arbitraje existe como mecanismo de control preventivo de su vulneración, el deber de revelación que obliga a los árbitros a poner en conocimiento de las partes de cualquier circunstancia que pudiera comprometer o generar duda razonable sobre su independencia e imparcialidad. Y como remedio, la recusación, que permite el apartamiento por denuncia de parte, del árbitro que no reúna tales características.

DECIMO: No obstante la acuciosidad de la doctrina, se advierte en el derecho positivo y en el *soft law* arbitral la tendencia a omitir una definición de lo que debe entenderse por independencia e imparcialidad de los árbitros, abordándose de modo no uniforme estos conceptos, empleando ambas denominaciones o en ocasiones indistintamente sólo una de ellas o, incluso, denominaciones equivalentes, más o menos amplias; y regulándose de modo más específico el deber de revelación y las causales y procedimiento de recusación.

Al respecto son referencia obligada en esta materia, por su influencia y prestigio en el desarrollo del arbitraje en el escenario internacional, la Ley Modelo UNCITRAL (*Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Arbitraje Comercial Internacional*, de 1985, con las enmiendas de 2006)⁹, las Reglas IBA (*Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos*

⁸ Con tal parecer Trakman, Leon “*The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered*” en *International Arbitration Law Review*, Vol. 10, Nº 4, Londres, 2007, págs. 127-128.

⁹ Recuperado de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, adoptadas el 23 de octubre de 2014¹⁰) y el Reglamento de Arbitraje de la CCI (Cámara de Comercio Internacional, de París)¹¹.

La Ley Modelo UNCITRAL prevé en su artículo 12:

Artículo 12. Motivos de recusación

1) *La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.*

2) *Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.*

Por su parte, las Reglas IBA establecen como principio general:

1) *Principio general*

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

Y como regla operativa:

3) *Revelaciones del Árbitro*

¹⁰ Recuperado de: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/IBA%20Guidelines%20on%20Conflict%20of%20Interest%20Nov%202014%20SPANISH.pdf>

¹¹ Recuperado de: http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/04/2012_Arbitration-and-ADR-Rules-SPANISH.pdf

(a) Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que pudieren generar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.

Finalmente, el Reglamento CCI establece:

Artículo 11 Disposiciones generales

1 Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje.

2 Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. [...]

3 El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje-

DECIMO PRIMERO: En el ámbito nacional y para el caso que nos ocupa, dado el orden de prelación normativa previsto en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, se tiene con vista al Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 27 de marzo de 2012, a fojas 001 del expediente arbitral, que el arbitraje ad hoc, nacional y de derecho entre las partes se sometió a las reglas pactadas en dicha Acta; seguidamente las establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado (D. Leg. 1017) y su Reglamento (D.S. 184-2008-EF); y de la Ley de Arbitraje.

Se advierte del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral antes referida, que las partes no estipularon tratamiento específico alguno respecto a la independencia e imparcialidad de los árbitros, siendo pertinente, entonces, acudir a la normativa a la que se sujetaron por remisión. En ese sentido, se advierte que el D. Leg. 1017 – Ley

de Contrataciones del Estado establecía, antes de su modificación por la Ley Nro. 29873 (02 de junio de 2012), en su artículo 52:

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 aprueba 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.[...]

El Reglamento de la Ley de Contrataciones, establecía en su artículo 224, antes de su modificación por el D. S. Nro. 138-2012-EF (07 de agosto de 2012):

Artículo 224.- Independencia, imparcialidad y deber de información

Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales profesionales o comerciales. Todos los árbitros deberán cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el OSCE.

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.

El Código de Ética de OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) aprobado por Resolución Nro. 258-2002-CONSUCODE/PRE, establece:

Artículo 3º.- Principios

El árbitro deberá salvaguardar y guiar su accionar de conformidad con los siguientes principios:

3.1. Principio de Independencia. El árbitro deberá conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones extremas y/o interferencias de cualquier índole.

3.2. Principio de Imparcialidad. El árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto de las partes.

Y el artículo 5° con relación al deber de informar, expresa:

Artículo 5º.- Deber de información

En la aceptación al cargo de árbitro, este debe 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 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.

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, 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.

[...]

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.

Finalmente, el artículo 28 del Dec. Leg. 1071, Ley de Arbitraje, dispone:

“Artículo 28.- Motivo de abstención y recusación

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

En ese orden de ideas es indubitable que la independencia e imparcialidad de los árbitros es un componente esencial del debido proceso arbitral, no sólo porque la doctrina y jurisprudencia constitucional así lo informa, sino además por expresa regulación del arbitraje para el caso que nos ocupa.

DECIMO SEGUNDO: A criterio del Colegiado, la falta de imparcialidad del árbitro no puede ser alegada en abstracto, sino tiene que ser probada en cada caso concreto. Y se advierte que el recurso de anulación que nos ocupa se fundamenta en la aducida afectación del deber de independencia e imparcialidad del árbitro Cánepa Torre, pero el reproche jurídico de su conducta por parte de la nulidiscente no se sustenta en algún hecho concreto acaecido en el decurso del arbitraje que califique como dependencia o parcialidad de su parte, sino que se basa exclusivamente en que omitió revelar o informar el hecho sobreviniente y relevante de su designación en otro arbitraje como árbitro de PROVIAS.

Estando a la alegación de la nulidiscente y la normativa antes glosada, es claro que el árbitro Cánepa Torre sí estuvo obligado a revelar la circunstancia sobreviniente y relevante de haber sido designado en otro arbitraje, como árbitro de parte por la ahora emplazada PROVIAS NACIONAL, pues ello se encontraba expresamente previsto en las reglas arbitrales aplicables al caso concreto (artículo 5.5 del Código de Ética de OSCE).

Por tanto, en ese contexto y estando al fundamento de la pretensión nulificante de EL CONSORCIO es menester responder a la pregunta si el hecho de no haber informado el árbitro dicha circunstancia vicia de nulidad el laudo por haber sido emitido con afectación de la independencia e imparcialidad exigibles; en otras palabras, si, como argumenta la nulidiscente, el incumplimiento del deber de revelación configura el supuesto de afectación al debido proceso dentro de los términos acotados por la ley como causal b) de anulación de laudo.

DECIMO TERCERO: El Colegiado toma nota de la relación instrumental existente entre el deber de independencia e imparcialidad y el deber de revelación, en función de la cual, este último es el mecanismo de garantía preventiva de aquél. En ese sentido, lo sustancial es el respeto de la independencia e imparcialidad, antes que el mero cumplimiento del deber de revelación, por lo que debe reconocerse lo que informa la doctrina en el sentido que, *“el incumplimiento de la obligación de revelación per se no quebranta la independencia e imparcialidad del árbitro, sino más bien son los hechos no revelados los que pueden generar una infracción a aquellas”*; y es que *“la obligación de revelación, si bien funcionalmente convergente, no sustituye a la obligación de independencia e imparcialidad del árbitro, por lo que en caso de su*

incumplimiento, no es ésta la que justifica el recurso [de anulación] sino más bien la fractura a la independencia e imparcialidad que el silencio del árbitro podría revelar”¹².

De allí, entonces, que no puede afirmarse con carácter general y necesario que el solo incumplimiento del deber de revelación configura afectación del debido proceso que vicie de nulidad el laudo. Esta conclusión se enmarca, por ejemplo, plenamente dentro del esquema de las reglas IBA, que asumen una clasificación de circunstancias o situaciones pasibles de presentarse en la práctica del arbitraje, que podrían crear no conflicto de intereses y que según ello deberían o no ser objeto de revelación. La circunstancia presentada en el caso que nos ocupa calzaría perfectamente dentro del denominado “listado naranja”, que es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el Listado Naranja refleja situaciones que quedarían comprendidas en la Norma General 3(a), por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas; pero su no revelación no debe llevar automáticamente a la descalificación del árbitro ni a la nulidad del laudo. Las reglas IBA expresan respecto de estas situaciones que: *“El solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí que el árbitro deba ser calificado de parcial o falta de independencia: ello dependerá sólo de los hechos o circunstancias que no se revelaron.”*

DECIMO CUARTO: Cierto es que el artículo 5° del Código de Ética de OSCE dispone que *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;* pero de ello no puede extraerse de modo automático la consecuencia jurídica de la anulación del laudo, como pretende EL CONSORCIO. Primero, porque a dicha apariencia de parcialidad la norma le apareja como consecuencia el *–posible–* apartamiento del árbitro o la sanción respectiva, pero no la invalidez del laudo.

Pero de otro lado, porque dicha norma –que busca objetivar el deber de imparcialidad– impone un deber de apariencia que no puede ser asumido de modo absoluto, sino que debe ser dimensionado con carácter instrumental en orden a asegurar o garantizar lo medular: la imparcialidad del árbitro y el derecho de las partes de conocer aquellas circunstancias que pudieran revelar conflicto de interés, y juzgarlas en cada caso

¹² Carlos Matheus López. Op. Cit.

concreto a fin de decidir justifica el apartamiento del árbitro mediante la recusación. Pero en modo alguno puede afirmarse la existencia de una regla *omisión de revelación=apariencia de parcialidad=nulidad del laudo*, pues ello debe ser ponderado en cada caso concreto.

Como bien afirma Gonzáles de Cossío al comentar la independencia e imparcialidad en el derecho arbitral mexicano¹³:

“En mi opinión, para que una demanda de nulidad o solicitud de no-reconocimiento de un laudo pueda proceder en base a la apariencia de imparcialidad derivada del incumplimiento del deber de revelar del árbitro, la parte demandante debe acreditar claramente el perjuicio que sufrió al respecto, y que el mismo es de grado tal que se vio mermado en su derecho a que la controversia se ventile mediante un proceso debido, con fundamento en el artículo 1457(I) (b) y/o 1462(I) (b) del Código de Comercio.

Es decir, la simple apariencia no debe ser suficiente. Sólo un indicio. Para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un lado, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado. No especulado”

DECIMO QUINTO: En tal sentido, dado que nos encontramos ante una *apariencia* de parcialidad, es ineludible verificar si ésta se encuentra corroborada con otros elementos que permitan concluir la falta de imparcialidad del árbitro cuestionado, o si en verdad se trata de una *mera apariencia* que no alcanza para enervar la validez del laudo emitido.

El Colegiado constata que es evidente la falta de cuestionamiento a la regularidad del arbitraje como tal y al desempeño funcional del árbitro Cánepa Torre en particular, salvo, claro está, lo relativo a su omisión de cumplimiento de su deber de revelación. En ese sentido, el Colegiado procede a analizar las circunstancias en que se produjo la situación que debía ser revelada, para

¹³ Op cit.

concluir si en verdad nos encontramos ante un quebrantamiento del deber de independencia e imparcialidad que inevitablemente importaría la invalidez del laudo emitido.

DECIMO SEXTO: *Al respecto se tiene, en primer lugar, que lo que se reprocha al árbitro Cánepa Torre, esto es, haber aceptado ser designado por PROVIAS como árbitro de parte en otro arbitraje encontrándose en curso el que nos ocupa, no constituye per se ilicitud alguna, pues ello no se encuentra prohibido por las reglas pactadas ni por el Reglamento Arbitral aplicable al caso, tampoco por la ley. Por lo demás, como informa la jurisprudencia internacional, “al tratar una relación particular, las cortes deben mantenerse conscientes de las prácticas comerciales peculiares y las variaciones de hecho. Así, el pequeño tamaño y población de una industria puede requerir un relajamiento del escrutinio judicial, mientras que una relación completamente innecesaria entre árbitro y parte puede elevarlo”¹⁴*

Tales criterios son relevantes para ponderar la situación producida en el caso concreto, tratándose del medio arbitral peruano que si bien en franco crecimiento, es aún pequeño y se encuentra cubierto por un número no muy elevado de árbitros, de los cuales muy pocos son árbitros profesionales, esto es, que tiene por única actividad la arbitral; a lo cual se suma la especialidad de la materia arbitrada en el caso que nos ocupa, de contratación pública, que no es precisamente del dominio de gran número de árbitros; todo lo cual explica que los arbitrajes sobre contratos con el Estado sean encargados sino a los mismos árbitros recurrentes, sí a un reducido número de profesionales que arbitran, siendo no poco frecuente que sean designados reiteradamente por las partes.

A ello se suma el hecho que el árbitro Cánepa Torre si bien no reveló formalmente a las partes la situación producida de su designación en otro arbitraje, tampoco puede decirse que actuó subrepticia o clandestinamente,

¹⁴ Caso Morelite Construction Corp. V. NY Carpenters Benefit Fund. Citado por Lina Marcela Escobar-Martínez. La Independencia, Imparcialidad y Conflicto de Interés del Árbitro. Int. Law. Rev. Colomb. Derecho Int. ildi. Bogotá Nro. 15: p. 193.

pues como alega la parte emplazada –y no ha sido negado por la nulidiscendente– consignó dicha información en su página web <http://www.horaciocanepaabogados.com.pe/arbitrajes.php> por lo que fue de dominio público, lo que evidencia que no hubo ánimo de ocultamiento, que por lo demás debe descartarse si se tiene en cuenta la alegación de PROVIAS en el sentido que en aquél otro arbitraje en el que se produjo su designación no revelada, su contraparte era el Consorcio Pucallpa en el que participan como empresas consorciadas Hidalgo Hidalgo S.A. y Construcción y Administración S.A., que son las mismas que también integran el Consorcio Vial Trujillo, parte en el arbitraje ahora cuestionado y que interpone el recurso de anulación.

DECIMO SETIMO: De otro lado, considerando que con relación a la ponderación de la independencia e imparcialidad es fundamental determinar si hay un sesgo en el proceder del árbitro, y ante la ausencia de cuestionamientos al desempeño funcional del árbitro Cánepa Torre por parte de la nulidiscendente, salvedad hecho de la situación ya anotada, lo único que aparece para el análisis del Colegiado es si el hecho de haber sido designado como árbitro en otro arbitraje por PROVIAS –aún siendo lícito– generó en su desempeño algún sesgo que revele parcialidad o dependencia. A tal efecto se tiene presente, en primer lugar, que si bien existe entre los árbitros y las partes arbitrales –con ambas, no solamente con la que lo designa– una relación contractual que genera recíprocos derechos y obligaciones, esto no implica ni puede confundirse con sometimiento o dependencia, pues dicha relación jurídica no acarrea subordinación alguna para el árbitro; por el contrario, *“la designación de un árbitro puede equipararse a la elección de un amo: una vez designado se estará sujeto a sus determinaciones”*¹⁵.

Y si se arguye que la existencia de tal relación jurídica revelaría una situación de contacto inconveniente y un conflicto de interés, no puede menos que estimarse que ello no pasaría de ser una sospecha subjetiva si no está aparejada de datos o hechos concretos que permitan inferir la existencia de sesgo en el desempeño funcional del árbitro cuestionado, lo que ciertamente no se

¹⁵ Francisco Gonzáles de Cossío. Op. Cit.

advierte en el caso de autos, en el que la parte no denuncia ninguna otra irregularidad en el arbitraje, que corrobore la apariencia de parcialidad a que se refiere el artículo 5 del Código de Ética de OSCE, que justifiquen la invalidación del laudo.

Por tales consideraciones, no se configura la causal invocada.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Superior Colegiado, **RESUELVE:**

Declarar **INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo por la causal b) invocada; en consecuencia, **VALIDO** el laudo arbitral de derecho emitido (por mayoría) el 20 de marzo de 2015.

En los seguidos por el CONSORCIO VIAL TRUJILLO contra el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES sobre **ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**.

YAYA ZUMAETA

RIVERA GAMBOA

GAMERO VILDOSO