

EL ROL DEL PRESIDENTE Y DE LOS ÁRBITROS DENTRO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

I. INTRODUCCIÓN

Una interesante y poco frecuente discusión es la relación entre los árbitros en un proceso de arbitraje. Esta reflexión se genera porque en los últimos tiempos he visto algunos casos publicados en medios especializados en donde la conducta interna dentro del colegiado ha motivado tanto recusaciones de los árbitros como nulidades del laudo arbitral. Así he visto con sorpresa y desagrado que, por ejemplo, en un Tribunal los árbitros se han agredido físicamente o que en otros procesos uno de los árbitros se ha visto apartado de las deliberaciones por el sólo hecho de discrepar con la presidencia del Tribunal o en otros casos, a algún árbitro se le ha negado el presentar su voto en discordia o que, habiéndolo presentado no se ha adjuntado al laudo en mayoría. Estas patologías en la actuación interna del Tribunal Arbitral merecen una discusión abierta y con ese ánimo es que desarrollo estas líneas.

II. ROL DE LOS ÁRBITROS

Hay muchísima doctrina y bibliografía sobre el rol de los árbitros frente a las partes y su deber de lealtad y probidad; los reglamentos de la gran mayoría de instituciones en materia arbitral dedican varios artículos, títulos y capítulos referidos al trato entre las partes y los árbitros, al deber de imparcialidad e independencia, el deber de declaración y/o revelación de cualquier circunstancia que pueda poner en duda su labor, la necesidad de contar con disponibilidad para ejercer el encargo encomendado, un conocimiento adecuado sobre la materia que disputa, entre otros tópicos.

III. INDEPENDENCIA

La independencia es un criterio objetivo que manda una absoluta libertad en la toma de decisiones, sin ninguna atadura frente a la parte que los designó, a los abogados y otros árbitros. "La independencia es definida como el mantenimiento por parte del arbitro, de un plan de objetividad tal que, en el cumplimiento de su incumbencia, no ceda a presiones ni de terceros ni de las partes."²

Esta ausencia de vínculos es posible de verificar y para ello existe el deber -de parte de los árbitros- de informar, declarar, o revelar cualquier hecho o circunstancia que pueda hacer pensar en una cercanía o afinidad que genere alguna dependencia en su estado de ánimo.

IV. IMPARCIALIDAD

La imparcialidad es de naturaleza subjetiva en la medida que el árbitro no tiene ningún interés en el conflicto. Debe ser neutral, equidistante respecto a las partes y al conflicto.

No debe existir ninguna predisposición a favor o en contra, nada que haga peligrar la recta valoración del caso, permitiendo una decisión de derecho o de equidad ajustada a lo probado por las partes en el proceso

V. RELACIONES INTRA ÁRBITROS

Poco se ha dicho sobre el trato entre los árbitros y entre estos y el Presidente del Tribunal, alguien me dirá que no es necesario mencionar que debe existir un deber de cordialidad, de respeto, de colaboración y cooperación entre los árbitros,

1. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socio del Estudio García Calderón Vidal, Montero & Asociados, Arbitro.

2. Lemes Silma Maria Ferreira citada por Federico Jore Straube Relaciones Sociales de los árbitros y el deber de revelación. Anuario Latinoamericano de arbitraje Pág. 49

sobre la ecuanimidad y diligencia en todos sus actos. Sin embargo, cabe preguntarse si ¿Se puede recusar a algún árbitro por su conducta frente a los otros miembros del Tribunal? ¿Un árbitro soez, malcriado y prepotente puede ser apartado por los otros dos árbitros? ¿Es posible un laudo si no se comunica de la deliberación a uno de los árbitros o no se le permite participar en la conformación de la decisión final del Tribunal Arbitral? El rol del Presidente del Tribunal Arbitral no es sólo inclinar la balanza de la justicia en uno u otro sentido, sino liderar una discusión alturada sobre los hechos y su decisión.

Existen lineamientos generales de ética aplicables al comportamiento afectados por el actuar de algún árbitro, incluso del Presidente.

El Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje) ha establecido un procedimiento denominado "remoción del árbitro", diferente a la recusación y tiene su origen en la falta de disponibilidad o en actos del árbitro que entorpezcan o dificulten el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así el Artículo 30° de la Ley señala:

"Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el Artículo 29° (este Artículo versa sobre el procedimiento de recusación de los árbitros). Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las

partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.

Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del Artículo 23°, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo."

Este Artículo es un interesante aporte del legislador peruano frente a un árbitro que tenga algún impedimento fáctico para asumir o ejercer su cargo (1er. Párrafo) o si es renuente a participar en las diligencias o incluso deliberaciones del Tribunal (2do. Párrafo) retrazando o impidiendo las actuaciones arbitrales generando dilaciones innecesarias que perjudican la labor del Tribunal y por ende perjudican el avance en la solución final del conflicto.

Sin embargo la remoción no es exactamente la cuestión bajo análisis, ya que lo que deseo expresar en este artículo son las problemáticas de aquel árbitro que si desea deliberar y participar, pero no es convocado por los otros dos árbitros o por el Presidente del Tribunal, o aquél árbitro que, participando en las deliberaciones, es un árbitro soez o malcriado con sus pares.

VI. DEBER DE DELIBERACIÓN

La palabra deliberación consiste en "examinar y consultar consigo mismo o con otros para tomar una resolución sobre algún tema"³

Esta consulta a examen debe darse de manera permanente en las diversas etapas procesales; acto de instalación, acta de misión, resoluciones sobre incidencias, excepciones, fijación de puntos controvertidos, oposiciones, laudos parciales, medidas cautelares entre otros y por supuesto en el laudo final.

3. Diccionario de la Legislación Peruana Tomo I. Francisco García Calderón Landa. Editorial jurídica GRIJLEY, Edición faccimilar 2003.

Las deliberaciones implican la exposición desarrollada y razonada por cada árbitro de sus conclusiones, precisando los hechos que considera se encuentran probados y las pruebas que le generan convicción,

Obviamente tratándose de un órgano colegiado que debe mantener sus deliberaciones en la más estricta confidencialidad y reserva no existen actas (ni pretendo que se incorporen) pero el Presidente es quien debe dirigir y/o gobernar las reuniones y efectuar los contactos entre los árbitros evitando algún favoritismo y cualquier acto que lleve a alguno de los árbitros a pensar que está siendo excluido o que no se le está tomando en cuenta en las deliberaciones.

En esa misma línea las opiniones vertidas no pueden ser transmitidas a las partes o a sus abogados, este conflicto grave de interés suele generar con frecuencia un roce al interior del tribunal, ya que es claro que al introducirse un escrito o documento de una de las partes a último momento que versa sobre alguna de las dudas o preguntas o cuestionamientos de los árbitros es al decir de Yves Derains, citado por Fernando Estavilla Castro, un árbitro espía.⁴

Pero ¿El Presidente del Tribunal Arbitral está llamado realmente a dirigir y/o gobernar el desarrollo del colegiado? ¿Es una práctica común que sobre él recaiga esa responsabilidad? Los árbitros son iguales y todos tienen la misma obligación legal cual es la de resolver el conflicto para el cual fueron contratados.

Las decisiones se adoptan por mayoría, y si no hubiese mayoría la decisión será tomada por el Presidente del Tribunal. Así también el Presidente decidirá por sí solo las cuestiones de ordenación, tramitación, e impulso de las actuaciones arbitrales según lo prescrito en el Artículo 52º de la Ley.⁵

Es decir, para mí la respuesta es afirmativa, el Presidente del Tribunal –salvo pacto en controversia de las partes– sea en el Convenio Arbitral o en el Reglamento de la Institución organizadora del arbitraje, si está llamado a ejercer una dirección

al interior del Tribunal, a efectos de lograr una efectiva y celeración de tramitación del proceso.

La comunicación entre los árbitros para decidir sobre alguna materia, tanto de forma como de fondo, debe darse de manera simultánea a todos los co-árbitros sin excluir a ninguno de ningún comentario o propuesta o fórmula que se quiera incorporar en la resolución respectiva o decisión que se pretenda adoptar y eso es responsabilidad del Presidente del Tribunal, de instruir adecuadamente a la secretaria tanto en los arbitrajes AD HOC como en los institucionales.

El deber de actuar de las partes bajo el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales es aplicable –sin duda– a los árbitros dentro del colegiado durante todo el desarrollo del arbitraje, sin intentar interceder por una de las partes.

No de manera académica, sino en tono de "ANIMUS JOCANDI" describiré diversos tipos o actitudes de Presidentes de Tribunal Arbitral y de manejo de Tribunal:

- Los democráticos que escuchan a los co-árbitros y adoptan decisiones consensuadas,
- Los manipuladores que son aquellos que buscan al árbitro afin a sus ideas para no perder el tiempo en discusiones que consideran bizantinas y emitir un laudo según lo que él cree correcto;
- Los dictadores que imponen su decisión esperando que sea aceptada sin deliberación alguna;
- Los timoratos que no adoptan una decisión porque no saben tomar decisiones;
- Los displicentes o irresponsables que delegan y postergan hasta el último momento las actuaciones arbitrales y las decisiones, distribuyendo obligaciones sin asumir alguna de manera directa.

El Presidente debe ser paciente no sólo con las partes sino con sus colegas, debe saber gestionar no sólo el conflicto entre las partes sino entre los árbitros.

4. IVES DERAINS citado por Fernando Estavilla Castro Deliberación, opinión disidente y conflicto de interés en el arbitraje comercial. Anuario Latinoamericano de arbitraje Pág. 288

5. Artículo 52º.- Adopción de decisiones.

1. El Tribunal Arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el Presidente.

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del Presidente, según corresponda.

3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el Presidente podrá decidir por sí sólo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Muchas circunstancias y ocurrencias al interior del tribunal no son relevantes, pero algunas si lo serán y darán motivo a recusaciones por el inadecuado comportamiento del Presidente del Tribunal o incluso de un árbitro respecto a los demás, como no citar a uno de ellos o no informar de la resolución adoptada, del análisis y discusión del caso, entre otros.

Es verdad que las susceptibilidades o conductas son diferentes, mas aún en los arbitrajes de carácter internacional con personas de nacionalidades diferentes y costumbres dísimiles y algunos reaccionan y les molesta y a otros no. Es por ello la pregunta:

¿Cómo actuar?

De la misma manera que se trata de forma igualitaria a las partes debe tratarse a los árbitros. Existen casos en donde uno de los árbitros se autoexcluye y no asiste a las deliberaciones del Tribunal o no contesta las citaciones del Presidente o del Secretario del Tribunal; En esos casos la responsabilidad recae sobre él y no sobre los co-árbitros.

"Se consideran deliberaciones patológicas a aquellas llevadas a cabo de manera irregular, ya sea porque un árbitro quede indebidamente excluido de las mismas por los demás o bien porque el tribunal arbitral resuelva sin haber hecho un análisis objetivo del caso, sino animado por un interés mas o menos disimulado en el mismo"
Fernando Estavillo Castro OPCIT PAG (288)

VII. ANULACIÓN DE LAUDO POR FALTA DE DELIBERACIONES INTERNAS DEL TRIBUNAL

La Audiencia Provincial de Madrid declaró fundada en el 2011 la anulación de un laudo arbitral solicitada por el fabricante alemán de implementos y zapatos deportivos PUMA AG debido a que se excluyó a uno de los árbitros del Tribunal de las deliberaciones del fallo. Según la audiencia, esto entrañaba un desamparo a dicha empresa por haberse deliberado, votado y dictado sin intervención de uno de los miembros del colegiado. En dicho laudo se le ordenaba pagar a PUMA AG €98'000,000.00 (noventa y ocho millones de euros) a la empresa Estudio 2000 con sede en Elche, Alicante. Esta audiencia habla del "Principio de Colegialidad" y considera el hecho que, de no participar uno de los miembros involucra una contravención del orden público. Considera que la exclusión de uno de los árbitros de la última fase de la deliberación y del fallo sin

el consentimiento o disentimiento de uno de los árbitros configura una causal de anulación.

El árbitro se entera que sus otros dos colegas han debatido la cuestión principal e intercambiado correos sin ser copiado o informado y posteriormente se emite una decisión sobre ese tema que el árbitro discrepa.

Como he señalado anteriormente, la Ley de Arbitraje Peruana referida a la adopción de decisiones precisa que el Tribunal funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el Presidente.

Señala también que los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhiere a la decisión en mayoría o a la del Presidente, según corresponda. (Se excluye de esta premisa, salvo pacto en contrario las cuestiones formales de tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales). Parecería clara la intención del legislador peruano que los árbitros participen en todas las deliberaciones y decisiones salvo que no asista por su propia voluntad en cuyo caso no se puede postergar ni dilatar la solución de la controversia por hecho propio permitiéndose que funcione y de dicten o adopten decisiones en mayoría, salvo pacto en contrario, en cuyo caso deberá recurrirse al Artículo 30º sobre la remoción del árbitro.

Las partes buscan asegurar que el procedimiento se lleve dentro de los cánones de los usos y costumbres generalmente aceptados en una comunidad, que les garantice una justa y correcta administración de justicia para lo cual han designado a un árbitro (de manera directa o indirecta) para que delibere, con los otros dentro de una convivencia y un respeto mutuo.

Alonso Puig, José María en "Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: Control de tiempos y costos Editorial Universidad del Rosario" 2010 Pág. 223 dice que "...el co-árbitro es una persona que debe poner de manifiesto la posición o debe asegurarse de que todos los elementos de la parte son oídos dentro del Tribunal" en ese mismo sentido concluye que si un árbitro no participa en las deliberaciones"... difícilmente podrá ejercer ese deber, ese mandato que ha recibido de las partes y que, por supuesto, forma parte del estatuto del árbitro, de la obligación de participar en las

deliberaciones".

Este argumento lleva a la reflexión que la exclusión de un árbitro expresa una inequidad en el trato ya no al árbitro sino a una de las partes, a pesar que el árbitro no representa los intereses de la que lo designó es un garante que se expongan sobre la mesa todos los argumentos para tomar una adecuada decisión.

Alguna vez he discutido al interior de un tribunal arbitral, si luego de emitida una resolución o un laudo parcial en mayoría y luego cuando una de las partes solicita una reconsideración de dicha resolución o aclaración o integración deben intervenir todos los árbitros o sólo quienes votaron en mayoría, a cuya decisión se está recurriendo. En lo particular considero que es el integro del panel de árbitros quien debe intervenir y no solo los que emitieron su voto en un mismo sentido.

El proceso natural es que todo escrito se pondrá en conocimiento de los tres árbitros y que se delibere -sea por vía electrónica o por otro medio- hasta formar decisión y preparar un borrador que deberá ser puesto en conocimiento de todos los árbitros. De lo contrario se estará vulnerando el debido proceso.

No debe ocurrir que si el Presidente del Tribunal ofrece presentar un proyecto a sus colegas, sea de una resolución que resuelve la Medida Cautelar o una resolución que resuelve una excepción o del propio laudo, y la envía faltando muy pocos días para el vencimiento del plazo no exista debate. Lo usual es que un árbitro curse sus objeciones y el Presidente debe promover una deliberación entre los miembros del Tribunal, y no es dable que secamente conteste que si lo desea el árbitro puede enviar su voto singular, sin discutir el punto de vista del árbitro. Lo concreto es que no ha existido debate, no ha existido una real exposición de puntos de vista o argumentos, el Tribunal no ha deliberado.

La Corte Suprema de Pennsylvania en el caso *Goeller versus Liberty Mutual Insurance Co*, (1990) se pronunció respecto a un caso en donde se excluyó a un árbitro disidente de las deliberaciones de la mayoría de los árbitros y la Corte falló que por esa razón la resolución era nula.

"This court long ago voiced the principle that the opportunity to deliberate, and if possible, to convince their fellows is the right of the minority, of which they cannot be deprived by the arbitrary

will of the majority" (...) "What is important is that the all view points must at least be heard. Each must be entitled to the opportunity to persuade the others, be permitted to dissent and to maintain his voice in the decision. It is manifest that principle was violated in this case".

"Esta corte años atrás precisó el principio que la oportunidad para deliberar y en lo posible para convencer a sus colegas, es el derecho de las minorías, que no puede privársele por la arbitraria voluntad de la mayoría" (...) "Lo que es importante es que todos los puntos de vista sean -al menos- escuchados. Cada uno debe tener la oportunidad de persuadir a los otros, debe permitirse el disentir y mantener su punto de vista en la decisión. Ese es el principio que de manera manifiesta fue violado en este caso" (Traducción libre hecha por el autor)

Este deber de deliberación debe entenderse como parte del deber de motivación del Tribunal Arbitral siendo importante destacar que la fundamentación es una garantía del debido proceso. La irregularidad en la no discusión de la decisión puede ser considerada como causal de anulación de laudo, incluso podría considerarse como violatorio del orden público constitucional, utilizando la categoría jurídica del Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

VIII. RECUSACIÓN DE ÁRBITROS POR CONFLICTOS INTERNOS DEL TRIBUNAL

Existen casos de anulación de laudo y de recusación de árbitros en donde la causa es justamente la mala relación entre ellos, o actos que se consideran vulneratorios al no haber deliberado los árbitros sobre el sentido de la decisión. Así por ejemplo mediante Resolución No. 230-2013-OSCE/PRE de fecha 08 de Julio de 2013, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado resuelve una recusación formulada ante el OSCE por un mal comportamiento y trato de los árbitros al interior del colegiado y en presencia de las partes

En efecto, la Procuraduría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó la recusación de dos de los árbitros del Tribunal Arbitral, señalando que dichos árbitros no habrían actuado con imparcialidad e independencia al haber admitido y declarado fundada la recusación del Presidente del Tribunal Arbitral que efectuó la

contratista. La contratista solicitó la recusación del Presidente del Tribunal Arbitral alegando que el Presidente del Tribunal Arbitral y uno de los árbitros se habían agredido a la finalización de una audiencia de sustentación de informe pericial.

El trámite de recusación contra el Presidente del Tribunal Arbitral fue resuelto por los otros dos árbitros, interviniendo en la votación uno de ellos que fue quien participó en la pelea, por lo que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones considera que la resolución es indebida y contraria a las reglas del debido proceso, por lo que recusa a los dos árbitros ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado solicitando la nulidad de la decisión.

De conformidad con el Inciso 1 del Artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017° concordante con el Reglamento aprobado por la Resolución Ministerial 789-2011, la recusación en un arbitraje AD HOC debe ser resuelta por el propio Tribunal Arbitral, salvo que se recuse a dos de los árbitros o al Tribunal Arbitral, en cuyo caso la recusación –al tratarse de un arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones del Estado– le corresponde resolverlo al OSCE. En caso se tratase de un caso privado regulado por el Decreto Legislativo 1071°, corresponderá a la Cámara de Comercio resolver dicha recusación.

La Resolución bajo comentario indica correctamente que en lo que respecta a la nulidad de la decisión, se trata de una resolución arbitral que puede ser cuestionada mediante los recursos que establece la propia Ley Arbitral, es decir, el Recurso de Reconsideración y el Recurso de Anulación, éste último, como la vía idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

En consecuencia, no es posible revisar la decisión arbitral que resolvió el Recurso de Reconsideración contra el Presidente del Tribunal Arbitral tomada por los otros dos árbitros.

Sigue diciendo la Resolución 230° que "si bien no es posible objetarse decisiones arbitrales", para fines de la recusación, sí es posible analizar móviles o intereses en la conducción del proceso.

Fundamenta que desde la óptica de los móviles personales, existen circunstancias concretas que no pueden soslayarse como la situación conflictual previa entre los árbitros, que motivó que uno de los

involucrados en los hechos del conflicto participe para decidir sobre la situación de su co-árbitro también involucrado en tales hechos, por lo que es razonable deducir que estaba influenciado por razones subjetivas distintas al derecho al no ponderar la regla del "Nemo esse iudex in sua causa potest" (nadie puede ser juez y parte en la misma causa) que como correlato al principio de imparcialidad, resulta exigible en el ejercicio de la función arbitral, por lo que fallan declarando fundada la recusación contra ese árbitro en particular que participó en la recusación del Presidente del Tribunal.

IX. CONCLUSIONES

- Las deliberaciones son una exigencia formal obligatoria para la validez del laudo arbitral.
- El Presidente del Tribunal Arbitral es quien debe convocar a los árbitros
- El debate es necesario para arribar a una decisión final.
- La actuación de buena fe de los árbitros y el mantenimiento de los principios de imparcialidad e independencia permanecen a lo largo de todo el proceso arbitral hasta su conclusión.