

## ESTATUTO Y FUNCIÓN DEL ÁRBITRO

Carlos Alberto MATHEUS LÓPEZ\*

SUMARIO: I. *Concepto*. II. *El árbitro extranjero*. III. *Capacidad del árbitro*. IV. *Independencia e imparcialidad del árbitro*. V. *Recusación del árbitro*. VI. *El árbitro escabino*. VII. *Deontología del árbitro*. VIII. *La deontología del árbitro en la LGA*. IX. *Designación y aceptación del árbitro*. X. *Número de árbitros*. XI. *Renuncia del árbitro*. XII. *Sustitución del árbitro*. XIII. *Responsabilidad del árbitro*. XIV. *Honorarios del árbitro*.

### I. CONCEPTO

Según nuestra Ley General de Arbitraje (en lo sucesivo LGA) el árbitro es la persona natural que, hallándose en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, lleva a cabo la resolución de la controversia disponible indicada en el convenio arbitral previa aceptación del arbitraje.

De tal modo, se observan claramente dos atributos de proyección subjetiva que tipifican al árbitro, como el que ha de ser naturalmente una persona de un lado y de otro capaz; a los cuales se une el referente objetivo de su capacidad y que no es otro que la controversia indicada en el convenio arbitral, a la que accede desde el momento en que *acepta* el arbitraje.

Asimismo, debemos recordar que el árbitro importa un factor axial en el proceso arbitral, pues aquel está gobernado por una regla de oro: “el arbitraje vale lo que vale el árbitro”,<sup>1</sup> por lo que resulta de fundamental

\* Catedrático ordinario de derecho de arbitraje y derecho procesal civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Con igual parecer Clay, Thomas, *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001, pp. 10 y 11.

importancia que las partes sepan elegir a sus árbitros, puesto que de la calidad de estos últimos dependerá aquella del proceso arbitral.<sup>2</sup>

### 1. La individualización del árbitro

Cabe precisar que, en la práctica, la individualización nominal de los árbitros es aconsejable, que se contenga en el convenio arbitral cuando se trate de arbitraje *ad hoc*. Por el contrario, en el arbitraje deferido o institucional la fijación de los árbitros normalmente no vendrá contenida en el convenio arbitral.

De lo que no cabe duda es que la designación del árbitro es un acto negocial de integración del convenio arbitral, ya lo sea en la modalidad de arbitraje *ad hoc* por quienes suscribieron el convenio arbitral —lo complementan— como en la de arbitraje deferido o institucional por sujetos distintos a quienes suscribieron el convenio arbitral.<sup>3</sup>

Incluso, y según la LGA, la designación de los árbitros puede originar la nulidad del convenio arbitral cuando esa designación coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio.<sup>4</sup>

### 2. La concreción natural del árbitro

La persona *natural* de la LGA es una persona física, y por ello ha de entenderse que si el convenio arbitral designa a una persona jurídica, ésta tan sólo podrá gestionar y administrar el arbitraje.<sup>5</sup> Y ello es así ya que la complejidad estatutaria de la persona jurídica obliga a la comparecencia mediante representante, lo que le excluye *intuitu personae* como árbitro.

2 En ese sentido, “esta elección debe evidentemente ser dictada por la aptitud del árbitro a ofrecer una buena justicia y no por otros motivos” (Gavalda, Christian y Lucas de Leyssac, Claude, *L’arbitrage*, París, Dalloz, 1993, p. 37).

3 Véase Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, *Tratado de derecho de arbitraje*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, pp. 164 y 165.

4 Como lo reconoce el artículo 14, último párrafo, de la LGA al establecer que “Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento”.

5 Como expresamente lo reconoce el artículo 25, último párrafo, de la LGA al señalarlos que “Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el artículo 20”.

A la misma conclusión se llega cuando el órgano arbitral se halla constituido por un solo árbitro. En esta hipótesis la *naturalidad física* del árbitro se desprende a *sensu contrario* del artículo 6o. de la LGA,<sup>6</sup> en el que la *voluntas legislatoris* es que la persona jurídica administre y gestione el arbitraje, no el que resuelva la cuestión controvertida indicada en el convenio arbitral.

### II. EL ÁRBITRO EXTRANJERO

El artículo 25 de la LGA<sup>7</sup> alude a que pueden ser designados árbitros las “personas naturales” sin adjetivizar su condición de persona natural por la circunstancia de que el árbitro sea nacional o extranjero,<sup>8</sup> pasando luego a indicar claramente que “El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras”, opción la cual se acomoda a la solución convencional contenida en el artículo segundo de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual consagra el derecho de los extranjeros a ser árbitros.

Por otra parte, y del contexto del artículo 25 de la LGA sólo se exige, de un lado, que el árbitro sea persona natural y, de otro lado, que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que se precise tampoco si ese pleno ejercicio de sus derechos civiles deba ostentarse con arreglo —necesariamente— a la ley peruana.

### III. CAPACIDAD DEL ÁRBITRO

Según la LGA el árbitro —persona física— ha de poseer una determinada capacidad que, positivamente, supone el pleno ejercicio de los derechos civiles, y, negativamente, la existencia, por un lado, de un régi-

<sup>6</sup> En tal forma, el artículo 6o. de la LGA nos señala que “La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendados a una institución arbitral, la cual necesariamente deberá constituirse como persona jurídica. En tal caso, la institución arbitral estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral”.

<sup>7</sup> Este artículo nos señala que “Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles. El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados. El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras. Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el artículo 20”.

<sup>8</sup> Véase Matheus López, Carlos Alberto, “Estudio comparativo del proceso jurisdiccional y arbitral en el ordenamiento jurídico peruano”, *Génesis, Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, núm. 28, 2003, pp. 387 y ss.

men de incompatibilidades que inhabilitan al árbitro (*arbitro inhabilis*) y, por otro, la existencia de causas especiales que afectan a la ajeneidad del árbitro (*arbitro suspectus*).<sup>9</sup>

### 1. La caracterización en positivo de la capacidad del árbitro

Desde la caracterización positiva de la capacidad de árbitro, las cuestiones que pueden surgir son las siguientes.

#### A. El árbitro ha de ser una persona física

Para ser árbitro la LGA —artículos 24<sup>10</sup> y 25<sup>11</sup>— requiere, en modo positivo, que el sujeto sea una persona física y en número impar siempre en caso de órgano arbitral colegiado.<sup>12</sup>

#### B. El árbitro ha de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles

También de modo positivo la LGA —artículo 25<sup>13</sup>— exige que el árbitro se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, cualificándose esta exigencia por dos notas características. La primera, que es obvio que al no distinguir la LGA, no se debe distinguir y, por tanto, bastará que el árbitro se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles según su ley nacional y que lo acredite para que pueda laudar en nuestro país. La segunda característica alude a la cualificación que posee el árbitro al hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles en el supuesto de arbitraje de derecho en el que se exige —es preceptivo— que en ese

9 Para una mayor comprensión del tema véase Lorca Navarrete y Matheus López, *op. cit.*, nota 3, pp. 166 y ss.

10 El cual nos señala que “Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres. Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional que actuará como presidente del tribunal arbitral”.

11 El cual nos señala que “Pueden ser designados árbitros las personas naturales...”.

12 Con similar parecer véase Ormazabal Sánchez, Guillermo, *La ejecución de laudos arbitrales*, en José María Bosch (ed.), Barcelona, 1996, pp. 148-151.

13 El cual nos señala que “Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles...”.

pleno ejercicio de los derechos civiles deba de confluír, además, la condición de abogado.<sup>14</sup>

C. *El requisito de capacidad exigido por la LGA en positivo vincula a las partes*

De no cumplirse los requisitos de capacidad de los árbitros, las partes podrán obtener la anulación del laudo arbitral (artículo 73, inciso 3 de la LGA).<sup>15</sup>

2. *La caracterización en negativo de la capacidad del árbitro*

La caracterización en negativo de la capacidad del árbitro afecta a *arbitro inhabilis* y a *arbitro suspectus*.

A. *El árbitro inhabilis*

La tipificación del *árbitro inhabilis* en la LGA se asocia al régimen de incompatibilidades que regula para ser árbitro y que afecta a la inhabilitación para ser árbitro (artículo 26 de la LGA<sup>16</sup>).

Obsérvese además que la exclusión del *árbitro inhabilis* es de tal intensidad que la LGA ha garantizado esa incompatibilidad a través —adicionalmente a la recusación— de la declaración de anulación del laudo

14 Véase Matheus López, Carlos Alberto, “Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano”, *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, núm. 210, 2003, p. 80.

15 El cual nos señala que “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: ...que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal en la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicho disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente”.

16 El cual nos señala que “Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo: 1. Los magistrados, con excepción de los jueces de paz, los fiscales, los procuradores públicos y los ejecutores coactivos; 2. El presidente de la República y los vicepresidentes, los parlamentarios y los miembros del tribunal constitucional; 3. Los oficiales generales y superiores de las fuerzas armadas y policía nacional, salvo los profesionales asimilados; 4. Los ex magistrados en las causas que han conocido; 5. El contralor general de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República”.

arbitral pronunciado por tales “árbitros”, justificada en lo previsto por su artículo 73, inciso 3.

### B. *El árbitro suspectus*

La ajeneidad del árbitro afecta a su independencia e imparcialidad —artículo 28, inciso 3, LGA<sup>17</sup>— en el ámbito de la resolución de la controversia que se le encomienda, como *árbitro suspectus qui litem fecit suam*.

La ajeneidad es de dos tipos: ajeneidad de los árbitros con las partes y ajeneidad de los árbitros con la controversia.

La ajeneidad del árbitro con las partes surge del artículo 18 de la LGA,<sup>18</sup> el cual nos prescribe claramente que estos “no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción”.

Por su parte, la ajeneidad del árbitro con la controversia surge del artículo 29 de la LGA,<sup>19</sup> según el cual “la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación” por existir dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Además, “el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes”, puesto que aquel debe permanecer independiente e imparcial, dado que la

17 El cual indica que “Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes: ...cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.

18 Cuyo tenor establece que “Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional. La aceptación del cargo por los árbitros, o por la institución arbitral, otorga derechos a las partes para compelerles a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o por incumplir las obligaciones respectivas”.

19 El cual nos señala que “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión. Las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos”.

existencia de ambas cualidades son condición tanto de su designación como de su mantenimiento al interior del órgano arbitral.<sup>20</sup>

Finalmente, cabe precisar que este deber de los árbitros de revelar a las partes cualquier circunstancia que ponga en duda su independencia e imparcialidad justifica su abstención en orden a conocer del arbitraje.

#### IV. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

A efectos de una mejor comprensión de lo antes dicho, conviene precisar que la noción de independencia posee un carácter objetivo e importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, en relación con los sujetos parciales del arbitraje.<sup>21</sup> En cambio, la imparcialidad —que se observa en relación al litigio— es una noción de carácter subjetivo que consiste en no ser parcial<sup>22</sup> o en actuar como prevenido dejándose invadir por opiniones preconcebidas y circunstancias extrañas a las cuestiones planteadas en el proceso arbitral.<sup>23</sup>

Asimismo, la garantía de independencia del árbitro precisa, a su vez, de la imparcialidad —pues la primera es condición necesaria de la segunda<sup>24</sup>— tanto en el decurso del arbitraje como, particularmente, cuando se proceda a laudar.<sup>25</sup>

Por otro lado, tanto la independencia como la imparcialidad —de carácter objetivo y subjetivo, respectivamente— se justifican objetivamente,<sup>26</sup> es decir, su ausencia no puede apreciarse más que de forma objetiva, midiéndose *in abstracto* la consecuencia de los hechos constitutivos

20 Con similar parecer véase Loquin, Eric, “Les Garanties de L’arbitrage”, *L’arbitrage: une question d’actualité*, París, núm. 197, 2003, p. 13.

21 En tal sentido, cabe señalar que la independencia se aprecia en relación —del árbitro se entiende— a las partes del proceso arbitral.

22 Con similar parecer véase Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 582. Nos señala que “la imparcialidad sería una disposición de espíritu, un estado psicológico por naturaleza subjetivo”.

23 Lalive, Pierre, “Sur l’impartialité de l’arbitre international en Suisse”, *Semaine Juridique*, París, 1990, pp. 3 y ss.

24 Con similar parecer Gavalda y Leyssac, *op. cit.*, nota 2, pp. 39 y 40.

25 Cabe señalar que la doctrina reconoce como una cualidad moral adicional —propia del arbitraje internacional— a la neutralidad del árbitro, la cual “significaría la facultad para el árbitro de conservar independencia e imparcialidad en el ámbito internacional caracterizado por las diferencias políticas, culturales o religiosas” (Gavalda y Leyssac, *op. cit.*, nota 2, p. 41), la cual supone que éste sea capaz de tomar una cierta distancia con sus propios valores y tradiciones, a través de una apertura intelectual a otros modos de pensar (con igual parecer Fouchard, Gaillard y Goldman, *op. cit.*, nota 22, p. 588).

26 Henry, Marc, “Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente”, *Revue de L’arbitrage*, París, 1999-2, p. 197.

del presunto atentado a la independencia y/o imparcialidad, dado que es imposible calcular el efecto psicológico realmente producido por estos en el “espíritu” del árbitro.<sup>27</sup>

### 1. *Las denominadas dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro*

El término “duda” posee una indudable justificación subjetiva en la medida que proyecta la existencia de un ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones o juicios contradictorios sin que exista decisión por uno o por otro. Pero, también el término “duda” posee una justificación objetiva que implica que con base a “circunstancias” se desconfíe o se sospeche de una persona.

Recordemos que el artículo 28, inciso 3, de la LGA<sup>28</sup> alude a las denominadas “dudas justificadas” sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, y no al término “dudas razonables” de ineludible justificación subjetiva.

En tal forma, la duda que es atendible en el proceso arbitral es aquella —objetiva— justificada en circunstancias que provocan que se desconfíe o sospeche de un árbitro, puesto que su existencia afecta a la independencia e imparcialidad de este último.

Asimismo, podemos indicar como características de las “dudas justificadas”, las siguientes:

1) Motivación: La duda ha de hallarse “justificada”, no pudiendo ser de carácter arbitrario.

2) Carácter objetivo: La justificación es objetiva, pues son “las circunstancias” las que hacen dudar sobre la imparcialidad y/o independencia del árbitro.

a) Circunstancias que afectan la independencia del árbitro. Entre los diversos supuestos de vulneración de la independencia del árbitro que se pueden presentar en la práctica, podemos señalar los siguientes:

*Existencia de una relación de subordinación entre el árbitro y una de las partes.* Por ejemplo, la presencia de un contrato de trabajo entre una

<sup>27</sup> Con similar criterio Gavalda y Leyssac, *op. cit.*, nota 2, p. 40.

<sup>28</sup> Resultando su regulación tributaria del artículo 12, inciso 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el cual nos señala que “La persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia...”.

de las partes y un árbitro importa un atentado a la independencia de éste.<sup>29</sup>

Asimismo, el árbitro que es habitualmente designado por una de las partes pierde su independencia si la frecuencia de designaciones le asegura a éste una renta, asimilable a verdaderos vínculos económicos, que hagan temer la existencia de una relación de subordinación entre el árbitro y esta parte.<sup>30</sup>

Tampoco sería independiente el árbitro que sea contratado por una de las partes al día siguiente de pronunciado el laudo arbitral.<sup>31</sup>

*Presencia de una relación de negocios entre el árbitro y una de las partes.* Es el caso en que una de las partes haya devenido en deudor de la sociedad donde uno de los árbitros es el asalariado.<sup>32</sup>

En cambio, no se da este supuesto en los casos de arbitraje institucional o en el que partes y árbitros son todos profesionales de la misma especialidad, pues aquéllos mantienen necesariamente relaciones habituales de negocios que, en principio, no ponen en duda su independencia.<sup>33</sup>

Igualmente, se presenta este supuesto cuando el árbitro preside la sociedad que sirvió de intermediaria en la venta litigiosa que es objeto de la controversia.<sup>34</sup>

*Existencia de una relación de parentesco entre el árbitro y una de las partes.* Por ejemplo, que una de las partes en el proceso arbitral guarde una relación en segundo grado de consanguinidad con uno de los árbitros.<sup>35</sup>

Igualmente, sería el caso en que uno de los árbitros sea cónyuge de una de las partes o bien tenga con ésta una relación de parentesco —inclusive mas allá<sup>36</sup>— de cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad o por adopción.

29 Con similar parecer véase Loquin, *op. cit.*, nota 20, p. 16.

30 Sería el caso —en el ámbito privado— de un árbitro designado frecuentemente por una empresa (por ejemplo una de telecomunicaciones), lo cual le asegura a éste una renta que, por su proyección temporal y económica, establece de facto una relación propiamente de negocios. Asimismo, encontraríamos un supuesto similar —en el ámbito público— en el caso de que un árbitro sea designado habitualmente por un organismo público (por ejemplo un ministerio) y se cumplan además los requisitos antes referidos.

31 Con igual parecer véase Fouchard *et al.*, *op. cit.*, nota 22, p. 583.

32 Con similar parecer véase Loquin, *op. cit.*, nota 20, p. 17.

33 Con igual parecer véase Fouchard *et al.*, *op. cit.*, nota 22, pp. 583- 584.

34 Con similar parecer véase Loquin, *op. cit.*, nota 20, p. 17.

35 Con similar parecer véase Gavalda y Lucas de Leyssac, *op. cit.*, nota 2, p. 40.

36 Decimos ello en razón de que esta exigencia de ajeneidad exigida al árbitro respecto de las partes —ni tampoco aquella que le es solicitada respecto de la controversia— no posee ningún tipo de concomitancia jurisdiccional, en la medida en que no se hace opera-

*Presencia de una relación entre el árbitro y el consejo de una de las partes.* Es el caso en que uno de los árbitros se encuentra asociado al consejero de una de las partes o mantiene relaciones profesionales con éste que impliquen la existencia de intereses comunes.<sup>37</sup>

De igual modo, se presenta este supuesto cuando el árbitro, paralelamente al proceso arbitral, mantenga una actividad remunerada de consejo y asistencia técnica con —o conjuntamente— una de las partes del arbitraje.<sup>38</sup>

Igualmente, será el caso de aquel designado como árbitro sustituto, que sea a su vez consultor de una sociedad dependiente del grupo al cual pertenece una de las partes del arbitraje, puesto que, como hemos visto, no existe independencia cuando el árbitro —sea jurista, técnico o economista— ejerce con esa misma cualidad en orden al consejo profesional empresarial.<sup>39</sup>

b) Circunstancias que afectan la imparcialidad del árbitro. Las principales hipótesis de parcialidad conciernen al riesgo de prejuicio por parte del árbitro que debe juzgar la causa. Así, el árbitro es sospechoso de ser parcial si es que dio una consulta que haya tenido por objeto el litigio o ha expresado previamente una opinión jurídica sobre el caso.<sup>40</sup>

Asimismo, cuando el árbitro ha conocido del litigio —o de uno conexo— en un arbitraje anterior<sup>41</sup> o si es que participa en dos arbitrajes paralelos sobre la misma causa —cuya complejidad fáctica y jurídica es idéntica— pero opuestos por partes diferentes, surge el riesgo de prevención al crearse una sospecha de parcialidad en su contra.<sup>42</sup>

De igual modo, si bien no existe *a priori* un criterio mensurable para establecer la imparcialidad, por ser ésta de orden subjetivo, puede, sin

tiva a través de alguna de las hipótesis que posibilitan la abstención y recusación del juez estático (en tal forma, no existen los límites establecidos —*numerus clausus*— por los artículos 305 y 307 del Código Procesal Civil). Tal opción —de carácter autoreferente— (tributaria del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI) tiene a su favor la eliminación del reenvío a los motivos de abstención y recusación judicial, los cuales no son necesariamente adecuados en materia de arbitraje, no existiendo así un sometimiento de la abstención y recusación del árbitro a causas tasadas, sino más bien una comprensión extensiva de estos supuestos.

37 Como ejemplo podría señalarse aquel caso del árbitro que es además socio del abogado de una de las partes, o bien, el supuesto en que el árbitro es simplemente miembro —asociado o contratado— del estudio de abogados que representa a una de las partes (con similar parecer véase Gavalda y Lucas de Leyssac, *op. cit.*, nota 2, p. 40).

38 Con igual parecer véase Fouchard, Gaillard y Goldman, *op. cit.*, nota 22, p. 583.

39 *Ibidem*, p. 343.

40 Con similar parecer véase Gavalda y Leyssac, *op. cit.*, nota 2, p. 41.

41 Con igual parecer véase Fouchard *et al.*, *op. cit.*, nota 22, p. 585.

42 Con similar parecer véase Loquin, *op. cit.*, nota 20, pp. 18 y 19.

embargo, establecerse que el límite de ésta es precisamente la parcialidad, el cual se ve vulnerado cuando sin motivación o con una notoriamente insuficiente, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes sobre una evidencia legal incontrovertible o se considera como acreditado un hecho que no ha sido probado ni siquiera de forma indiciaria.<sup>43</sup>

Por otra parte, cabe señalar la impertinencia de optar por los denominados índices “sociales” de parcialidad, puesto que la pertenencia confesional, profesional, las opiniones políticas, filosóficas e incluso jurídicas del árbitro, la comunidad de cultura, o su presencia común en manifestaciones científicas, no pueden bastar para poner en duda su parcialidad.<sup>44</sup>

c) Carácter instrumental: son dudas que poseen una relación de causa-efecto que permite evidenciar la ausencia de imparcialidad y/o independencia del árbitro.

d) Concepto jurídico indeterminado. Estas “dudas” que pueden justificar objetivamente la ausencia de imparcialidad y/o independencia del árbitro se hallan conceptualmente indeterminadas.

### 2. Control de la independencia e imparcialidad del árbitro

No sin antes recordar que para la existencia de un buen arbitraje resulta esencial que no exista ningún tipo de prevención que vicie el espíritu de quien ha de laudar,<sup>45</sup> debemos señalar que la ausencia de independencia y/o imparcialidad del árbitro puede ser controlada —además de ex officio<sup>46</sup>— a través del mecanismo de recusación.

## V. RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO

Nuestra LGA regula la recusación del *árbitro suspectus*, así como también incorpora aquella del *árbitro inhabilis*.<sup>47</sup>

43 Con este parecer véase Merino Merchán, José F., “Estatuto y responsabilidad del árbitro”, *Ley 60/2003 de Arbitraje*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 55.

44 Con igual parecer véase Loquin, *op. cit.*, nota 20, p. 18.

45 Con similar parecer véase Fouchard, Philippe, “Le statut de l'arbitre”, *Revue de L'arbitrage*, París, 1996-3, p. 338.

46 También dicho control puede llevarse a cabo por el árbitro, el cual procede por voluntad propia a su remoción del proceso arbitral a través del mecanismo de la renuncia, de conformidad al artículo 27, inciso 4 de la LGA.

47 De conformidad a lo previsto por el artículo 28 de la LGA el cual nos señala que “Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes: 1) Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral, o estén incurso en al-

Para proceder, en su caso, a la recusación, los designados como árbitros están obligados, “desde el momento de su nombramiento”, a revelar “sin demora” las circunstancias “que puedan dar lugar a una posible recusación”, pudiendo afirmarse que esa puesta en conocimiento supone que:

- *Las partes son las que se hallan legitimadas para la recusación.*<sup>48</sup> No es posible llevar a cabo la recusación del árbitro cuando la parte que la plantea *conoce* las circunstancias que ella misma invoca como causa de recusación.<sup>49</sup>
- *La LGA establece un término para proceder a la recusación por la partes.*<sup>50</sup> Las partes, iniciado el proceso arbitral, deben formular recusación inmediatamente después de conocida la causa que la motiva y siempre que no haya vencido el plazo probatorio.

### *Procedimiento de recusación*

Respecto a lo que sucede ante la recusación de un árbitro, podemos señalar que las soluciones que aporta nuestra LGA son dos:

a) *Árbitro acepta la recusación.* Si el árbitro acepta la recusación<sup>51</sup> será apartado de sus funciones y se procederá al nombramiento del sustituto del mismo modo en que se procedió a designar al recusado.<sup>52</sup>

gún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26; 2) Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes; 3) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.

48 En tal sentido, el tenor de los artículos 29, 30 y 31 de la LGA aluden a las partes como sujetos legitimados para la recusación, deviniendo así en imposible su trámite ex officio.

49 Con tal parecer el artículo 29, último párrafo, de la LGA prescribe que “...las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos”. En este mismo sentido, el artículo 30 de la LGA nos señala que “Los árbitros son recusables por la parte que los designó, sólo por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento, o por causas no conocidas al momento de la designación. Los árbitros nombrados por la otra parte o por un tercero pueden ser recusados también por causa anterior al nombramiento”.

50 En tal forma, el artículo 31, primer párrafo de la LGA, nos indica que “Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio...”.

51 Es preciso señalar que tal aceptación no importa necesariamente a la presunción legal de reconocimiento de la existencia del motivo de recusación alegado (con similar parecer Munné Catarina, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 65).

52 Con tal parecer el artículo 32 de la LGA nos señala que “Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existieran árbitros suplentes a falta de

2) *Árbitro no acepta la recusación*. Si el árbitro no acepta la recusación planteada se procederá de conformidad al procedimiento establecido por el artículo 31 de la LGA.<sup>53</sup>

## VI. EL ÁRBITRO ESCABINO

El principio de la ajeneidad de los árbitros se complementa con los denominados *árbitros escabinos* o *profesionales*, representantes de intereses y actividades concretas así como de particulares profesiones dentro del colegio arbitral.

El término “escabino” es un italianismo que proviene de la palabra *scabino*,<sup>54</sup> que a su vez posee unas evidentes concomitancias con los términos “*echevin*” del derecho francés y “*Schöffe*” del alemán, aun cuando la institución del escabino surge en la legislación alemana confluendo con la inglesa del jurado, anterior en el tiempo a la del escabino.<sup>55</sup>

La LGA establece el principio general de la ajeneidad del árbitro con las partes o con la controversia, en el que puede confluír, a su vez, el árbitro escabino o profesional que aun cuando no es aludido expresamente en la LGA, aquélla no descarta que los árbitros que se designen sean profesionales de arbitraje.

Las características del árbitro escabino son las de un árbitro profesional y, por tanto, cualificado por determinados conocimientos de ciencia o de experiencia práctica.

acuerdo entre las partes, se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido”.

53 El cual a la letra nos señala que “Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el juez, conforme al trámite indicado en el artículo 23, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral”.

54 Cuyo término —de referencia— equivalente en castellano es aquel de escabinado, el cual —según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*— alude a un “tipo de tribunal de jurado, compuesto por jueces profesionales y por ciudadanos legos designados por sorteo”.

55 Véase Lorca Navarrete y Matheus López, *op. cit.*, nota 3, p. 184.

Asimismo, resulta necesario así exigir a toda persona, en orden a su actuación como árbitro, adquirir un determinado grado de especialización, no ya en la materia objeto de la controversia —como lo sería en el concepto estricto de árbitro escabino—, sino en el conocimiento mismo del derecho de arbitraje, esto es, contar con personas preparadas y dedicadas exclusivamente a conocer arbitrajes, es decir, auténticos árbitros profesionales.<sup>56</sup>

Finalmente, cabe afirmarse que el árbitro escabino no es un árbitro de parte y por tanto parcial, ya que su sola cualificación profesional justifica que la parte lo designe. Quedando descartada así, sobre la base de su profesionalidad, una posible postura partidista y fomentándose además su ajeneidad.

## VII. DEONTOLOGÍA DEL ÁRBITRO

La existencia de un código de conducta deontológica de aplicación a los árbitros cubre, sin duda, una faceta importante de su actividad y se halla vinculada con aspectos relativos a la ajeneidad del árbitro con la controversia.

Siendo así evidente que la deontología arbitral supone sustraer al árbitro de la “complicidad sustantiva” de las partes, y aboga además por su extrema prudencia.<sup>57</sup>

## VIII. LA DEONTOLOGÍA DEL ÁRBITRO EN LA LGA

La LGA sanciona la obligación del árbitro de *declarar* sus posibles relaciones con las partes o con la controversia, lo que implica que el árbitro debe dar a conocer cualquier circunstancia que pueda determinar su recusación (artículo 29 de la LGA).<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Con igual parecer véase Ruiz Jiménez, José Ángel, “El «árbitro escabino»: hipótesis de la preceptiva especialización del árbitro como requisito esencial constitutivo de la capacidad de ser o actuar como árbitro en el ámbito de la ley 36/1988, de arbitraje del 5 de diciembre”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, San Sebastián, 1999, p. 339.

<sup>57</sup> Para una mejor comprensión del tema véase Lorca Navarrete y Matheus López, *op. cit.*, nota 3, p. 188 y ss.

<sup>58</sup> El cual a la letra nos señala que “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas...”.

### *La conceptualización deontológica del árbitro*

La deontología como compendio de deberes afecta a determinados códigos de conducta profesionales que se podrían sintetizar en “actúa según conciencia y ciencia”.

El concepto *ciencia* implica un ejercicio efectivo de la actividad arbitral según las reglas técnicas aplicables en cada caso al arbitraje. En cambio, la *conciencia* supone un deber ético de muy diverso contenido.<sup>59</sup>

En la LGA ese determinado código o pauta de conducta se concreta en la imparcialidad con que debe actuar el árbitro (artículo 18 de la LGA).<sup>60</sup>

## IX. DESIGNACIÓN Y ACEPTACIÓN DEL ÁRBITRO

La designación del árbitro —bien sea directa o indirecta<sup>61</sup>— se despliega en un doble ámbito (artículos 18 al 23). De un lado, la designación puede llevar aparejada la aceptación del arbitraje y, de otro lado, esa misma designación puede implicar, por el contrario, la no aceptación. Con independencia de este último supuesto, que provocaría la designación de un nuevo árbitro, lo normal es que la designación del árbitro lleve aparejada su aceptación para llevar a cabo el arbitraje.

Mediante la aceptación del árbitro se procede a la génesis de la constitución del órgano arbitral ya sea personal o colegiado, originándose así una de las fases decisivas en orden al desarrollo del arbitraje.<sup>62</sup> En torno

<sup>59</sup> Tales como los deberes de lealtad, ajeneidad, privacidad, independencia e imparcialidad, entre otros.

<sup>60</sup> En ese sentido el artículo 18 de la LGA prescribe que “Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción...”.

<sup>61</sup> La designación —acorde al artículo 20 de la LGA— es directa cuando son las mismas partes —en el convenio arbitral o con posterioridad— las que nombran a los árbitros, y es indirecta cuando aquélla sea llevada a cabo por un tercero, persona natural o por una institución arbitral (con similar parecer véase Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro, *La anulación del laudo arbitral. El Proceso arbitral y su impugnación*, Granada, Editorial Comares, 1996, p. 188). Asimismo, cabe señalar que a falta de acuerdo en los supuestos antes vistos, procede la formalización judicial del arbitraje (artículo 23 LGA), la cual importa un proceso de cognición especial destinado a satisfacer una pretensión fundada en la falta de acuerdo en cuanto a la designación de los árbitros (con igual criterio véase Hinojosa Segovia, Rafael, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1991, p. 239).

<sup>62</sup> Cabe señalar que en sentido estricto su aceptación, hasta antes de ser notificada a las partes, es propiamente un acto prearbitral (con similar parecer véase Munné Catarina,

a ella existe la garantía a designar árbitro que permite tutelar el derecho de la parte en orden a tal designación,<sup>63</sup> salvo que la propia parte haya renunciado a ello por medio de la aceptación del arbitraje institucional o deferido, por lo que puede afirmarse que la garantía como tal actúa —propiamente— en el arbitraje *ad hoc*.

La aceptación de uno o varios árbitros es el resultado de su designación comunicada fehacientemente. La comunicación fehaciente es la realizada —como regla— por escrito (artículo 8o. de la LGA).<sup>64</sup>

## X. NÚMERO DE ÁRBITROS

En todo caso, lo que según el artículo 24 de la LGA<sup>65</sup> ha de quedar claro es que el número de árbitros ha de responder a los siguientes condicionamientos:

1) *Número de árbitros impar*. El número de árbitros será siempre impar. Es, por tanto, preceptivo.

2) *En el órgano arbitral colegiado se nombra un presidente*. Para su nombramiento se estará al acuerdo de las partes (artículos 20 y 21 de la LGA)<sup>66</sup> o, de no existir éste, el presidente será elegido por los propios árbitros.

Frederic, *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, p. 173).

<sup>63</sup> Con similar parecer véase Reglero Campos, L. Fernando, *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley del 5 de diciembre de 1998)*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1991, p. 96; que señala que “La designación de los árbitros por los comprometidos ha constituido históricamente el núcleo de la institución arbitral”.

<sup>64</sup> En tal sentido, el artículo 8o. de la LGA nos señala que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, se considerará recibida toda comunicación que haya sido entregada al destinatario o que lo haya sido en el domicilio señalado en el contrato. De no haberse señalado uno, la entrega podrá hacerse en su domicilio real o residencia habitual. En el supuesto de que no pudiera determinarse ninguno de esos lugares, tras una indagación razonable, se considerará recibida toda notificación que haya sido enviada al último domicilio real o residencia habitual conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia fehaciente de la entrega...”.

<sup>65</sup> El cual nos señala que “Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda los árbitros serán tres. Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional que actuará como presidente del tribunal arbitral”.

<sup>66</sup> Los cuales nos señalan, respectivamente, que “Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral...” y que “las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de él o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral...”.

3) *Número de árbitros en el arbitraje ad hoc y deferido*. A falta de acuerdo de las partes respecto de la constitución del colegio arbitral, los árbitros serán siempre tres. Por tanto, es preceptivo.

4) *Número de árbitros en el arbitraje institucional*. En el arbitraje institucional la constitución del colegio arbitral va a depender, en todo caso, de las previsiones contenidas en los reglamentos de arbitraje.

### XI. RENUNCIA DEL ÁRBITRO

El artículo 27 de la LGA<sup>67</sup> regula los supuestos —*númerus clausus*— en que es posible la renuncia del árbitro, el cual procede por voluntad propia a su remoción del proceso arbitral. Estos casos aluden a las figuras, antes vistas, de *árbitro inhabilis* (inciso 1) y *árbitro suspectus* (inciso 4), así como también, a nuestro parecer, recogen los supuestos de *árbitro impeditus*<sup>68</sup> (incisos 2, 3, 5 y 6), esto es, aquel que por causas de hecho o de derecho se encuentra impedido de ejercer sus funciones como árbitro.<sup>69</sup>

### XII. SUSTITUCION DEL ÁRBITRO

Podemos afirmar que la sustitución de árbitros posee una triple proyección en la LGA. Existe una proyección objetiva —o causal— que supone que cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro se hará por el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido (artículo 32 de la LGA).

También existe una proyección de desarrollo procesal que supone que si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo árbitro en sustitución

67 El cual nos señala que “El cargo de árbitro sólo puede renunciarse: 1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al artículo 26; 2. Por causales pactadas al aceptarlo; 3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo; 4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas; 5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de 30 días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudar lo permite; o 6. Cuando las partes hayan suspendido el proceso arbitral por más de dos meses”.

68 Figura la cual sigue —en lo fundamental— la fórmula del artículo 14, inciso 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI, la cual nos señala que “Cuando un árbitro se vea impedido de *jure* o de *facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción...”.

69 Para una mejor comprensión del tema véase Lorca Navarrete, Antonio María, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, pp. 182 y 183.

ción de otro anterior, “no se volverán a practicar las actuaciones que se hayan realizado con anterioridad, salvo que el tribunal o las partes lo consideren necesario” (artículo 42 de la LGA).<sup>70</sup>

Por último, existe la proyección subjetiva que, a su vez, se halle condicionada por la estructura del órgano arbitral. Siendo posible así la sustitución tanto en el caso de tribunal arbitral como del árbitro único, para lo cual será necesario la suspensión del proceso por un plazo cierto y determinado (artículo 42 de la LGA).

### XIII. RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO

Según el artículo 18, LGA, la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a que cumplan el encargo, incurriendo, si no lo hacen, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causen por su demora o incumplimiento. Siendo evidente que la exigencia de responsabilidad es posible plantearla en su manifestación no sólo judicial civil, sino también penal.<sup>71</sup>

### XIV. HONORARIOS DEL ÁRBITRO

Los árbitros tienen reconocidos unos determinados derechos económicos consistentes en poder pedir a las partes un anticipo de los fondos para el pago de sus honorarios y cubrir los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje (artículo 19 de la LGA).<sup>72</sup>

Por tanto, la regla general va a ser la exigencia de provisión de fondos que, desde el plano subjetivo, afecta a los árbitros.

Desde la perspectiva objetiva la provisión de fondos se plasma en algo tan poco preciso como es la exigencia de los que “estimen necesari-

<sup>70</sup> En ese sentido, el artículo 42 de la LGA nos señala que “Durante la tramitación de la designación del árbitro sustituto se suspende el proceso. En este caso, salvo que se trate de la sustitución del árbitro único, o que las partes o el tribunal lo decidan y el plazo para laudar lo permita no será necesario repetir las actuaciones anteriores”.

<sup>71</sup> Para una mejor comprensión de ambos supuestos véase Merino, *op. cit.*, nota 43, pp.169 y ss.

<sup>72</sup> En tal sentido, el artículo 19 de la LGA nos indica que “Los árbitros serán remunerados, salvo pacto expreso en contrario. La aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales el derecho de exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje”.

rios” y cuya concreción deberá realizarse luego en los costes del arbitraje (artículo 52 de la LGA).<sup>73</sup>

Finalmente, en el arbitraje institucional la provisión de fondos del árbitro cumple dos cometidos. Primero, atender a los honorarios de los árbitros y, segundo, atender a los gastos de la administración y gestión del arbitraje. Siendo evidente que ambos cometidos se pueden confundir en uno solo: atender a los gastos que se puedan producir en la gestión y administración del arbitraje.

<sup>73</sup> El cual nos señala que “Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral...”.