



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

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

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

2. La mera exposición de lo que la parte considera irregularidades en el decurso arbitral, sin explicitar cuáles serían las reglas pactadas o reglamentarias que se habrían infringido, no configura la causal de anulación prevista en el artículo 63.1 inciso c) de la Ley de Arbitraje.

EXPEDIENTE N° : 133-2016
DEMANDANTE : NIISA CORPORATION SA
DEMANDADA : MINISTERIO DE DESARROLLO-COMITÉ DE COMPRAS
Nº6 DEL PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

RESOLUCIÓN NÚMERO DIEZ

Miraflores, uno de diciembre

Del año dos mil dieciséis.-

VISTOS:

Con el expediente arbitral que en fotocopia y 2121 fojas se tiene a la vista; interviniendo como ponente el señor Juez Superior **Rivera Gamboa**.

I. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

NIISA CORPORACIÓN SA, (en delante NIISA) interpone recurso de anulación contra el Laudo Arbitral emitido por resolución 22 de fecha 18 de diciembre de 2015, en el arbitraje que siguió con el COMITE DE COMPRAS Nº6 DEL PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA a fin de solucionar las controversias surgidas en relación al CONTRATO Nº01-2013-CC-LIMA 6/RAC (Lurigancho y El Agustino) de fecha 01 de marzo de 2013 (en adelante el CONTRATO); por el cual se acordó que proveería raciones alimenticias en las instituciones educativas publicas que se encontraban bajo

el control de QALI WARMA, en los distritos de El Agustino y San Juan de Lurigancho por el periodo comprendido entre los meses de marzo a diciembre del 2013). Dicho laudo fue emitido por mayoría por el tribunal conformado por los árbitros Franz Nunzio Fernando Kundmuller Caminiti y Juan Espinoza.

PRETENSIÓN PROCESAL. Se plantea ante este órgano jurisdiccional, que se declare la anulación total del laudo arbitral de derecho referido, por encontrarse incurso en las causales previstas en los literales b) y c) del artículo 63 inciso 1) de la Ley de Arbitraje.

Con relación a la causal b)

Sostiene la recurrente que no se le permitió hacer valer su derecho a la defensa material, al contradictorio de la prueba, al haberse admitido y valorado medios probatorios que no fueron previamente ordenados de oficio y que fueron presentados de manera extemporánea por la demandada, vulnerándose el debido proceso y el derecho a la defensa material.

Asimismo, sostiene que no se le permitió hacer valer sus derechos pues el árbitro Franz Kundmuller Caminiti incumplió su deber de revelación, ocultando información trascendente y relevante que generaba dudas sobre su imparcialidad e independencia, impidiéndole ejercer al tiempo el derecho a la recusación, atentando contra el debido proceso y la buena fe procesal.

En cuanto a las causal c)

NIISA sostiene que se ha transgredido el artículo 49 del Reglamento de Arbitraje de la PUCP y las propias reglas establecidas en el acta de instalación del tribunal arbitral, relativas a las formalidades para la incorporación al proceso de medios probatorios.

De otro lado, sostiene que la composición del tribunal estuvo viciada por haber estado integrado por el árbitro Kundmuller Caminiti, quien estaba impedido de actuar como árbitro por su vínculo con la parte demandada.

Finalmente argumenta que se ha vulnerado el artículo 29 inciso 3) de la Ley de Arbitraje para los casos de recusación cuando ésta se presenta de manera extemporánea, que establece que el árbitro debe considerar su renuncia –bajo responsabilidad- cuando está impedido de actuar.

ABSOLUCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO.

Mediante resolución 02 de fecha 23 de junio de 2016, se resuelve admitir a trámite la demanda, por las referidas causales b) y c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, disponiéndose el traslado de la misma al COMITE DE COMPRAS 06 DEL PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA así como al Procurador Público del PROGRAMA QALIWARMA DEL MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (en adelante MIDIS).

Por escrito presentado con fecha 11 de agosto de 2015, a fojas 191, MIDIS se apersonó al proceso absolviendo el recurso indicando que:

En la pagina seis del laudo arbitral se precisa que el 01/04/15 el PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA presentó un escrito presentando medios probatorios, el cual pretendía aportar mayores elementos de juicio sobre puntos controvertidos y fue proveído por resolución 13 de fecha 14 de abril de 2015, el cual se puso a conocimiento del demandante, siendo que mediante resolución 15 de fecha 25/05/16 el tribunal arbitral señaló que se reservaba el derecho de pronunciarse hasta la emisión del laudo, lo cual no fue cuestionado por la parte demandante.

De otro lado sostiene que según el artículo 49 del Reglamento de la PUCP, los árbitros tienen la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia y actuación y valor de las pruebas ofrecidas. Una vez finalizada la etapa probatoria no podrán presentarse medios probatorios adicionales, salvo que sean de oficio; y es por ello que en las págs. 12 y 13 del laudo arbitral, se establecen todas las razones que justifican la admisión de los mencionados medios probatorios, aun cerrada la etapa probatoria. Siendo que en virtud del artículo 57 del reglamento de la PUCP incorpora medios probatorios de oficio.

Asimismo indica que conforme a los descargos efectuados por el árbitro cuestionado y conforme al pronunciamiento efectuado mediante resolución 312-2012-OSCE/PRE , este no incumplió con ningún deber de revelación por cuando el árbitro celebró un contrato de servicios para brindar asesoría especializada en el año 2011 al INPE, es decir no hubo dependencia con el procurador Carlos Aurelio Figueroa Ibérico; sino que existía una relación laboral con el Dr. Derick Latorre Boza quien es ajeno al proceso.

Finalmente, argumenta que el árbitro no tiene relación laboral con las partes en el proceso arbitral, por tanto mal puede exigírsele al árbitro cuestionado haber declarado

que fue asesor externo del INPE en el período en que el Dr. Carlos Aurelio Figueroa Iberico se desempeñaba como procurador público de dicha institución.

II. RESUMEN DEL PROCESO ARBITRAL Y LO ACTUADO EN AUTOS

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. Con fecha 12 de mayo de 2014, se instaló el Tribunal Arbitral, designándose como árbitros a los Dres. Juan Espinoza Espinoza (Presidente), Cesar Oliva Santillán y Franz Kundmuller Caminiti.

La instalación fue llevada a cabo; y en este acto se establecieron las reglas procedimentales, la clase de arbitraje, Nacional y de Conciencia, la sede Lima, el idioma (castellano), las normas aplicables del la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y el Decreto Legislativo que norma el arbitraje; encargándose la Secretaría a doña Silvia Rodríguez Vásquez.

CRONOLOGIA ARBITRAL RELEVANTE. Con fecha 02 de junio de 2014, NISSA presentó su escrito de demanda formulando pretensiones principales y accesorias (fojas 428 del expediente arbitral). Se dispuso correr traslado de la demanda arbitral, la cual fue contestada el 25 de julio de 2014 mediante sendos escritos de MIDIS y el COMITÉ DE COMPRAS LIMA 06 (fojas 310 y 283 del expediente arbitral).

Con fecha 09 de setiembre de 2014 se realizó la audiencia de fijación de puntos controvertidos (fojas 246 del expediente arbitral).

Por resolución 09 de fecha 12 de enero de 2015 se declaró cerrada la etapa probatoria, otorgando 5 días para la entrega de los alegatos escritos.

Por resolución 12 del 31 de marzo de 2015, se ordenó a las partes que presenten las Bases del Proceso de Compra que originó la suscripción del contrato materia de litis (fojas 1484).

Mediante escrito presentado el 01 de abril de 2015, MIDIS formula alegaciones para mejor resolver y adjunta instrumental (fojas 1486).

Mediante escrito presentado el 08 de abril de 2015, MIDIS cumple el mandato de la resolución 12 y adjunta las Bases del Proceso de Compra (fojas 1123).

Por resolución 13 de fecha 14 de abril de 2015 se tiene presente lo expuesto por MIDIS y por cumplido el mandato de la resolución 13, con conocimiento de NIISA (fojas 1121).

Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2015 NIISA formuló oposición a los medios probatorios presentados con el escrito del 01 de abril, por considerarlos extemporáneos (fojas 1107); y por escrito de fecha 04 de mayo de 2015 aclaró que lo que formulaba era en realidad una tacha de dichos medios probatorios por ser extemporáneos (fojas 1106).

Por resolución 14 se dispuso correr traslado al MIDIS, que fue absuelta por ésta mediante escrito del 19 de mayo de 2015 (fojas 1096).

Por resolución 15 del 25 de mayo de 2015 se tuvo por absuelto el traslado conferido por resolución 14, reservándose el tribunal el pronunciamiento *“hasta la emisión del laudo o un momento anterior”*. (fojas 2121)

Por resolución 18 del 24 de agosto de 2015 se dispuso la suspensión del arbitraje por la falta de pagos de NIISA, de los honorarios arbitrales (fojas 2102),

Por resolución 19 del 21 de setiembre de 2015 se dispuso la reanudación del arbitraje y se declaró que se encontraba en estado para laudar dentro del plazo de 30 días hábiles, prorrogables por única vez por 30 días hábiles adicionales (fojas 2082).

El 01 de diciembre de 2015 NIISA interpuso recusación contra el árbitro Franz Kundmuller Caminiti (fojas 2040).

Por escrito presentado el 14 de diciembre de 2015, el árbitro recusado rechaza la recusación en su contra (fojas 2028).

Por resolución 21 del 14 de diciembre de 2015 el tribunal dispuso continuar con las actuaciones arbitrales (fojas 2017).

El 18 de diciembre de 2015 por resolución 22 se emitió el laudo en mayoría de fojas 1923.

Mediante escrito del 07 de enero de 2016 (fojas 1866), NIISA solicito rectificación, interpretación e integración del laudo.

Por resolución administrativa 01 de fecha 03 de marzo de 2016 se declara improcedente la recusación formulada.

Por resolución 25 de fecha 29 de marzo de 2016 se declaró infundada la solicitud de corrección en cuanto a la firma de la secretaria arbitral, fundada la corrección en cuanto a la denominación de NIISA, improcedente la interpretación solicitada e infundado el pedido de integración.

PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ANTE ESTA SALA SUPERIOR Y TRÁMITE.

Con fecha 28 de abril de 2015, la accionante interpuso recurso de anulación de laudo arbitral, el cual fue admitido por esta sala mediante resolución número 02 de fecha 23 de junio de 2016.

Por escrito presentado el 11 de agosto de 2016, el MIDIS se apersonó al proceso contestando la demanda de anulación de laudo.

Por resolución número 04, emitida con fecha 15 de agosto de 2016, se señaló fecha de vista de la causa para el día 04 de octubre de 2016.

–

Realizada la vista de la causa con los informes orales de ambas partes, corresponde resolver, y;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El proceso arbitral se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, que establece los parámetros a seguir en un proceso judicial de anulación de laudo arbitral, el cual sólo puede ser invocado 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 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. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

CAUSALES INVOCADAS EN EL RECURSO DE ANULACIÓN.

TERCERO: En el presente caso, **EL CONSORCIO** encuadra su pretensión en las causales establecidas en los literales b) y c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje (D. Leg. 1071), que establecen:

“El laudo solo 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.

[...]

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.”

Respecto de la causal b)

CUARTO: Esta causal, al referirse a la imposibilidad de alguna de las partes de hacer valer sus derechos como causal de anulación del laudo arbitral, se enmarca dentro de la protección de derechos constitucionales, particularmente el derecho al debido proceso, sin que ello importe en modo alguno la revisión del fondo de la controversia ni el razonamiento seguido por el Tribunal Arbitral; ello debido a que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción arbitral.

Al respecto, se ha indicado que:

“Como ha dicho la jurisprudencia española, debe tenerse en cuenta que el carácter antiformalista del procedimiento arbitral obliga a configurar (...) esta causal de nulidad (...) con una perspectiva más sustancial que formal, pues lo que se garantiza no es la protección de un interés rituario sino de ciertos derechos constitucionales cuyo contenido mínimo o esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico”¹.

¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, citado por AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 699 a 670.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC (precedente vinculante) indicando 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.

(…)

Este colegiado estima que en tanto es posible que mediante recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que este involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a que se refiere el artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional²”.

De la alegada afectación al derecho de prueba y debido proceso

QUINTO: El MIDIS alega el recorte de su derecho de defensa por cuanto los medios probatorios admitidos fueron presentados cuando ya se había cerrado la etapa probatoria; es decir, invoca afectación al debido proceso, concretamente al derecho fundamental a la prueba (al permitirse la actuación de medios probatorios presentados de manera extemporánea).

El Colegiado desestima dicha alegación, por cuanto los medios probatorios a que se refiere su denuncia, esto es, la instrumental presentada por MIDIS con su escrito del 01 de Abril de 2015 (fojas 1486), fue de su entero conocimiento conferido por resolución 13 (fojas 1121 del expediente arbitral), lo que precisamente le permitió formular oposición mediante escrito del 29 de abril de 2015 (fojas 1107),

² Fundamentos 12, 13 y 18.

posteriormente precisado como tacha con el escrito del 04 de mayo de 2015 (fojas 1106).

Al respecto, se aprecia que NIISA al formular oposición –luego reconducida como tacha- no solamente alegó la aducida extemporaneidad de los documentos presentados por MIDIS, sino además controvertió su mérito probatorio. Así, sostuvo (fojas 1110 del expediente arbitral):

“7. Que, el Tribunal debe de tener en cuenta que no solo es que se ha presentado de manera EXTEMPORANEA las supuestas pruebas por parte de la demandada, SINO QUE ADEMÁS SE DEBE DE TENER EN CUENTA QUE AL IGUAL QUE A LO LARGO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO SE ADJUNTA NINGUN SUSTENTO O PRUEBA ADICIONAL QUE RESPALDE LA EMISIÓN DE ESAS CARTAS, además que un Dictamen Fiscal no puede ser considerado PRUEBA ALGUNA, pues se sabe que es UNA SENTENCIA, CON LA CALIDAD DE FIRME O CONSNETIDA, la que recién puede tener mérito probatorio.” (mayúscula es de origen)

En ese sentido, es claro que esta parte pudo ejercer el contradictorio para enervar el mérito probatorio de los documentos presentados por la contraparte, y en modo alguno se trató de una incorporación y valoración *inaudita pars* que pudiera calificarse de afectación o recorte de su derecho a la prueba y al debido proceso.

SEXTO: En cuanto a que dichos medios probatorios eran improcedentes por extemporáneos, cabe precisar que el artículo 43 de la Ley de Arbitraje dispone –en consonancia con la regla 29 del Acta de Instalación, que es el tribunal arbitral quien tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias. Por tanto, no cabe amparar la alegación de violación al debido proceso por el ejercicio de una facultad legal, privativa y excluyente del tribunal arbitral, más aún si dicha incorporación de medios probatorios ha sido con decisión motivada contenida en el laudo, que declara infundada la oposición –entiéndase tacha- de NIISA.

En efecto, en el laudo se expresa sobre el particular :

- 11.2 El Tribunal Arbitral en mayoría recuerda que conforme a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 34º del Decreto Legislativo 1071, el árbitro, puede a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos estuvieran vencidos;

A mayor abundamiento, es conveniente citar al doctor Roque Caivano quien afirma que: *"una de las características del procedimiento arbitral es su mayor informalidad con relación a los procedimientos aplicables en sede judicial. La flexibilidad e instrumentalidad que se presentan como norma en materia de arbitraje, han sido señaladas precisamente como una de las mayores ventajas que este instituto reporta, en tanto permite a las partes, como una consecuencia natural, obtener un pronunciamiento más rápido y más consustanciado con las cuestiones de fondo que en artificios formales"*,¹.

Más aún, atendiendo a la naturaleza del arbitraje, Francisco González de Cossío menciona, en relación a las pruebas, lo siguiente:

"Las pruebas en el arbitraje tienen un tratamiento distinto al que se les da en procedimientos judiciales. El formalismo judicial no existe – ni debe existir en el arbitraje.

*No hay un periodo predeterminado para ofrecer pruebas. Le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre el momento y forma en que se presentarán y, en su caso, desahogarán, las pruebas."*²

Que, en atención a lo anterior y conforme al principio de flexibilidad que rige el arbitraje y de la facultad para dictar las reglas complementarias, este Tribunal Arbitral en mayoría considera que debe admitir el escrito presentado el 1 de abril de 2015 por la Procuraduría; más aún si el Tribunal Arbitral en mayoría aprecia que las pruebas ofrecidas por Qali Warma, guardan relación con los puntos controvertidos establecidos, así como, constituyen elementos de prueba que coadyuvan a que Tribunal Arbitral en mayoría emita el presente laudo; por lo que se resuelve, en aplicación del art. 57 del Reglamento de este Centro, incorporar de oficio los mismos para su valoración y en consecuencia declarar **INFUNDADA** la oposición interpuesta por el demandante, máxime cuando la misma ha expresado lo correspondiente a su derecho en su escrito de fecha 29 de abril de 2015.

Por tanto, el recurso de anulación pretende en realidad que este Colegiado se sustituya en el ejercicio de la facultad privativa del tribunal arbitral, de decidir la admisión o no de medios probatorios, lo que no es posible en esa sede de control.

Del aducido incumplimiento del deber de revelación y afectación al debido proceso

SETIMO: Otra alegación relativa a la supuesta afectación del debido proceso, refiere que no se le permitió hacer valer sus derechos pues el árbitro Franz Kundmuller Caminiti incumplió su deber de revelación, ocultando información trascendente y relevante que generaba dudas sobre su imparcialidad e independencia, impidiéndole ejercer a tiempo el derecho a la recusación, atentando contra el debido proceso y la buena fe procesal.

Sobre la oportunidad de la recusación, la Ley de Arbitraje señala en su artículo 29 lo siguiente:

"Artículo 29.- Procedimiento de recusación. (...)

3. *Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.*”

De las piezas que obran en autos, se advierte que NIISA formuló recusación contra el árbitro Kundmuller Caminiti el 01 de diciembre de 2015, cuando el arbitraje se encontraba ya en etapa de laudar, lo que de plano tornaba improcedente dicha recusación, y así fue –efectivamente- asumida por el tribunal arbitral mediante resolución 21 del 14 de diciembre de 2015 (fojas 2017) que dispuso continuar las actuaciones arbitrales, y fue también declarada improcedente por Resolución Administrativa Nro. 01 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de fecha 3 de marzo de 2016 (fojas 1797).

OCTAVO: NIISA sostiene afectación del debido proceso porque el árbitro cuestionado no reveló que se encontraba incurso en causal de recusación, lo que le impidió formular oportunamente tal recusación. Al respecto, es menester preguntarse si el hecho de no haber informado el árbitro las circunstancias que al decir de la nulidisciente generaban dudas sobre su imparcialidad, vicia de nulidad el laudo por haber sido emitido con afectación de la independencia e imparcialidad exigibles; en otras palabras, si, como argumenta NIISA, 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.

Independencia e imparcialidad del árbitro como atributo del debido proceso arbitral

NOVENO: 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 Nº 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)

DECIMO: Tratándose de la independencia e imparcialidad de los árbitros, Gonzales de Cossío³ indica:

“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 López⁴ 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 intelectuales⁵. 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 psíquico⁶. Por lo cual cabe afirmar,

³ 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>

⁴ 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>

⁵ 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”.

⁶ 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

que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto a 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 caso⁷”.

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 consejeros⁸. 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 controversia⁹.

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 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 inferior¹⁰, o bien escribió un artículo o dio una conferencia sobre la específica controversia en cuestión, sugiriendo la solución correcta.”

Independencia e imparcialidad y deber de revelación

DECIMO PRIMERO: Dada la connotación fundamental de la independencia e imparcialidad del árbitro en orden a la garantía del debido proceso, en el arbitraje

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 prejuizgamiento”.

⁷ 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.

⁸ Con tal parecer Bishop y Reed, “Practical Guidelines...”, *ob. cit.*, pág. 398.

⁹ Con igual parecer Henry, “Les obligations...”, *ob. cit.*, pág. 195.

¹⁰ Con tal parecer Trakman, Leon “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered” en *International Arbitration Law Review*, Vol. 10, N° 4, Londres, 2007, págs. 127-128.

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 SEGUNDO: 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)¹¹, las Reglas IBA (*Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, adoptadas el 23 de octubre de 2014*)¹² y el Reglamento de Arbitraje de la CCI (*Cámara de Comercio Internacional, de París*)¹³.

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.*

¹¹ Recuperado de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

¹² Recuperado de: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/IBA%20Guidelines%20on%20Conflict%20of%20Interest%20Nov%202014%20SPANISH.pdf>

¹³ Recuperado de: http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/04/2012_Arbitration-and-ADR-Rules-SPANISH.pdf

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

(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 TERCERO: 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 12 de mayo de 2014, que el arbitraje se regía por el Reglamento del Centro de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y supletoriamente por 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 artículo 21 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP dispone:

**“Deber de declarar
Artículo 21º.-**

Toda persona notificada con su designación como árbitro deberá declarar, al momento de aceptar su nombramiento, mediante comunicación dirigida al Centro y, a través de él, a las partes y a los otros árbitros, de ser el caso, todos los hechos o circunstancias que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad e independencia. Asimismo, señalará el cumplimiento de los requisitos establecidos por las partes, el presente Reglamento y la Ley de Arbitraje.

Este deber de declaración se mantiene durante todo el trámite del proceso y constituye una obligación de carácter objetivo cuya sola inobservancia dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para la descalificación o recusación del árbitro que omita su cumplimiento.”

Por su parte, el artículo 28 del D. 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.

Deber de revelación y debido proceso en el caso concreto

DECIMO CUARTO: 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 aprecia que el recurso de anulación que nos ocupa se fundamenta en la aducida afectación del deber de independencia e imparcialidad del árbitro Kundmuller Caminiti, 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 falta de independencia o de imparcialidad de su parte, sino que se basa exclusivamente en que omitió revelar o informar circunstancias que al decir de la nulidiscente generaban duda sobre su imparcialidad e independencia, a saber y según afirma la nulidiscente; que había tenido una relación laboral con el Procurador Público del MIDIS, Carlos Aurelio Figueroa Iberico, cuando éste era Procurador Público del Ministerio de Justicia del que dependía el INPE, entidad de la cual Kundmuller Caminiti fue asesor en un procedimiento arbitral. Dicha situación es considerada por NIISA como subsumida dentro de la causal de recusación prevista en el artículo 29 incisos b) y c) del Reglamento del Centro, y artículo 28 inciso 3) de la Ley de Arbitraje, que establecen:

“Causales de recusación

Artículo 29º.-

Los árbitros pueden ser recusados sólo por las causales siguientes:

b) Cuando existan hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas y razonables respecto de su imparcialidad o independencia.

c) Cuando incumplan el deber de declarar a que se refiere el artículo 21 del presente Reglamento.”

“Artículo 28.- Motivo de abstención y recusación

3) Un árbitro sólo 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.”

Por tanto, en ese contexto y estando al fundamento de la pretensión nulificante de NIISA cabe dilucidar si el hecho de no haber informado el árbitro la circunstancia que anota la nulidisciente, en verdad vicia irremediabilmente de nulidad el laudo por haber sido emitido con afectación de la independencia e imparcialidad que se predica de un arbitraje ceñido al debido proceso.

DECIMO QUINTO: 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”¹⁴.

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 vicia de nulidad el laudo. Este criterio se enmarca 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 o no crear conflicto de intereses y que según ello deberían o no ser objeto de revelación.

¹⁴ Carlos Matheus López. Op. Cit.

La circunstancia que la nulidisciente denuncia en el caso que nos ocupa no configura ninguno de los supuestos previstos en el denominado “listado rojo” de las reglas IBA, que se consideran como de revelación necesaria. Y más bien puede considerarse una situación equiparable a la prevista en el numeral 3.3.3 del “listado naranja”¹⁵, el cual contiene 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 SEXTO: Ciertamente es que el artículo 21° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP dispone que la omisión de cumplimiento del deber de revelación “dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para la descalificación o recusación del árbitro que omita su cumplimiento”; pero de ello no puede extraerse de modo automático la consecuencia jurídica de la anulación del laudo, como pretende NIISA. Primero, porque ello no está así dispuesto, pues a dicha apariencia de parcialidad la norma le apareja como consecuencia la –posible y no necesaria– descalificación o recusación del árbitro, pero no la invalidez del laudo. Segundo, 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 concreto a fin de decidir si se 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. Este ha sido ya afirmado por esta Sala en la causa Nro. 111-2015.

¹⁵ “3.3.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio, o de alguna otra manera estuvo asociado, con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el arbitraje”.

Como bien afirma Gonzáles de Cossío al comentar la independencia e imparcialidad en el derecho arbitral mexicano¹⁶:

“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 SETIMO: En tal sentido, dado que nos encontramos ante una *apariciencia 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 apariciencia* que no alcanza para enervar la validez del laudo emitido.

En ese sentido, el Colegiado procede a analizar las circunstancias en que se produjo la situación que debía ser revelada, para concluir si en verdad nos encontramos ante un quebrantamiento del deber de independencia e imparcialidad que inevitablemente importaría la invalidez del laudo emitido.

DECIMO OCTAVO: Al respecto, 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”*¹⁷. 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 tienen por única actividad la arbitral, por lo que es usual su doble desempeño como abogados de parte y árbitros, a lo cual se suma la especialidad de la materia arbitrada en el caso que nos ocupa, de contratación pública, que es del dominio de no muchos abogados, entre los cuales sí se cuenta el abogado Kundmuller Caminiti especializado en la materia por su

¹⁶ Op cit.

¹⁷ 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.

otrora desempeño en la Gerencia de Arbitraje del entonces Consejo Superior de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado –CONSUCODE.

En ese contexto se tiene, en primer lugar, que NIISA reprocha al árbitro Kundmuller Caminiti haber mantenido una relación laboral con el abogado de la contraparte, el Procurador Público del MIDIS doctor Carlos Aurelio Figueroa Iberico, cuando éste se desempeñó como Procurador Público del Ministerio de Justicia y representando al Instituto Nacional Penitenciario en un arbitraje, respecto del cual el árbitro Kundmuller Caminiti fungió como asesor (del INPE). Así, como puede verse, en principio, dicha situación 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. Y de otro lado, es claro que dicha relación no se produjo con la parte en el arbitraje que ahora nos ocupa, esto es el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social - MIDIS, sino con otra entidad pública, el INPE; y la relación que se considera fuente del conflicto de interés fue una de orden funcional, sin subordinación ni dependencia, en la que correspondía el Procurador Figueroa Iberico la responsabilidad legal de ejercer la representación y defensa del INPE en aquél otro arbitraje –sin relación con el que nos ocupa-, entidad que contrató los servicios del ahora árbitro Kundmuller Caminiti (y no el Procurador Público) para que brinde asesoría en dicho arbitraje.

Ello revela que se trató de una relación ocasional determinada por la lógica del funcionamiento del sector público que obliga a que un Procurador deba desempeñarse en la defensa de las instituciones a las que sea asignado, relación que se produjo con ocasión de un arbitraje que involucró a otra entidad, sobre una materia no vinculada ni semejante a la del arbitraje cuestionado, y que data de aproximadamente cinco años antes del arbitraje que nos ocupa, sin que la intervención como asesor del ahora árbitro Kundmuller se haya dado en condiciones de dependencia ni subordinación.

Por tanto, se colige que no se trató de una relación relevante que pudiera asumirse razonablemente como fuente de afectación al deber de independencia e imparcialidad que pudiera justificar la recusación o apartamiento del árbitro cuestionado, por ende, el hecho de no haber revelado éste su pasada relación funcional con el Procurador Público del MIDIS no implica afectación al debido proceso ni configura por ende ningún vicio de anulación del laudo.

En cuanto a la causal c)

DECIMO NOVENO: El artículo 63 inciso 3) literal c) de la Ley de Arbitraje comprende dos supuestos, siendo el segundo el invocado por el demandante; tal supuesto está referido a la posibilidad de cuestionar las actuaciones arbitrales, siempre que éstas se hayan realizado en contravención a los acuerdos adoptados por las partes o, en su defecto, al reglamento que resulte aplicable, o a las normas contenidas en la Ley de Arbitraje.

Al respecto el Colegiado tiene presente que por el principio de autonomía privada que sustenta las relaciones contractuales, la voluntad de las partes tiene fuerza para vincularlas en los términos y condiciones que esas mismas partes definan. Sin embargo, la fuerza jurígena de la autonomía de la voluntad opera en dos planos claramente diferenciables: el primero, de orden sustantivo, al configurar las partes su relación jurídica mediante el contrato y el sometimiento del mismo a una normativa determinada con arreglo a la cual deberá resolverse una eventual controversia; y otro de orden procedimental, al acordar las partes las reglas del mecanismo alternativo de resolución de disputas (autocompositivo o heterocompositivo) que adopten, diferente al proceso judicial. En el primer caso estamos hablando de normas sustantivas; en el segundo, de reglas procedimentales.

Así, el artículo 34° de la Ley de Arbitraje dispone :

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones

- 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A Falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.***
- 2. [...]***
- 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, la norma aplicable en este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral”.***

De lo expuesto, se deriva como efecto inexorable que cuando las partes someten a particulares –los árbitros- la solución de sus conflictos de acuerdo a determinadas reglas acordadas directa y expresamente (reglas del arbitraje), o por remisión a un plexo normativo determinado (Reglamento del Centro de Arbitraje), se comprometen al respeto y cumplimiento de tales reglas y a lo que de acuerdo a ellas sea decidido por el árbitro.

Por tanto, la causal de anulación prevista en el artículo 63 inciso 1 acápite c) de la ley arbitral, se cimenta sobre la autonomía de voluntad y la fuerza jurídica de su ejercicio en la específica configuración de las normas procedimentales del arbitraje; y tiene por finalidad garantizar esa eficacia vinculante del acuerdo de voluntades de las partes.

VIGESIMO: NIISA sostiene que se ha transgredido el artículo 49 del Reglamento de Arbitraje de la PUCP y las propias reglas establecidas en el acta de instalación del tribunal arbitral, relativas a las formalidades para la incorporación al proceso de medios probatorios. Conforme al orden de prelación normativa que rige en sede arbitral, según el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, cabe atender en primer lugar a las reglas fijadas en el Acta de Instalación (fojas 13), que establecen:

“ACTUACION DE PRUEBAS

29. El Tribunal Arbitral tiene la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, de acuerdo a las estipulaciones señaladas en el artículo 49 del Reglamento”

Como puede verse, dicha regla es similar a la establecida en el artículo 43 inciso 1) de la Ley de Arbitraje, aunque se remite al artículo 49 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, que dispone:

Pruebas

Artículo 49º.-

Los árbitros tienen la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas ofrecidas, pudiendo:

- a) Solicitar a las partes cualquier prueba o información adicional que considere pertinente; así como disponer de oficio la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes.*
- b) Prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados, si se considera adecuadamente informado, pudiendo emitir el laudo basándose en las pruebas que disponga, según las circunstancias del caso.*
- c) Excepcionalmente, prescindir motivadamente de los medios probatorios cuya actuación no haya podido ser ejecutada por las características de su ofrecimiento o por la naturaleza de la prueba, habiendo transcurrido un plazo razonable.*
- d) Finalizada la etapa probatoria no podrán presentarse medios probatorios adicionales, salvo los medios probatorios de oficio.*

Precisamente NIISA denuncia como vicio de nulidad del laudo, que en el arbitraje sub materia se admitieron medios probatorios extemporáneos cuando ya la causa se encontraba para emitirse el laudo, lo que importaría la violación de la regla fijada en el artículo 49 inciso d) del Reglamento Arbitral.

VIGESIMO PRIMERO: De la cronología arbitral efectuada en páginas precedentes de la presente resolución, queda claro que MIDIS presentó medios probatorios con su escrito de fecha 01 de abril de 2015, que fueron puestos en conocimiento de NIISA

por resolución 13, en virtud de lo cual ésta con su escrito del 29 de abril de 2015 (fojas 1107 del expediente arbitral) formuló oposición, posteriormente reconducida por la misma parte como tacha (escrito del 04 de mayo de 2015 a fojas 1106 del expediente arbitral), contra dichos medios probatorios al considerarlos extemporáneos. Absuelta dicha cuestión probatoria por MIDIS, el tribunal arbitral mediante resolución 15 del 25 de mayo de 2015 (fojas 2121), se reservó el pronunciamiento respectivo *“hasta la emisión del laudo o un momento anterior”*. Esta decisión no fue objeto de ningún pedido de reconsideración por parte de NIISA, por lo que consintió en ella.

Por lógica se tiene que el pronunciamiento sobre la cuestión probatoria podía ser dando la razón a NIISA, en cuyo caso se rechazaría la admisión de dichos medios probatorios; o dando la razón a MIDIS, por tanto, admitiendo dichos medios probatorios. Y si se considera que en virtud de la reserva de pronunciamiento hasta la emisión del laudo la cuestión probatoria sería decidida en ese acto postrero, entonces es claro que con la misma emisión del laudo podría admitirse los medios probatorios en cuestión –como efectivamente se hizo-, que es precisamente lo que se denuncia como violación del artículo 49 del Reglamento Arbitral. Sin embargo, dicha posibilidad fue consentida por NIISA al no plantear reconsideración alguna de la resolución 15, lo que constituye la renuncia a objetar que refiere el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, que dispone:

“Artículo 11.- Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse,, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.”

Por tanto mal puede ahora cuestionar NIISA que el tribunal finalmente haya decidido en el laudo admitir los medios probatorios en cuestión.

Además, si hubiera alguna duda acerca de la licitud del proceder del tribunal, cabe apreciar que finalmente éste asumió de oficio dichos medios probatorios, lo que implicó el ejercicio de su facultad prevista en el artículo 49 inciso a) del Reglamento Arbitral, para lo cual estaba autorizado incluso en la etapa de laudar, según el artículo 49 inciso d) del citado reglamento. Por tales consideraciones no cabe amparar la denuncia de NIISA.

VIGESIMO SEGUNDO: Otro argumento de violación de las reglas arbitrales consiste en que la composición del tribunal estuvo “viciada” por haber estado integrado por el árbitro Kundmuller Caminiti, quien estaba impedido de actuar como árbitro por su vínculo con la parte demandada. Sin embargo, es evidente para este Colegiado que NIISA no cumple su carga procesal de identificar la regla arbitral que habría sido afectada, pues como tiene establecido esta Sala en la causa Nro. 133-2016, la mera exposición de lo que la parte considera irregularidades en el decurso arbitral, sin explicitar cuáles serían las reglas pactadas o reglamentarias que se habrían infringido, no configura la causal de anulación prevista en el artículo 63.1 inciso c) de la Ley de Arbitraje.

VIGESIMO TERCERO: Finalmente, se invoca la misma causal c) alegando NIISA que se ha vulnerado el artículo 29 inciso 3) de la Ley de Arbitraje que establece que cuando la recusación se presenta de manera extemporánea, el árbitro debe considerar su renuncia –bajo responsabilidad- cuando está impedido de actuar.

La norma invocada dispone:

“Artículo 29.- Procedimiento de Recusación

[...]

- 4. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.”**

Como puede apreciarse, dicha norma no dispone que el árbitro debe renunciar indefectiblemente, sino que le atribuye un comportamiento que en el fondo implica una valoración subjetiva del propio árbitro, pues debe “considerar” su renuncia. El Colegiado entiende que el verbo “considerar” que fija la conducta que debe asumir el árbitro, supone una actividad racional y valorativa sujeta al criterio personalísimo del árbitro, según la cual, decidirá si renuncia o no. En ese sentido, cuando NIISA invoca esta norma alegando que no habría sido cumplida por el árbitro Kundmuller Caminiti, en realidad denunciar sólo puede que éste no habría desplegado dicha actividad mental interna, y de ninguna manera puede amparar la alegación de una omisión de renunciar –que es una posible manifestación objetiva o consecuencia de aquella actividad mental de “considerar” la renuncia.

Pero además, se tiene que esa conducta exigida al árbitro es exigible cuando éste se encuentre en una circunstancia que afecte su imparcialidad o independencia, la cual

también está sujeta a la valoración personalísima del árbitro, pues si éste no considera encontrarse en una circunstancia tal, obviamente no solamente no deberá renunciar, sino que ni siquiera debería considerar tal renuncia pues no se justificaría en forma alguna, y más bien importaría sustraerse unilateralmente a la relación contractual entablada con las partes merced a su aceptación del cargo de árbitro, y de los deberes que ello le genera.

VIGESIMO CUARTO: Al respecto, se advierte de autos que ante la recusación formulada por NIISA contra el árbitro Kundmuller Caminiti, que implicó una objetiva denuncia por su omisión del deber de revelación de su otrora relación funcional con el Procurador Pública del MIDIS, dicho árbitro valoró y sopesó los hechos que se le atribuyeron, y como resultado de dicho proceso mental decidió no renunciar al no considerarse incurso en ninguna circunstancia que afectase su independencia e imparcialidad, tal como se desprende de su comunicación de fecha 14 de diciembre de 2015 (fojas 2028), en que luego de analizar los hechos que motivaron su recusación y rebatir los argumentos de NIISA, concluyó que *“no concurren en mi persona circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre mi independencia e imparcialidad.”*

Pero, de otro lado, como ha quedado dicho en páginas anteriores, los hechos que invocaba NIISA para sustentar su recusación, y que son reiterados ahora en el recurso de anulación, no configuran circunstancias que objetiva y razonablemente permitan asumir que se encontraba mellada o comprometida la independencia e imparcialidad del árbitro Kundmuller Caminiti, como para justificar su renuncia al cargo.

VIGESIMO QUINTO: De lo expuesto se concluye que no existen elementos para amparar el pedido de anulación de NIISA, toda vez que no se ha acreditado ninguna de las causales invocadas como afectaciones de derechos denunciadas por vía del presente recurso de anulación; y habiéndose desestimado las alegaciones vertidas, el presente recurso de anulación debe ser declarado infundado, pronunciándose consecuentemente la validez del laudo sub materia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Colegiado, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

- (i) **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo arbitral.

- (ii) En consecuencia, se **DECLARA la validez del laudo arbitral de derecho** expedido emitido por resolución 22 de fecha 18 de diciembre de 2015, con fecha 18 de diciembre de 2015, sin costas ni costos.

Notifíquese conforme a ley.-

En los seguidos por el **NIISA CORPORATION SA** contra **COMITÉ DE COMPRAS N° 06 DEL PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA** sobre **Anulación de Laudo Arbitral**.

ROSSELL MERCADO

RIVERA GAMBOA

GAMERO VILDOSO