

Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

1. El surgimiento del arbitraje en el Perú

En los últimos diez años, el arbitraje ha tenido un desarrollo extraordinario en el Perú. Hasta entonces, se trataba de una institución meramente teórica, presente en el Código de Procedimientos Civiles y en la doctrina, como un entretenimiento académico de juristas; porque era apetecible pero inaplicable.

Un problema derivado de una tradición malentendida, hacía que todo arbitraje comenzara paradójicamente con un proceso judicial, lo que era una situación estúpida e ineficaz. En efecto, el Código de Procedimientos Civiles entonces en vigencia exigía que, luego de haber pactado una cláusula compromisoria en el contrato principal o en un documento accesorio, las partes, una vez que surgía el conflicto —esto es, cuando los ánimos estaban más beligerantes— tenían que llegar a un nuevo acuerdo llamado Compromiso Arbitral, para designar a los árbitros y establecer las reglas del proceso. ¡Imagínense el absurdo! Cuando las partes estaban en pleno conflicto y no se podían poner de acuerdo, se les exigía que hicieran un esfuerzo y se pusieran de acuerdo cuando menos sobre los árbitros y la materia a arbitrar. Obviamente, la parte demandada —que no tenía ningún interés en el arbitraje— simplemente se negaba a firmar este segundo convenio. Usualmente objetaba ya sea los árbitros pro-

puestos, ya sea la redacción del Compromiso Arbitral en lo referente a la materia del arbitraje o a las reglas procesales a seguir. Hay que tener en cuenta que ese Compromiso Arbitral tenía que involucrar una suerte de demanda y contestación, porque se sostenía que los árbitros no podían actuar sin un mandato preciso de las partes dada la naturaleza contractual del arbitraje.

Por cierto que de esta manera se creaba un impasse y sólo le quedaba al demandante recurrir la vía judicial para exigir el cumplimiento de la cláusula compromisoria arbitral. Como es fácil imaginar, la parte interesada en el arbitraje tenía que esperar dos años —y conozco casos que han durado mucho más— para que, en la hipótesis de que ganara este juicio en sede judicial, pudiera iniciar el procedimiento arbitral sobre propiamente la materia controvertida. Obviamente, en este proceso judicial previo las malas artes de los demandados se encargaban de mezclar la discusión de lo directamente relacionado con la ejecución de la cláusula compromisoria con la materia controvertida propiamente dicha que debía ser el objeto del futuro arbitraje. El resultado era un barro argumentativo jurídico que empantanaba todo esfuerzo por caminar hacia el arbitraje pactado.

Recuerdo que cuando se comenzó a hablar de la posibilidad de dar una ley de arbitraje, hice el comentario en el sentido de que este procedimiento de doble convenio era —y no podía ser de otra manera— inoperante, por lo que había que sustituirlo por uno con un solo acuerdo, que se llamaría Convenio Arbitral, que debía firmarse al celebrar el contrato principal, antes de que se presentara conflicto alguno y en previsión de esa eventualidad todavía no realizada, sin que ninguna de las partes supiera aún cuál de las dos tendría que recurrir algún día al arbitraje. En otras palabras, propuse que bastara con ese Convenio Arbitral en el que se establece el procedimiento para nombrar árbitros o se nombra una institución patrocinante del arbitraje que nombra los árbitros en defecto de las partes y determina las reglas. De esta manera, el Tribunal Arbitral podía instalarse sin necesidad de más acuerdo y citar a las partes para que presenten sus pretensiones, como en cualquier jurisdicción.

No era un invento mío, porque este sistema ya se usaba en Europa y en los Estados Unidos. Sin embargo, muchos de mis colegas consideraron que estaba desvariando jurídicamente porque eso atentaba contra la naturaleza estrictamente contractual del arbitraje y sostuvieron en su apoyo que nunca se había planteado una herejía de esta naturaleza en la tradición civilista y procesal peruana.

Sin embargo, después de muchas vacilaciones y algunos retrocesos, este sistema moderno de arbitraje se impuso también entre nosotros, al amparo de la Ley de Arbitraje que fue una verdadera novedad en la historia del Derecho peruano, impulsada por jóvenes juristas —como es particularmente el caso de Fernando Cantuarias— apartarse de los caminos de la supuesta doctrina peruana y aventurarse con nuevas y más lógicas propuestas.

Y es recién entonces que los procedimientos arbitrales nacionales adquirieron una importancia inusitada. Mientras que en 1987 casi no había arbitrajes en el Perú, en 1996 se contaban por decenas y su número iba en incremento día a día. ¿Qué fue lo que ocasionó este cambio? Sin duda, el hecho de tener una legislación más adecuada sobre arbitraje. Sin duda también, el fuerte impulso económico de la década de los años noventa, con la presencia de una mayor inversión extranjera, ya que este desarrollo comercial e industrial genera, como es natural, más controversias en materias especializadas que las partes preferían someter a árbitros. También influyó mucho la crisis del Poder Judicial, su lentitud, la burocratización de la justicia y la desconfianza respecto de la imparcialidad de sus fallos.

2. Las causales de recusación: el conflicto de interés

En la actualidad, el arbitraje se ha convertido en una institución ampliamente usada en el Perú y ello ha llevado, como en todo asunto que marcha, a llevado a descubrir problemas en el camino no ya en el nivel puramente académico sino en el práctico que exigen necesariamente soluciones razonables y coherentes. Una de ellas es el conflicto de interés: ¿Cuándo puede decirse que existe conflicto de interés para aquel que es propuesto como árbitro? ¿Qué situaciones merecen ser considerados como conflictos de interés y qué objeciones basadas en esta categoría son simplemente majaderías o quizá, tratando de encontrar la razón de la sinrazón, argucias utilizadas por la parte demandada para retrasar la instalación del Tribunal?

Los casos de recusación en el Perú han sido variados y, aunque no suceden con demasiada frecuencia, presentan un espectro bastante amplio: desde conflictos de interés de naturaleza bastante clara, como que el árbitro sea socio en el Estudio de abogados del defensor legal de alguna de las partes en el mismo arbitraje o casos menos claros como cuando el árbitro ha sido alguna vez en el

pasado abogado de alguna de las partes en otro asunto, hasta casos pintorescos como la impugnación basada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes o que el árbitro es amigo del padre del abogado o del apoderado de alguna de las partes o incluso aduciendo el disgusto por la anterior participación política de un árbitro, la que no es compartida por una de las partes o por sus abogados.

La Ley General de Arbitraje No. 26572, hoy en vigencia, establece hasta cuatro tipos de razones para que sea procedente la recusación de un árbitro.

En primer lugar, el hecho de que no reúna las condiciones para ser árbitro. Como sabemos, el artículo 25 de la Ley establece dos tipos de condiciones, unas generales y otra específica según el tipo de arbitraje. Las condiciones generales se refieren a que sólo pueden ser árbitros las personas naturales, no las personas jurídicas; pueden ser nacionales o extranjeras, pero deben ser mayores de edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles. La ley agrega la exigencia de que no tenga incompatibilidad para actuar como árbitro. Esta condición parece referirse a una incompatibilidad, sin tener en cuenta todavía las relaciones con las partes. Es dentro de esta categoría que se sitúan las «incompatibilidades de función». Estas se refieren a personas que ejercen ciertos cargos públicos que se consideran excluyentes para ejercer las funciones de árbitro. Ciertamente, el Presidente de la República, los Vicepresidentes, los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional. También los oficiales generales de las Fuerzas Armadas y Policiales. Otra función cuya exclusión es muy importante a fin de deslindar la jurisdicción arbitral de la judicial, es la de ser magistrado; y se hace extensiva a los ex-magistrados, aunque sólo respecto de las causas que han conocido como tales. Y, finalmente, el Contralor General de la República en los procesos arbitrales donde participen entidades sometidas a su control.

La Ley agrega tres casos más de recusación que pudiéramos calificar no como incompatibilidad sino como incapacidad (en el mejor sentido del término, *i. e.*, no reunir las condiciones requeridas).

En primer lugar, el artículo 25 establece —lo que parece indispensable— que el nombramiento de árbitros de Derecho debe recaer en abogados. Esto significa que los que no son abogados están incapacitados para intervenir como árbitros, salvo cuando se trata de arbitrajes de conciencia.

El artículo 28 incluye como causal de recusación el hecho de que el árbitro propuesto esté incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes. Esto puede entenderse cuando

menos de dos maneras, una de «incompatibilidad particular» (vale decir, relativa solamente a ese caso) y otra de incapacidad. La incompatibilidad particular se presenta, por ejemplo, cuando el reglamento arbitral puede haberse establecido que personas vinculadas a un determinado grupo económico no pueden ser árbitros en las relaciones con terceros de las empresas incluidas en el grupo, debido a la vinculación que afectaría su imparcialidad. De otro lado, la incapacidad en este caso tiene lugar cuando se pacta que el arbitraje se llevará a cabo ante especialistas de una determinada materia. En éste último caso, puede exigirse una determinada jurídica si se trata de arbitrajes de Derecho, como cuando se exige que el árbitro no sea simplemente abogado sino que tenga una cierta experiencia en Derecho Marítimo para participar en un arbitraje entre una compañía naviera y el dueño de la carga transportada. Pero en los arbitrajes de consciencia se pueden exigir otros conocimientos especializados no jurídicos: no basta que el árbitro propuesto sea una «buena persona» sino que además debe ser ingeniero o médico o vinculado a los negocios de exportación, etc.; por ejemplo, sucede este caso cuando un productor y un distribuidor internacional de uvas establecen que las controversias entre ellos sólo pueden ser resueltas por árbitros de consciencia, pero que conozcan de mercados internacionales o del cultivo de la vid.

Estas provisiones especiales pueden surgir del propio Convenio Arbitral cuando se trata de un arbitraje *ad hoc* o pueden formar parte del Reglamento de Arbitraje de una determinada institución cuando se trata de un arbitraje patrocinado institucionalmente. En éste último caso, la condición de una determinada especialización se presenta frecuentemente cuando la institución arbitral patrocinante forma parte del gremio de actividades dentro el cual se encuentran las partes o es una entidad internacional que reúne a quienes realizan un determinado tipo de negocios (seguros, navieros, etc.).

Es importante notar que la ley peruana no funda ninguna causal de recusación en la nacionalidad del árbitro. Por el contrario, expresamente señala el artículo 25 que el nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras. Un detalle que debe ser destacado es que, para los efectos del arbitraje de Derecho, no se exige que el título de abogado haya sido revalidado en el Perú sino que, cuando menos para estos efectos, se reconoce al abogado graduado en el extranjero en posición igual al abogado graduado en el Perú. Cabe siempre la duda sobre si, tratándose de árbitros peruanos, podría admitirse en un arbitraje de Derecho que fueran abogados graduados en el extranjero que no hayan revalidado su título en el Perú. Pero si

ello es válido en el caso de los árbitros extranjeros, no veo cómo pudiera hacerse una discriminación con los árbitros nacionales en las mismas condiciones. De esta manera, las partes pueden prever en el convenio arbitral que los árbitros sean de una nacionalidad determinada; y si no lo han hecho, al momento de constituirse el Tribunal tienen derecho a nombrar peruanos o extranjeros según mejor les parezca.

Paralelamente a estas condiciones generales —o relativamente generales— que pudiéramos incluir en las categorías de la incompatibilidad y de la incapacidad, encontramos otras circunscritas a un proceso en particular, en atención a las partes específicas del mismo. Éstas son mucho más difíciles de precisar, mucho más subjetivas, y las podríamos agrupar bajo el nombre de «conflictos de interés». La Ley las define en el inciso 3° de su artículo 28° como «circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

Obviamente, hablar de «dudas», de «imparcialidad» y de «independencia» es moverse a través de un terreno incierto, poblado por situaciones borrosas, ambiguas y sutiles. Por ello se requiere de algunas pautas adicionales que nos permitan navegar con un mínimo de seguridad por este mar neblinoso en el que aparecen y desaparecen sombras de otras embarcaciones, sin que lleguemos a tener un patrón seguro para establecer si estamos en rumbo de colisión o si se trata de elementos indiferentes al curso de nuestro proceso arbitral. Es por ello que la ley ha agregado a la palabra «dudas», el adjetivo «justificadas». Esto equivale a decir que las dudas sean razonables. Sin embargo, todavía no hemos avanzado mucho porque ¿Cuáles son los criterios prácticos que nos permiten saber cuando una duda es razonable y cuándo no lo es?

Intuitivamente podemos pensar que recusar a un árbitro porque ha trabajado con un Gobierno que —a juicio político de esa parte— no respeta el Derecho y que por tanto debe considerarse que no tiene una visión recta de las cosas, no puede ser admisible. En primer lugar, no se trata en ese caso de un conflicto de interés sino de una presunta incapacidad que no está fundada en la ley. Por otra parte, incurre en la subjetividad y la pasión propia de todo juicio político.

Igualmente podemos decir que la acusación de que un árbitro es profesor en una determinada universidad donde también es profesor el abogado de la parte contraria, tampoco puede ser admisible porque nos quedaríamos sin árbitros: la mayor parte de los árbitros son profesores universitarios. En cambio, si el árbitro es socio de la parte contraria en el negocio que ha dado origen a la

controversia, evidentemente existe la posibilidad de dudar de su imparcialidad. Y si ese árbitro es el padre del abogado de la parte contraria, también podemos tener esa duda de su independencia; aunque si solamente es primo de ese abogado la situación es mucho más discutible y exige precisar hasta qué grado de parentesco se puede considerar para justificar una duda.

Por eso se hace indispensable contar con patrones lo más objetivos posibles para hacer el concepto de conflicto de interés en la realidad concreta del proceso.

En el caso de los arbitrajes administrados por alguna institución, encontramos que muchas veces este tipo de instituciones administradoras incluyen en sus Reglamentos normas específicas al respecto. Este es el caso de la Cámara de Comercio de Lima y de American Chamber y del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Algunas veces, esas instituciones tienen además Códigos de Ética que precisan en mayor grado este tipo de circunstancias, como sucede con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Hay, por el contrario, reglamentos institucionales que no se han preocupado del problema y prácticamente repiten la norma general de la ley.

Pero también nos puede ser útil la jurisprudencia y la doctrina internacional, así como los textos guías preparados por algunos centros internacionales de arbitraje. No cabe duda de que las nociones a que me he referido y cuya aclaración y precisión requerimos, son —o deberían ser— relativamente similares en todas partes, independientemente de las diferencias entre las distintas legislaciones. Más aún, dentro de un mundo globalizado, la perspectiva de lo que es considerado razonable en esta materia tiende a ser la misma.

3. Precisando el conflicto de interés

En este sentido, el documento fundamental hoy en día es el llamado *Lineamientos sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional*¹ publicado por el International Bar Association.

¹ International Bar Association: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approved on 22 May 2004, Londres, Reino Unido, en adelante denominado en este artículo como *Los Lineamientos*.

Si bien todos los documentos institucionales son válidos sólo para los procesos que se lleven a cabo bajo su patrocinio y, por tanto, los Lineamientos del International Bar Association carecen de fuerza legal o contractual en nuestro medio, presentan muchas ventajas.

En primer lugar, se trata de un texto actual, ya que fue publicado en el año 2004. De otro lado, fue preparado por 19 expertos de catorce países, por lo que nos orienta de manera bastante segura con relación a lo que la costumbre internacional de nuestro tiempo admite bajo el concepto de conflicto de interés. En tercer lugar, no solamente recoge las más modernas tendencias sobre el tema, sino que además las expone en forma sistematizada, lo que facilita mucho su visión de conjunto.

Es probable que nos puedan surgir dudas sobre la ubicación de ciertas situaciones dentro de la sistematización o que encontremos situaciones relativamente similares en lugares muy diferentes. Toda sistematización es tentativa y, salvo en las matemáticas, tiende a ser incompleta. Pero no cabe duda de que el esfuerzo realizado en este caso nos proporciona un esquema muy sugestivo para la reflexión concreta sobre el tema.

Los *Lineamientos* comienzan señalando que el incremento de los conflictos de interés es un desafío al arbitraje.

El hecho de que el mundo de los negocios funcione actualmente muy interconectado, crea relaciones y, por tanto, posibilidades de conflictos de interés, que antes no hubieran sido imaginables. Y por ello los árbitros usualmente no están seguros de qué es lo que constituye un conflicto de interés dentro de la complejidad del mundo moderno, por lo que asumen actitudes muy diversas frente a temas similares.

No revelar cierto tipo de vinculaciones puede constituir una falta grave en un árbitro. Pero, por otra parte, comunicar a las partes cualquier tipo de relaciones, sin importar si son serias o si son leves, puede llevar a un abuso por parte de litigantes renuentes que aprovechan de esta situación para cuestionar al árbitro y eventualmente removerlo, con las consecuencias de las consiguientes dilaciones del procedimiento y de impedir a la otra parte que participe el árbitro que ella ha escogido.

En esta forma, dicen los *Lineamientos*, se crea una tensión entre el derecho de las partes a conocer las situaciones que pueden razonablemente suscitar dudas de la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros y, del otro lado, el derecho de las partes de nombrar al árbitro de su preferencia.

Notemos cómo esta tensión se reproduce exactamente en nuestro medio, ya que las dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro son causales de recusación de acuerdo a la ley peruana conforme hemos visto anteriormente. Y sucede que se ve cada vez más en nuestro medio que, en efecto, los demandados que preferirían dilatar el proceso utilizan la vía de las recusaciones para hacerlo y además obligan así a la otra parte a nombrar un árbitro que no era su primera preferencia.

Es para manejar equilibrada y puntualmente esas situaciones que se han preparado esos *Lineamientos*. Los expertos que intervinieron en su preparación declaran que, esos Lineamientos reflejan lo que ellos entienden como la mejor práctica internacional actual y que han tratado de balancear las varias y a veces contradictorias preocupaciones de los principales actores arbitrales, tales como las partes, sus abogados, los árbitros y las instituciones arbitrales.

4. Los principios generales

El punto de partida es el principio común a todas las normas sobre conflictos de interés y que también está contenido en nuestra Ley de Arbitraje y que se repite, aunque no sea necesario, en muchos de los reglamentos de las instituciones arbitrales. Este principio general —que ha sido tomado por la ley peruana como por muchas otras del artículo 12 de la Ley Modelo de UNCITRAL— se refiere a que el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes, tanto al momento de aceptar el encargo como a lo largo de todo el proceso hasta el momento del laudo. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos. De ahí la importancia de ensayar un desarrollo del principio a fin de permitir su aplicación objetiva a los casos concretos.

Como puede apreciarse, los Lineamientos parten exactamente del mismo punto que el establecido como básico por nuestra ley peruana y, en ese sentido, nos ayudan a desentrañar el sentido del Derecho nacional.

En consecuencia, el árbitro debe declinar el nombramiento o declarar la situación a las partes, según el caso, si tiene duda sobre su capacidad de imparcialidad e independencia o, aunque él mismo no dude, si es posible pensar que una tercera persona pudiera razonablemente dudar de su neutralidad.

A partir de ese punto, podemos ir más lejos agregando que un criterio seguro consiste en considerar que hay dudas justificadas si una informada y

razonable tercera persona, sin relación con la controversia, alcanzara pensar que el árbitro puede verse afectado en su juicio por circunstancias que no se derivan de la argumentación de las partes.

Sin necesidad de mayor cuestionamiento, podríamos considerar *iuris et de iure* que una duda justificada sobre la independencia o imparcialidad del árbitro existe si hay identidad entre una de las partes y el árbitro o si el árbitro es representante o funcionario de una de las partes de la controversia o si el árbitro tiene un interés significativo, ya sea personal o económico, en el resultado de la controversia. Todas estas causales terminantes de recusación derivan del gran principio que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. En estos casos, el llamado a ser árbitro debe declinar la invitación, sin necesidad de esperar la recusación.

Ahora bien, existen también una serie de situaciones que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

En este caso, el árbitro no debe renunciar sino simplemente declarar esa situación. En estas circunstancias, el árbitro propuesto está obligado a revelar a las partes, a sus co-árbitros y a la institución arbitral, las vinculaciones que pudieran dar lugar a esa eventual duda antes de aceptar el cargo. Claro está que efectuar tal declaración implica que ese árbitro está convencido de que tales hechos no afectan su independencia de criterio, porque si no fuera así simplemente debería declinar el nombramiento. Si declara no es por una duda interna sino por consideración a lo que los demás actores arbitrales pudieran pensar al respecto, permitiéndoles una evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda sobre el árbitro sobre si debe o no poner ciertos hechos en conocimiento del Tribunal y de las partes debe, en principio, ser resuelta a favor de la divulgación del hecho. Pero es importante destacar que el acto de comunicar ciertos hechos que pudieran ser necesarios para que no existan dudas sobre su imparcialidad no implica en manera alguna una admisión de conflicto de interés y ni siquiera revela una duda propia del árbitro sino sólo una consideración hacia las partes y sus colegas en aras de la transparencia del proceso.

También es cierto que actitudes excesivamente escrupulosas debilitan innecesariamente la confianza de las partes en el Tribunal, lo que no es conveniente. Pero, pese a ello, es preciso insistir que toda duda sobre la obligación de declarar, debe resolverse a favor de hacer la declaración: *in dubio pro declaratione*. Si las partes, luego de conocida la declaración, no objetan al árbitro, se considerará que las situaciones declaradas son irrelevantes y que el árbitro puede parti-

cipar en el proceso sin que se le pueda formular posteriormente cuestionamiento alguno por la causa declarada.

5. Las Listas

Hasta aquí en cuanto a principios generales se refiere.

Pero cuando descendemos al terreno de lo fáctico y analizamos las situaciones particulares que pudieran ser consideradas como conflicto de interés, encontramos que no todas tienen el mismo grado de conflictividad y que no podemos tratar a todas de la misma manera, limitándonos a realizar un corte seco entre lo que fundamenta una recusación y lo que no la fundamenta. Como los matices son muy sutiles en esta materia, debemos encontrar la forma de juzgar las cosas con diferente grado de exigencia y ponderar la recusación en función de los agravantes o atenuantes del contexto. Y es importante que esos principios se plasmen en orientaciones más concretas que se refieran a situaciones que fácilmente ocurren en la práctica actual de arbitraje; sin perjuicio de que estas listas de situaciones específicas no se entiendan taxativamente sino con carácter meramente enunciativo y explicativo.

En este sentido, los *Lineamientos* del International Bar Association adoptan un método muy ingenioso y convincente: distinguen entre varias situaciones que pueden llevar a una recusación dentro de ciertas circunstancias, según el grado de alerta que corresponde a cada situación presuntamente conflictiva. Así, ese documento clasifica los conflictos potenciales en los siguientes tres grandes tipos, que van de más a menos:

- a) La Lista Roja contiene situaciones concretas que a cualquier tercera persona ajena al problema pueden darle dudas justificadas sobre un árbitro respecto del caso específico, ya que existe un conflicto de interés objetivo. Fundamentalmente, esta Lista corresponde a la existencia de identidades entre árbitros y partes, contrariando el principio de que nadie puede ser juez de sí mismo. En estos casos, el árbitro está obligado a inhibirse de conocer la causa; y, si no lo hace, será recusado. En esta materia, las más graves de las situaciones inhabilitan *iuris et de iure* al presunto árbitro frente a ese caso en particular, sin posibilidad de convalidación. Pero también hay otras que permiten una convalidación si todas las partes están de acuerdo en que se mantenga como árbitro y lo manifiestan expresamente. De esta

manera, la Lista Roja se subdivide a su vez en dos listas: la Lista Roja de Situaciones No Dispensable y la Lista Roja de Situaciones Dispensables.

- b) La Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas cuando menos por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro; es decir, a diferencia de los casos comprendidos en la Lista Roja, aquí el supuesto conflicto no es objetivo sino que puede dar lugar a desconfianza o irritación en una de las Partes, sensibilizada con el caso. Sin embargo, pese a no tratarse de un conflicto objetivo, el árbitro debe ponerse en la situación de las partes y hacer una declaración de las circunstancias que pudieran ser mal vistas por ellas. Pero esas circunstancias no lo inhabilitan automáticamente; por el contrario, ese árbitro puede quedar tácitamente legitimado si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo. La diferencia fundamental con la Lista Roja Dispensable es que en ese caso se requería una dispensa expresa, mientras que en los casos naranja basta que, conociendo los hechos, no se haya producido objeción de las Partes. De ahí también que la comprobación posterior de la existencia de estas situaciones no conlleva necesariamente la nulidad del arbitraje aunque no haya habido divulgación, en particular si el proceso se lleva a cabo con conocimiento de las partes y sin que éstas objeten al árbitro.
- c) La Lista Verde contiene circunstancias en las que no aparece ningún conflicto actual desde el punto de vista de un observador imparcial. Por consiguiente, el árbitro no tiene obligación de declarar nada.

Como puede verse, la Lista Roja corresponde casos en los que notoriamente existe un conflicto de interés, visto por cualquier tercero. La Lista Verde describe aquellos casos que pudieran ser confundidos con conflictos de interés pero que no lo son. Y la Lista Naranja está constituida por una franja intermedia de casos de conflicto de interés de menor gravedad que no son considerados tales si ninguna de las partes presenta objeción. Algunos de los casos de la Lista Naranja tienen plazos (por ejemplo, número de años atrás en que el árbitro propuesto prestó un servicio legal a una de las partes) que, al vencerse, hacen que la situación pase a formar parte de la Lista Verde.

Un esquema de esta estructura de Listas puede apreciarse a continuación:

Tabla 1: Las Listas de Situaciones

LISTAS	SUBDIVISIÓN	ACTITUD DEL ÁRBITRO	POSIBILIDAD DE CONVALIDACION
LISTA ROJA	No Dispensable	Árbitro debe declinar.	Las partes no pueden aceptarlo como árbitro ni aún con acuerdo entre ellas.
LISTA NARANJA	Dispensable	Árbitro debe declarar.	Las partes no pueden aceptarlo como árbitro, si lo hacen expresamente.
		Árbitro debe declarar.	Se le considera tácitamente aceptado si las partes no lo recusan.
LISTA VERDE		Árbitro no requiere declarar.	

Hagamos a partir de aquí el ejercicio de examinar los casos concretos que los *Lineamientos* enuncian como ejemplos de situaciones típicas de cada una de las categorías mencionadas. Como antes se ha dicho, esa enumeración no es taxativa sino meramente indicativa. Y en todo momento hay que tener presente que las fronteras entre una y otra de las categorías pueden ser muchas veces muy tenues.

a) La Lista Roja No Dispensable

Empezaremos por la Lista Roja No Dispensable, que agrupa a las más graves situaciones de conflicto de interés.

Ahí encontramos fundamentalmente las situaciones que antes hemos calificado como conflictivas *iuris et de iure*, porque infringen el principio básico del arbitraje que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. Los *Lineamientos* dan cuatro ejemplos de esta situación, que son los siguientes:

- I. El primero se basa en la existencia de una identidad entre una de las partes y el árbitro o, en caso de personas jurídicas, que el árbitro sea el representante legal de una de las partes. Como puede apreciarse, aquí estamos ante el caso más flagrante: el árbitro y la parte son física o prácticamente la misma persona. Por consiguiente, la situación antes descrita puede ser calificada objetivamente como de falta absoluta de independencia.

- II. El segundo se refiere al caso de que el árbitro sea Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de la empresa o, en general, que tenga una influencia similar sobre el control de una de las partes. En esta condición, podemos pensar también que objetivamente no existe independencia pues no podemos imaginar al Gerente de una empresa o a uno de los miembros de su Directorio que pudiera votar a favor de un laudo contra su empresa; le es imposible votar en contra porque ello lo llevaría a cometer una falta contra sus deberes de Gerente o de Director.

- III. El tercero contempla la situación en la que el árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en el resultado del proceso. En esta situación es importante el adjetivo «significativo». Esto significa que podemos pensar que la independencia del árbitro no se verá necesariamente afectada de manera radical si tiene algunas acciones de la empresa que es una de las partes del arbitraje, compradas en la Bolsa como inversión, en una cantidad que no constituye una parte importante de las acciones de la empresa ni tampoco una parte importante de su patrimonio personal. En esta última situación, el caso sería clasificado dentro de la Lista Roja Dispensable, que le permitiría ser árbitro si hay acuerdo expreso de las partes. En cambio, si ese árbitro tiene un porcentaje estimable –que no tiene que ser necesariamente más del 50% de las acciones de la empresa sino incluso una cantidad menor pero que ya pesa, incurre en causal de la Lista Roja No Dispensable y no puede ser árbitro.

- IV. El cuarto ejemplo se refiere fundamentalmente a los abogados de empresas; aunque también, cuando estamos ante arbitrajes de conciencia, puede afectar a los árbitros que son contadores, ingenieros consultores u otros profesionales independientes a quienes la empresa parte ha solicitado servicios. En estos casos, se entiende que pertenecen a la Lista Roja No Dispensable cuando el árbitro es asesor de manera regular de una de las partes

y él mismo o su Estudio de abogados o su firma consultora obtiene de ese cliente un ingreso económico significativo. Notemos también aquí el adjetivo «regular» y la condición del ingreso «significativo». Si la vinculación profesional no es continua y actual o si lo que obtiene como ingreso por sus servicios legales de ese cliente no es significativo, estaríamos dentro de la Lista Naranja.

b) La Lista Roja Dispensable

Veamos ahora los casos de la Lista Roja dispensable. Todavía estamos frente a situaciones que objetivamente pueden ser interpretadas como falta de independencia. Pero las partes podrían considerar que esa relación objetiva de dependencia no afecta el arbitraje en curso y, por consiguiente, puede ser dispensada. Las categorías de este tipo de relaciones planteadas en los *Lineamientos* son nueve, algunas de las cuales son mostradas a su vez con varios casos típicos. Las examinaremos también una por una:

- I. La primera está basada en la relación del árbitro con la materia de la disputa. En vista de ello se tiene en cuenta la situación en que el árbitro haya asesorado legalmente o proporcionado una opinión como experto legal sobre el tema de la controversia a una de las partes o a una entidad afiliada a alguna de las partes. Y la existencia de conflicto se extiende incluso a los casos en que, sin haber asesorado previamente a ninguna de las partes, ha estado sin embargo de alguna manera involucrado en el caso. Como se puede ver, se trata de situaciones graves. No estamos aquí frente a un interés personal del árbitro que genere una identidad con la parte. Pero no hay duda de que quien ha emitido antes opinión como asesor legal en las diferentes formas posibles, es probable que no tenga la imparcialidad frente al arbitraje que hubiera sido de esperar. En una nota se aclara que cuando los *Lineamientos* hablan de empresas afiliadas, se están refiriendo a todas las empresas que forman parte de un grupo de empresas, incluyendo a las matrices. Debe advertirse, sin embargo, que no se habla de un asesoramiento en un caso similar o en una materia análoga sino directamente a una de las partes o a una entidad vinculada a la parte, sobre el objeto del mismo proceso.

II. La segunda categoría «Roja Dispensable» consiste en que el árbitro tenga interés directo o indirecto en la disputa. Concretamente, nos encontramos aquí con el caso de que el árbitro, sea directa o indirectamente, posea acciones de la sociedad que es parte del arbitraje o de alguna de sus afiliadas. Como se recordará, si la participación es significativa se incurre en una causal de la Lista Roja No Dispensable. Por tanto, aquí estamos hablando de una participación no significativa.

Forma parte también de esta segunda categoría el hecho de que un familiar cercano —y por tal se entiende el cónyuge, los hermanos, padres o incluso las parejas estables— tenga un interés significativo en el resultado de la disputa. Aquí vemos que, tratándose de familiares, los *Lineamientos* son menos exigentes que cuando se trata del árbitro mismo: una vez más, se matiza el alcance del conflicto requiriendo no simplemente que haya interés sino que además éste sea significativo.

Finalmente, siempre dentro de esta segunda categoría de la Lista Roja dispensable, encontramos el caso de que el árbitro o un familiar cercano sostengan una estrecha relación con un tercero que a su vez pueda estar expuesto a recurso por la parte perdedora de la controversia.

III. La tercera categoría se refiere a las relaciones del árbitro con las partes y con los abogados de ellas.

Dentro de este marco está el caso de que el árbitro represente o asesore usualmente a una de las partes o a una empresa afiliada. En este caso se usa el adverbio «actualmente» (*currently*) mientras que en la Lista Roja No Dispensable se ha utilizado «regularmente» (*regularly*). Lo que se quiere significar es que, si se trata de una relación profesional continua, estamos en el caso no dispensable. En cambio, el asesoramiento que se brinda en la actualidad —obviamente en materias ajenas a las del caso— pero que es ocasional, puede ser dispensado por acuerdo de las partes. Veremos en la Lista Naranja los casos de asesoramientos no actuales sino pasados y los límites de tiempo a considerar.

Dentro de este mismo marco se ubican los casos en los que el árbitro tiene en ese momento la representación no ya de una de las parte sino del abogado o si es actualmente miembro del Estudio de abogados al que pertenece quien asesora a una de las partes. Asimismo, es también un caso de Lista Roja Dispensable si el árbitro es Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervi-

sión de una firma vinculada a una de las partes, siempre que esa firma vinculada esté directamente involucrada en los asuntos que son materia del arbitraje. Como hemos visto, si esta relación profesional fuera con la propia firma que es parte en el arbitraje, la situación sería no dispensable. Pero tratándose aquí solamente de una empresa vinculada, no solamente es una situación dispensable por las partes sino que además se exige que la firma con la que se tiene vinculación esté directamente involucrada con la materia arbitral. Esto significa que si la empresa «A» contrata con la empresa «B» para construirle una planta de procesamiento de minerales y encarga la obra civil a su filial A2, si el árbitro es Gerente o Director de A se encontrará dentro de la causal roja no dispensable y deberá inhibirse. En cambio, si es Gerente o Director de A2 tiene que declararlo, pero las partes pueden aceptar que continúe como árbitro. Ahora bien, si es Director de Ax que es otra filial de A, pero que se dedica a asesorar a las empresas agrícolas y no tiene relación alguna con el pleito, la situación baja a la Lista Naranja.

Habría que considerar también como caso propio de la Lista Roja Dispensable la situación en la que el Estudio jurídico del árbitro, en una época anterior, ha prestado servicios vinculados directamente con el caso. O si su Estudio de abogados tiene una significativa relación comercial con una de las partes o con una empresa afiliada de una de las partes.

Como correlato de lo dicho anteriormente en la relación de conflictos de interés no dispensables, encontramos aquí que si el árbitro asesora en forma regular a una de las partes o a una empresa vinculada pero ni él ni su Estudio obtienen un ingreso significativo por ello, esta relación profesional podría ser dispensada por acuerdo entre las partes.

Las relaciones familiares pueden dar lugar también a situaciones que, sin llegar a la gravedad de los casos no dispensables, crean situaciones embarazosas. Por ejemplo, tendría que declarar su condición y no puede quedarse como árbitro si las partes expresamente no lo aceptan, aquel que tiene una cercana relación familiar con una de las partes si es persona individual o, si es persona jurídica, con su Gerente, uno de sus Directores, uno de sus miembros del Consejo de Supervisión o con cualquier persona que tenga una relación de influencia similar con una de las partes o con los abogados de una de las partes. Igualmente, habrá que proceder de la misma forma si un familiar cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una empresa vinculada a ella.

c) La lista naranja

La Lista Naranja simplemente obliga a hacer una declaración de la situación. Frente a tal declaración, las partes tienen necesariamente que pronunciarse contra el árbitro para que éste quede excluido del arbitraje, mientras que si no se pronuncian debe considerarse el árbitro como aceptado.

Aquí vamos a encontrar gran parte de aquellas situaciones similares a las anteriormente descritas pero que, por decantación sobre la base del uso de adjetivos de grados, han ido quedando fuera de la Lista Roja en cualquiera de sus dos formas. En general, advertimos que estas situaciones no se refieren tanto a la falta de independencia como más bien a la posible falta de imparcialidad.

De esta manera, encontramos cinco grandes categorías con sus respectivos casos específicos.

I. La primera de estas categorías naranja se refiere a los casos de relación profesional con alguna de las partes.

En este caso, lo que define su pertenencia a esta lista es que el árbitro haya tenido relación profesional en los últimos tres años con alguna de las partes o también que, durante el mismo período haya asesorado a un tercero en contra de una de las partes. Y lo mismo se aplica al Estudio de abogados del árbitro, aun cuando el árbitro no hubiera tenido intervención personal en ese servicio profesional.

Es importante destacar dos situaciones que se derivan de arbitrajes anteriores. Así, si dentro del período de tres años, el árbitro ha sido nombrado antes árbitro por una de las partes o una de sus empresas vinculadas en dos o más ocasiones, está incurrido en la Lista Naranja. Y lo mismo sucede si el árbitro simplemente ha formado parte de un Tribunal Arbitral en un asunto conexo que haya involucrado a una de las actuales partes o de sus Compañías asociadas.

En todos estos casos, el límite es de tres años.

II. La segunda categoría naranja se refiere a servicios que se prestan actualmente a una de las partes o a sus compañías asociadas, por el Estudio de abogados del árbitro, en los casos de que el ingreso económico por este concepto no sea significativo y el árbitro mismo no haya tenido vinculación con tales servicios. Y esta situación se extiende a otros Estudios de

abogados que compartan honorarios con el Estudio del árbitro. O al propio árbitro y a su Estudio cuando presta servicios a una de las partes pero en asuntos que no tienen nada que ver con la materia controvertida.

Podemos imaginarnos el Estudio de Juan Pérez que asesora a la distribuidora de productos veterinarios denominada Clonación Ininterrumpida S.A. en asuntos laborales. Se presenta una controversia entre Clonación Ininterrumpida y una empresa ganadera por la eficiencia de los productos vendidos. En este arbitraje, Clonación Ininterrumpida nombra como árbitro a Juan Pérez. Éste tendría que declarar su relación de asesoramiento en otra materia; pero, de acuerdo a las reglas para la Lista Naranja, si las partes no lo objetan puede seguir como árbitro.

III. La tercera categoría naranja tiene que ver con las relaciones entre un árbitro con los otros árbitros o con los abogados de las partes.

Dentro de esta categoría encontramos los casos en que dos árbitros del mismo Tribunal pertenecen al mismo Estudio o cuando menos, si no lo es ahora, en los últimos tres años se presentó esa situación, sea con otro árbitro o con el abogado de una de las partes.

También puede suceder que un abogado del Estudio de uno de los árbitros sea árbitro en otra controversia que involucra a una de las partes o a una compañía vinculada a ella. Otro caso posible es que un miembro cercano de la familia del árbitro sea miembro del Estudio que defiende a una de las partes en el arbitraje, aunque no se ocupe personalmente del caso.

Una situación contemplada en los *Lineamientos* y que, a mi juicio, no es aplicable dentro de nuestro medio, es que el árbitro sea amigo personal del abogado de alguna de las partes. En el Perú, dado que hemos estudiado en pocas universidades, gran parte de los abogados somos amigos personales unos de otros. De manera que si se quisiera aplicar estrictamente esta regla, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a árbitros extranjeros.

IV. La cuarta categoría tiene relación con las actitudes del árbitro respecto de alguna de las partes que hacen dudar de la imparcialidad requerida.

Puede darse el caso que el Estudio de abogados al que pertenece el árbitro esté actuando profesionalmente contra una de las partes o de una empresa vinculada, lo que haría pensar en una animadversión del árbitro contra esa parte. O que, por el contrario, se sospeche de una excesiva afinidad del

árbitro con una de las partes porque en los últimos tres años ha sido su empleado o su socio.

Aquí también notamos una causal que no se ajusta a nuestro medio social y profesional, más pequeño y más vinculado entre sí que el que se da en Estados Unidos o Europa. Los *Lineamientos* ponen en duda —y, por tanto, colocan dentro de la Lista Naranja— los casos en que exista una amistad personal entre el árbitro y el Gerente o el Director o una persona con un cargo similar de las partes, sus empresas vinculadas e incluso de los testigos o de los expertos. Es posible imaginar que, en el arbitraje internacional, árbitros y partes no se conocen, salvo en situaciones extraordinarias; en cambio, dentro del arbitraje nacional —y más en un medio como el Perú— esto es perfectamente frecuente, sin que ello ponga en cuestión su independencia.

- V. Finalmente, en la última categoría naranja los *Lineamientos* han colocado situaciones varias.

Así, se ubican en esta categoría situaciones tales como que el árbitro haya previamente declarado en forma pública su posición frente a la materia controvertida. O que el árbitro forme parte del Consejo de la institución arbitral patrocinante con capacidad para nombrar árbitros y resolver controversias bajo la jurisdicción de tal institución que pudieran surgir dentro del arbitraje.

d) La Lista Verde

Por último, la Lista Verde incluye situaciones que, aunque pudieran parecer conflictos de interés, no deben ser consideradas como tales.

Por ejemplo, los *Lineamientos* nos dicen que el hecho de que el árbitro haya publicado antes un ensayo o haya dado una conferencia académica sobre el tema jurídico involucrado en la controversia arbitral, es irrelevante mientras no se haya mencionado ese caso específico.

También si el Estudio del árbitro está asociado con otro Estudio que presta servicios para una de las partes en materias desvinculadas del arbitraje y no comparten honorarios, no hay necesidad ni siquiera de declarar este hecho.

Asimismo, los contactos con los otros árbitros o con los abogados de las partes en las asociaciones culturales o de investigación académica, no ponen en cuestión la imparcialidad del árbitro.

Es igualmente fuera de toda noción de conflicto de interés el hecho de que el árbitro y el abogado de una de las partes hayan servido juntos como árbitros en un Tribunal anterior o que el árbitro y algunos de los ejecutivos de las partes hayan trabajado juntos como expertos o en otra tarea profesional o hayan sido ambos árbitros en un caso anterior. Tampoco es relevante que el árbitro tenga un número insignificante de acciones de las sociedades que son partes en el arbitraje o de sus empresas vinculadas cuando están inscritas en Bolsa.

Un punto interesante es el caso de que una de las partes haya convocado previamente a uno de los actuales árbitros para tratar sobre el caso. En tal hipótesis, el hecho pertenece a la Lista Verde y no debe ser declarado si la reunión se limitó a tratar sobre la disponibilidad de este abogado para ser nombrado árbitro por esa parte, a explicitar sus calificaciones para esta tarea y a discutir los nombres de las personas que pudieran ser elegidas como Presidente del Tribunal, sin tocar en ningún momento los aspectos substantivos de la controversia.

6. El código de ética de la Cámara de Comercio de Lima

La única institución arbitral peruana que ha intentado explicitar y concretar en situaciones específicas las nociones de independencia e imparcialidad que establece la ley, es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Las normas institucionales de esta entidad referente a este tema no están en el Reglamento de Arbitraje sino en el Código de Ética que se aplica tanto a árbitros como a conciliadores.

Estas normas constituyen los artículos 5° y 6° (de alguna manera también el 7°) de dicho Código de Ética y contienen —quizá de una manera más somera y menos matizada— gran parte de las situaciones antes mencionadas al tratar los *Lineamientos* de la International Bar Association.

Sin embargo, hay algunas diferencias fundamentales. La relación de la Cámara de Comercio no establece ninguna gradación de situaciones que pudieran sugerir un conflicto de interés. Y, consecuentemente, no puede aplicar reglas

diferentes según el grado de compromiso que implique cada situación. Tampoco señala los casos que no son conflicto de interés aunque pudieran parecerlo.

En realidad, la normatividad de la Cámara de Comercio se limita a ordenar una declaración jurada a cada árbitro de no estar incurso en las situaciones listadas en los artículos mencionados de dicho Código de Ética. Sin embargo, el Centro de Arbitraje de la Cámara cuenta con un Consejo Superior de Arbitraje al cual son elevadas las altercaciones sobre conflictos de interés y que, dada la calidad de sus miembros, suple las imprecisiones de las normas institucionales.

7. La noción de conflicto de interés como concepto vivo

Sin embargo, a pesar de todo el trabajo desarrollado por instituciones y juristas en torno de este problema y del interesantísimo esfuerzo realizado por la International Bar Association, ciertamente no se ha dicho la última palabra. Todo lo que he mencionado anteriormente no son sino opiniones, costumbres jurídicas o, en el mejor de los casos, reglas aplicables dentro de un entorno legal determinado.

La noción de conflicto de interés es un concepto vivo; y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente; y es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje.