



RECUSACIONES Y CONFLICTOS DE INTERESES: LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE DE ARBITRAJE VINCULADAS AL CASO ODEBRECHT

Por Christian Chocano Davis¹

El Consejo de Defensa Jurídica del Estado publicó en su portal web veintiún (21) resoluciones de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que declaran fundadas las recusaciones formuladas por dos Proyectos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Provías Nacional y Provías Descentralizado), contra un grupo de árbitros que vienen siendo investigados preliminarmente por el Ministerio Público, en el contexto de las investigaciones practicadas a Odebrecht.²

Estas decisiones generaron controversia, en gran medida, debido a la trayectoria de

¹ Máster por la Universidad Católica de Lovaina y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Facultad de Derecho de la PUCP en el curso Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. Supervisor de mejora de procesos y estandarización de la Dirección Técnico Normativa del OSCE. Este artículo no refleja una opinión institucional.

² El Consejo de Defensa Jurídica del Estado difundió dichas resoluciones a través del siguiente portal: <https://cdje.minjus.gob.pe/recusaciones/>. Visitado el 17 de agosto de 2019.

los árbitros involucrados, por lo que resulta oportuno profundizar en sus fundamentos. Para ello, reviso tres argumentos que considero importantes en la decisión de la Corte para, finalmente, comentar una regla procesal del Centro de Arbitraje que considero fundamental para promover la confianza en los arbitrajes de contrataciones del Estado.

1. La participación de la parte agraviada en la investigación preliminar

El aspecto central de las resoluciones de la Corte de Arbitraje es comprender las potestades que tiene el Ministerio de Transportes y Comunicaciones considerando que el Estado es parte agraviada en las investigaciones vinculadas al caso Odebrecht. El ejercicio de dichas potestades puede perjudicar la situación procesal del árbitro, lo que origina un conflicto de intereses que justifica que éste deba apartarse del caso.

De acuerdo con el numeral 2 del artículo 330 del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, durante las diligencias preliminares se realizan actuaciones urgentes para determinar si los hechos objeto de conocimiento han tenido lugar y constituyen delito, así como, asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a

las personas involucradas, incluyendo a los agraviados.

Finalizadas dichas diligencias, el fiscal puede archivar la denuncia (artículo 334, numeral 1), ordenar la reserva provisional de la investigación (artículo 334, numeral 4), formalizar una investigación preparatoria (artículo 336, numeral 1) o prescindir de ésta y acusar directamente (artículo 336, numeral 4).

Durante toda la investigación preparatoria, el Fiscal puede requerir la colaboración de autoridades y funcionarios públicos quienes deben cumplir con los requerimientos o pedidos de informes que realice (artículo 322, numeral 2).

El agraviado por otro lado no está al margen de la investigación. Presta su colaboración e incluso tiene la potestad de cuestionar el archivo de las actuaciones o de la decisión del fiscal de reservar provisionalmente la investigación, solicitando que el expediente se eleve al fiscal superior (artículo 334, numeral 5).

Así pues, se evidencia la existencia de un conflicto de intereses porque el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede elaborar informes y presentar documentos que comprometan al árbitro en la investigación preliminar. Inclusive, puede impugnar decisiones que lo beneficien tales como, el archivo de la investigación.

Es razonable pensar entonces que el ejercicio de tales potestades pueda generar en el

árbitro un rechazo hacia la parte demandada que le impida ser imparcial en el arbitraje. La constatación de este conflicto de intereses es medular en las resoluciones de la Corte de Arbitraje, tal y como se evidencia en la siguiente referencia:

“En el caso concreto, es preciso ponderar la situación en la cual el árbitro a cargo de resolver una controversia, es, al mismo tiempo, investigado preliminarmente por un presunto delito, en agravio de una de las partes del presente arbitraje. Ello implica que dicha parte, o sea el Estado, se encuentre obligado a coadyuvar al esclarecimiento de los hechos y a calificar, mediante la elaboración de informes jurídicos o técnicos, la actuación del referido árbitro en los hechos materia de investigación, lo que configura, desde un punto de vista objetivo, un supuesto que justifica razonablemente la disminución de la confianza en la actuación de dicho árbitro”.

Las Directrices de la International Bar Association son ilustrativas respecto del estándar con el que se debe evaluar las dudas justificadas en la independencia e imparcialidad del árbitro. De acuerdo con el literal c) de la norma general 2, son consideradas justificadas *“aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión*

del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”.³

Como es de verse, la duda justificada sobre la imparcialidad no se evalúa desde la psique interna del árbitro. No se trata de identificar si efectivamente en su estado mental existe favoritismo hacia una parte, ni se requiere demostrar con evidencias objetivas esa predisposición. Antes bien, el criterio para evaluar esa duda razonable es la creencia de una tercera persona sensata y con conocimiento de las circunstancias que rodean el caso.

Así pues, en efecto, es razonable pensar que la actuación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones durante la investigación preliminar pueda afectar la imparcialidad del árbitro, evidenciándose una situación de conflicto de intereses que justifica el alejamiento del árbitro.

En la jurisprudencia nacional, vale la pena referir una sanción del Colegio de Abogados de Ica a un abogado que incurrió en conflicto de intereses por patrocinio simultáneo, debido a la condición de parte agraviada de uno de sus clientes. Mediante Resolución N° 4 del primero de septiembre de 2016, se sancionó a un asesor de la Municipalidad Distrital de Pacapausa por asumir la defensa del Alcalde en una denuncia por delito de

³ Directrices IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional. 2014. Disponible en: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Visitado el 25 de agosto del 2019.

omisión de funciones de manera simultánea a sus labores como asesor de la Municipalidad. Debido a que la parte agraviada por el delito de omisión de funciones es precisamente la Municipalidad, el asesor incurrió en una situación de conflicto de intereses al defender al alcalde.

De acuerdo con dicha Resolución, el conflicto de intereses se verificó porque el abogado patrocinaba al denunciado y también a la parte agraviada en la misma investigación fiscal.⁴ En este caso, el Consejo de Ética del Colegio de Abogados de Ica sancionó al abogado con una suspensión de seis (6) meses, que fue reducida por el Tribunal de Honor a tres (3) meses.

2. No se evalúa la verosimilitud de los hechos investigados

Habiendo identificado los hechos que ameritan el apartamiento de los árbitros, es importante aclarar que las recusaciones no se basan en las dudas que generaría en las partes el hecho de que un árbitro sea objeto de una investigación preliminar en un caso de corrupción. No se trata de evaluar si el ser sujeto a una investigación preliminar mella la confianza de las partes y genera dudas justificadas en la imparcialidad del árbitro.

La Corte es clara en afirmar que *“no toda denuncia, investigación o proceso penal por*

⁴ Sanción descargada el 25.08.2019 del Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional (<https://rnas.minjus.gob.pe/rnas/>), inscripción N° 209-2018. Visitado el 25 de agosto de 2019.

sí mismo puede generar dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, determinando su retiro del arbitraje". La existencia de la investigación preliminar no es motivo suficiente para recusar a los árbitros sino, en estos casos, la condición de agraviada de una de las partes del arbitraje.

Asimismo, la Corte señala que *"la decisión no supone en modo alguno un cuestionamiento a la persona o trayectoria profesional del árbitro recusado"*, lo que es importante subrayar ya que a través de la recusación no se busca evaluar si el árbitro incurrió en un delito, ni tampoco si existen indicios razonables sobre su comisión. Esta aclaración es coherente con la independencia de la determinación de la responsabilidad penal que compete al Poder Judicial previa acusación del Ministerio Público.

3. La mala fe procesal debe ser identificada

La Corte de Arbitraje destaca la importancia de identificar prácticas procesales maliciosas durante la tramitación de recusaciones. La ética en el ejercicio profesional es indispensable para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia y ello depende no solo de la independencia e imparcialidad del árbitro, sino también de la práctica procesal de los abogados litigantes y las partes.

En una publicación anterior⁵ he resaltado la

importancia de adoptar medidas de carácter preventivo y sancionador para garantizar que las partes y sus abogados litiguen con la verdad en el arbitraje, aspecto que no suele ser atendido pero es fundamental para el funcionamiento del sistema de justicia.

Una recusación maliciosa es aquella que sirve a un propósito exclusivamente dilatorio, ya que evidencia el deseo de retirar de por sí al árbitro elegido por una parte. Es trascendental que se identifiquen y sancionen estas prácticas.

Por ello, la Corte de Arbitraje subraya la importancia de identificar si una recusación se promueve de una manera maliciosa ya que podría suceder que *"algunos actores promuevan denuncias o investigaciones penales contra los árbitros con el propósito de apartarlos de un arbitraje"*. Claro está que a entender de la Corte esta situación no se ha producido en los casos resueltos, ya que las recusaciones tienen su origen en el reconocimiento por parte de la empresa Odebrecht de haber cometido actos de corrupción transnacional, no evidenciándose que se hayan promovido denuncias con el ánimo de apartar a determinados árbitros de procesos en trámite.

4. La obligación de pronunciarse incluso ante la renuncia del árbitro

Finalmente, cabe destacar en las reglas del

complementario de trabajo de riesgo. García Ascencios, Frank. Adrus D& L Editores S.A.C., diciembre 2018, pp. 121-124.

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, la obligación que tiene la Corte de Arbitraje de emitir pronunciamiento ante la formulación de una recusación, incluso si el árbitro decide renunciar al arbitraje luego de tomar conocimiento de la recusación o si las partes consienten en la recusación.

Esta regla obedece a la importancia de garantizar la confianza de la ciudadanía en el arbitraje de contrataciones del Estado, donde se discuten contratos que tienen una finalidad pública e inciden directamente en el bienestar de los ciudadanos. Este fin público exige que cualquier cuestionamiento a la independencia e imparcialidad de un árbitro deba ser motivo de aclaración por parte de la institución arbitral. De esta forma, se busca promover el más elevado estándar de ética e integridad en el arbitraje.

Por ello, es de destacar el literal d) del artículo 31 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, que establece lo siguiente:

Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Artículo 31, literal d). La Corte de Arbitraje decide sobre la recusación, incluso si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro recusado renunciare. En dichos supuestos, se sustituye al árbitro conforme a los mecanismos acordados por las partes, sin perjuicio de que

la Corte de Arbitraje continúe con el trámite de la recusación y emita un pronunciamiento.

Cabe advertir que una regulación similar se verifica en los procedimientos disciplinarios que se inician contra los abogados ante el colegio profesional. De acuerdo con el artículo 87 del Código de Ética del Abogado, la conciliación entre el abogado y la parte denunciante no supone necesariamente la conclusión del procedimiento. Debido a que promover la ética profesional es un asunto de interés público a cargo del colegio de abogados, ante una conciliación, el Consejo de Ética puede decidir la continuación de oficio del procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados se advierte una afectación severa a la ética profesional.

En suma, he procurado dar una nueva lectura a las resoluciones de la Corte de Arbitraje sobre las recusaciones vinculadas a las investigaciones de Odebrecht para profundizar en sus fundamentos, destacando que:

- Las potestades que puede ejercer el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la investigación preliminar generan un conflicto de intereses que justifica el apartamiento de los árbitros.
- No corresponde evaluar la verosimilitud de los hechos investigados ni la responsabilidad del árbitro en tales actos.
- Es fundamental advertir aquellas prácticas procesales indebidas que

puedan deslegitimar el uso de la recusación.

- La regla que obliga al Centro de Arbitraje a pronunciarse incluso ante la renuncia del árbitro es importante para garantizar la confianza en el arbitraje de contrataciones del Estado.



ET LUX IN TENEBRIS LUCET
MCMXVII

CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

20 años
(1999 - 2019)

**Transformando conflictos
en oportunidades**

CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
Calle 21 — Av. Canaval y Moreyra - N° 751. Urb. Corpac, San Isidro.
Teléfonos: (511) 626 7400 / 626 7421
carc.pucp.edu.pe
Email: centrodeanalisisyresoluciondeconflictos@pucp.edu.pe

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Universitaria 1801, San Miguel
www.pucp.edu.pe