

IUS^{ET} PRAXIS



¿NO REVELAR = ANULACIÓN?: ARMONIZACIÓN DEL CRITERIO JUDICIAL PARA ANULAR UN LAUDO POR FALTA DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

JAIME HEREDIA TAMAYO*

Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

PAULO CÉSAR CASTAÑEDA MONTALVÁN**

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú

Recibido: 5 de diciembre del 2021 / Aceptado: 6 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5568>

RESUMEN. Mucho se ha discutido en el campo arbitral sobre las causales de recusación en el arbitraje y las circunstancias que generan un deber de revelación de los árbitros por la existencia de dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. En este trabajo, los autores abordan los criterios que debieran ser tomados en cuenta al momento de determinar si un tribunal judicial debería (o no) anular un laudo arbitral por el supuesto de que un árbitro incumpla su deber de revelación.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / deber de revelación / principio de trascendencia / anulación del laudo arbitral / debido proceso / imparcialidad

FAILURE TO DISCLOSE = ANNULMENT?: HARMONIZATION OF THE JUDICIAL CRITERIA FOR CHALLENGING AN AWARD FOR NON-DISCLOSURE BY THE ARBITRATOR

ABSTRACT. Much has been discussed about the grounds for challenging an arbitration and the circumstances that generate a duty of disclosure on the part of arbitrators due to justified doubts about their impartiality or independence. In this paper, the authors address the criteria that should be considered when determining whether a court should (or should not) challenge an arbitral award on the assumption that an arbitrator breaches his or her duty of disclosure.

KEYWORDS: arbitration / duty of disclosure / principle of transcendence / cancellation of arbitral award / due process / impartiality

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de maestría en Derecho Procesal por la misma casa de estudios. Socio del estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Premio Eric E. Bergsten al segundo mejor orador individual en el Moot Madrid 2020 y al mejor orador individual del Moot UBA 2021. Asistente legal en el estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

Justice must not only be done;
it must also be seen to be done.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
caso Delcourt vs. Bélgica (1970)

1. PALABRAS PRELIMINARES

La numeración legislativa peruana actual corre desde 1904, algunos años antes de la conmemoración del primer centenario de la independencia del Perú. Hoy, a poco de haber celebrado su bicentenario, según el archivo digital del Congreso de la República (2021) tenemos nada menos que 31 349 leyes en nuestro país.

Estas leyes, en cuanto “preceptos”, suponen la existencia de un momento de “verdad práctica”, en la que se fundamenta y legitima el acto de voluntad del legislador, que la dota de validez dogmática, transformándola, al fin, en norma (Montoro, 1984, p. 70). Así, la relevancia de cada una de estas leyes es su enlace con la aplicación práctica que le demos los operadores del sistema de justicia y, particularmente, nuestros magistrados.

En esa línea, a los recién celebrados doscientos años de independencia, el Perú tiene titánicas tareas pendientes en diversas aristas de su sistema de justicia. Sin embargo, no todas ellas necesitan una modificación legislativa. Este es el caso del arbitraje y, en particular, los aspectos relativos a la anulación de laudos arbitrales.

El Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), al igual que sus predecesores, la Ley 26572 de 1996 y el Decreto Ley 25935 de 1992¹, incorporó en nuestro ordenamiento jurídico las prácticas más modernas del arbitraje comercial, al recoger la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985 y sus enmiendas del 2006, respectivamente.

En razón de lo anterior, a nuestra consideración, el arbitraje peruano no necesita ser enmendado por medio de reformas legales². Consideramos, en cambio, que las más importantes reformas que se pueden —y deben— dar en el fuero arbitral peruano parten de los mismos árbitros, de los que abogados y empresas privadas somos sus usuarios, y en particular, en materia de anulación de laudos, de nuestros jueces.

1 La primera disposición que hubo en nuestro país con respecto a arbitraje fue, como es sabido, el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, con todas sus limitaciones. Posteriormente a ello, la primera regulación independiente que se dio para este mecanismo de resolución de disputas fue el Decreto Ley 25935. Esta primera regulación, como advertía Cantuarias en un comentario de 1994, fue “prácticamente una copia de la Ley Modelo de UNCITRAL” (1994, p. 69).

2 Como muestra de ello, tenemos aún fresco el recuerdo de las cuestionables modificaciones a la Ley de Arbitraje realizadas mediante el Decreto de Urgencia 20-2020, publicado en enero del 2020, precisamente en una (mala) búsqueda de la idoneidad del árbitro.

Precisamente, el presente trabajo se centra en un supuesto específico que ha sido (y es) invocado como causal de anulación de laudos arbitrales: el incumplimiento de los árbitros del deber de revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar su imparcialidad o independencia³, o que “pueda afectar su juicio y hacer que en la mente de las partes exista una duda razonable acerca de sus cualidades” (Cour d’appel de Paris [1ère Chambre-Section C], 2009). Por ello, se ha señalado lo siguiente: “La obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos —de recusación y/o de anulación— basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro” (Matheus, 2010, p. 463).

Siendo ello así, en el presente texto analizaremos, como punto de partida, la relevancia de la “teoría de la apariencia” en materia de imparcialidad e independencia. A partir de ella, abordaremos las disímiles posturas que existen en torno a la posibilidad de anular un laudo arbitral por un incumplimiento del deber de revelación de los árbitros que lo emitieron, para luego proponer un término intermedio entre ambas, que —consideramos— es el que guarda mayor coherencia con los principios que enmarcan al arbitraje.

Finalmente, desarrollaremos algunas consideraciones que podrían ser tomadas en cuenta por nuestra magistratura al momento de decidir sobre la anulación de un laudo en que se invoque esta causal. Ello se realizará tratando de plantear una guía “práctica” (dentro de lo que permite lo abstracto de la materia) de supuestos en los que el incumplimiento de dicho deber debe ser considerado (o no) como causal de anulación.

2. SER Y PARECER: IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA

2.1 Contenido del derecho a un juez imparcial y la teoría de la apariencia

La impartición de justicia y la idoneidad del impartidor de justicia son elementos interdependientes: no puede existir justicia si quien la imparte no está en la posición debida para hacerlo. Esta “posición debida” se traduce, por un lado, en los requisitos legales de habilidad y, por el otro, en la imparcialidad e independencia del juzgador (juez o árbitro). En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional (2003) ha señalado lo siguiente:

Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta administración de justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e

3 Artículo 28 de la Ley de Arbitraje:

“1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”.

imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión. (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00023-2003-AI/TC, 2004)

En el deber de independencia, el contenido está enfocado en la no existencia de sujeción o subordinación del juzgador frente a una de las partes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) estima algunos ejemplos en los que se demuestra independencia y señala que

para poder establecer sin un tribunal puede ser considerado independiente debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas (Morris vs. Reino Unido).

Como vemos, en el deber de independencia, la corroboración podría ser más sencilla, por cuanto responde a factores relativamente más objetivos. Sin embargo, en el marco de la imparcialidad tenemos todo lo contrario. La imparcialidad del juzgador estará conformada por su predisposición mental frente al caso en cuestión.

Las dificultades de lo anterior son obvias: estamos ante una condición que se genera dentro de la “psique” del individuo. Más aún cuando el estándar que se busca en esta cualidad del juzgador, según Montero Aroca (2006) en una postura ampliamente recogida, es el siguiente:

La ausencia de designio o de prevención en el juez deponer su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes. (p. 69)

Como vemos, esta predisposición va a traducirse en un sesgo interiorizado por el juez o árbitro a favor de una de las partes. Por su propia naturaleza, esta será muy difícil (o imposible) de probar materialmente. Debido a ello, se ha desarrollado que “tanto la imparcialidad de hecho [énfasis añadido] como la apariencia de imparcialidad [énfasis añadido] son fundamentales para que se mantenga el respeto por la administración de justicia” (Picado, 2014, p. 36). De esta manera, al igual que distintos fueros a lo largo del mundo⁴, nuestro Tribunal Constitucional (2006) ha adoptado esta teoría y ha indicado que

en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia ... debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una

4 Las cortes inglesas, como se demuestra en *AT & T Corporation & Anor v. Saudi Cable Company* (2000), recogen igualmente la teoría de la apariencia de parcialización, un estándar de ética judicial aplicable también a los árbitros.

sociedad democrática deben inspirar a los justiciables. (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00004-2006-PI/TC)

En el campo del arbitraje, esto se complica, dado que la elección del “juzgador” usualmente recae sobre las propias partes, quienes —en teoría— buscarán elegir al mejor árbitro disponible, y sin embargo se pueden ver sorprendidas por circunstancias no reveladas por él que se traduzcan en sesgos que afecten su postura frente a una de las partes en el procedimiento.

De esta manera, elegir un tribunal arbitral correcto es relevante no solo para las partes, sino también para el buen desarrollo del arbitraje en sí. Es la calidad del tribunal arbitral la que puede fortalecer o destruir irremediablemente el procedimiento arbitral. Así pues, “se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia” (Caivano, 2000, p. 172).

En tal sentido, bajo esta teoría de la apariencia, “ha de exigirse que el juez [o árbitro] se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de manera que el proceso judicial [o arbitraje] cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez independiente e imparcial” (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00512-2013-PHC/TC, 2013).

Como vemos, bajo la teoría de la apariencia se releva a las partes de acreditar una parcialidad efectiva e indubitable para recusar al árbitro. Lo que se les requiere acreditar, entonces, es la existencia de las tan mencionadas “dudas justificadas” sobre la imparcialidad de aquel⁵. Estas, en realidad, responden a circunstancias en las que este se encuentra que razonablemente harían inferir una predisposición a favor de una de las partes.

2.2 Los instrumentos de soft law utilizados en el arbitraje, se basan también en la teoría de la apariencia

Como sabemos, si bien la teoría de la apariencia responde a una problemática particular (la imposibilidad de leer las mentes), también presenta sus propias dificultades, como, por ejemplo, la manera de determinar cuándo estamos, o no, ante “la apariencia de imparcialidad e independencia”, dada la —también— imposibilidad de elaborar una lista taxativa de todos los supuestos en los que un árbitro pueda tener predisposición hacia una de las partes.

5 Artículo 28 de la Ley de Arbitraje:

“1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia ... 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”.

Ante falta de recepción positiva de una legislación sobre imparcialidad o independencia, en el arbitraje internacional y nacional se utilizan generalmente instrumentos de soft law, como lo son predominantemente las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 (en adelante, las Directrices IBA) o las Reglas de Arbitraje Comercial y Procedimientos de Mediación de la American Arbitration Association (2013).

En ellos se ejemplificaban y listan algunas situaciones, criterios y condiciones en que presumiblemente existiría una duda justificada sobre la imparcialidad del árbitro, que genera el deber de este último de revelar dichas condiciones. Así, a pesar de no ser imperativas, señala Mourre (2018) que “algunas de las reglas, guías y códigos de conducta que forman parte de la soft law arbitral puedan adquirir, con el tiempo, algún grado de normatividad”.

Como sabemos, estos instrumentos (especialmente las Directrices IBA) tienen amplia recepción en el fuero arbitral peruano. Pero no solo ello, sino que ya la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) los ha recogido para evaluar la apariencia de imparcialidad de los árbitros y ha indicado lo siguiente:

La Internacional Bar Association (IBA) ha publicado las denominadas Directrices IBA que vienen a ser un conjunto de reglas éticas destinadas para los árbitros internacionales y que a modo de listado abierto orientan e indican en qué casos y situaciones un árbitro se encuentra o no en la obligación de revelar para determinar que no sea descalificado. (JAR Outsourcing S. A. C. [JAR] y Oficina Nacional de Normalización Previsional [ONP], Casación 2267-2017/Lima)

Los instrumentos de soft law utilizados, antes señalados, toman como base, precisamente, la teoría de la apariencia. Ello lo podemos ver, por ejemplo, en la Nota Explicativa sobre la Norma General 2 de las Directrices IBA, que señala en su inciso b) que, para que las normas sean aplicadas de la manera más homogénea posible, el test para la descalificación ha de ser objetivo, y la expresión “imparcialidad o independencia” implica un test de valoración de apariencias.

En ese sentido, podemos ver que la teoría de la apariencia es un principio transversal a todo lo que se refiere a imparcialidad e independencia, y a partir de ella se constituyen el deber de revelación, la recusación, entre otros.

2.3 El deber de revelación desde la teoría de la apariencia y los efectos de su incumplimiento

Con base en lo anterior, cada vez que se dé una situación en la que se generen dudas o “apariencia de parcialidad”, el árbitro se encuentra obligado a revelarla a las partes y a sus coárbitros, como lo establece el precitado artículo 28 de la Ley de Arbitraje. La pregunta es la siguiente: ¿qué sucede si no lo hace? Las respuestas variarán en relación con el momento en el que la información no revelada sea descubierta.

Si la circunstancia no revelada es identificada durante el procedimiento arbitral, es probable que el árbitro sea recusado y el propio tribunal arbitral, o el centro de arbitraje, decida sobre su apartamiento. En caso de que sea apartado, en principio, no se generarían mayores contingencias⁶.

Sin embargo, existen cuanto menos otras dos posibilidades: (i) que el centro de arbitraje o el tribunal arbitral decida que, a pesar de no haberse revelado la circunstancia, esta no justifica el apartamiento del árbitro o (ii) que la circunstancia sea conocida de manera posterior al cierre de actuaciones del tribunal arbitral.

En estos casos, es probable que la parte vencida acuda al fuero judicial para solicitar la anulación del laudo arbitral, invocando los literales b) o c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje⁷. Los resultados de estos pedidos, tanto en sede nacional como en jurisprudencia comparada, son abordados a continuación.

3. EL PROBLEMA: LOS DOS POLOS OPUESTOS

Como señalábamos, el incumplimiento del deber de revelación puede dar lugar a cuestionamientos, en sede judicial, sobre la validez del laudo arbitral. La cuestión es la siguiente: ¿el mero incumplimiento del deber de revelación puede por sí solo ser suficiente para ello?

Algunos magistrados (entre ellos, los peruanos) han adoptado uno de los dos extremos: (i) el incumplimiento del deber de revelación da lugar de manera directa a la anulación del laudo arbitral o (ii) no se debe anular un laudo por el solo incumplimiento del deber de revelación, sino que debe demostrarse la afectación de derechos. Veamos.

3.1 Primer Enfoque: no revelar = anulación del laudo

Este enfoque (al que en adelante denominaremos Primer Enfoque), sostenido principalmente en Estados Unidos⁸, expone que, si un árbitro aparentemente parcializado

6 Decimos en principio porque existen muchos supuestos que podrían ser abordados: ¿qué pasa si se emitió un laudo parcial antes de la recusación? ¿Sería inválido? ¿Qué pasa con las decisiones sobre las incidencias en el arbitraje? Por la extensión, ello será motivo de otro trabajo.

7 Artículo 63 de la Ley de Arbitraje:
"1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. 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".

8 Aunque matizado en los últimos años.

ha participado de las deliberaciones y del arbitraje en general, puede causar fundadas suspicacias sobre la afectación de los derechos de la parte vencida. En esa línea, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en un caso emblemático, afirmó lo siguiente:

Los árbitros no están aislados los unos de los otros; conocen del caso y deciden como un equipo, luego de la discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro de ese grupo tiene la oportunidad de persuadir a los otros ... Así, independientemente de requerirse mayoría para emitir un laudo arbitral, cuando un árbitro es evidentemente parcial, la sospecha cae sobre el laudo. Esta conclusión es especialmente valedera cuando los otros miembros del tribunal votan en igual sentido que el árbitro evidentemente parcial. (Corte de Apelaciones de California, 1976)

En sentido similar, en el caso *Jean y Leonard Schmitz v. Carlos Zilveti y otros*, citado por Simons (2018), se indicó que “si el árbitro no informa de hechos relevantes, que pueden mostrar una apariencia de parcialidad, lo que hace es quitarle legitimidad a su posición como juzgador privado”.

Este criterio se ve reflejado en una decisión importante del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito (1994): uno de los árbitros desconocía el conflicto de intereses de su bufete de abogados en el momento de la audiencia (aparentemente, por no indagar lo suficiente para declararlo). Al no ponerlo en conocimiento de las partes, y ser conocido posteriormente por la parte vencida, se recurrió a la vía de anulación. El tribunal de apelaciones sostuvo, al respecto, lo siguiente:

La evidente parcialidad de Conrad justifica la anulación del laudo arbitral en este caso. Una determinación de parcialidad evidente en un árbitro generalmente requiere la cancelación del laudo arbitral. Como se indica en *Wheeler v. St. Joseph Hospital*, (1976): Los árbitros no están aislados unos de otros; escuchan y deciden el caso como un panel después de una discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro del panel tiene la oportunidad de persuadir a los demás.

Como vemos, a pesar de que solo uno de los árbitros había incumplido su deber de revelación, se dejó sin efecto todo el laudo arbitral. La lógica de estos tribunales, además de lo indicado en el extracto precitado, encuentra su razón en que la decisión de los árbitros no es pasible de ser revisada. En esa línea, en *Commonwealth Coatings Corp., Petitioner, v. Continental Casualty Co. et al* (1969) se sostuvo que

es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo de los negocios, pues no se espera que obtengan todos sus ingresos de la resolución de casos, pero debemos, por lo menos, ser aún más escrupulosos para salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que de los jueces, pues aquellos [los árbitros] tienen carta blanca para decidir el derecho, así como los hechos, y no están sujetos a revisión en apelación.

Con todo lo anterior, veamos ahora el otro enfoque que han recogido los tribunales judiciales.

3.2 Segundo Enfoque: la falta al deber de revelación no puede ser causal para la anulación del laudo, a no ser que se demuestre la vulneración del debido proceso

En el otro lado del ring, tenemos posturas en las que se ha sostenido que el incumplimiento del deber de revelación por sí solo de ninguna manera puede llevar a que se anule el laudo arbitral, si el solicitante no demuestra de manera objetiva que se han vulnerado sus derechos. En adelante, nos referiremos a este como el Segundo Enfoque.

Bajo este enfoque, se ha establecido una carga de la prueba sumamente gravosa en la parte que solicita la anulación del laudo. Ello porque la parte vencida no solo tiene que probar que, efectivamente, existía una circunstancia que generaba dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, sino que, además, por este incumplimiento, se han vulnerado sus derechos “de manera efectiva”.

No solo ello; en algunos casos, bajo la premisa de proteger la validez del laudo arbitral, se ha sostenido inclusive, que “si el motivo de impugnación surgiera con anterioridad a la designación del árbitro [por ejemplo, el árbitro era familiar de una de las partes], dicha parte también deberá acreditar que no conocía su existencia [énfasis añadido]” (Primera Sala de Primera Instancia de Beirut, 2010). La contingencia es evidente: ¿cómo podría probarse un “no conocimiento”?

La Corte Superior de Justicia de Lima parece haber tomado un enfoque similar. En un caso relativamente reciente, se verificó que se había cumplido uno de los presupuestos del Listado Naranja de las Directrices de la IBA⁹ y el árbitro no lo había revelado.

La corte determinó en este caso que, si bien es cierto que el reglamento del centro de arbitraje disponía 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”, de ello no podía extraerse de modo automático la consecuencia jurídica de la anulación del laudo:

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

9 Como sabemos, de acuerdo con las Directrices IBA, “el Listado Naranja refleja situaciones que quedarían comprendidas en la Norma General 3(a), por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas”.

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. (Sentencia de vista recaída en el Expediente 133-2016, 2016)

Para sustentar dicha postura, la Corte Superior de Justicia hace suya una cita de González de Cossío (2002), al comentar sobre la independencia e imparcialidad en el derecho arbitral, e indica lo siguiente:

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 [énfasis añadido], 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 ... Es decir, la simple apariencia no debe ser suficiente. Sólo un indicio. Para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un laudo, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado. No especulad [énfasis añadido].

Sin pronunciarnos sobre el caso concreto, lo que resulta preocupante del criterio de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial es el hecho de que, como se ha señalado anteriormente, sostiene que "para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un laudo, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado".

¿No es precisamente por la imposibilidad de probar la "parcialidad efectiva" del juzgador que cobra su sentido la "teoría de la apariencia"? ¿Cómo se compatibilizarían ambos criterios? ¿No se estaría sometiendo a las partes a una probatio diabolica? Como podemos ver, ambos enfoques, vistos bajo una óptica estricta, parecieran presentar problemas.

4. EL TERCER ENFOQUE: IN MEDIO STAT VIRTUS COMO ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN. NI UN EXTREMO NI EL OTRO SON CORRECTOS

El axioma aristotélico in medio stat virtus nos refiere que "la virtud está en el medio", esto es, evitando ir a los extremos. Lo mismo sucede con algunas discusiones jurídicas, como lo es, para estos efectos, la relacionada con el incumplimiento del deber de revelación como causal de anulación del laudo.

A nuestra opinión, para poder encontrar el "punto medio" y desarrollar algunos criterios que no dejen en indefensión a la institución arbitral ni a las partes, debemos recurrir a determinados principios que circunscriben el arbitraje y, en general, la administración de justicia. Veamos.

4.1 Aplicación del principio *pro arbitri*

Para las partes, el convenio arbitral comporta una obligación de no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria y desplaza la facultad jurisdiccional a los árbitros que las partes designen o que sean designados conforme a derecho. Para la justicia ordinaria, por su parte, se genera la obligación de abstenerse de conocer un caso en el cual existe convenio arbitral (Gabriel Tomas, Santos Sánchez & Villegas Porras, 2018, pp. 126-127).

Esta norma consagra adicionalmente el principio *in dubio pro arbitri* disponer que, en caso de duda, el órgano judicial debe entender que el conflicto se encuentra sometido a arbitraje (Gabriel Tomas, Santos Sánchez & Villegas Porras, 2018, pp. 126-127). Esta postura, según Arrarte (2015), es pacífica en la doctrina, por lo que está “fuera de toda posibilidad de discusión es que en el escenario de duda o falta de certeza siempre deberá efectuarse una interpretación en favor del arbitraje” (p. 252).

Si bien este principio generalmente se recoge como método interpretativo sobre la competencia del tribunal arbitral, también es aplicable respecto a la validez y preservación del procedimiento arbitral en general; asimismo, del laudo arbitral. Sobre ello, señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2007) que este es un

principio legal por el cual el ordenamiento jurídico blinda al contrato de arbitraje, al proceso y al laudo, esto es, a la institución toda, contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Y esto porque sería absolutamente ilógico que, si la ley permite que para determinados casos los particulares se sustraigan, renunciando, a la jurisdicción estatal para resolver extrajudicialmente a través del arbitraje una controversia, no renuncie también a los medios impugnatorios que ofrece el sistema al cual han renunciado temporalmente. Lo que quiere así sabiamente el Estado, es que el arbitraje no sea letra muerta y que, quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses. (p. 197)

Bajo este principio, la problemática respecto al Primer Enfoque salta a la vista. Si estamos ante una premisa por la que la validez del laudo se presume y solo uno de los árbitros ha omitido declarar circunstancias que presumiblemente afectan su objetividad, en principio, no pareciera razonable extenderle la “falta de legitimidad” al resto de los miembros del tribunal arbitral.

En ese sentido, en el Primer Enfoque, el principio *pro arbitri* se revierte, generando, por el contrario, una presunción de invalidez del laudo arbitral. Consideramos que esto debe ser matizado en los términos que proponemos en el siguiente acápite.

4.2 Observancia del principio de trascendencia en la nulidad

En materia procesal, el principio de trascendencia de la nulidad, “aplicable también a la anulación de laudo” (Arrarte, 2015, p. 244), implica que, aun cuando el acto procesal no

haya cumplido con uno de sus requisitos, pero sí haya cumplido con su finalidad, este no debería declararse nulo¹⁰.

Lo anterior encuentra razón en que la nulidad constituye una situación excepcional y no querida en el proceso, pues implica necesariamente su retroceso, lo que significa prolongar el tiempo que demorará la solución del conflicto de intereses (Monroy, 2013). Ello, a la luz de la celeridad procesal, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva¹¹.

Con base en lo anterior, por el adagio *pas de nullité sans grief* (no hay nulidad sin agravio), se debe demostrar un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad. Así, “quien pretenda plantear la anulación de un laudo deberá demostrar cómo el vicio que denuncia fue determinante en el resultado del arbitraje, es decir si éste no hubiese ocurrido, el sentido de la decisión hubiese sido otro” (Arrarte, 2015, p. 244).

La contradicción de este principio con el Primer Enfoque salta a la vista: el hecho de que uno solo de los árbitros haya incumplido su deber de revelación, ¿es prueba certera de que el laudo habría cobrado un sentido distinto? A nuestra consideración, ello puede ser muy cuestionable, pues implicaría extender dicha supuesta falta de objetividad al resto de los árbitros, para lo cual no pareciera existir un sustento válido.

Un pronunciamiento relativamente reciente del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (2019) nos parece relevante en la materia. En ese caso, se solicitó la nulidad del laudo arbitral, en tanto en cuanto el perito designado por el tribunal no había revelado todas las circunstancias que pudieran generar dudas sobre su imparcialidad o independencia, ello constituye un error de procedimiento.

Sobre ello, el Tribunal Federal indicó que, si bien la mera no divulgación de los hechos relevantes puede justificar la impugnación de un experto, tal error equivale a una causal de anulación “solo si se supone que el error tuvo un efecto en la decisión del tribunal”.

En ese caso particular, determinó que tal efecto existiría solo si: (i) el tribunal basó esencialmente su decisión en la opinión del perito y (ii) los hechos no revelados

10 Artículo 171 del Código Procesal Civil:

“La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

11 Para el Tribunal Constitucional, “2. La celeridad procesal constituye una de las manifestaciones del derecho al debido proceso, y como tal exige que los actos procesales se realicen sin dilaciones indebidas, es decir, en un tiempo razonable que evite que se produzca indefensión o perjuicio de los procesados debido a la demora en la celebración o conclusión de las etapas procesales” (Expediente del Tribunal Constitucional 1816-2003-HC/TC, 2004, fundamento 2).

hubieran justificado un apartamiento del perito. Al no haberse dado ambos, el pedido fue rechazado.

4.3 Probatio diabolica

El adagio probatio diabolica o prueba diabólica, hace referencia al requerimiento de un juzgador de demostrar lo imposible. Por ejemplo: (i) la "no participación en el delito" o (ii) requerirle a la parte denunciada probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 06135-2006-PA/TC-ICA, 2007).

En materia arbitral, determinadas posturas parecieran colindar con este principio. En efecto, como vimos en el Segundo Enfoque, nuestra Corte Superior de Justicia (y otras) requieren que el solicitante de la nulidad del laudo arbitral demuestre una vulneración "acreditada, no especulada" al debido proceso, aun cuando se verifica un incumplimiento del deber de revelación.

A nuestra consideración, someter al afectado por el incumplimiento del deber de revelación de situaciones que ponen en tela de juicio la imparcialidad de un árbitro a probar que efectivamente hubo una afectación al debido proceso, cuando las deliberaciones son secretas y los procesos de toma de decisiones se encuentran dentro de la "psique" de cada árbitro, pareciera excesivo y, tal vez, imposible.

Por lo demás, ello no guarda coherencia con que el máximo intérprete constitucional haya señalado que nuestro ordenamiento jurídico se ciñe a la teoría de la apariencia, precisamente porque no se puede probar de manera fehaciente la afectación real a la imparcialidad y, sin embargo, se le exige al justiciable que la pruebe.

Sin embargo, lo anteriormente señalado debe ser matizado con los anteriores principios recogidos. Dicha confrontación nos lleva al siguiente acápite.

5. CRITERIOS PRÁCTICOS PARA DETERMINAR CUÁNDO UN LAUDO PODRÍA SER ANULADO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN, BAJO EL TERCER ENFOQUE

Conforme a todo lo indicado anteriormente, consideramos que la armonización de los principios que rigen el arbitraje, y en general el sistema de justicia, puede llevar a un "punto medio", en el que las decisiones de los magistrados respeten tanto la institución arbitral como los derechos de la parte vencida, que solicita la nulidad del laudo.

En ese sentido, desarrollaremos algunos criterios que, consideramos, deberían ser tomados en cuenta por los tribunales judiciales para determinar si se debe (o no) anular un laudo arbitral.

5.1 El estándar de la falta al deber de revelación como causal de anulación

Como hemos visto, la consecuencia de no revelar toda la información disponible podría determinar que el árbitro sea, en razón de un presumible ocultamiento o de su falta de diligencia, recusado; pero, además, que el laudo sea anulado y consecuentemente que el arbitraje no explote su ventaja competitiva de celeridad (Osterling & Miró Quesada, 2013, p. 11). Frente a ello, el mensaje para los árbitros es claro: ante la duda de si la circunstancia constituye o no un conflicto de interés, revela (De Trazegnies, 2011, p. 345).

Sin embargo, en las presentes líneas nos encontramos en el supuesto en que, efectivamente, no hubo una revelación de una circunstancia que —por ejemplo— podría identificarse con una causal del Listado Naranja de las Directrices IBA, por la que, como sabemos, “el árbitro tiene la obligación de revelarla”. No obstante, bajo este ejemplo, la circunstancia no se encuentra expresamente prevista en las directrices. El árbitro hace cuatro años:

- i. Fue abogado de una de las partes (el numeral 3.1.1 señala que debe revelar únicamente hasta tres años anteriores).
- ii. Fue abogado en contra de una de las partes (el numeral 3.1.2 señala que debe revelarlo únicamente si ello ha sucedido en los tres años anteriores).

Adicionalmente, dentro de los tres años anteriores ha sido designado una vez como árbitro por la parte de la que fue abogado (el numeral 3.1.3 de las Directrices IBA señala que se debe revelar únicamente si fue nombrado en dos o más ocasiones por una de las partes).

La concurrencia de todas estas circunstancias, a pesar de no estar expresamente previstas en las Directrices IBA, podría requerir que estas sean reveladas a las partes. Sin embargo, no fueron reveladas y son invocadas en un proceso de anulación del laudo.

Es más, en otro supuesto, si nos encontráramos ante una causal expresamente prevista en el Listado Naranja de las Directrices IBA (por ejemplo, ha sido nombrado más de tres veces como árbitro por una de las partes en los últimos tres años), podría considerarse un asunto dudoso, al menos en nuestro país.

Esto dado que, como ha recogido nuestra jurisprudencia nacional (Sentencia de vista recaída en el Expediente 133-2016, 2016),

el medio arbitral peruano, si bien está 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.

En ese sentido, si ello fuera llevado a sede judicial, ¿el laudo debería ser anulado? Consideramos que no, porque estamos ante un caso en el que podría ser dudoso si el

árbitro debía revelar o no y, ante dicha situación de duda, cobraría vigencia el principio pro arbitri, que recogimos líneas arriba, respecto a la validez del laudo arbitral.

Con base en ello, el estándar que se debería recoger sobre el incumplimiento del deber de revelación, a nuestra consideración, debe responder a un “manifiesto incumplimiento del deber de revelación”. Esto es, que a ojos de cualquier persona razonable el hecho debería haber sido revelado. Veamos algunos ejemplos:

- El árbitro tenía quince arbitrajes en los que estaba incluida una de las partes, y reveló un número mínimo o ninguno¹².
- El árbitro mantuvo, de manera privada, reuniones o comunicaciones reiteradas con una de las partes mientras se tramitaba el arbitraje¹³.
- El árbitro era familiar de una de las partes o de otro de los árbitros¹⁴.
- El árbitro ha sido designado como perito de una de las partes en múltiples arbitrajes mientras se está llevando a cabo el arbitraje.

En supuestos como estos, más allá de la integridad, el prestigio o la reputación del árbitro, pareciera insostenible que este no haya considerado que la circunstancia debía ser revelada, por lo que consideramos que el estándar de “manifiesto”, en principio, se cumpliría.

A nivel comparado, la Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos recoge un criterio similar. Esta señala en el inciso 1, literal a), de la sección 10, como causal de anulación del laudo, que haya existido “evidente parcialidad o corrupción en los árbitros, o alguno de ellos”.

Sin perjuicio de todo ello, la existencia de un incumplimiento (inclusive bajo el estándar de “manifiesto”) del deber de revelación de uno de los árbitros, en sí misma,

12 A pesar de que el Listado Naranja de las Directrices IBA señala lo siguiente: “3.1.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas”.

13 A pesar de que las Reglas de la American Arbitration Association (2013) señalan lo siguiente: “R-19. Communication with Arbitrator (a) No party and no one acting on behalf of any party shall communicate ex parte with an arbitrator or a candidate for arbitrator concerning the arbitration, except that a party, or someone acting on behalf of a party, may communicate ex parte with a candidate for direct appointment pursuant to R-13 in order to advise the candidate of the general nature of the controversy and of the anticipated proceedings and to discuss the candidate’s qualifications, availability, or independence in relation to the parties or to discuss the suitability of candidates for selection as a third arbitrator where the parties or party-designated arbitrators are to participate in that selection”.

14 A pesar de que el Listado Rojo Renunciable de las Directrices IBA señala lo siguiente: “2.3.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas con una relación de control sobre una de las partes, o sobre una afiliada de una de las partes, o con el abogado de una de las partes”.

no debiera ser suficiente para anular en laudo, a la luz del principio de trascendencia, desarrollado líneas arriba. Para anularlo se deberían considerar, además, los factores mencionados a continuación.

5.2 Incumplimiento del deber de revelación por uno de los árbitros: relevancia de la composición del tribunal arbitral y la distribución de los votos en el laudo

i. En el caso de laudos por unanimidad

El primer supuesto que planteamos es que nos encontremos ante un tribunal arbitral de tres árbitros, los cuales de manera conjunta emiten un laudo con un sentido favorable a una de las partes (como es natural).

Si solo uno de los tres árbitros incumple su deber de revelación de una circunstancia que genera serias dudas sobre su imparcialidad y/o independencia respecto a la parte vencedora, ¿el laudo podría ser anulado? En este caso, consideramos que ello difícilmente podría ser sostenido. Esto a la luz del “principio de trascendencia”, pues independientemente del sentido en el que votó dicho árbitro el sentido del voto de los otros dos árbitros no se ha visto afectado.

Desde luego, como vimos anteriormente, bajo el Primer Enfoque, el incumplimiento del deber de revelación, en sí mismo, invalida todo el laudo arbitral, pues “los árbitros no están aislados los unos de los otros; conocen del caso y deciden como un equipo, luego de la discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro de ese grupo tiene la oportunidad de persuadir a los otros” (Corte de Apelaciones de California, 1976).

A nuestra consideración, dicho criterio no se podría considerar correcto. El que uno solo de los árbitros tenga un eventual sesgo a favor de una de las partes no implica que todos vayan a tenerlo, a pesar de “ser persuadidos” de ello. Si el criterio fuera adoptado *manu militari*, implicaría asumir que los otros dos árbitros son seres sin un criterio de valoración probatoria e independencia en su decisión plenamente formado.

ii. En el caso de laudos por mayoría

En este segundo supuesto, nos encontramos ante un tribunal arbitral de tres árbitros, los cuales por mayoría (dos versus uno) emiten un laudo con un sentido favorable a una de las partes. Si uno de los árbitros que votaron a favor incumplió su deber de revelación de una circunstancia que genera dudas justificadas sobre su imparcialidad y/o independencia respecto a la parte vencedora, ¿ello sería suficiente para anular el laudo arbitral?

Consideramos que se podría estar ante un supuesto distinto al primero, lo que va a requerir que las cortes judiciales realicen un análisis pormenorizado, que puede inclinarse por una anulación del laudo.

Ello en tanto en cuanto el voto de este árbitro aparentemente imparcial ha sido el “criterio dirimente” para determinar el sentido del laudo, por lo que se podría sostener que cumple con el principio de trascendencia para dejar sin efecto la referida decisión. Con esto, podría considerarse que “el vicio que denuncia fue determinante en el resultado del arbitraje, es decir si éste no hubiese ocurrido, el sentido de la decisión hubiese sido otro” (Arrarte, 2015, p. 244).

iii. En el caso de un árbitro único

El último caso que exponemos es el de un árbitro único que decide la controversia. A nuestro entender, en este caso el incumplimiento manifiesto del deber de revelación es potencialmente “mortal” (para el laudo). Ello en tanto en cuanto la falta de imparcialidad de este no puede ser matizada con la imparcialidad de los otros dos miembros. El principio de trascendencia, en estos casos y de manera general, se encontraría acreditado.

5.3 Incumplimiento del deber de revelación de más de un árbitro: el escenario de un laudo en cuidados intensivos

En el acápite anterior, vimos supuestos en los que solo uno de los árbitros incumplió su deber de revelación. En el presente, abordaremos el supuesto en el que más de uno ha incumplido de manera manifiesta este deber. En estos casos, consideramos, la regla debiera ser que el laudo pueda ser anulado (sin perjuicio del análisis particular). Ello porque con el voto de dos árbitros aparentemente parcializados se puede decidir el sentido del laudo arbitral.

Un criterio similar ha sido recogido por el Tribunal de Apelaciones de El Cairo, en *Shuttering Construction Company contra Hourus for Doors and Windows Systems* (caso 92 de JY, 2019). En este, el Tribunal de Apelaciones anuló un laudo arbitral por cuanto el presidente y el coárbitro no revelaron una relación existente entre ellos.

En particular, inmediatamente después de la emisión del laudo, el demandado (vencido) tomó conocimiento de que el presidente del tribunal arbitral era un cliente regular del árbitro designado por el demandante y ninguno de los dos lo reveló. En este sentido, la Corte de Apelaciones sostuvo que el arbitraje es una vía excepcional al proceso y se basa en el consentimiento de las partes para resolver sus controversias a través del arbitraje, es decir, la voluntad de las partes es la esencia del arbitraje y define su alcance y procedimiento.

En dicha controversia, tanto el presidente como el árbitro designado por el demandante no revelaron la relación existente entre ellos antes del inicio del procedimiento arbitral, lo que generaba dudas sobre su imparcialidad e independencia, requisitos fundamentales para el nombramiento de cualquier árbitro.

Otro caso similar se llevó ante la International Commercial Arbitration Court (ICAC) (2011). En este, dos empresas rusas, Maximov contra NLMK, disputaron por un acuerdo de compraventa de acciones. El tribunal arbitral designado laudó a favor de Maximov.

En la Federación de Rusia, NLMK presentó una acción ante el Tribunal de Arbitrazh (Comercial) solicitando la anulación del laudo, pues había tomado conocimiento de que dos de los árbitros del ICAC no revelaron que eran empleados de las mismas instituciones que emplearon a dos de los peritos de Maximov.

La corte emitió una decisión y anuló el laudo de la ICAC, al determinar que la composición del tribunal arbitral no estaba conforme con el acuerdo de las partes. Este laudo anulado trató de ser ejecutado posteriormente en Reino Unido, y se denegó (Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido, 2017).

Como vemos, en esta clase de supuestos, la validez del laudo difícilmente podrá ser sostenida, en tanto en cuanto existe plena trascendencia de la aparente parcialidad de los árbitros, lo cual vulnera la garantía constitucional a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Esto, a nuestra consideración, se enmarcaría indistintamente en los literales b) o c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, sin necesidad de probar otros actos por los que se hayan vulnerado los derechos del solicitante.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar este trabajo, podemos recoger los siguientes puntos:

- Las principales reformas que se pueden dar al arbitraje, en lo que respecta a anulaciones de laudo, no necesariamente deben ser recogidas por una modificación normativa, sino por la determinación de criterios jurisprudenciales correctos de nuestra judicatura.
- Los supuestos de anulación de laudo arbitral por incumplimiento del deber de revelación requieren la adopción de un criterio que sea armónico con el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado la teoría de la apariencia, así como con los principios que circunscriben la institución arbitral y, en general, el sistema de justicia.
- En tal sentido, no es correcto el Primer Enfoque, por el que cualquier incumplimiento del deber de revelación puede dar lugar a la anulación del laudo, así como tampoco lo es el Segundo Enfoque, por el que se exige al solicitante de la anulación que pruebe de manera directa una afectación a sus derechos.
- A nuestra consideración, ambas posturas deben ser armonizadas con los principios antes mencionados para llegar a un punto medio (o Tercer

Enfoque), y que se recojan criterios uniformes y razonados sobre los casos en los que el incumplimiento del deber de revelación puede derivar en una anulación del laudo arbitral. El presente texto ha buscado contribuir al establecimiento de dichos criterios.

- Para ello, el estándar para anular un laudo podría ser el de “manifiesto incumplimiento del deber de imparcialidad o independencia”; por lo tanto, debe ser matizado con el principio de trascendencia para la nulidad, con base en las circunstancias que hemos ejemplificado en el numeral 5.2 de este trabajo.

REFERENCIAS

- American Arbitration Association. (2013). Commercial arbitration rules and mediation procedures. https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf
- Arrarte, A. (2015). Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio. *Ius et Veritas*, 24(50), 240-255. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14818>
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje* (2.ª ed.). Ad-Hoc.
- Cantuarias, F. (1994). Comentario acerca de algunas disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje. *Ius et Veritas*, 5(8), 69-74. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15423>
- Casación 2267-2017 (Lima). (2017, 27 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Civil Transitoria. https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuid=67967534-763a-413e-8647-613f8dad8312&fbclid=IwAR3sScBMWQJQ4f_ev0g48fG3jQm0nuuvWE5asjNkNw589pN141grRDVIMVc
- Castillo Freyre, M., & Vásquez Kunze, R. (2007). *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Palestra Editores; Garrigues Cátedra; Estudio Mario Castillo Freyre.
- Congreso de la República del Perú. (s. f.). Archivo Digital de la Legislación del Perú. https://leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=&xNormaF
- Corte de Apelación de Inglaterra y Gales (División Civil). (2000). *AT & T Corporation & Anor v. Saudi Cable Company*. Case N° QBCMF 1999/1200/A3. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8cc60d03e7f57ecd962>
- Corte de Apelaciones de California. (1976). *Wheeler v. St. Joseph Hospital*, Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division Two.

- Corte Suprema de los Estados Unidos de América. (1969). Commonwealth Coatings Corp., Petitioner, v. Continental Casualty Co. et al. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/393/145>
- Cour d'appel de Paris (1ère Chambre-Section C). (2009). S. A. J & P Avax S. A. c. Société Tecnimont SPA.
- De Trazegnies, F. (2011). Art. 28°.- Motivos de abstención y de recusación. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (t. I, pp. 333-355). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Gabriel Tomas, A., Santos Sánchez, M., & Villegas Porras, A. (2018). Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales. *Ius et Tribunalis*, 4(4), pp. 123-136. <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2018008>
- González de Cossío, F. (2002). Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (32), 459-479. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>
- Matheus, C. (2010). Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 3(2), 459-484.
- Monroy, J. (2013). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. En *Asociación Civil Ius et Veritas, Estudios de Derecho Procesal Civil* (pp. 505-506).
- Montero Aroca, J. (2006). Derecho a la imparcialidad judicial. Comentario al artículo II-107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (7), 69-112.
- Montoro, A. (1984). Ideologías y fuentes del derecho. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (40), 59-84.
- Mourre, A. (2018). El soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional. CEU Ediciones. <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Docuweb%20Hugo%20Grocio%20n%C2%BA%208.pdf?ver=2018-10-01-180115-397>
- Osterling, F., & Miró Quesada, G. (2013). Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros. *Derecho & Sociedad* (44), 245-255.
- Picado, C. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *Revista de IUDEX*, (2), 31-62. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>

- Primera Sala de Primera Instancia de Beirut. (2010, 19 de mayo). No indicado v. No indicado, 18/47. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1133110-n?q=annulment%20AND%20non-disclosure>
- Sentencia de vista recaída en el Expediente 133-2016 (Lima). (2016, 1 de diciembre). Corte Superior de Justicia de Lima: Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial.
- Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito. (1994). F.3d 1043.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00004-2006-PI/TC (Lima). (2006, 29 de marzo). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00023-2003-AI/TC (Lima). (2004, 9 de junio). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 1816-2003-HC/TC (Lima). (2004, 20 de abril). Tribunal Constitucional: Primera Sala. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01816-2003-HC.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 06135-2006-PA/TC (Ica). (2007, 19 de octubre). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06135-2006-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00512-2013-PHC/TC (Pasco). (2013, 19 de junio). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00512-2013-HC.html>
- Simons, A. (2018). El deber de revelación y la anulación de laudos. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, 12(713), 6-7. <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/713/web/pagina03.html>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2002). *Morris vs. Reino Unido*, Sentencia 38784/97.
- Tribunal Federal de Justicia de Alemania. (2019, 31 de enero). BGH - I ZB 46/18, I ZB 46/18. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-ons-19-28-001?q=annulment%20AND%20non-disclosure>
- Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido. (2017). N.º 109, *Nikolay Viktorovich Maximov v. Open Joint Stock Company*. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icca-yb-xlii-524-n?q=annulment%20AND%20non-disclosure>

BIBLIOGRAFÍA

Clay, T. (2001). *L'arbitre*. Dalloz.

Guzmán-Barrón Sobrevilla, C., Zúñiga Maraví, R., & Seminario Reyes, C. (2016). Ética en el arbitraje de contratación pública: problemas y soluciones. *Arbitraje PUCP*, (6), 94-116. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17029>

Mantilla-Serrano, F. (2010-2011). Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 37-52. https://issuu.com/limaarbitration/docs/fernando_mantilla-serrano

Mongrell, D. (2014). La ejecución de laudos anulados en el arbitraje comercial internacional. *Lecciones y Ensayos*, (93), 149-180. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/la-ejecucion-de-laudos-anulados-en-el-arbitraje-comercial-internacional.pdf>

PONENCIAS

Evento "La protección a los inversionistas extranjeros en el Perú a través del arbitraje de inversión"

Organizado por el estudio Rodríguez Angobaldo Abogados, en asociación con la firma internacional Hogan Lovells, el 16 de febrero del 2022 en la ciudad de Lima

LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y POLÍTICA ACTUAL DEL PERÚ (1)

FERNANDO RODRÍGUEZ ANGOBALDO*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Perú está pasando por una situación política única. Si bien es cierto que en nuestra política siempre hemos tenido complicaciones en cuanto a temas de debilitamiento a las instituciones por temas de corrupción, la economía siempre se ha mantenido independiente respecto a las líneas macro. Sin embargo, hoy en día, lo que se pretende establecer a partir de una izquierda muy radical, que sigue teniendo una cuota de poder, es la imposición de ciertas reglas, las cuales generan el denominado riesgo político.

En ese orden de ideas, las empresas que pensaban invertir en el Perú han neutralizado o paralizado sus inversiones. Las empresas están yendo lentas en la inversión y quienes ya tienen inversiones en el Perú se encuentran de espectadores sobre la incertidumbre que estamos teniendo; inclusive con la posibilidad de salir de las inversiones. Entonces, vivimos un momento único en nuestro país.

La exposición que se va a realizar permite situarnos como inversionistas sobre las alternativas que se podrían manejar en caso de que el Estado incumpla a partir de todo el riesgo político que nace de la imposición de ideas políticas que felizmente están siendo neutralizadas gracias a que tenemos instituciones que no son tan sólidas, pero que están funcionando y han permitido neutralizar lo que hace siete meses veíamos como una situación catastrófica. El riesgo político genera consecuencias económicas para el inversionista y esto no es exclusivo de nuestro país.

Nosotros hemos analizado un artículo del Centro de Estudios de la Universidad Católica de Chile sobre diferentes factores que están predominando en América Latina, los cuales son un común denominador en muchos países. Tenemos este problema de la

* Abogado especializado en derecho procesal civil, derecho comercial y derecho concursal. Es socio fundador de Rodríguez Angobaldo Abogados y actual *managing partner* de la firma.

erosión democrática. Esta indica un desgaste y un debilitamiento de las instituciones de cada uno de los países de América Latina o de muchos países de América Latina, que tiene como finalidad debilitar la posición democrática de un país, con la particularidad de que los gobernantes han sido elegidos a través del modo democrático.

Lo vemos en El Salvador, México, Perú, Colombia, Chile, Ecuador y otros países. Son los mismos gobernantes los que erosionan desde adentro, y eso es lo que estamos viendo en el país, las instituciones y las libertades. Vemos también que hay una triple crisis: una crisis de gobernabilidad, una crisis de expectativa y una crisis de certezas.

Hoy día en el Perú y en algunos países de América Latina todo es incierto. Esto, evidentemente, ahuyenta las inversiones. Estamos experimentando un fenómeno de protestas sociales que arrancaron en América Latina aproximadamente en el 2019. Sin embargo, en algunos casos la violencia ha sido mayor. También el fenómeno de la polarización política, hoy en día, implica una amenaza al orden democrático, y creemos que es lo que está sosteniendo este Gobierno. Mucha de la importancia y trascendencia en la polarización política parte de la desinformación a partir de las redes sociales, que finalmente tienen como único objetivo dividir a la población e inhiben a neutralizar la posibilidad de cooperación entre partes que se encuentran en diferentes posiciones políticas o ideológicas. Finalmente, la inversión extranjera está en caída. Con ello, podemos decir que el Estado de derecho no atraviesa por su mejor momento en la región.

CONCLUSIONES

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Hoy se nos ha convocado sobre un tema que gira en torno al inversionista extranjero. Este requiere de una garantía, de una protección, y ello se ve reflejado inicialmente en el arbitraje especializado de inversión. El arbitraje de inversión es una forma específica de solución de controversias que reconoce la ley.

Fernando nos brindó una muy gráfica exposición de lo que es el riesgo político que se toma muy en cuenta en los temas de arbitraje de inversión y nos presentó cómo en América Latina existe una democracia defectuosa, básicamente sustentada en temas de la erosión democrática, de protestas, de violencia, de política y de la tremenda caída de la inversión.

En ese contexto, Úrsula se centra en el tema local, en el tema peruano, en el contexto político del nuevo gobierno que ha creado una incertidumbre, una duda, una incerteza que no solo genera un impacto en el tema político, en el tema económico y en el tema social interno, sino que también se refleja en el tema externo, es decir, en la inversión, al existir inestabilidad y no tenerse nada en claro acerca de las alianzas políticas que este gobierno necesita para consolidarse y para darnos a todos, locales y extranjeros, la capacidad para invertir en nuestro medio.

Luego, entra Orlando, con un grado de tecnicismo para quitarse el sombrero. Él trata el tema del futuro del arbitraje del Perú: cómo vemos y cómo debemos ver el arbitraje en el Perú. Nos presenta el arbitraje de inversiones a nivel mundial; obviamente tiene una referencia importante en el Perú. Indica que el arbitraje en nuestro país es un modelo, ha tenido un buen desarrollo, una buena performance en la defensa de casos ante el

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal e investigador en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador del Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica (Renacyt) (P0010485) del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec). Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

CIADI. Sin embargo, pone la nota de que debemos tener mucho cuidado y atención con los arbitrajes que se pueden ir generando. Se pregunta acerca de qué es el arbitraje de inversión, el cual tiene dos partes: el inversor y el Estado. Se mencionan casos muy específicos en los cuales se han presentado los arbitrajes de inversión, como son los casos de la expropiación directa, la expropiación indirecta, el trato justo y regulatorio y la seguridad y protección plena. Luego se nos presentó una interesante precisión acerca de los arbitrajes en América Latina, para ver cómo están las posiciones en Latinoamérica. Ahí tenemos a Argentina y Venezuela. Después, a nivel mundial, se mantiene a la cabeza Argentina, luego viene España y también aparece Bolivia. También nos detalla de manera muy interesante qué es el CIADI, un organismo del cual siempre escuchamos, siempre leemos, pero no sabemos de qué se trata. El CIADI, como bien se ha dicho de una manera muy gráfica, es el brazo extendido, es esa mano que le otorga el Banco Mundial a los inversionistas para poder solucionar sus problemas de una manera técnica, precisa y adecuada, dado que la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción arbitral en los países locales no funciona. Eso termina siendo el CIADI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones. Sobre ese contexto se desarrolla, a modo de praxis, el caso Bear Creek Mining and Perú.

Respecto al financiamiento de arbitraje de inversión, se menciona que es un tema complementario, pero no es así. A mi parecer, es el tema más importante de todos, porque no se trata de saber solo cómo llegar, con dinero; para ello, es básico saber cómo activar el arbitraje a través del dinero que yo tengo para poder solventarlo. Sabemos que los procesos son costosos —hay que invertir en el proceso— y vemos que los inversionistas están pensando en cómo financiar la solución de controversias internacionales, pues estas terminan siendo un negocio. Esto es bueno porque nos da a los abogados la tranquilidad de poder recurrir a las instancias internacionales conscientes de que se va a cumplir con todos los costos y gastos que genera este tipo de controversias internacionales. Se nos dice que este tipo de procesos son complejos y especializados; por lo tanto, hay que invertir porque, al ser costosos, cuestan el CIADI, los árbitros, los abogados, los peritos económicos, los peritos de ingeniería, los peritos legales, entre otros. Entonces, tenemos que romper esa barrera que existe, ese acceso a la justicia arbitral internacional a través de los fondos de inversión. Estos terminan siendo un mecanismo no solo complementario, sino fundamental en el desarrollo de los arbitrajes internacionales.

La verdad, queridos amigos, esta es una síntesis de un tema apasionante. No solo es un tema actual coyuntural: es un tema del futuro, y todos nosotros estamos obligados a seguir aprendiendo con las grandes intervenciones que hemos tenido hoy. Muy agradecido a todos.