

Norma uniforme en materia de responsabilidad civil de los árbitros: ¿llegó su hora?

DYALÁ JIMÉNEZ¹

I. Introducción

El arbitraje internacional es un sistema autorregulado de servicios transfronterizos de resolución de disputas, integrado por instituciones de arbitraje, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, legisladores, académicos y profesionales, incluidos árbitros y abogados de parte, así como otros actores como expertos, financiadores y medios especializados. Debido a que se regula principalmente conforme a sus propias normas (escritas y no escritas), su efectividad depende casi por completo de la confianza. La Secretaria General de la Cámara de Comercio de Estocolmo lo describió impecablemente en 2016:

Partes públicas y privadas recurren al arbitraje porque confían en el sistema. Confían en que el arbitraje internacional ofrecerá una resolución neutral e imparcial de sus disputas y un campo de juego nivelado. Confían en un procedimiento regido por el estado de derecho; en el plano nacional a través de marcos legales, que gracias a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, pero también a otros instrumentos, demuestra una consistencia impresionante en todo el mundo, y en el plano internacional con la ayuda de instrumentos tales como la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales

¹ Dyalá Jiménez se especializa en arbitraje internacional y es designada frecuentemente como árbitro (www.djarbitraje.com). Es miembro del panel de árbitros del CIADI designada por su país, Costa Rica, es Vicepresidenta de la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC y también co-editora en jefe del Boletín de Resolución de Disputas de la ICC. La autora agradece la valiosa contribución de Valeria M. Garro.

Extranjeras y el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Y saben que, al final, sus derechos, tal como se definen en un laudo arbitral—si tienen éxito—deben ser respetados y reafirmados por los tribunales nacionales en más de 150 jurisdicciones como una cuestión de derecho internacional.²

A medida que el mercado crece, el arbitraje se vuelve más complejo y sofisticado, incluyendo usuarios y profesionales de diferentes orígenes y, a menudo, involucrando numerosas jurisdicciones en un solo caso. Mientras el sistema se hace más complejo, surgen diferentes exigencias para garantizar que el campo de juego permanezca nivelado y que el arbitraje continúe brindando el resultado deseado: laudos confiables.

En este sentido, en la última década el sistema vio una creciente demanda por la transparencia y la eficiencia. En relación con lo primero, varias instituciones internacionales redujeron el riesgo moral resultante de la asimetría de información entre usuarios y participantes al tomar diferentes medidas, tales como la publicación de información sobre la identidad de los árbitros y el requerimiento que los árbitros revelen información sobre sus relaciones con otros participantes de los casos correspondientes. La *International Bar Association* (IBA) desarrolló las ‘Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional’ en 2004 y las revisó diez años después, buscando armonizar criterios alrededor del mundo. Además, esfuerzos como la herramienta de investigación ‘ART’ de Global Arbitration Review y Arbitrator Intelligence ‘AI’, proporcionan insumos detallados sobre las habilidades, la experiencia y otra información acerca de los árbitros.

En cuanto a la eficiencia, las instituciones ahora ofrecen una gama de herramientas que mejoran los tiempos, como procedimientos expeditos y límites de tiempo más estrictos para proferir los laudos arbitrales (a menudo vinculando los honorarios de los árbitros con el cumplimiento de dichos plazos, por ejemplo, la Nota del CCI a las Partes y a los Tribunales arbitrales sobre la conducta del arbitraje)³. El aumento en los servicios de arbitraje de emergencia también es una manifestación del impulso para que el sistema sea más eficiente.

En este contexto de amplio uso y complejidad, las noticias de casos en los que los árbitros han sido demandados han llamado la atención de la autora. Si bien no es una tendencia, no es improbable que partes insatisfechas con los

2 Annette Magnusson, discurso de apertura ‘Why Arbitration Matters’, GAR Live 8 de abril de 2016, disponible en http://sccinstitute.se/media/93591/annette-magnusson-gar-live-keynote-speech-8-april-2016_.pdf

3 Disponible en <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>

laudos hagan uso cada vez más frecuente de este recurso, con o sin mérito. La ausencia de normas legales y estándares específicos que gobiernen la inmunidad del árbitro de manera uniforme crea una incertidumbre, lo cual—junto con el hecho de que el árbitro se convierta en acusada y deba invertir recursos y tiempo, así como lidiar con la ansiedad—es indeseable para el sistema.

La inmunidad de los jueces se concibió para prevenir que sean demandados por supuestas infracciones en el desempeño de sus deberes. Esta protección se introdujo por primera vez en el sistema judicial y luego se transfirió a los árbitros. Cumple varios propósitos, entre los cuales la doctrina y la jurisprudencia han resaltado lo siguiente: a) salvaguardar la libertad de decisión e independencia de los criterios que deben ser aplicados por los árbitros al ejercer la función jurisdiccional,⁴ b) proteger la integridad del proceso, c) evitar un ‘efecto de enfriamiento’ que causa la indisponibilidad de árbitros, y (d) garantizar que la anulación sea el único recurso contra los laudos.

Si bien no se puede negar que la inmunidad de los árbitros contribuye a la eficacia del sistema, ésta no debe ser absoluta, ya que una inmunidad absoluta desestabilizaría el principio fundamental de igualdad ante la ley e ignoraría la naturaleza contractual del arbitraje. De hecho, aunque la inmunidad surgió originalmente como una protección frente a reclamos por responsabilidad objetiva, la verdad es que los árbitros también adquieren obligaciones contractuales y no deberían poder eludirlas.

Esta es probablemente la razón por la cual este tema no se trata de manera uniforme en las reglas de arbitraje o en los estatutos, como se describirá a continuación. Dado que la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 no incluía una disposición sobre la responsabilidad del árbitro—a pesar de la sugerencia de la Secretaría de la CNUDMI en 1999 de seguir considerando esta cuestión—⁵, surgieron algunas discusiones sobre este tema y sobre la necesidad de estandarización,⁶ pero no parecieron ir muy lejos. En la década siguiente nacieron esfuerzos internacionales para aumentar la transparencia y la eficiencia en el arbitraje, pero no abordaron la inmunidad de los árbitros.

4 Ver Indiana Court of Appeals, *Ron Droscha v. Scott Shepherd and Fort Wayne Area Association of Realtors*, No. 52A02-1001-PL-26, citando *Mendenhall v. City of Indpls.*, 717 N.E.2d 1218, 1226 (Ind. Ct. App. 1999): ‘El propósito subyacente de la inmunidad es preservar la independencia judicial en el proceso de toma de decisiones’ (traducción libre).

5 CNUDMI Sesión No. A/CN.9/460, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/827/50/IMG/V9982750.pdf?OpenElement>

6 Ver, Susan D Franck, ‘*The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*’ (2000) 20 NY Sch J Int’l & Comp L. pie de página 1, pp. 2 y 3.

Sin embargo, en el 2015, el Chartered Institute of Arbitration (CI Arb) estableció los principios *London Centenary Principles* (los ‘Principios’)⁷, donde identificó 10 cualidades que una jurisdicción debería tener para ser considerado un *locus* –o sede– de arbitraje ‘seguro, eficaz y eficiente’. Los Principios incluyen la inmunidad arbitral como una de esas cualidades:

Un claro derecho a la inmunidad arbitral de responsabilidad civil por cualquier cosa que el árbitro haya hecho u omitido de buena fe en su calidad de árbitro.⁸

Más recientemente, en junio de 2017, un comité *ad hoc* del *think tank* legal francés *Le Club des Juristes* emitió un Informe llamado “Responsabilidad del árbitro”.⁹ El objetivo del informe era presentar propuestas sobre la base de la legislación francesa sobre responsabilidad civil, responsabilidad penal y responsabilidad disciplinaria. Si bien el presente documento no aborda cuestiones penales y disciplinarias, el análisis comparativo del informe fue útil para el estudio del tema en el presente artículo.

Las siguientes secciones describirán el estado de responsabilidad del árbitro en ciertas reglas institucionales y jurisdicciones (II), y esbozarán los elementos que se deben tener en cuenta para desarrollar una regla uniforme y propondrán un texto para dicha disposición (III).¹⁰

II. Estado de la situación

En general, las instituciones y los centros de arbitraje incluyen disposiciones que reconocen la inmunidad del árbitro, como se mostrará en la primera parte de esta sección. Las disposiciones establecen invariablemente que se aplicarán excepciones a tal inmunidad bajo la ley aplicable. Por lo tanto, en los casos en que los árbitros son demandados, las disposiciones institucionales no serán suficientes, ya que el derecho aplicable correspondiente será esencial. De hecho, las reglas institucionales que brindan protección total a los árbitros tendrán un efecto limitado si el derecho aplicable prevé circunstancias en las que hay

7 Principios disponibles en <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/london/the-principles.pdf?sfvrsn=4>

8 Traducción libre.

9 Reporte sobre “Responsabilidad del árbitro”, disponible en <http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-responsabilite-de-larbitre-disponible-anglais/>.

10 Este artículo está restringido a la limitación de responsabilidad del árbitro y no abordará la limitación de responsabilidad de las instituciones arbitrales. Además, el alcance del artículo se limita a la responsabilidad civil, excluyendo las acciones penales y disciplinarias.

responsabilidad. En ese sentido, existen pocas jurisdicciones con disposiciones legales específicas para la responsabilidad del árbitro o la inmunidad del árbitro; la segunda parte de esta sección incluye notas breves sobre algunas de esas jurisdicciones. Las que no cuentan con normas específicas se basan en normas civiles o derecho contractual para dilucidar los casos, tal como se abordará en la segunda parte de esta sección.

a. Reglas institucionales

La protección por medio de reglas institucionales puede dividirse en tres grupos: 1) inmunidad completa, en la medida en que la ley aplicable lo permita, 2) inmunidad calificada, en la medida en que la ley aplicable lo permita, y 3) inmunidad calificada sin referencia a la ley aplicable. Los dos primeros dejan la calificación final a los tribunales competentes, mientras que el último establece el umbral directamente, a través del contrato.

En el primer grupo encontramos el Artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la ICC que otorga a los árbitros amplia inmunidad. Sin embargo, dicha protección no estará disponible si está ‘prohibida por la ley aplicable’.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) es casi idéntico. El artículo 16 establece lo siguiente:

En la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje.

Por su lado, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI prevé inmunidad calificada. Para que un reclamo de responsabilidad civil tenga éxito, la acción u omisión del árbitro en cuestión debe ser “intencional” y “relacionados con el arbitraje” conforme al Artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:

Salvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje.¹¹

¹¹ Con respecto a instituciones locales, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica tiene la misma disposición en el Artículo 13 de su Reglamento de Arbitraje, mientras que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas incluye plena inmunidad en el Artículo 10 de su Reglas de Arbitraje.

De manera similar, el Artículo 31 del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA) excluye la responsabilidad por cualquier acto u omisión del árbitro en relación con el arbitraje, excepto:

... (i) cuando el acto u omisión se demuestra por esa parte que constituye una falta consciente y deliberada cometida por el [árbitro]; o (ii) en la medida en que se demuestre que cualquier parte de esta disposición está prohibida por cualquier ley aplicable.¹²

Lo anterior significa que ambos grupos de disposiciones en última instancia dejan que el asunto se decida de acuerdo con la ‘ley aplicable’.¹³ Estas disposiciones son útiles, por supuesto, si la ley aplicable guarda silencio por completo y/o si los jueces competentes consideran que la inmunidad judicial existente no es aplicable a los árbitros.

Finalmente, la Cámara de Comercio de Estocolmo no hace referencia a la ley aplicable en sus Reglamento de Arbitraje del 2017:

Artículo 52 Exención de responsabilidad

Ni la CCE, ni el/los árbitro(s), ni la/el secretaria/o administrativa/o, ni ningún perito nombrado por el Tribunal Arbitral, son responsables frente a las partes por actos u omisiones relacionados con el arbitraje, salvo que dichos actos u omisiones constituyan un comportamiento doloso o un acto de culpa grave.

Una disposición similar se encuentra en el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas:

Artículo 45 Exoneración de responsabilidad

Ni los miembros del consejo directivo de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas, ni los miembros de la Corte y la Secretaría, ni las Cámaras en lo individual o su personal, ni los árbitros, ni los peritos nombrados por el tribunal, ni el secretario del tribunal arbitral serán responsables por acto u omisión alguno relacionado con un arbitraje llevado a cabo con arreglo a este Reglamento, a menos que quede demostrado que el acto o la omisión es un acto ilícito doloso o se realizó con culpa grave.

¹² Traducción libre de “(i) where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party; or (ii) to the extent that any part of this provision is shown to be prohibited by any applicable law.”

¹³ Para una explicación sobre la interacción entre las reglas institucionales y las disposiciones legales en Dubai, ver <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/28/the-liability-of-arbitrators-in-the-uae-quod-novi-sub-sole/>. Los casos serán discutidos a continuación.

Es digno de mención que la inmunidad calificada en las reglas del tercer grupo, en donde el umbral de inmunidad se establece por medio del contrato, es menos amplia que en el segundo grupo, ya que incluye culpa grave en la excepción. En cualquier caso, la pregunta que surge es si, cuando se enfrenta a un caso regido por dichas reglas institucionales, un tribunal competente aplicará esa disposición únicamente o si también considerará el régimen legal aplicable, lo que parece más probable.

b. Jurisdicciones

Ahora bien, en cuanto a la regulación legal y judicial de la inmunidad del árbitro, existen diferentes enfoques dependiendo de cada jurisdicción. Algunas jurisdicciones tienen disposiciones legales específicas para la responsabilidad del árbitro, mientras que otras aplican reglas generales de responsabilidad civil. La pregunta que los diferentes regímenes parecen responder es si se debe proteger la ‘función cuasi-jurisdiccional’ de los árbitros o ampliar el alcance a la relación contractual entre el árbitro y las partes. Dependiendo de la jurisdicción, el resultado es responsabilizar a los árbitros por los daños causados únicamente por fraude o dolo (similar a la inmunidad judicial), o incluir también responsabilidad por comportamiento temerario o culposo (similar a la responsabilidad contractual).

A continuación, se presenta una muestra de las diferentes formas en que ciertas jurisdicciones alrededor del mundo tratan este asunto, en orden alfabético.¹⁴

Argentina

El Congreso de Argentina aprobó una ley de arbitraje internacional en septiembre de 2017 que modifica su Código Civil y Comercial para incluir partes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aunque no existe una disposición sobre la responsabilidad/inmunidad del árbitro en esta ley, el Código Procesal Civil y Comercial (que rige los asuntos procesales)¹⁵ contiene una sección dedicada al arbitraje (Libro VI, ‘Proceso arbitral’). En esa sección, las siguientes disposiciones rigen el asunto:

14 Para un análisis comparativo más detallado, ver Susan D Franck, Id. note 6. Ver también Ramón Mullerat, ‘Liability of Arbitrators: A Survey of Current Practice’, setiembre 2001, disponible en http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators_impartiality_and_independence/mullerat_ilability_arbs.pdf.

15 Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>

DESEMPEÑO DE LOS ARBITROS

Art. 745. - La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daños y perjuicios.

[...]

EXTINCION DEL COMPROMISO

Art. 748. - *El compromiso cesará en sus efectos:*

[...]

2) *Por el transcurso del plazo señalado en el compromiso, o del legal en su defecto, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros por daños e intereses, si por su culpa hubiese transcurrido inútilmente el plazo que corresponda ...*

[...]

RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS

Art. 756. - *Los árbitros que, sin causa justificada, no pronunciaren el laudo dentro del plazo, carecerán de derecho a honorarios. Serán asimismo responsables por los daños y perjuicios.*

Parece que, en Argentina, la responsabilidad del árbitro es algo derivado de la naturaleza contractual de la misión del árbitro y no de la función judicial de decidir disputas; por lo tanto, el examen incluye culpa. También parece que el Artículo 745 es una cláusula general, para todas las infracciones contractuales distintas a la emisión del laudo fuera del plazo. La pregunta que nos salta es si estas disposiciones se aplican a los casos de arbitraje internacional.

Canadá

En el caso canadiense *Flock v. Beattie*¹⁶, el árbitro tardó casi tres años en proferir el laudo mientras que el acuerdo establecía que el laudo se dictaría dentro de los 60 días posteriores al final de la audiencia. El Tribunal de *Queen's Bench* de Alberta desestimó la demanda por daños reconociendo que:

[L]a inmunidad arbitral puede expresarse adecuadamente como: 'en ausencia de fraude o mala fe, un árbitro goza de inmunidad de responsabilidad civil'.¹⁷

El tribunal estableció que la responsabilidad es una cuestión de derecho público y no privado debido a las funciones que desempeñan los árbitros. Por lo tanto, salvo por un acto u omisión que sea fraudulento o realizado de mala fe, los árbitros no responderán por responsabilidad objetiva ni contractual.

16 *Flock v. Beattie*, 2010 ABQB 193.

17 *Ibid.* para. 17. Traducción libre de "[A]rbitral immunity" may be properly expressed as: "in absence of fraud or bad faith, an arbitrator enjoys civil liability immunity"...

El tribunal tuvo en cuenta las circunstancias del caso, a saber, que el demandante no se había quejado del retraso durante los años que le llevó al árbitro expedir el laudo, renunciando así a cualquier derecho de objetar. Además, parece que fue solo después de que se anuló el laudo que el demandante reclamó tal retraso.

Dubai

En Dubai ha habido demandas contra árbitros bajo las reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Dubai. Tales reglas establecen que:

[Ningún árbitro] será responsable de cualquier error involuntario en su trabajo relacionado con la resolución de disputas por parte del Centro.¹⁸

Un ejemplo es el caso 2012/2014, *Meydan Group LLC vs. Alexis Mourre*, del 8 de octubre de 2015, en el que la Corte de Casación de Dubai desestimó la demanda de la siguiente manera:

*[E]l árbitro no es responsable por ningún error involuntario ... basado en la autoridad de las leyes vigentes, según la cual el poder de juzgar queda a discreción del árbitro. Esto significa que el árbitro goza de la protección de la ley en el ejercicio de sus funciones a menos que el árbitro cometa un error fundamental. Un error fundamental se define como un incumplimiento de principios legales inequívocos o ignorar hechos claros, mientras que el juicio se deja a la consideración del propio árbitro.*¹⁹

El caso posterior de la Corte de Casación, *Meydan Group LLC v. Doug Jones*, también desestimó el reclamo porque el actor no pudo probar su caso. El tribunal estipuló que:

18 Traducción libre de “[No arbitrator] shall be held liable for any unintentional error in their work related to the settlement of disputes by the Centre.”

19 De Gordon Blanke, ‘*The liability of arbitrators in the UAE: Quod novi sub sole?*’ disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/28/the-liability-of-arbitrators-in-the-uae-quod-novi-sub-sole/>. Traducción libre de “[T]he arbitrator is not responsible for any unintentional error ... based on the authority provided under prevailing laws, according to which the power to judge is left to the arbitrator’s discretion. This means that the arbitrator enjoys the protection of the law in the exercise of his duties unless the arbitrator makes a fundamental mistake. A fundamental mistake is defined as a failure to comply with unambiguous legal principles or ignore clear-cut facts while the judgment is left to the arbitrator’s own consideration.”

[La] responsabilidad objetiva requiere prueba de tres elementos, a saber, error, daño y una relación causal entre los dos; si no se prueba cualquiera de estos, significará que no se ha establecido ninguna responsabilidad.²⁰

Parece que la inmunidad del árbitro en Dubai está destinada a proteger no solo la función cuasi jurisdiccional del árbitro, sino también las obligaciones contractuales, ya que la culpa grave ('error fundamental' y 'error') es parte del examen empleado por el tribunal.

España

La ley española sigue el mismo razonamiento que la ley peruana (como se verá más adelante), aunque la redacción es más clara en la ley española. De acuerdo con el primer párrafo del Artículo 21 de la Ley de Arbitraje española:

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.

Vale la pena señalar que la 'temeridad' es igual a culpa grave; por lo tanto, la responsabilidad es más amplia que en Canadá y que en Inglaterra y Gales, donde, como expondremos, solo los actos de mala fe o fraude están excluidos de la inmunidad.

De acuerdo con la misma disposición, los árbitros y las instituciones arbitrales deben contratar un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente.

Además, más allá de la mala fe, la culpa grave o el dolo, el artículo 37.2 de la misma ley española prevé la responsabilidad del árbitro en los casos en que profiera el laudo después de que haya expirado el plazo:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitraje ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

20 *Meydan Group LLC v Doug Jones*. Caso No. 284/2015, traducción libre con base en Gordon Blanke, *supra* note 19. Traducción libre de "[L]iability in tort requires proof of three elements, namely error, damage and a causal relationship between the two; failure to prove any one of these will mean that no liability has been established."

No está claro cómo se medirá esa responsabilidad y parece que existen suficientes salvaguardas dentro de la disposición para evitar escollos. El único caso reportado sobre el tema del plazo fue en Andalucía, donde el laudo se anuló por extemporaneidad, a pesar de que la ley española no incluye este causal en los motivos de nulidad.²¹ Sin embargo, no hay ningún informe de que la parte afectada haya demandado a los árbitros.

Más recientemente, en febrero de 2017, el Tribunal Supremo de España confirmó la condena de tribunales inferiores contra dos árbitros por excluir deliberadamente al tercer árbitro de la deliberación final, redacción y notificación del laudo²². El 10 de junio de 2011 la Audiencia Provincial de Madrid anuló el laudo por ‘infracción del principio de colegialidad arbitral’, luego de lo cual la parte afectada, *Puma SE*, demandó por responsabilidad civil a los árbitros en virtud del artículo 21 de la Ley de Arbitraje. Los árbitros recibieron la orden de compensar a *Puma SE* por los daños causados con un monto de 750,000 Euros cada uno, equivalente a los honorarios que se les habían pagado. Respecto de la apelación, el Tribunal Supremo estableció que:

La temeridad se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje. A una conducta de quien ignora con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad los derechos de quienes encargaron el arbitraje y las atribuciones propias de los árbitros, desnaturalizando en suma el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido, como así fue, con el consiguiente daño. A una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera.

Estados Unidos

El año 1872 vio el primer caso, *Bradley v. Fischer*, en el que la Corte Suprema de Justicia reconoció la doctrina de la inmunidad judicial. En términos generales, el tribunal hizo una distinción entre la función jurisdiccional de los jueces y su

21 Decisión T.S.J. Andalucía 1/2012 de enero 18.

22 Decisión Nº102 del 2017 (febrero 15) de la Corte Suprema de España, Sala Civil, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-indemnizar-a-Puma-a-los-dos-miembros-del-tribunal-de-arbitraje-que-dictaron-un-laudo-luego-anulado>. “[L]os árbitros demandados que se reunieron el 2 de junio de 2010 y prescindieron del tercer árbitro, con plena conciencia de que este estaba de viaje y al que, por tanto, ni si quiera convocaron ni le permitieron participar en la elaboración del laudo, siendo así que era el árbitro designado por PUMA, y que este no estaba conforme con lo acordado por los otros dos que le excluyeron, quedando suficiente plazo para dictarlo, pues vencía el 4 de julio, y sin que constara apremio formal de las partes o necesidad de haber anticipado la resolución.”

función administrativa, y se decidió que solo la primera debería estar protegida, siempre que el juez hubiera actuado dentro de su jurisdicción.

En el arbitraje, en línea con otras jurisdicciones del *Common Law*, la protección es amplia con respecto a las funciones judiciales (o “cuasi jurisdiccionales”) del árbitro. Sin embargo, dicha protección no se aplicará si existe una infracción de las obligaciones contractuales. En un caso de 1983, *Baar v. Tigerman*, el Tribunal de Apelaciones de California determinó que el árbitro era responsable de haber proferido el laudo más allá del plazo establecido en el reglamento de arbitraje aplicable.²³

La cuestión sobre la obligación de los árbitros de revelar posibles conflictos de interés se abordó el 7 de enero de 2014, cuando el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito de Nueva York confirmó la negativa del tribunal inferior a anular dos laudos de la CCI en *Adriano Gianetti Ometto y Adriano Ometto Agrícola Ltda. contra ASA Bioenergy Holding AG*.²⁴ Esta orden sumaria no crea un precedente pero es relevante en cuanto al estándar que se aplica al menos en parte de las jurisdicciones de los EE.UU.

En ese caso, la actora trató de anular los laudos sobre la base de la ‘parcialidad evidente’ por parte del presidente del tribunal arbitral al no haber efectuado un control de conflictos de interés adecuado dentro de su estudio jurídico. Al negarse a anular el laudo, el tribunal consideró que:

*En la medida en que el árbitro principal fue descuidado, ese descuido no alcanza el nivel de ceguera deliberada.*²⁵

El tribunal denegó la nulidad dado que i) el presidente del tribunal arbitral no tenía motivos para creer que podría haber existido un conflicto de interés ‘no trivial’, no había obligación adicional de investigar, y ii) no conocía ningún conflicto durante la redacción del laudo. Aunque este caso se relaciona con el procedimiento de nulidad, este examen (estricto) para establecer ‘parcialidad evidente’ es generalmente consistente dentro de la jurisprudencia estadounidense.²⁶

23 *Baar v. Tigerman*, 140 Cal. App. 3d 979, 984 (Cal Ct. App. 1983).

24 *Ometto v. Asa Bioenergy Holding A.G.*, 2014 WL 43702 (2d Cir. 2014).

25 Decisión disponible en <https://www.casemine.com/judgement/us/5914e5b8add7b049349083d1>. Traducción libre de: “To the extent that the lead arbitrator was careless, that carelessness does not rise to the level of willful blindness.”

26 El alto tribunal brasileño denegó el reconocimiento de los laudos posteriormente, sobre la base de la falta de divulgación de un conflicto de interés. El Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicó una prueba objetiva para determinar que el deudor, Abengoa, había sido un cliente (aunque indirectamente) del bufete de abogados del presidente del tribunal y ese hecho fue suficiente para arrojar dudas sobre su independencia. Hubo otras operaciones del grupo Abengoa en las que el bufete de abogados del árbitro estuvo involucrado durante el procedimiento de arbitraje que no fueron revelados por el árbitro, lo que según el STJ también fue relevante

Francia

En Francia el enfoque es equilibrado ya que los jueces reconocen que los árbitros desempeñan funciones que son de naturaleza tanto judicial como contractual. Como se describe en la introducción del Informe ‘Responsabilidad del árbitro’ de *Le Club des Juristes*:

Consciente de la necesidad de adoptar un régimen de responsabilidad que integre la dualidad de las misiones de los árbitros, la jurisprudencia francesa trata de tener en cuenta la especificidad judicial de su misión de origen contractual.²⁷

De hecho, el Nuevo Código de Procedimiento Civil francés establece en su artículo 1464, párrafo 3 las obligaciones contractuales de los árbitros (y las partes) de actuar de buena fe y con celeridad. La obligación de actuar de buena fe, o con lealtad, incluye la obligación de tratar las partes con igualdad, y de ser y mantenerse independiente e imparcial. Cualquier incumplimiento de estas obligaciones se determinará según las reglas comunes de responsabilidad civil, para definir si la violación en cuestión es un incumplimiento de un deber de ‘resultado’ o un deber de ‘medios’.

Con respecto a la protección de la función judicial, el estándar ha sido desarrollado por la jurisprudencia y se trata de determinar si la conducta del árbitro es equivalente a una falta grave o si constituye fraude, negligencia grave o denegación de justicia.²⁸

Inglaterra y Gales

La ley inglesa tiene una tradición de inmunidad judicial que traspasó al arbitraje y está en consonancia con la idea de protección total de la función judicial. Esta fuerte protección se refleja en la Ley de Arbitraje del Reino Unido de 1996 (UK Arbitration Act 1996), en la Sección 29 “Inmunidad del árbitro”:

para determinar que los laudos no podían ser reconocidos. El monto de los daños también fue tomado en cuenta por el STJ en la decisión. Sentença Estrangeira Contestada N° 9.412 - EX (2013/0278872-5).

27 Reporte sobre ‘Responsabilidad del árbitro’, nota 9 *supra* en p. 20. Traducción libre.

28 Ver el ‘Caso Azran’, Cass. I^{re} civ., enero 15 de 2014, no 11-17.196, *Bull. civ. 2014, I, no. 1*: ‘Considérant que, comme l’a rappelé le Tribunal de grande instance de Paris, l’arbitre est investi d’une mission à la fois contractuelle et juridictionnelle qu’il doit remplir en toute conscience, indépendance et impartialité ; qu’il bénéficie, en tant que juge, d’une immunité juridictionnelle de sorte qu’il n’est responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d’une fraude, d’une faute lourde ou d’un déni de justice’.

(1) Un árbitro no es responsable por nada de lo que se haya hecho u omitido en el descargo o el supuesto descargo de sus funciones como árbitro, a menos que se demuestre que el acto u omisión fue de mala fe.²⁹

La ley inglesa no define ‘mala fe’ y los casos reportados no nos permiten identificar este concepto.³⁰ Parece razonable equipararlo con el concepto de dolo en el derecho civil. En cualquier caso, está claro que la regla ofrece una amplia protección a los árbitros.

Perú

Al igual que otras jurisdicciones de derecho civil, la Ley de Arbitraje de Perú (D.L. 1071) establece una inmunidad calificada que se deriva no solo de la función cuasi jurisdiccional del árbitro sino también de la naturaleza contractual de su misión. De acuerdo con el artículo 32, los árbitros son responsables de los daños causados por no cumplir con sus obligaciones:

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

III. Hacia una norma uniforme

El breve ejercicio de derecho comparado presentado en la primera parte de este artículo evidencia algunas diferencias en la definición y cobertura de la inmunidad arbitral entre las distintas reglas institucionales y jurisdicciones. En Argentina, las causales de responsabilidad civil parecen ser bastante amplias, mientras que en Francia, Perú y España, la inmunidad protegerá al árbitro si no hay casos de culpa grave o dolo. Estas tres jurisdicciones parecen lograr un equilibrio entre la protección de la función judicial y la necesidad de rendición de cuentas dentro del aspecto contractual de la misión de los árbitros. En el Reino Unido y Canadá los árbitros gozan de una amplia protección, mientras que en los Estados Unidos parece haber una combinación de enfoques, dependiendo de la jurisdicción del estado en cuestión.

29 Traducción libre de “An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.”

30 Hazem Hebaishi, ‘Should Arbitrator Immunity Be Preserved under English Law?’, *North East Law Review* (2014), Volumen 2, No. 2, pp. 45-73. Ver también el reporte sobre “Responsabilidad del árbitro”, nota 9 *supra*, p. 111.

En este contexto, una norma uniforme apuntaría a eliminar la disparidad y la incertidumbre que ello conlleva. Ciertamente, los árbitros serán demandados en los tribunales competentes de su lugar de residencia, y esta es la solución más conveniente para el árbitro, que puede contratar asesores entre sus colegas y trabajar en un entorno que conoce. Dado que es común en los arbitrajes internacionales que los miembros de los tribunales arbitrales residan en diferentes jurisdicciones, si todos los miembros del panel son demandados en diversas jurisdicciones, existe el riesgo de decisiones contradictorias. Esto constituye otra razón por la cual es deseable tener una norma uniforme.

En términos de la ley aplicable, la solución ideal sería aplicar la ley de la sede del arbitraje,³¹ pero el hecho es que a menudo los tribunales competentes no estarán ubicados en la sede del arbitraje. Ello hace más deseable aun contar con una norma uniforme en las distintas jurisdicciones.

Antes de esbozar una propuesta, es preciso considerar algunas cuestiones relevantes con miras a una norma uniforme:

- Cualquier responsabilidad debería tener que lidiar tanto con la *función del árbitro como un adjudicador* como con la *relación contractual entre el árbitro y las partes*³².
- Un elemento para definir el alcance de la inmunidad arbitral es la *temporalidad de la responsabilidad*. Un árbitro no debe ser responsable de las acciones llevadas a cabo antes de ser formalmente designado, salvo por el incumplimiento del deber de revelar potenciales conflictos de interés. Este incumplimiento solo será relevante, por supuesto, si finalmente se nombra al árbitro, y no si fue simplemente un candidato. ¿Debe un árbitro ser responsable de las acciones llevadas a cabo después de haber cesado su misión? Por ejemplo, dentro del deber implícito de confidencialidad o *'secret du délibéré'*. Si tal incumplimiento causa daño a una parte y se comete imprudentemente o intencionalmente, ese árbitro debe rendir cuentas de forma proporcionada. Por esa razón, cualquier responsabilidad debería incluir *acciones u omisiones 'en relación con el arbitraje'*, según lo propuesto por al-

31 Ver Nadia Smahi, 'The Arbitrator's Liability and Immunity under Swiss Law - Part I', *ASA Bulletin*, 4/2016: 'Most commentators indeed consider that the substantive law of the seat of arbitration is the one applicable to the arbitrator's contract.' Traducción al español: "La mayoría de los comentaristas de hecho consideran que la ley sustantiva de la sede del arbitraje es la aplicable al contrato del árbitro."

32 Como se mencionó, este artículo solo aborda la responsabilidad civil y no analiza las esferas disciplinarias y penales.

gunos reglamentos institucionales que se muestran en la sección I.A. anterior.

- Otro elemento es el *grado de cuidado del árbitro en la conducta relevante*. Si bien la protección del poder decisorio del árbitro debe ser total, se deben exigir el cumplimiento de ciertos deberes fundamentales, como los de independencia, imparcialidad y ética, inherentes a la función del árbitro. El aspecto contractual del rol del árbitro también debe incluirse en el alcance de la responsabilidad, y se relaciona principalmente con asuntos de eficiencia, tales como proferir el laudo dentro del plazo correspondiente o solicitar prórrogas de manera oportuna. En este sentido, los árbitros no deberían ser inmunes a los agravios causados por un comportamiento gravoso, doloso o fraudulento.
- Por último, en todos los casos, la parte demandante debe haber sufrido un agravio, y *se debe establecer un vínculo entre ese agravio y la conducta del árbitro*. Las reclamaciones frívolas no deberían permitirse, así como las reclamaciones en las que la queja se haya subsanado, por ejemplo, con el despido del árbitro, excepto en circunstancias extraordinarias. Además, el monto de los daños debe medirse con cuidado, teniendo en cuenta también la conducta de la parte afectada y todas las circunstancias que rodean la conducta del árbitro.
- Una solución para garantizar la uniformidad sería enmendar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional³³, en respuesta a la sugerencia de la Secretaría en 1999. Esto podría hacerse mediante la adición de una sección 6 al Artículo 11 o la adición de un nuevo párrafo r), que podría ser Artículo 15 *bis* para ser incluido en el Capítulo III “Composición del tribunal arbitral”. Cualquier disposición de este tipo debería trasladarse al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI mediante la modificación de su Artículo 16.
- Otra solución podría ser contar con organizaciones internacionales líderes como ICC, IBA, ICCA y CIArb para que presenten un texto y propongan que se incluya en los diferentes reglamentos de arbitraje institucional.

En cualquier caso, el presente artículo intenta proponer un texto *de lege ferenda*. El siguiente texto, que tomaría en cuenta todos los elementos enumerados

33 Para una propuesta para modificar la Ley Modelo de la CNUDMI, ver Dyalá Jiménez, ‘*Are We Beyond the Model Law – or is it Time for a New One?*’, ICC Institute of World Business Law Newsletter, noviembre 2016, disponible en <http://djarbitraje.com/pdf/600arewebeyondthemodellaworisittimeforanewonebydylajimenezfigueres.pdf>.

anteriormente, está inspirado tanto en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje de España³⁴ como en los principios *CIArb London Centenary Principles* de 2015³⁵:

La aceptación del nombramiento exime a los árbitros de la responsabilidad derivada de acciones u omisiones en relación con el arbitraje, excepto cuando tales acciones u omisiones sean temerarias, realizadas con dolo o fraudulentas.

Al determinar la responsabilidad, los jueces deben tener en cuenta todas las circunstancias que rodean el reclamo, incluida la existencia de un agravio, la conexión de dicho agravio a la supuesta conducta y la conducta de la parte que presenta el reclamo.

IV. Conclusión

Estas propuestas apuntan a contribuir al debate sobre este importante tema, considerando que no se deben alentar las demandas de responsabilidad contra los árbitros, debido a las consecuencias perjudiciales que esto puede tener sobre el arbitraje. Además, no pretende ser la única solución, ya que los árbitros son responsables de contratar pólizas de seguro y tomar otras medidas impuestas por las leyes aplicables o por sus propias políticas, la menor de las cuales es la conducción cuidadosa y adecuada de los procedimientos.

34 De acuerdo con el primer párrafo del Artículo 21 de la Ley de Arbitraje española: “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieron, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.”

35 Ver nota 7 *supra*.