

Mecanismos legales de defensa del arbitraje comercial: Respuesta al efecto Orellana y al incumplimiento del encargo por parte de los árbitros



ANDRÉS TALAVERA CANO(*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Destrezas Legales de la Facultad de Derecho de la
Universidad del Pacífico.



SUMARIO:

- I. El efecto Orellana en los arbitrajes: El caso de la Municipalidad de San Borja.
 1. Primera Herramienta: Amparo Arbitral.
 2. Segunda Herramienta: Responsabilidad Civil.
- II. La falta de liberación como causal de Anulación de Laudo y de responsabilidad civil de los árbitros.
 1. Primera Herramienta: Anulación de Laudo.
 2. Segunda Herramienta: Responsabilidad Civil.

* El autor desea agradecer especialmente el apoyo de Ana Lucía Figueroa, miembro de la Comisión de Edición de **ADVOCATUS**, en la preparación del presente artículo. Sin dicho apoyo y compromiso, su elaboración no hubiera sido posible.

En estos últimos meses, el arbitraje ha sido duramente cuestionado a partir de los escándalos generados por los casos en los que éste ha sido utilizado como vehículo para cometer ilícitos penales como tráfico de terrenos, adquisición ilegal de inmuebles, etc. Todos estos casos se resumen a lo que hemos denominado el efecto Orellana en los arbitrajes.

Por otro lado, recientemente hemos tenido la posibilidad de conocer un caso muy particular en el que cierto Tribunal Arbitral ha incumplido con el encargo conferido por las partes. Dos de los miembros del Tribunal Arbitral no permitieron que se llevara a cabo la deliberación entre todos los árbitros y que por ende permitiera la emisión de un laudo conforme al convenio arbitral pactado entre las partes.

En este artículo pretendemos demostrar cómo es que el marco legal vinculado a los arbitrajes y la responsabilidad civil, pueden ser una combinación de mucha utilidad para luchar tanto contra el efecto Orellana en los arbitrajes como para casos en que el Tribunal incumple con el encargo conferido por las partes. Esta respuesta combinada permitirá luchar contra este mal uso y desprestigio inmerecido que pretende atribuirse a los arbitrajes comerciales. Esto, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivarse y que exceden las materias analizadas en el presente artículo.

I. EL EFECTO ORELLANA EN LOS ARBITRAJES: EL CASO DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN BORJA

Imagínese un almuerzo de un día viernes, usted está acompañado de su familia y de pronto tocan el timbre de su domicilio y le entregan una notificación "arbitral" en la que se le ordena entregar "voluntariamente" su inmueble, dentro de un plazo de 15 días hábiles posteriores a la recepción de dicha comunicación. Esto en cumplimiento de un Laudo Arbitral derivado de un proceso arbitral en el que usted nunca participó, y en el que se

ordena ejecutar un Contrato de Compraventa celebrado entre dos personas que usted no conoce y que dicen ostentar derechos sobre su inmueble.

Esto es exactamente lo que le pasó a la Municipalidad de San Borja. Aquí algunos datos relevantes de cómo es que mediante un "Laudo Arbitral" se ha tratado de transferir ilegalmente parte de los terrenos del Polideportivo de Las Torres de Limatambo¹.

Con fecha 29 de abril de 2014, la Municipalidad de San Borja fue notificada del Laudo Arbitral de fecha 27 de agosto de 2012 emitido por el Árbitro Único, Dr. William John Henderson Zapata. Dicho arbitraje tuvo como sede, según se señala en el laudo, la ciudad de Maynas, Loreto. En dicho arbitraje el Sr. Pedro Rolando Landa Niada, en calidad de demandante, y el Sr. Carlos Eugenio Deacon Illich, en calidad de demandado, discutían respecto a la ejecutabilidad de un Contrato de Compraventa celebrado con fecha 12 de enero de 2009, y su cláusula adicional, memoria descriptiva y planos de fecha 15 de enero de 2009 (en adelante, el Contrato de Compraventa).

En concreto, mediante dicho Contrato de Compraventa el Sr. Deacon vendía al Sr. Landa, el inmueble de un área de 29,102.50 m² ubicado en Jirón Claudia Galeno s/n, cuadra 1, Conjunto Habitacional Las Torres de Limatambo, San Borja. Lo extraño es que dicho inmueble se encontraba comprendido dentro de los terrenos inscritos a nombre y de titularidad de la Municipalidad de San Borja, según obra en las Partidas Electrónicas N° 45347419 y N° 45347427 del Registro de Propiedad Inmueble de la ciudad de Lima, desde los años 2000 y 20002, respectivamente.

No entraremos en el detalle de cómo es que el Árbitro Único ejerció un supuesto control difuso declarando inconstitucional para el caso concreto la aplicación de un Decreto Legislativo y un Decreto Supremo de la época del Gobierno Militar del General Velasco Alvarado, de tal manera que hacía supuestamente inválida y/o ineficaz la ex-

1. Ver Reportaje de Cuarto Poder sobre este caso, en el siguiente link: <<http://youtu.be/furiDaw2lbc?t=3m20s>>.

propiación de esos terrenos por parte del Estado y por ende la inscripción a nombre del Estado de los terrenos correspondientes a dicho inmueble.

Lo trascendental es que las partes plantearon como controversia frente a un Árbitro Único, la ejecución de un Contrato de Compraventa de un inmueble sin que en dicho proceso arbitral participara el tercero (la Municipalidad de San Borja) que ostentaba derechos de propiedad debidamente inscritos y vigentes en Registro Públicos sobre los terrenos correspondientes a dicho inmueble. En otras palabras, en un arbitraje se discutieron derechos de un tercero que no tuvo ni voz ni voto durante el proceso y que finalmente fue amenazado con el despojo de dicha propiedad.

Luego de llevado a cabo supuestamente el proceso arbitral, el Árbitro Único emitió el laudo ya referido en el que resolvió lo siguiente:

- Declarar la validez del Contrato de Compraventa y por ende declarar que el Sr. Pedro Rolando Landa Niada había adquirido la propiedad de dicho inmueble.
- Ordenar a Registros Públicos la inscripción del derecho de propiedad anteriormente reconocido, modificando y/o anulando lo que fuese necesario.
- Ordenar la entrega en posesión del inmueble a favor del Sr. Pedro Rolando Landa Niada, bajo apercibimiento de lanzamiento forzado de sus ocupantes (entiéndase, el lanzamiento forzado de la Municipalidad de San Borja, en su calidad de actual ocupante de dichos terrenos en los que se ha erigido parte del Polideportivo de las Torres de Limatambo).

Fue así, que el día 29 de abril de 2014, la Municipalidad de San Borja fue notificada del referido laudo y de la Resolución N° 16 de fecha 16 de abril de 2014, mediante la cual el Tribunal otorgaba a la Municipalidad de San Borja un plazo de quince (15) días hábiles para entregar el referido inmueble de forma voluntaria, bajo apercibiendo de proceder a la ejecución forzada de este requerimiento.

¿Cómo es que este caso está vinculado con la Red de Orellana? Conforme a una serie de notas periodísticas, el Sr. Pedro Rolando Landa Niada, sería presuntamente uno de los principales testafierros del Sr. Orellana². Más allá de la gravedad de los actos cometidos por esta red de corrupción, lo importante aquí es identificar qué herramientas ofrece el ordenamiento jurídico a la Municipalidad de San Borja para enfrentar este claro atropello de sus derechos fundamentales a la propiedad sobre el inmueble y al debido proceso, entre otros.

1. Primera Herramienta: Amparo Arbitral

De acuerdo a los antecedentes antes reseñados, queda claro que no solo el laudo emitido con fecha 27 de agosto de 2012 sino también la Resolución arbitral N° 16 que ejecuta dicho laudo, ordenando la entrega voluntaria del inmueble a favor del Sr. Landa, corresponden a una clara amenaza del derecho de propiedad que ostenta la Municipalidad de San Borja debidamente registrado y vigente en las Partidas Electrónicas N° 45347419 y N° 45347427 del Registro de Propiedad Inmueble de la ciudad de Lima, desde los años 2000 y 20002, respectivamente.

El derecho de propiedad está recogido expresamente en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, a saber:

2. Ver, a modo de ejemplo, las siguientes noticias en las que se identifica la participación del Sr. Landa en estos ilícitos:

a. <<http://diario16.pe/noticia/57612-testaferro-confiesa-que-sirvio-red-orellana-apropiacion-costosos-terrenos>>.

b. <<http://www.larepublica.pe/02-02-2012/con-dos-laudos-arbitrales-y-un-muerte-quitarian-terreno-al-hospital-valdizan>>.

c. <<http://elcomercio.pe/politica/justicia/red-orellana-se-habria-apropiado-predios-creando-deudas-noticia-1739515>>.

*"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)
16. A la propiedad y a la herencia".*

Entonces, consideramos que el mecanismo de tutela inhibitoria apropiado para responder a la amenaza al derecho de propiedad de la Municipalidad de San Borja, es plantear una demanda de Amparo contra el Laudo Arbitral y accesoriamente contra la Resolución arbitral que busca su ejecución.

Así, el artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política establece que el Proceso de Amparo es un mecanismo idóneo para hacer frente a la amenaza de derechos constitucionales, como el de propiedad, reconocido en la Constitución como derecho fundamental:

"Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

(...)

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular".

En ese mismo sentido, el Código Procesal Constitucional reconoce expresamente esta vía del Amparo como idónea para salvaguardar el derecho de propiedad, a saber:

"Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

(...)

12) De propiedad y herencia;"

En coherencia con esta normativa constitucional y en particular en lo que se refiere al Amparo Arbitral, debemos remitirnos al Precedente Vincu-

lante del Caso María Julia³. En dicho precedente se establecieron taxativamente los supuestos en que procede el Amparo Arbitral, siendo el presente caso una que calza específicamente con uno de dichos supuestos habilitantes:

"No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

(...)

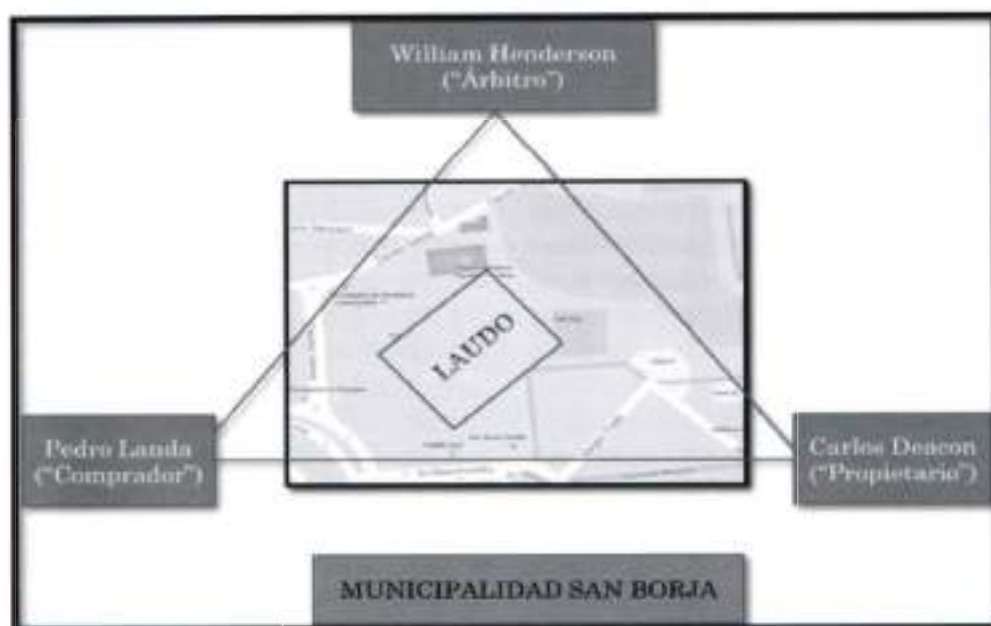
c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1071. (...)

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje" (Énfasis agregado).

A continuación, consignamos un gráfico que ilustra el problema jurídico que venimos analizando, identificando a la Municipalidad de San Borja claramente como un tercer ajeno al proceso arbitral y directamente afectado por el laudo emitido en él:

A partir de lo reseñado hasta este punto, podemos confirmar que la Municipalidad de San Borja se encuentra legalmente habilitada para iniciar un proceso de Amparo Arbitral, al haberse cumplido los siguientes requisitos:

3. Ver: Recurso de Agravio Constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00142-2011-PA/TC. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>.



- La Municipalidad de San Borja es un tercero completamente ajeno al supuesto proceso arbitral llevado entre los señores Landa y Deacon, y laudado finalmente por el Dr. Henderson.
- La Municipalidad de San Borja no ha manifestado consentimiento alguno respecto del Contrato de Compraventa y por ende menos aún respecto del convenio arbitral que dicho Contrato podría contener, por ende, no califica como una parte no signataria del proceso arbitral.
- El laudo emitido por el Dr. Henderson afecta de forma manifiesta y directa el derecho de propiedad de la Municipalidad de San Borja sobre el referido inmueble, derecho de propiedad que actualmente obra inscrito y vigente en los Registros Públicos a nombre de dicha Entidad.
- El derecho de propiedad de la Municipalidad de San Borja que obra inscrito en Registros Públicos no ha sido cuestionado judicialmente, por lo que goza de la

protección otorgada por el artículo 2013⁴ del Código Civil, presumiéndose cierto y desplegando todos sus efectos jurídicos que permiten a la Municipalidad oponer su derecho de propiedad a cualquier tercero que pretenda perturbarlo.

El Amparo que presente la Municipalidad de San Borja deberá ser declarado fundado. Además, el Juez Constitucional tendrá la difícil tarea de evaluar la posibilidad de no solo declarar la nulidad del laudo en su totalidad sino del proceso arbitral que derivó en la emisión de dicho laudo.

Debe tenerse presente además que la Municipalidad no solo no ha participado en dicho Contrato de Compraventa, sino que no ha manifestado su consentimiento para arbitrar controversia alguna derivada de dicho Contrato y por ende cualquier cuestionamiento que se busque hacer a su titularidad sobre el inmueble deberá hacerse en la vía judicial correspondiente, y no en la vía arbitral como irregularmente lo han intentado los señores Landa y Deacon ante el Dr. Henderson como Árbitro Único.

4. Artículo 2013.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

2. Segunda Herramienta: Responsabilidad Civil

Sin perjuicio de interponer el Amparo Arbitral antes referido y de las responsabilidades penales que puedan derivarse de este caso, la Municipalidad de San Borja podría solicitar una indemnización por daños y perjuicios demandando por responsabilidad extracontractual a los causantes del daño.

En efecto, consideramos que en el presente caso estaríamos ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual:

"Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor" (Énfasis agregado).

Lo anterior, entendiendo que no media relación contractual alguna entre la Municipalidad de San Borja y los señores Landa, Deacon y Henderson. En efecto, estos tres últimos enfrentarían una responsabilidad solidaria por los daños generados a la Municipalidad de San Borja:

"Artículo 1983.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales" (Énfasis agregado).

En ese sentido, consideramos que de una forma ejemplificadora, la Municipalidad de San Borja podría demandar a los señores Landa, Deacon y Henderson, por los daños y perjuicios generados, específicamente, el daño emergente derivado de los costos legales de defensa de su derecho de propiedad ante los Juzgados Constitucionales, ante Registros Públicos y todos aquellos gastos que dicho laudo irroque en dicha Entidad.

El dolo en el proceder de estos tres señores podrá hacerse aún más claro en caso que los procesos

penales definan la intencionalidad de cometer un ilícito penal al iniciar este arbitraje y celebrar dicho Contrato de Compraventa. Incluso podría llegar a concluirse que tanto el arbitraje como el Contrato de Compraventa fueron todos ellos actos simulados que trataron de ser referidos como ciertos a efectos de lograr la ilegal transferencia y despojo de la propiedad de la Municipalidad de San Borja sobre el referido inmueble. Esto podrá verse con mayor claridad cuando los procesos de investigación avancen aún más y, por ejemplo, cuando la Comisión del Congreso, encargada de investigar la Red de Orellana, emita su Informe Final sobre estos asuntos.

En todo caso, queda claro que el arbitraje seguido entre los señores Landa, Deacon y el laudo emitido por el Dr. Henderson, es un arbitraje irregular, cuyo laudo vulnera derechos de la Municipalidad (como tercero) que no sólo no ha participado en dicho arbitraje sino que tampoco ha prestado su consentimiento para estar sometido a él. Frente a este tipo de casos, el ordenamiento legal aplicable al arbitraje, permite "erradicar" y "quitar todo efecto jurídico" a este tipo de laudos espurios derivados de procesos arbitrales de la misma condición. Asimismo, la responsabilidad civil permite hacer que los daños que estas "personas" generen sean internalizados por ellas, a fin de reflejar verdaderos disuasivos de dichas conductas. Todo esto, sin perjuicio de la respuesta que el derecho penal debe dar a este tipo de casos.

II. LA FALTA DE DELIBERACIÓN COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO Y DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS

Como adelantamos al comienzo del presente artículo, recientemente hemos tenido la posibilidad de conocer un caso muy particular en el que cierto Tribunal Arbitral ha incumplido con el encargo conferido por las partes. Utilizaremos referencialmente y para efectos meramente didácticos parte de los hechos vinculados a dicho caso (adaptándolos para los efectos académicos del presente artículo), siendo realmente lo importante el análisis de la responsabilidad civil que puede imputarse a los árbitros por el

incumplimiento del encargo que han aceptado conforme a lo establecido en el convenio arbitral y el Contrato árbitros-partes que surge para tales efectos.

Imaginense que luego de haber invertido tiempo y dinero en un proceso arbitral que puede durar hasta 1 (un) año y medio o más, en la parte final del arbitraje y días antes de vencerse el plazo para laudar reciben la siguiente sorpresa:

- Son notificados con un laudo firmado únicamente por dos árbitros, sin la firma del árbitro que ustedes designaron y sin una explicación/opinión discrepante de dicho árbitro faltante.
- Días después y dentro del plazo para laudar, reciben una opinión discrepante del árbitro designado por ustedes y en ella este árbitro deja constancia de la inexistencia de un proceso deliberativo al interior del Órgano Colegiado. En otras palabras, los dos árbitros deliberaron entre sí, no le dieron ni voz ni voto al árbitro que ustedes designaron y notificaron el laudo a las partes bajo esos presupuestos.

En efecto, dos de los miembros de un Tribunal Arbitral no permitieron que se llevara a cabo la deliberación entre todos los árbitros y que por ende asegurara la emisión de un laudo conforme al convenio arbitral pactado entre las partes (deliberación y voto colegiado). En estricto, uno de los árbitros no tuvo la posibilidad de participar del proceso deliberativo del Laudo Arbitral, y los otros dos co-árbitros emitieron un laudo en mayoría sin permitir tener una oportuna y adecuada discusión de las posiciones entre todos los integrantes del Colegiado.

El convenio arbitral celebrado por las partes, era uno bastante convencional y similar a este:

Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja o se derive del presente Contrato, será sometida a un arbitraje de derecho ad-hoc. Dicho arbitraje se regirá por lo establecido en la Ley de Arbitraje. El arbitraje estará a cargo de un Tribunal conformado por 3 árbitros. Cada parte

designará un árbitro, y el tercero será designado conjuntamente por los co-árbitros.

Conforme a lo establecido por la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral funciona como Órgano Colegiado bajo las siguientes reglas:

"Artículo 52.- 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 (...)."

Asimismo, en la referida Ley de Arbitraje, se establece las reglas aplicables para la toma de decisiones específicamente al momento de laudar:

"Artículo 55.- Forma del laudo.

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda" (Énfasis agregado).

A partir de la normativa revisada, ¿qué garantías ofrece a las partes el hecho de haber pactado en su convenio arbitral que sus controversias serán

resueltas por un Tribunal Arbitral conformado por tres árbitros? Conforme podemos derivar de lo señalado por Carmine Punzi⁵, el tener un Tribunal Arbitral Colegiado supone garantizar a las partes que el Tribunal Arbitral seguirá una de las varias formas de deliberar y llegar a una decisión final en el laudo que resuelve la controversia, a saber:

"Por lo tanto, actualmente la decisión del laudo puede realizarse no sólo a través de la conferencia física y personal de los árbitros, sino también a través de una conferencia videotelefónica o simplemente telefónica o, incluso, a través de modalidades que conduzcan a la formación de la decisión mediante mecanismos de formación progresiva, en los que el intercambio de opiniones entre los árbitros no sea inmediato ni contemporáneo, como puede ocurrir, por ejemplo, mediante la circulación de un proyecto de laudo propuesto por el presidente o por un miembro del tribunal, modificado progresivamente y aceptado por todos los miembros del tribunal" (Énfasis agregado).

Existen una serie de modalidades que hacen viable y efectiva la deliberación al interior de un Colegiado Arbitral. Es común incluso en la práctica arbitral que sea el Presidente del Tribunal o uno de los miembros del Colegiado el que proponga un proyecto de laudo, el cual podrá ser modificado progresivamente y aceptado finalmente por todos los miembros del Tribunal Arbitral. Ahora bien, esto último puede llevar a que también válidamente uno de los co-árbitros no esté de acuerdo con la decisión y emita su opinión discrepante. Todo esto dota de contenido a la garantía de obtener una decisión final derivada de un proceso deliberativo al interior del Órgano Colegiado Arbitral.

Esta exigencia de una deliberación al interior del Órgano Colegiado ha sido considerada como una expresión del debido proceso por el Tribunal Constitucional. Si bien el caso no estaba vinculado con un proceso arbitral sí resulta

de mucha utilidad para analizar cuándo es que corresponde tener por cumplida la existencia de un acuerdo regularmente obtenido y derivado de una previa deliberación colegiada.

Dicho proceso constitucional se refiere al caso del señor Gregorio Dennis Chávez Paz, quien ocupaba el puesto de Director General de la Academia de la Magistratura (en adelante, AMAG) desde el año 2009. Sin embargo fue removido de dicho cargo a través de la Resolución N° 007-2011-AMAG-CD emitida por el Consejo Directivo (en adelante, el Consejo). Ante ello, el señor Chávez interpuso un recurso de agravio constitucional al argumentar que la no realización de una sesión de Consejo para tomar la decisión de destitución significaba una violación a sus derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

En este caso, el Tribunal Constitucional comprobó, por medio del Acta de Sesión de Consejo Directivo N°16, que la decisión de destitución adoptada por el Consejo había sido adoptada sin una reunión presencial ni virtual en tiempo real entre sus miembros. En efecto, el Presidente de la AMAG tan sólo había enviado un acta para la firma al despacho de cada uno de los miembros de dicho Colegiado, encomendando al Secretario del Consejo "que les exponga los alcances del tema de agenda, con el proyecto de acuerdo pertinente". Al respecto, el Tribunal Constitucional opinó:

"(...) que este procedimiento fue irregular y que afectó la validez de la decisión adoptada ya que, cuando el artículo 5° de la Ley Orgánica de la AMAG establece el carácter colegiado de su Consejo Directivo, ello significa que sus decisiones sean adoptadas previa deliberación e intercambio de ideas entre sus miembros. La posibilidad de plantear puntos de vista alternativos y de debatirlos ampliamente, ponderando las consecuencias de los diferentes cursos de acción que se pueden tomar antes de adoptar una decisión es consustancial a la idea de pluralismo y democracia" (Énfasis agregado).

5. PUNZI, Carmine. *Il proceso civile. I procedimento speciali e l'arbitrato*. III. Turin: Giappichelli, 2008, p. 219.

Así, el Tribunal Constitucional concluyó que en este caso se había vulnerado las garantías del debido proceso y declaró fundada la demanda, al considerar que no había existido la adopción de un acuerdo previa deliberación colegiada conforme correspondía a un órgano bajos tales características.

Si conjugamos lo señalado por Carmine Punzi y la Sentencia del Tribunal Constitucional, podemos concluir que las garantías que ofrece el tener una decisión colegiada de un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros, se cumplen en tanto y en cuanto se cumplan los siguientes requisitos:

- Las decisiones sean adoptadas previa deliberación e intercambio de ideas entre sus miembros.
- Los miembros tengan la posibilidad de plantear puntos de vista alternativos y de debatirlos ampliamente, ponderando las consecuencias de los diferentes cursos de acción que se pueden tomar antes de adoptar una decisión.
- El proceso deliberativo se realice al menos con una de las siguientes modalidades:
 - Conferencia física y personal de los árbitros;
 - Conferencia videotelefónica o simplemente telefónica; o
 - Mecanismos de formación progresiva de la decisión, en los que el intercambio de opiniones entre los árbitros no sea inmediato ni contemporáneo, como puede ocurrir, por ejemplo, mediante la circulación de un proyecto de laudo predispuesto por el presidente o por un miembro del tribunal, modificado progresivamente y aceptado por todos los miembros del tribunal.

En el caso bajo comentario, en el que los co-árbitros simplemente excluyeron al árbitro de ese proceso deliberativo impidiendo que no se cumpliera con ninguno de los requisitos antes señalados, nos lleva a recurrir a dos herramientas claves que el ordenamiento jurídico vinculado al arbitraje pone a disposición de la parte afectada con estas irregularidades.

1. Primera Herramienta: Anulación de Laudo

Las partes al acordar en su convenio arbitral que sus controversias serían resueltas por un Tribunal Arbitral, pactaron y se aseguraron la garantía de tener un proceso de deliberación colegiada en los términos antes señalados. Esto además forma parte del contenido esencial del derecho constitucional al debido proceso que todo proceso arbitral debe respetar y cumplir.

Así, en el caso del laudo bajo comentario, este incurriría en la siguiente causal de anulación del Artículo 63 de la Ley de Arbitraje⁶, a saber:

"1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...)

c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable" (Énfasis agregado).

Como puede verse, la parte cuyo árbitro no participó en la deliberación colegiada que dio origen al Laudo Arbitral puede señalar que: (i) no pudo hacer valer su derecho reconocido en el convenio arbitral a exigir del Tribunal un laudo derivado de una deliberación colegiada, afectando así su derecho al debido proceso; y, (ii) los árbitros no cumplieron el encargo conferido en los términos pactados en el convenio arbitral, ya

6. Resulta al menos discutible exigir a la parte afectada con esta conducta del Tribunal Arbitral, que plantee este reclamo a través de algunas de las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión del laudo. Al respecto, entendemos que ninguna de éstas serían idóneas para corregir dicha omisión, que vicia estructuralmente la validez del Laudo Arbitral. Esto finalmente será un asunto que debe evaluarse caso por caso, y siempre será recomendable presentar ante el Tribunal Arbitral un escrito en el que se deje constancia de esta vulneración y la reserva de cuestionar la validez del laudo por dichos motivos en el proceso de anulación correspondiente.

que el laudo fue emitido sin la existencia de una deliberación colegiada.

En caso el Laudo Arbitral sea anulado por esta causal y conforme a lo establecido en el artículo 65, literal c) de la Ley de Arbitraje, las consecuencias de dicha anulación para la parte afectada y para la resolución de la controversia serán más que graves, a saber:

"c) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable" (Énfasis agregado).

En este punto queda claro que el Tribunal Arbitral (los dos árbitros) que emitieron el laudo en mayoría y sin respetar un proceso de deliberación colegiada, ya adelantaron su opinión al igual que el árbitro que emitió finalmente su opinión discrepante con dicho laudo. Por ende y ya habiendo adelantando su opinión, es común en la práctica arbitral que las partes recusen a los árbitros y que el nuevo laudo deba ser emitido por un nuevo Tribunal Arbitral. Esto sin perjuicio de las complicaciones probatorias que estas circunstancias generarían frente a dicho nuevo Colegiado, en caso este último acepte su designación en dicho arbitraje.

En pocas palabras, los daños generados por los dos árbitros que impidieron la realización de una deliberación colegiada para la emisión del Laudo Arbitral, impactan mucho más allá de la mera anulación del Laudo Arbitral sino que podrían en estricto afectar la viabilidad de todo el proceso arbitral llevado a cabo (con los respectivos tiempos y costos invertidos en él).

2. Segunda Herramienta: Responsabilidad Civil

7. BORN, Gary B. "Chapter 13: Rights and Duties of International Arbitrators". En: *International Commercial Arbitration*. Second Edition. Kluwer Law International, 2014, p. 1976.

8. *Ibid.*, p. 1981.

Frente a esos daños y perjuicios son los que deben responder los dos árbitros que, en nuestro caso, impidieron que se llevara a cabo un proceso deliberativo para la emisión de un Laudo Arbitral conforme con el pacto de las partes y en respeto del debido proceso.

En efecto, debe tenerse en cuenta que cuando los árbitros presentan sus aceptaciones a las designaciones realizadas por las partes o los co-árbitros, según corresponda, se concreta un contrato entre las partes y los árbitros.

Así, Gary Born⁷ define dicho Contrato como un contrato *sui generis*:

"The proper analysis is to treat the arbitrator's contract as a sui generis agreement. That is in part because this characterization accords with the specialized and distinct nature of the arbitrator's mandate: as noted above, that mandate differs in fundamental ways from the provision of many other services and consists in the performance of a relatively sui generis adjudicatory function. It is therefore appropriate, and in fact necessary, that the arbitrator's contract be regarded as sui generis" (Énfasis agregado).

Agrega Gary Born⁸ que dicho Contrato será conformado por los documentos en los que se le comunica la designación a los árbitros, las cartas de aceptación de los árbitros y las demás reglas aplicables al proceso arbitral que delimiten el cumplimiento del encargo y las obligaciones de los árbitros:

"(...) the arbitrator's contract will be comprised of a number of writings, including the notice of appointment (often contained in a notice or request for arbitration), the arbitrator's acceptance, any applicable institutional arbitration rules and any terms of engagement or terms of reference" (Énfasis agregado).

En el caso concreto y conforme a la Ley de Arbitraje, los árbitros tenían la obligación de cumplir el encargo conferido por las partes, incluyendo además el cumplimiento de los términos pactados por ellas y aceptados por los árbitros para llevar a cabo el proceso arbitral (lo que hemos denominado el Contrato partes-árbitros). Asimismo, los árbitros deberán hacerse responsables por los daños y perjuicios que generen a las partes por el incumplimiento del encargo y las obligaciones que de él se deriven:

"Artículo 32.- Responsabilidad
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" (Énfasis agregado).

Aplicando esta lógica a nuestro caso, los dos árbitros que impidieron la emisión de un laudo cumpliendo con la deliberación colegiada previa, deben hacerse responsables por el incumplimiento del encargo encomendado por las partes al haber incumplido con esa garantía del debido proceso que las partes se aseguraron al pactar un Tribunal Arbitral como Órgano Colegiado para resolver sus controversias.

En consecuencia, toda vez que dichos árbitros incumplieron con el Contrato árbitros-partes deben hacer responsables de los daños generados a la parte(s) afectada(s) conforme a lo establecido en el artículo 1321 del Código Civil:

"Artículo 1321.-Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución (...)" (Énfasis agregado).

Así, los dos miembros del Tribunal Arbitral que con sus actos impidieron la deliberación cole-

giada que permitiera a su vez la emisión de un Laudo Arbitral regular y conforme a las garantías del debido proceso, deberán hacerse responsables y podrán ser demandados civilmente por responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del encargo asignado y pagado por las partes.

En efecto, la parte afectada podría –a título de ejemplo– reclamar como daño emergente: (i) la devolución de los honorarios que les fueron pagados como árbitros; (ii) los costos derivados del proceso judicial de anulación y demás que aseguraran la anulación de ese laudo; (iii) los nuevos costos de honorarios que tendrían que cancelar al nuevo Colegiado, en tanto las partes decidan, en ejercicio regular de sus derechos, recusar al Tribunal Arbitral previamente a cargo de resolver la controversia, luego de haberse declarado nulo el laudo emitido en esas condiciones. Estos son algunos de los daños que podrían reclamarse, entre otros que estén vinculados y hayan sido derivados por el incumplimiento del encargo de parte de los árbitros que generaron la causal de Anulación de Laudo.

En conclusión, en este artículo hemos demostrado que el marco legal vinculado a los arbitrajes y la responsabilidad civil, son una combinación idónea para hacer frente no solo a aquellos árbitros y partes que mal utilizan el arbitraje desnaturalizando su finalidad por excelencia de mecanismo de resolución de conflictos; sino que también permiten hacer civilmente responsables a los árbitros por los daños que generan al haber incumplido el encargo conferido por las partes en cada uno de los procesos arbitrales. Esto, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivarse en los árbitros y que exceden las materias analizadas en el presente artículo.

En otras palabras, este artículo ha pretendido brindar vías de solución a estas irregularidades dentro de los procesos arbitrales, asegurándose además que los causantes de dichas irregularidades, sean partes o árbitros, no queden civilmente impunes e internalicen los daños y perjuicios que con sus acciones han generado a las partes.