

# *Welcome to the jungle* Guía para sobrevivir a la deliberación del tribunal arbitral



## JOSÉ MARÍA DE LA JARA PLAZA

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesor de Análisis Psicológico del Derecho de la Universidad del Pacífico.

## JULIO OLÓRTEGUI HUAMÁN

Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.



### SUMILLA:

- I. La paradoja de la confianza.
- II. Reglas de juego de la deliberación.
- III. Mecanismos para enfrentar a los árbitros contaminados.
  1. Mecanismos impulsados por las partes.
  2. Mecanismos impulsados por los árbitros.
- IV. Deliberación y árbitros tóxicos.
  1. El árbitro salomónico o "parte-bebé".
  2. El árbitro procesalosaurio.
  3. El árbitro justiciero.
  4. El árbitro fantasma.
  5. El árbitro delivery.
  6. El árbitro blandengue.
  7. El árbitro egocéntrico.
  8. El "árbitro informante".
  9. El "árbitro kamikaze".
  10. Los "árbitros gangsters".
- V. Siete consejos para promover una deliberación sana.
- VI. Palabras finales.

## RESUMEN:

En el presente artículo los autores nos comparten algunas reflexiones en torno a los factores que influyen en los árbitros al momento de realizar la deliberación correspondiente para que resuelvan la controversia que les fue confiada, tales como la excesiva carga de trabajo, la falta de experiencia, desidia y otros más. Con ocasión de dicho análisis, evalúan los diferentes comportamientos y actitudes que los árbitros pueden adoptar en el curso del proceso arbitral.

**Palabras clave:** Árbitros, confianza, deliberación, experiencia y responsabilidad.

## ABSTRACT

In this article the authors share some reflections on the factors that influence the arbiters at the time of the corresponding deliberation to resolve the dispute that was entrusted to them, such as excessive workload, lack of experience, restlessness and more. On the occasion of this analysis, they evaluate the different behavior and attitudes that the arbitrators may adopt in the course of the arbitration process.

**Keywords:** Arbitrators, trust, deliberation, experience and responsibility.

### I. LA PARADOJA DE LA CONFIANZA

El arbitraje es una criatura del consenso. Como tal, se origina en la voluntad de las partes de separarse de la justicia ordinaria, moldear el proceso a sus expectativas y escoger quiénes decidirán la disputa.

Las partes depositan su confianza en tomadores de decisiones imparciales e independientes para que decidan de manera colegiada la controversia. Sin embargo, dicha designación puede ser irresponsable y derivar en el nombramiento de un árbitro que no cumple con las cualificaciones, al carecer de tiempo, conocimientos, formación, experiencia o habilidades para administrar un proceso. Peor aún, en ciertas ocasiones la voluntad de una de las partes también podría estar contaminada, intentando evitar un proceso limpio y celeré. En cambio, persigue controlar el resultado a través de un árbitro elegido para asegurárselo.

Los *árbitros tóxicos*<sup>1</sup> contaminan la voluntad de las partes, intoxican las deliberaciones e infectan la validez del laudo. Como comenta Bassler<sup>2</sup>, incluso se han descubiertos casos donde una de las partes pagó los "servicios" de uno de los árbitros contratándole una trabajadora sexual.

Ahora, a simple vista los árbitros tóxicos pueden parecer inofensivos. No son brutos. Como indica Bernardini, estos muestran su verdadera cara durante las deliberaciones para decidir el sentido del laudo.<sup>3</sup> Ahí revelan si son realmente independientes e imparciales o si, más bien, bloquearán la participación de un miembro del tribunal, desaparecerán de las discusiones, sembrarán una anulación, o ejecutarán alguna otra práctica venenosa.

Aprender a deliberar depende de la experiencia. Pero esta tarda en llegar. Por ello, este artículo busca acelerar ese aprendizaje que se adquiere en la cancha, compartiendo distintas experien-

1. En este artículo nos referiremos como "árbitros tóxicos" a la categoría general de árbitros que imponen dificultades en la deliberación. En otras palabras, tanto los árbitros patológicos (que no están calificados para cumplir con el encargo) como los árbitros encamisetados (que no son imparciales ni independientes) forman parte de un grupo más grande, conocido como árbitros tóxicos.
2. BASSLER, William. *An Essay on the Challenges to Collegiality*. En: *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*. Ed: BERGER, Bernhard y Michael SCHENEIDER. New York: Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014, p. 112.
3. BERNARDINI, Piero. *Organisation of deliberations*. En: *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*. Ed: BERGER, Bernhard y Michael SCHENEIDER. New York: Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014, p.16.

cias en el manejo de las deliberaciones tóxicas. El objetivo es guiar a los actuales y futuros árbitros, de tal modo que cuenten con las herramientas adecuadas para proteger el laudo y la voluntad de las partes de contar con un proceso cèlere y transparente.

## II. REGLAS DE JUEGO DE LA DELIBERACIÓN

La deliberación constituye un esfuerzo conjunto para identificar los asuntos relevantes e intercambiar argumentos, ideas y reflexiones que permitan sopesar las distintas opciones a disposición del tribunal<sup>4</sup>, como decidir si conceder una medida cautelar, obligar a una de las partes a exhibir un documento o resolver la controversia a través del laudo.

A nuestro entender, el procedimiento deliberativo está moldeado a partir del respeto al principio de colegialidad. En ese sentido, todas las reglas de la deliberación deben ser interpretadas de tal manera que permitan garantizar la obligación de los árbitros de participar o al menos tener la oportunidad de expresar su opinión para la formación del laudo.

En atención a lo anterior, el objetivo de la deliberación no es llegar a un consenso.<sup>5</sup> Tal como indican Sunstein y Hastie, la meta es incentivar a los miembros del grupo compartan la mayor cantidad de información posible.<sup>6</sup> Ello permite que el mayor costo del arbitraje se traduzca en un análisis más profundo y una decisión más sustentada, lo cual no tendría por qué estar supeditado a una decisión unánime.<sup>7</sup>

Asimismo, el principio de colegialidad determina que la forma del procedimiento deliberativo sea flexible; esta debe adaptarse a los árbitros y no al revés. Si bien lo más común es que los árbitros discutan en una reunión presencial, la práctica internacional también acoge deliberaciones por correo electrónico, teléfono o video conferencias. Lo que realmente importan es que, más allá de la forma, cada uno de los árbitros tenga la oportunidad de expresar su opinión.

Vale destacar además que los árbitros deben respetar el secreto de las deliberaciones. Este implica que están impedidos de revelar lo discutido por el tribunal, salvo contadas excepciones.<sup>8</sup> De esta manera, el sistema arbitral ha diseñado un candado para proteger lo discutido por los árbitros y otorgarles libertad para intercambiar opiniones de manera libre, en respeto al principio de colegialidad.

Sin perjuicio de estas reglas, el contenido y resultado de la deliberación finalmente va a depender de quiénes compongan el tribunal arbitral. Como señala William Foster, la calidad nunca es un accidente; siempre es el resultado de una intención profunda, un esfuerzo sincero, una dirección inteligente y una ejecución hábil. En ese sentido, la ejecución hábil de una intención contaminada, un esfuerzo calculador y una dirección viciada modificarán el contenido y objetivo de la deliberación.

Atendiendo a lo anterior, debemos tomar en consideración los distintos mecanismos para

4. BERGER, Bernhard. Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations. En: ASA Bulletin, Volume 31, Issue 2, 2013, p. 246.
5. DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. *¿Tres cabezas piensan mejor que una? La psicología de la deliberación y el rol del Presidente del Tribunal Arbitral*. Disponible En: <http://enfoquederecho.com/otros/derecho-y-psicologia/tres-cabezas-piensen-mejor-que-una-la-psicologia-de-la-deliberacion-y-el-rol-del-presidente-del-tribunal-arbitral/>
6. SUNSTEIN, Cass y Reid HASTIE. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston: Harvard Business Review Press, 2015 p. 4.
7. DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. *Op. cit.*
8. WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 1297. Asimismo, ver: *Himpuna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia* del 26 de setiembre de 1999.

enfrentar a los árbitros contaminados durante las deliberaciones; y es que, proteger al laudo es una obligación derivada de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral. Veamos.

### III. MECANISMOS PARA ENFRENTAR A LOS ÁRBITROS CONTAMINADOS

Según la Ley de Arbitraje Peruana ("LAP"), existen distintos mecanismos para lidiar con *manzanas podridas*. Para facilidad del lector, los hemos dividido en función a quién puede impulsarlos.

#### 1. Mecanismos impulsados por las partes.

La Ley de Arbitraje otorga a las partes cinco mecanismos para enfrentar a un árbitro tóxico: recusación, renuncia, remoción, responsabilidad civil y anulación.

La recusación es el mecanismo utilizado por excelencia para solicitar la expulsión de un árbitro que genera dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia (artículo 28 LAP).

Sin embargo, según la Ley de Arbitraje "*salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación*" (artículo 29.3 LAP). En dichos casos, las partes aún tienen la opción de impulsar la renuncia del árbitro, la cual debe ser considerada bajo responsabilidad (artículo 29 LAP).

Ahora, también es posible que un árbitro *realmente* se vea imposibilitado de hecho o de derecho a participar en las deliberaciones por alguna causa de fuerza mayor. Para ello, la Ley de Arbitraje faculta a las partes a solicitar la remoción del árbitro que sufra de problemas de salud, comunicativos o

de transporte que le impidan ejecutar el cargo, así como si es judicialmente declarado incapaz, incurre en una incompatibilidad como convertirse en funcionario o servidor público (artículo 30 LAP).<sup>9</sup>

Asimismo, las partes tienen la opción de impulsar una demanda de responsabilidad civil. Así pues, en base a la responsabilidad asumida por estos en aplicación del artículo 32 de la Ley de Arbitraje, es posible demandar de daños y perjuicios contra de los árbitros contaminados logrando que estos devuelvan, al menos, los honorarios que percibieron.<sup>10</sup>

Existen otros escenarios en los que ya no es posible tomar medidas preventivas, pues la actuación de las *manzanas podridas* ya ha contaminado el laudo. Para estos casos, la Ley de Arbitraje permite a las partes solicitar la nulidad del laudo arbitral. A nuestro entender, la violación al principio de colegialidad en la deliberación arbitral está principalmente vinculada a las causales de anulación referidas al debido proceso (artículo 63.1.b LAP), al pacto de las partes (artículo 63.1.c LAP) y al orden público internacional (artículo 63.1.f LAP).

En resumen, los árbitros se comprometen, entre otras cosas, a dejar en claro la posición de la parte que lo designó. Por tal motivo, un procedimiento deliberación que respete el principio de colegialidad es parte del derecho de una a parte a ser oída<sup>11</sup>. En este sentido, la exclusión de un árbitro de dicho proceso tendría como consecuencia una violación directa a dicho derecho.

Como señala Arrarte, parte del debido proceso en sede arbitral se basa en que los árbitros respeten el procedimiento pactado por las partes.<sup>12</sup> En concreto, las partes eligen a tres árbitros para

- 
9. PALACIO PAREJA, Enrique. Comentario del artículo 30 de la Ley de Arbitraje. EN: SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. P. 365.
  10. Puma, S.E., Juzgado de Primera Instancia de Madrid N° 43 del 20 de septiembre de 2013. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen 6, Issue 3, IproLex, 2013, pp. 901-905.
  11. Alonso, José María. *Deliberation and drafting awards in international arbitration*. EN: FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A y David ARIAS (Ed). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010.
  12. ARRARTE, Ana María. *Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación del laudo y el proceso de anular*. EN: IUS ET VERITAS 35. Lima. 2007. P.24.

que decidan la controversia de manera colegiada, expresando sus posiciones y discutiéndolas; no para que emitan tres decisiones distintas de manera separada. Por ello, la exclusión de un árbitro del proceso deliberativo constituye una violación al pacto de las partes que da pie a la anulación del laudo.

Finalmente, la doctrina<sup>13</sup> y la jurisprudencia<sup>14</sup> han reconocido que una violación al principio de colegialidad genera una ruptura del orden público internacional<sup>15</sup>; esto es, una consecuencia que resulta ofensiva para cualquier ordenamiento jurídico. Por ello, en arbitrajes internacionales es posible basarse en la violación al orden público internacional como causal para solicitar la anulación del laudo.

## 2. Mecanismos impulsados por los árbitros.

El artículo 52 de la Ley de Arbitraje se refiere a tres reglas, aplicables en orden de prelación a las decisiones del tribunal arbitral, que permiten subsanar la falta de participación de uno de los árbitros y así lidiar con sus objetivos ulteriores.

Según el principio de la mayoría, todas las decisiones del tribunal se adoptan por mayoría salvo pacto en contrario (artículo 52.1 LAP). Entonces, el tribunal se considerará válidamente constituido, estará apto para deliberar y podrá adoptar decisiones si es que la mayoría de sus miembros está presente, siempre y cuando el árbitro ausente haya tenido y tenga luego oportunidad suficiente para expresar su opinión.

En segundo lugar, el principio de adhesión supone que el árbitro que no votó se pliega a la

decisión de la mayoría o a la del presidente, según corresponda. Ello impide que la inactividad de un árbitro perjudique la validez del laudo.

En caso los árbitros no formaran una decisión mayoritaria, incluso luego de aplicada la regla de adhesión, la Ley de Arbitraje prevé un tercer mecanismo: el voto dirimente del presidente. La consolidación del poder del presidente evita que el arbitraje se quede entrampado (*deadlock*) y desincentiva la adopción de una solución salomónica. De esta manera, protege la voluntad de las partes de solucionar la controversia de manera celeré y sustentada en las pruebas presentadas.

De otro lado, en el artículo 30 se regula el mecanismo del árbitro renuente, el cual puede ser activado si un árbitro no participa en las actuaciones arbitrales o se ausenta reiteradamente de las deliberaciones del tribunal. Así, previa notificación a él y a las partes, dicho árbitro será declarado renuente, y el resto del tribunal estará facultado a proseguir con el arbitraje.

No obstante, la declaración de renuencia puede ser costosa en determinados escenarios. Esta implica notificar previamente al árbitro ausente que será declarado como renuente, lo cual podría derivar en intentos de aquel de bloquear el proceso o dejar "bombas" para anular el laudo. Asimismo, la notificación previa a las partes podría tener los mismos problemas, aunados a un intento de solicitar a un árbitro sustituto.

Consciente de estos problemas, la doctrina y jurisprudencia internacional han desarrollado el mecanismo de asimilación.<sup>16-17</sup> Esta figura evita notificar al árbitro ausente y a las partes, y, en

13. Bredin, Jean-Denis: "Le secret du délibéré arbitral", en *Études offertes à Pierre Bellet*, ed. Litec, Paris, 1991, p. 71.

14. Cour d'appel de Paris, 5/04/1973, *Revue de l'arbitrage*, 1974, p. 17.

15. Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel y Goldman, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, ed. Litec, Paris, 1996, p. 760.

16. BERGER, Bernhard. Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations. En: *ASA Bulletin*, Volume 31, Issue 2, 2013, pp.251-252. En el mismo sentido, POUURET, Jean Francois y Sebastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell Ltd, 2007, p. 656.

17. Corte Civil Suiza, Caso 4P.226/2001 del 1 de febrero del 2002. En el mismo sentido, Tribunal Federal Suizo, Caso 4p\_115/2003 del 16 de octubre del 2003.

cambio, permite a los árbitros restantes tomar una decisión válida, incluso en caso una de sus partes no participe en la deliberación. Para ello, el árbitro ausente deberá haber tenido las mismas posibilidades que los demás miembros del tribunal de poder hacer valer su opinión.<sup>18</sup>

De esta forma, si un árbitro *encamisetado* no acepta las invitaciones para deliberar e intenta retrasar el dictado del laudo a través de su inactividad, los demás miembros del tribunal, podrán proceder a laudar sin su intervención.

Habiendo resumido las herramientas de las partes y árbitros para la deliberación tóxica, a continuación profundizaremos en las soluciones específicas para enfrentar a diez tipos distintos de árbitros contaminados.

#### IV. DELIBERACIÓN Y ÁRBITROS TÓXICOS

La deliberación es el momento cumbre del arbitraje. Ahí los árbitros se muestran como verdaderamente son. La gran mayoría son trabajadores,

estudian el detalle del expediente, se ofrecen a ahondar en determinado problema jurídico, discuten de manera empática e intentan colaborar para arribar a una decisión adecuada, entre otros.

Los árbitros tóxicos también se sacan las máscaras y muestran sus verdaderas intenciones durante las deliberaciones. Se ausentan, filtran información a la parte que los designó, dinamitan el proceso creando una causal de anulación de laudo, entre otros.

Esos son los tipos de árbitros más peligrosos para una deliberación. Por ello, hemos creado diez perfiles de árbitros tóxicos y realizado una encuesta de percepción que ha sido respondida hasta el momento por 158 practicantes del arbitraje en Latinoamérica. Ello va a permitirnos advertir al lector sobre las prácticas que contaminan el procedimiento de deliberación, analizar la jurisprudencia aplicable y, especialmente, discutir distintas estrategias para sobrellevar una deliberación tóxica. Estos diez perfiles están separados de la siguiente manera:

Perfil	Explicación del perfil
<b>Salomónico</b>	En vez de invertir tiempo en el análisis de la controversia, prefiere otorgar a cada parte la mitad de lo que pidió ("partir al bebé por la mitad")
<b>Procesalosaurio</b>	Extremadamente formalista; solo quiere deliberar cara-a-cara
<b>Justiciero</b>	Es idealista. Extiende plazos, reabre incidentes y llama a terceros para arribar a llegar a la Verdad (con mayúsculas)
<b>Fantasma</b>	Desaparece de las deliberaciones
<b>Delivery</b>	Delega todo el trabajo al secretario
<b>Blandengue</b>	No tiene carácter y teme discutir con sus co-árbitros
<b>Egocéntrico (Super-litigante, Bully)</b>	Quiere ser el centro de atención
<b>Informante</b>	Filtra información a la parte que lo designó
<b>Kamikaze</b>	Se sacrifica y siembra una "bomba" para que el laudo sea anulado
<b>Gangster</b>	Se unen para disfrazar al laudo de validez; garantizan resultados al cliente que los contrate

18. POUDRET, Jean Francois y Sebastien BESSON. Comparative Law of International Arbitration. London: Sweet & Maxwell Ltd, 2007, p. 656.

A continuación, entraremos en una zona contaminada. Vamos a abrir "la caja negra" y entrar al cerebro de los diez tipos de árbitros que más afectan al arbitraje. Es un ambiente tóxico. Lo invitamos a proceder con cautela.

### 1. El árbitro salomónico o "parte-bebé".

*Seinfeld* es reconocida como una de las mejores series de los noventas. En uno de los capítulos, Elaine Benes, interpretada por Julia Louis-Dreyfus, promete que regalaría la bicicleta que acababa de comprar a quien pudiera aliviar su dolor de cuello. Inmediatamente, el avispado Kramer se dirige hacia ella y con un rápido giro de cuello le alivia el dolor. "Mándame la bicicleta cuando quieras", sentencia Kramer.

Esta situación genera un conflicto entre Kramer y Elaine, quien no estaba dispuesta a entregar su nueva bicicleta por una promesa que supuestamente no era seria. Por ello, ambos amigos deciden someter su disputa a su vecino Newman, "alguien con un corazón tan negro que no pueda ser influenciado por la pena, por las emociones o por la compasión humana". Después de escucharlos, el improvisado juez decide cortar la bicicleta a la mitad y que cada uno se quede con una parte.

Elaine acepta la decisión salomónica, mientras que Kramer suplica que la bicicleta se mantenga completa y que prefiera dársela a Elaine antes de verla partida por la mitad. Frente a la actitud de Kramer, y tal como hizo el Rey Salomón, Newman decide darle la bicicleta.<sup>19</sup>

Newman es un claro ejemplo de un Árbitro Salomónico, que se caracteriza por "partir al bebé

por la mitad" u otorgar la mitad de lo solicitado, en vez de tomar una decisión basada en los hechos y las pruebas presentadas por las partes. Notablemente, la decisión de Newman ignoró la discusión más importante (si la promesa de Elaine era vinculante) para concentrarse en un criterio salomónico (quién valoraba más el bien).

En el mundo real, las decisiones salomónicas son indeseables. Estas destruyen la confianza de las partes en el arbitraje y dañan su predictibilidad como sistema de resolución de disputas. Como ha señalado uno de los autores del presente artículo, "[p]artir al bebé por la mitad simplemente acaba matándolo".<sup>20</sup>

En un reciente arbitraje nos enteramos que dos árbitros habían decidido otorgar el 30% del monto reclamado por la parte reconviniente. Posteriormente, y a raíz de un proceso de anulación, la parte demandada se enteró que la indemnización originalmente se iba a otorgar era del 53%, y que el tribunal en mayoría habría rebajado dicho monto con la única finalidad, y sin razón objetiva alguna, de que el árbitro que finalmente emitió un voto disidente firme el laudo. La diferencia entre uno y otro monto era superior a los 10 millones de dólares.

Entonces, ¿con qué herramientas cuentan los árbitros para lidiar con un Árbitro Salomónico durante las deliberaciones? Veamos:

- El presidente suele ser percibido como el mayor propulsor de laudos salomónicos para negociar una posición dentro del tribunal.<sup>21</sup> Lo anterior es reflejo de un desconocimiento del rol del presidente, que al intentar no decepcionar a *nadie* termi-

19. Esta anécdota es sacada de: DRAHOZAL, Christopher. Privatizing Civil Justice: Commercial Arbitration and the Civil Justice System. *Journal of Law and Public Policy*, 1999-2000, pp. 578-579.

20. DE LA JARA, José María y Rodrigo VEGA. "Splitting the baby kills the baby" Tres propuestas para erradicar el mito de los laudos salomónicos. En: *Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversiones* No. 14, 2016. Este artículo se encuentra disponible en: <[http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2016/03/jm\\_Splitting-the-baby-kills-the-baby.pdf](http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2016/03/jm_Splitting-the-baby-kills-the-baby.pdf)>

21. En una encuesta realizada a 103 practicantes del arbitraje en Latinoamérica, el 75.4% de los participantes indicó que al presidente del tribunal es el principal propulsor de laudos salomónicos. DE LA JARA, José María y Rodrigo VEGA. *Ibid.*

na decepcionando a todos.<sup>22</sup> Por ello, es necesario empoderar al presidente, que según la Ley de Arbitraje el presidente cuenta con voto dirimente y capacidad de decidir por sí solos. Interiorizar dicho papel ayuda a evitar decisiones salomónicas con el único fin de negociar una mayoría al interior del tribunal.

- Para evitar saltos lógicos y decisiones emocionales, es aconsejable proponer y ponerse de acuerdo en seguir un árbol de decisiones o decision tree. En esta herramienta se listan todos los puntos controvertidos, incluyendo las distintas potenciales decisiones y las discusiones a las que estas llevarían.<sup>23</sup>
- Finalmente, es esencial que cada opinión de los árbitros esté sustentada en pruebas. Una manera respetuosa de lograr ese consenso es acordar que los árbitros deberán acudir a la siguiente reunión de deliberación habiendo redactado una breve respuesta al decision tree, con el requisito esencial de que aquella esté sustentada en los medios probatorios. Ello permitirá discutir el valor de dichas pruebas y así acercarse a una decisión mejor sustentada.

## 2. El árbitro procesalosaurio.

Los procesalosaurios rondan por las escaleras del Poder Judicial. Tienen largas garras con las que amedrentan a secretarios, jueces y congresistas. Su dieta básica consiste en una porción de excepciones, con guarnición de impugnaciones y abundante salsa de formalismo.

Esta especie jurásica está caracterizada por sufrir una severa miopía y un drástico astigmatismo. La primera les impide notar las diferencias entre el formalismo del proceso ordinario y la flexibilidad del arbitraje; mientras que, el segundo, evita analizar el detalle de los documentos y acceder al corazón de la controversia. Estas características presentan problemas al momento de deliberar.<sup>24</sup>

Por ejemplo, la visión formal del árbitro lo puede inclinar a deliberar únicamente si es cara-a-cara. Si bien ello es ideal, no es siempre posible ni mucho menos mandatorio.<sup>25</sup> En ese sentido, la Corte Suprema de Austria ha sostenido que "ICC arbitral tribunals can also deliberate exclusively by correspondece or (video-) conference calls, provided that this is also admissible under the law of the place of the arbitration".<sup>26</sup>

La respuesta de las cortes es reflejo de la globalización y el éxito del arbitraje. Hoy en día, los tribunales son compuestos por árbitros de distintas nacionalidades y sus agendas están cada vez más copadas. A veces es ineficiente o imposible que los árbitros se reúnan presencialmente. Por ello se deben valer de los avances tecnológicos (e-mail, Skype, videoconferencia, etc) para ejercer su labor y deliberar.<sup>27</sup>

De otro lado, los árbitros procesalosaurios están acostumbrados a la dinámica judicial de deliberación. Esta consiste en la sustentación de uno de los juzgadores de un dictamen escrito, para opinión de los demás (artículo 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). A nuestro entender, dicho estilo de discusión es incompatible con la confianza depositada en los árbitros.

22. DRAETTA, Ugo. Behind the scenes in International Arbitration. Juris Publishing Inc. P.93. Mayo 2011.

23. MEYER, Bernhard. Structuring a bargaining process. En: Inside the Black Box. Op. Cit., pp. 59-63.

24. WEISMAN, Robert. To judge or not to judge: retired judges as arbitrators. Disponible en: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor\\_law/2013/02/adr\\_in\\_labor\\_employmentlawcommitteemidwintermeeting/z.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/2013/02/adr_in_labor_employmentlawcommitteemidwintermeeting/z.authcheckdam.pdf)>. Revisado el 13 de mayo del 2016.

25. Sentencia del Tribunal Federal de Suiza referida al caso *Sefri v. Korngrap*.

26. Austria No. 16 D.S.A. v. W GmbH. 26 de abril del 2006.

27. LEW, Julian. En: Inside the Black Box. Op. Cit., p. 19.

La sustentación judicial del dictamen nace como una negativa a la deliberación, pues solo uno de los juzgadores se encarga de redactar un borrador de decisión sin haber conversado el sentido con los demás. En el arbitraje, dicha práctica es dañina, incluso si es ejecutada por el presidente del tribunal.

Por ello, aconsejamos tomar en cuenta las siguientes medidas en caso un Árbitro Procesal forme parte del tribunal:

- Aclarar que el procedimiento de deliberación es informal. Si bien es lo ideal, no será necesario reunirse presencialmente. En cambio, los árbitros podrán sostener (video) conferencias, intercambiar correos electrónicos o cualquier otro medio de comunicación confiable. De ser posible, este acuerdo deberá ser registrado en un documento firmado por todos los árbitros.
- Fijar como objetivo un intercambio de información profuso para arribar a una decisión adecuada. Para ello resulta necesario que *cada uno* de los árbitros estudie y contraste los documentos, proponga qué camino se debe tomar, y luego, especialmente, se discutan los distintos puntos de vista. A final de cuentas, las partes han accedido a un sistema de justicia porque los árbitros prometen una discusión de mayor nivel y profundidad.

### 3. El árbitro justiciero.

El Árbitro Justiciero ve al proceso como una damisela en peligro. Protegido por una armadura de superioridad moral, este paladín de la justicia cree saber mejor que las partes qué es lo que les conviene. Sin embargo, en su búsqueda por un ideal de justicia arremete contra la eficiencia del arbitraje y contra la voluntad de las partes.

El Árbitro Justiciero se caracteriza por una sed de justicia. En ese afán, es particularmente propenso a la producción y presentación de medios probatorios y enemigo de los plazos de preclusión. Asimismo, no teme consultar con terceros expertos las problemáticas de la controversia, vulnerando la confidencialidad del arbitraje y de las deliberaciones del tribunal. Cegado por su objetivo, no duda en incluir argumentos, discusiones y pretensiones que no han sido planteadas por las partes, siempre y cuando para él sean necesarias para arribar a la Verdad (con mayúscula).<sup>28</sup>

Si bien el Árbitro Justiciero tiene buenas intenciones, no se da cuenta que su intento de ayudar a las partes puede, más bien, terminar perjudicándolas. Por ejemplo, la búsqueda incansante de la verdad puede vulnerar el derecho de defensa de las partes si se introduce un argumento nuevo en el laudo sin la correspondiente oportunidad de contrastarlo y presentar evidencia al respecto; se vulnera el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable si se niega a cerrar instrucción para que las partes presenten más pruebas o para descubrir lo que *realmente* sucedió; se vulnera la confidencialidad del arbitraje y de las deliberaciones si se consulta con un tercero; se vulnera la voluntad de las partes si se incluye un asunto expresamente excluido del convenio arbitral, entre otros.

Al respecto, conviene tomar en cuenta el laudo del caso *Totem Marine Tug & Barge v. North American Towing*. En este, el tribunal alegó que los demandantes "erróneamente pidieron solo los gastos como daños", por lo que reformularon el pedido del demandante otorgando un total de \$ 157,887.63 en vez de los \$74,713.63 reclamados. Frente a ello, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos anuló el laudo por otorgar una indemnización que duplicaba el monto solicitado por la demandante e incorporar conceptos que no habían sido reclamados.<sup>29</sup>

28. SPALDING, Francis. *Op. Cit.*

29. *Totem Marine Tug & Barge, Inc. v. North American Towing, Inc.*, 607 F.2d 649,651 (5th Cir. 1979).

A nuestro entender, los Árbitros Justicieros deben recordar que *"el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones"*. En ese sentido, sugerimos enfatizar lo siguiente para evitar que sus buenas intenciones lleven a las partes a un infierno de demoras:

- Recordar que la actuación de los árbitros nace y está limitada por la voluntad de las partes. Por más que su sentido de justicia les diga que algo no está bien, como tomadores de decisiones no pueden ir más allá de lo que las partes han presentado.
- Evitar que el Árbitro Justiciero decida por sí solo cuestiones que cree podrían beneficiar a las partes. En nuestra opinión, el tribunal arbitral está facultado a consultar con las partes si tiene alguna duda, incluso sobre un punto no presentado por ellas. Lo importante es "abrir la caja negra" de la deliberación con la suficiente anticipación para que ambas partes tengan la oportunidad de pronunciarse y presentar la evidencia que consideren necesaria.
- Enfatizar que las partes han elegido acudir a un tribunal arbitral para evitar las demoras de la justicia ordinaria. Por ello, el cumplimiento del encargo del tribunal comprende la resolución celeré de la controversia. En ese sentido, consideramos un acierto la nueva política implementada por la Cámara de Comercio Internacional – CCI, según la cual se penalizan demoras injustificadas en la emisión de laudos.

#### 4. El árbitro fantasma.

Usted es parte de un tribunal que ha acordado reunirse para deliberar el sentido del laudo. Algunos días antes de la reunión, su co-árbitro ("el señor Cancelo") llama al presidente y le informa que no podrá asistir y que se postergue la reunión. El pedido es aceptado por el presidente.

El día de la nueva reunión, el señor Cancelo vuelve a comunicarse con el presidente para solicitar, por segunda vez, una postergación de la deliberación. El presidente vuelve a acceder.

Llegada la tercera fecha para la reunión, el tribunal se encuentra para deliberar pero el tiempo queda corto, teniendo que pactar una nueva reprogramación. Sorprendentemente, el señor Cancelo simplemente no asiste a la cuarta reunión.

Esta vez la deliberación se posterga por tres semanas para facilitar la coordinación de agendas y así, ojalá, incrementar las posibilidades de asistencia del señor Cancelo. Sin embargo, dos días antes de la nueva fecha, el señor Cancelo vuelve a pedir la reprogramación de la reunión. Lo mismo sucede en una quinta reunión.

Los hechos narrados forman parte de un caso real<sup>30</sup> que ejemplifica el daño que puede generar un árbitro ocupado o árbitro fantasma. Este se caracteriza por retrasar y entorpecer con sus desapariciones (excusas, falta de tiempo o falta de participación) el proceso deliberativo, poniendo en peligro la emisión del laudo dentro del plazo establecido por las partes. Su presencia no es la regla. En cambio, su aparición en una reunión se asemeja más a una actividad paranormal.

El árbitro fantasma coloca a sus co-árbitros en una encrucijada: respetar el pacto de las partes de comportarse como un tribunal colegiado y esperar hasta que aparezca para discutir el sentido del laudo o, por otro lado, tomar una decisión en su ausencia.

A nuestro entender, en esta situación los demás árbitros tendrán la potestad de aplicar el denominado mecanismo de asimilación. De esta manera, podrán tomar una decisión válida asimilando la desaparición de este árbitro como una participación en el proceso deliberativo,

30. Corte de Apelaciones de Beirut, Decisión No. 718/2011 del 23 de mayo del 11. *International Journal of Arab Arbitration*, 2012, Volume 4, Issue 2, pp. 77-85.

siempre que este haya tenido las mismas oportunidades que los demás miembros del tribunal para presentar su punto de vista.

No obstante, vale recordar que el mecanismo de asimilación es una excepción al principio de colegialidad que rige la deliberación. Por ello, debe ser aplicado de forma restrictiva y bajo parámetros de razonabilidad. Así, antes de utilizar este mecanismo, los demás miembros del tribunal deben tener en cuenta si existe alguna situación que justifique la falta de participación del árbitro.<sup>31</sup>

En definitiva, nuestras recomendaciones para lidiar con el árbitro fantasma son las siguientes:

- Ante todo, cada árbitro debe tener las mismas oportunidades para expresar sus puntos de vista en la deliberación. Ello implica que (i) haya sido invitado a todas las reuniones, (ii) haya tenido un plazo razonable para asistir a cada una de ellas, (iii) haya recibido copia de todas las versiones del laudo, incluyendo la final, (iv) haya tenido un plazo razonable para presentar sus comentarios respecto de cada una de dichas versiones.
- En caso considere pertinente utilizar el mecanismo de asimilación, asegúrese que el árbitro fantasma no cuenta con una justificación válida para su falta de participación. Por ejemplo, en el caso *FIC*, el árbitro Wang Shengchang fue encarcelado. Ello, sin duda, constituye una excusa válida de su ausencia que impediría aplicar el mecanismo de asimilación.<sup>32</sup>
- Guarde una copia de todas las comunicaciones intercambiadas con el árbitro fantasma.

Dependiendo de la intención del árbitro, estas podrán ser útiles en un eventual proceso de anulación para demostrar que tuvo plena oportunidad de hacer valer su opinión pero decidió no hacerlo.<sup>33</sup>

## 5. El árbitro delivery.

Imagine que el presidente del tribunal sugiere encargar al secretario arbitral la resolución y redacción de dos de las cinco pretensiones planteadas por la parte demandante. Esto es una propuesta típica de un árbitro que por falta de tiempo, irresponsabilidad o flojera decide involucrar al secretario arbitral. Como un establecimiento de comida rápida, el Árbitro Delivery no dedica suficiente a "preparar" el laudo. Prefiere desprenderse de la responsabilidad e involucrar al secretario arbitral en la deliberación del tribunal, en la decisión de cuestiones controvertidas o en la redacción de asuntos medulares.

Imaginemos que, aliviado por la disminución de carga de trabajo, usted acepta encargar el caso al secretario arbitral. Finalmente, ¿qué es lo peor que podría pasar? Según la jurisprudencia internacional, mucho.

Recientemente, el laudo del caso *Yukos*<sup>34</sup> fue cuestionado en un proceso de anulación, entre otras razones, porque el secretario arbitral del caso, el profesor Martín Valasek, habría redactado partes sustanciales del mismo. De hecho, de acuerdo a la Federación Rusa, Valasek habría dedicado entre un 40% a 70% más de tiempo que los demás árbitros en la redacción del laudo, lo cual constituiría un incumplimiento de estos de ejecutar el encargo arbitral de forma personal.<sup>35</sup>

31. BROCKER, Stefan y Kristoffer LÖF. Chapter 8 The Proceedings. En: *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Franke, Magnusson, et al. (ed). The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 227.

32. *First Investment Corp v. Fujian Mawei Shipbuilding, Tld. et al.* Alta Corte Popular de China, Provincia de Fujian, 12 de octubre de 2007 y Suprema Corte Popular, 27 de febrero de 2008. En: van den Berg, Albert Jan (Ed.) *Yearbook Commercial Arbitration 2010 – Volume XXXV*, pp. 349-352.

33. WAINCYMER, Jeff. *Op. Cit.*, p. 1294.

34. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

35. Por un lado, Vasalek dedicó 2,625 horas, mientras que el presidente Fortier 1,592; el árbitro Poncet, 1,540 horas; y, el árbitro Schwebel, 1,852.6 horas. ALTENKIRCH, Markus y Benedic SCHMEIL. *The Substantial Involvement of Arbitral*

Así pues, parece prudente que los Árbitros Delivery y sus co-árbitros se pregunten hasta qué punto puede el secretario participar en la deliberación o redacción de laudo arbitral.

Al respecto, el artículo 3 de la Guía de la ICCA establece que una de las funciones del secretario arbitral es la de "[d]rafting appropriate parts of the award"; mientras que las Notas de la ICC<sup>36</sup> indican que bajo ningún supuesto podrá ejercer funciones de toma de decisiones.

A nuestro entender, el secretario arbitral puede redactar directamente las secciones fácticas del laudo que no implican una función de toma de decisiones tales como antecedentes procesales, hechos del caso y posición de las partes.<sup>37</sup> En cambio, solo podrá ayudar a redactar las secciones dedicadas a la decisión sobre el caso si es que el tribunal ha deliberado y ya ha determinado el sentido del punto en discusión.

El razonamiento jurídico y la resolución de la controversia es responsabilidad exclusiva de los miembros del tribunal arbitral; y es que, fue a ellos a quienes las partes escogieron para decidir la disputa. Permitir la participación del secretario arbitral en la deliberación o delegarle la responsabilidad de decidir traiciona la confianza depositada por las partes en el tribunal y podría llevar a que se plantee la anulación del laudo por una "extralimitación manifiesta de sus facultades" o por un "incumplimiento al pacto de las partes".

Tomando en cuenta lo anterior, sugerimos lo siguiente para quien comparta tribunal con un Árbitro Delivery:

- Promover la actuación directa de los árbitros desde el Acta de Misión. Por ello, el secretario solo podrá asistir a las deliberaciones para ayudar con el manejo de pruebas y toma de notas; no deberá ofrecer su punto de vista.<sup>38</sup> En cuanto a la redacción del laudo, el secretario deberá limitarse a ayudar en las secciones fácticas, a menos que el tribunal ya haya tomado una decisión respecto a punto específico y requiera un primer borrador. En este último caso, sugerimos que el presidente envíe un memorándum a los demás árbitros en el que resume la posición adoptada por el tribunal y explica que el secretario colaborará en la redacción de determinadas secciones.
- En caso el presidente insista en la participación del secretario arbitral, es aconsejable que las distintas posiciones de los árbitros queden registradas en un documento o en comunicaciones. Dependiendo del caso, podría valer la pena notificar de este asunto al centro arbitral para que oriente al secretario o a las partes para que hagan valer sus derechos.

## 6. El árbitro blandengue.

El Árbitro Blandengue es incapaz de defender su posición durante las deliberaciones o tomar una decisión difícil que implique entrar en conflicto con alguno de sus co-árbitros.<sup>39</sup> Este tipo de árbitro es particularmente peligroso cuando es designado como presidente del tribunal, al no poder generar consensos, tomar una decisión firme ni utilizar su facultad dirimente cuando sus co-árbitros no lleguen a una decisión.

Secretaries. En: Global Arbitration News. Dicho artículo se encuentra disponible en: <<http://globalarbitrationnews.com/the-substantial-involvement-of-arbitral-secretaries-20150917/>>

36. Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries. International Chamber of Commerce.  
 37. Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries. The ICCA Report No. 1, p. 15.  
 38. Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries. The ICCA Report No. 1, pp. 14-15.  
 39. SPALDING, Francis. Choosing the Arbitration Panel. *Op. Cit.*

Un ejemplo claro de esta clase de árbitros lo podemos ver en el proceso de la Corte de Beirut narrado en la sección del Árbitro Fantasma. Como recordaremos, en ese caso el señor Cancelo solicitó la postergación de la deliberación no solo en una o dos, sino en cinco oportunidades. Y pese a que los árbitros habían dedicado tiempo a coordinar agendas y que el señor Cancelo solicitó las postergaciones con solo un día de anticipación, cada uno de los cinco requerimientos fue acatado por el presidente.

Así pues, en dicho caso el presidente no supo ordenar el proceso deliberativo y falló en poner mano dura dando como resultado una demora innecesaria en la emisión del laudo y una discusión insuficiente sobre su sentido.

Ahora, ¿qué medidas debemos tomar si nos topamos a un Árbitro Blandengue en una deliberación? Veamos:

- Si una de las partes ha designado a un Árbitro Blandengue, el presidente deberá fomentar una discusión sana en el tribunal, poniendo especial atención a las herramientas de la psicología para incentivar la participación de los distintos miembros del grupo. Para ello, el presidente debe ser un líder inquisitivo y callado, primar el pensamiento crítico y asignar roles. Esto implica que deberá emitir su opinión al final, otorgando así mayor libertad al Árbitro Blandengue de expresar su punto de vista de manera libre y sin temor a contradecir a quien puede ver como un superior jerárquico; cambiar las reglas de juego dejando claro que el objetivo de la deliberación no es llegar a un consenso, sino fomentar la mayor cantidad de información relevante y la libertad de expresión de distintos puntos de vista; asignar roles a los árbitros y que todos adopten el rol del abogado del diablo, asegurando así que cada co-árbitro se sienta lo suficientemente confiado

para plasmar todas sus ideas y libre para pronunciarse sobre los puntos de vista de los demás.<sup>40</sup>

- En caso el presidente sea un Árbitro Blandengue, los co-árbitros serán quienes deban empoderarlo. Así, será su deber recordarle que no solo la práctica le atribuye el cargo de *maestro de la orquesta*, al ser quien lidera el proceso deliberativo, la misma Ley de Arbitraje le otorga un rol preponderante en tribunal, teniendo incluso el voto dirimente en caso de empate.
- En caso lo anterior falle, sugerimos actuar de manera proactiva para organizar las deliberaciones. Ello implica, por ejemplo, proponer un cronograma de reuniones para deliberar y desarrollar un *decision tree*, los cuales serán sometidos a aprobación de los demás miembros del tribunal.

## 7. El árbitro egocéntrico.

Una vez terminada la audiencia de informe oral, los árbitros se dirigieron a la oficina del presidente del tribunal ("el señor Subido") para el inicio de la deliberación. O al menos eso creían. Al llegar tuvieron que esperar 45 minutos a que el presidente terminara con una "llamada urgente". Cuando el señor Subido por fin llegó, se limitó a pedir una propuesta de laudo a cada uno de sus co-árbitros. "*A partir de eso voy a decidir quién tiene la razón*", explicó.

La anécdota anterior refleja una personalidad distinta: el Árbitro Egocéntrico. Este se considera superior a los demás, sobreestima sus habilidades y cree ciegamente en su posición. No suele tomar en cuenta que debe discutir la posición con sus colegas. En cambio, confía excesivamente en su análisis y en su poder de convencimiento. Este sufre de un sesgo de egocentrismo que perjudica la deliberación, pues genera distorsiones en el procesamiento de información y barreras de

40. DELA JARA, José María Y Julio OLÓRTEGUI. Op. Cit.

comunicación que complican el intercambio de ideas.<sup>41</sup>

El caso del señor Subido es reflejo de lo anterior. El presidente tenía una visión tan distorsionada del rol que le toca cumplir, que fue capaz de encargar a sus co-árbitros la redacción de sendas opiniones para luego elegir la mejor, como si se tratara de un concurso de belleza y él fuera el juez.

Otra práctica común del Árbitro Egocéntrico es presentarse a la primera reunión de deliberación con un borrador de laudo. Como comenta Bernardini, ello es una falta de respeto a la posición de los demás árbitros; y es que, si uno dedica tiempo a redactar será difícil que cambie su posición y re-escriba lo ya adelantado.<sup>42</sup> Por si ello fuera poco, podría generar un peligro de conformismo y tendencia a plegarse a lo ya escrito, así como molestias por parte de quien redactó el proyecto por recibir críticas.

Asimismo, al momento de discutir su posición, el Árbitro Egocéntrico no suele escuchar a sus co-árbitros ni otorgar valor a una posición contraria a la suya. En cambio, es propenso a incurrir en un sesgo de confirmación; esto es, favorecer información que corresponde con su posición original e ignorar evidencia que apunte en el sentido contrario.<sup>43</sup>

Nótese además que el egocentrismo suele estar asociado a la necesidad de corregir a las partes o a los demás miembros del tribunal. Es así que, dependiendo de la personalidad de cada árbitro, el egocentrismo puede llevarlos a evolucionar (¿o involucionar?) en el Árbitro Super-litigante o el Árbitro Bully.

El Árbitro Superlitigante es una versión más acentuada del Árbitro Egocéntrico. Busca constantemente ser el centro de atención del proceso a través de una participación sumamente activa que reposa en sus dotes como litigante. Así, ve en las audiencias una oportunidad para lucirse. No se salva nadie, abogado, testigo o perito, todos están a merced de sus preguntas y cuestionamientos.<sup>44</sup>

De otro lado, el Árbitro Bully es la versión más agresiva del Árbitro Egocéntrico. Ve al arbitraje como una jungla donde reina el más fuerte. Por ello, se siente en la necesidad de comportarse como un depredador y alimentarse de abogados sin experiencia y testigos nerviosos que tengan la insolencia de cometer algún error en su presencia.

En atención a lo anterior, nuestras recomendaciones para lidiar con el Árbitro Egocéntrico, el Árbitro Super-litigante y el Árbitro Bully son las siguientes:

- Debemos lograr que el Árbitro Egocéntrico interiorice que el principio de colegialidad es la base de la deliberación. Para ello, se aconseja comenzar las discusiones lo antes posible y así tener suficiente tiempo de intercambiar puntos de vista, así como advertir a los árbitros que el tribunal no revisará ningún borrador antes de haber discutido previamente el sentido de la decisión.
- La preocupación principal con el Árbitro Super-litigante es que su hiper-actividad vicia el proceso. Por ello, se aconseja promover reglas claras antes de la audiencia, tales como tiempo de preguntas del tribu-

41. GUTHRIE, Chris; Jeffrey RACHLINKI y Andrew WISTRICH. Inside the Judicial Mind. En: Cornell Law Review, Vol. 87, 2001, p.815.

42. BERNARDINI, Piero. Op. Cit.

43. PEER, Eyal y Eyal GAMLIEL. *Heuristics and biases in Judicial Decisions*, 49 COURT REVIEW 114 (2013). Disponible en: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>

44. El problema con estos árbitros es que sus intervenciones pueden ser excesivas, dejando de lado la naturaleza adversarial del proceso arbitral y tomando un rol protagónico que, por definición, no le corresponde a ellos sino a las partes.

nal. Asimismo, el presidente debe ejercer una labor de control indirecto y discreto (enseñándole cómo se hace a través del ejemplo o bien pidiéndole "fuera de cámaras" que deje el protagonismo a las partes).

- El objetivo principal en la deliberación con el Árbitro Bully es evitar que se sienta atacado. Para ello, en primer lugar, es vital no interrumpirlo durante sus desahogos de enojo; de lo contrario volverá a comenzar con el ataque. En segundo lugar, es necesario recordar que la furia está vinculado a un procesamiento de información superficial que suele llevar a argumentos efectistas y sin fondo. Por ello, el árbitro debe conocer el detalle del expediente para poder discutir con el Árbitro Bully. Finalmente, la clave está en dirigir la respuesta con empatía ("entiendo tu punto pero creo que esa conclusión puede cambiar si se toma en cuenta el hecho X sustentado en la prueba Y"). En definitiva, el Árbitro Bully debe entender que quien está a su costado es otro árbitro y no su enemigo.

## 8. El "árbitro informante"

Durante el desarrollo de las audiencias, que duran varias horas y días, el baño se convierte en un espacio inusual de encuentro entre árbitros y litigantes. Hace algunos años, un prestigioso árbitro protagonizó una historia que refleja que estos no son lugares tan limpios como se creería.

El árbitro en cuestión se encontraba utilizando los servicios higiénicos, dentro de un cubículo metálico. Desde su cómoda posición, escuchó cómo su co-árbitro ("el señor Topo") discutía con la parte que lo designó el sentir del tribunal y cuáles serían las mejores preguntas para desacreditar la posición de su contraparte. Naturalmente, el árbitro informó lo que había es-

cuchado al presidente, quien aconsejó esperar a ver si el señor Topo formulaba las preguntas que le habían *soplado*. Finalmente, el señor Topo realizó las *mismas* preguntas que había discutido con el abogado de la parte que lo había designado.

Esta anécdota refleja el típico caso de un Árbitro Informante, caracterizado por comunicar a una de las partes el *feeling* de los demás árbitros, dar consejos de cómo mejorar su caso o recibir propuestas de cómo persuadir al tribunal.

Al respecto conviene recordar el caso conocido como el "escándalo Sekolec". En julio del 2015, salieron a la luz audios que comprometían a Jemej Sekolec, ex secretario de la UNICTRAL y árbitro en una disputa limítrofe entre Croacia y Eslovenia. En estos existía evidencia de una reunión entre Sekolec y Simona Drenik, representante de Eslovenia, en la que le habría comentado a la funcionaria pública acerca del posible resultado del caso y de sus esfuerzos para persuadir a los demás miembros del tribunal de que favorezcan a Eslovenia.<sup>45</sup>

Cómo podemos observar, el árbitro informante vulnera el secreto de las deliberaciones, principio básico del sistema de toma de decisiones<sup>46</sup>, y, peor aún, otorga un beneficio indebido a una de las partes, afectando el debido proceso y el trato igualitario, lo que eventualmente podría llevar a una anulación del laudo arbitral.

¿Qué podemos hacer si debemos deliberar con quien sospechamos podría ser un Árbitro Informante? Estas son algunas recomendaciones:

- Si antes de que se cierre instrucción toma conocimiento y tiene evidencia de que el tribunal está contaminado con un Árbitro Informante, tiene el deber de, primero, discutirlo con el tribunal, y segundo,

45. Para mayor información sobre el "Sekolec Scandal": ROSS, Alison. "Poisoned waters": Croatia's stance on the Sekolec Scandal. *Global Arbitration Review*, Volume 10 – Issue 4. Este artículo se encuentra disponible en: <<http://globalarbitrationreview.com/journal/article/34069/poisoned-waters-croatias-stance-sekolec-scandal>>

46. *Himpurna California Energy Ltd. v Republic of Indonesia*, Ad Hoc UNCITRAL, del 26 de setiembre de 1999.

comunicarlo a las partes, a fin de que la parte agraviada pueda recusar al árbitro en cuestión, se nombre un árbitro sustituto y se pueda continuar con el arbitraje.<sup>47</sup>

- En caso no se tenga pruebas fehacientes que acrediten la filtración de información, lo recomendable es que esto no se comunique a las partes. En este caso, los árbitros no parcializados deberán limitarse a analizar con mayor cautela los argumentos que el árbitro informante presenta ante ellos durante las deliberaciones. Mejor aún, el tribunal debería realizar una lista con los asuntos controvertidos o hechos que deberían recibir más atención de las partes y, con el acuerdo de estas, compartirla. Esto permitiría eliminar la ventaja irregular de una de las partes en la recepción de información.
- Las reuniones de deliberación deben registrarse. Por ejemplo, se puede elaborar un memorándum que resuma las conclusiones arribadas y los puntos por discutir. Ello facilita la detección y acreditación de una fuga de información dentro del tribunal arbitral.

## 9. El "árbitro kamikaze"

La deliberación para la emisión del laudo es la última fase de la tarea del tribunal. Luego de aproximadamente año y medio – en el que ha revisado memoriales de demanda y contestación, escuchado a los abogados de las partes,

sus testigos, expertos legales y peritos – el final del proceso está cerca.

Imagine que el tribunal que usted conforma existe una mayoría (el presidente y usted) que ha expresado que las pretensiones de la demandante deben ser declaradas fundadas. Su co-árbitro, designado por la demandada y claramente parcializado, está en desacuerdo. Y enfrentado a la mayoría en el tribunal, decide renunciar con la finalidad de dilatar la emisión del laudo.

Imaginemos otro escenario. Esta vez, su co-árbitro no renuncia, sino que comunica a las partes que no va a firmar el laudo porque existen una serie de "irregularidades". No precisa a qué se refiere ni adjunta prueba alguna. Su único objetivo ha sido "sembrar" una causal de nulidad en favor de la parte que lo designó.

Estas son algunas de las tácticas de guerra utilizadas por el Árbitro Kamikaze, un sujeto que intenta destruir el laudo arbitral inmolándose durante su elaboración o dejando "bombas" para que este sea anulado posteriormente.

Ahora, ¿los árbitros pueden continuar con el arbitraje frente a una renuncia súbita o se debe esperar a la designación de un sustituto? Actualmente no existe consenso y se continúa discutiendo, a nivel doctrinario y de cortes, si se requiere un acuerdo expreso de las partes para continuar con el proceso.<sup>48-49</sup>

47. Según la Ley de Arbitraje Peruana no es posible recusar a un árbitro luego del cierre de instrucción. Sin embargo, sí sería posible impulsar su renuncia.

48. Por un lado, REDFERN y HUNTER consideran que los árbitros restantes pueden emitir un laudo válido, siempre que el árbitro que renuncia no haya presentado una justificación válida. Además, jurisprudencia en el mismo sentido incluso llega a señalar que los árbitros restantes no solo tienen el derecho sino la obligación de seguir con el arbitraje. REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Six Edition. Oxford University Press, 2015, p. 4.155. Ver también: ANCEL, Jean Pierre. *Measures Against Dilatory Tactics: The Cooperation Between Arbitrators and the Courts*. En: ICCA Congress Series, 1999, p. 419; *Himpurna California Energy Ltd. v Republic of Indonesia*. Laudo parcial del 26 de septiembre de 1999 y del 16 de octubre de 1999. *Yearbook Commercial Arbitration 2000 – Volume XXV*, p. 194.

49. Del otro lado, POUURET y BESSON, así como las cortes de Suiza, Francia, España e Inglaterra sostienen que a falta de acuerdo expreso de las partes, los árbitros restantes no podrán emitir un laudo válido hasta que el árbitro renunciante haya sido reemplazado. Para ellos, proseguir con el arbitraje estaría yendo en contra del pacto de las partes, abriendo las puertas a la anulación del laudo arbitral. Ver POUURET, Jean Francois y Sebastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 658.

En nuestra opinión, no es posible determinar de manera general si se debe esperar o no a la nominación de un árbitro sustituto. En cambio, los árbitros restantes deberán realizar un análisis costo-beneficio de cada caso concreto, tomando en consideración los criterios enumerados al final de esta sección.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la intención de las partes de acudir al arbitraje es una referencia implícita a que desean resolver sus controversias de manera cèlere y transparente. Por ello, los árbitros deben prestar especial atención a la demora del proceso y a la posible responsabilidad de la parte que designó al Árbitro Kamikaze. En nuestra opinión, dicha clase de designación podría reflejar una voluntad contaminada, siendo deseable que quien realizó la designación asuma las consecuencias de su decisión.

En cualquier caso, el propio Born<sup>50</sup> reconoce que el artículo 12.2 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA<sup>51</sup> permitiría continuar con el arbitraje sin reemplazar al Árbitro Kamikaze. Notablemente, el artículo 33 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima<sup>52</sup> es bastante similar, por lo que los árbitros restantes podrían continuar con la emisión del laudo amparándose en dicha provisión, incluso bajo la posición de quienes exigen un acuerdo expreso.

En cuanto a la "siembra" de artillería para la anulación del laudo, consideramos que ello constituye una excepción al secreto de las deliberaciones. El secreto de las deliberaciones está pensado para

proteger la independencia del tribunal e impedir que las partes tomen ventaja de la información discutida; los árbitros restantes no pueden ser cómplices del atentado de un árbitro tóxico.<sup>53</sup> Por ello, los árbitros restantes estarán facultados a "abrir la caja negra" de la deliberación y proteger el laudo de la manera que consideren más adecuada, lo cual podría implicar, adjuntar correos electrónicos o memorándums de reuniones que demuestren que el árbitro sí tuvo oportunidad de participar en la deliberación, promover que dicho asunto sea analizado por la autoridad administrativa competente y eventualmente declarar como testigos en el proceso de anulación.

En atención a lo anterior, sugerimos tomar en cuenta estas recomendaciones para deliberar con un Árbitro Kamikaze:

- Si un árbitro renuncia súbitamente con el único propósito de perjudicar el proceso, los árbitros restantes deberán realizar un análisis costo-beneficio para decidir si deben esperar al nombramiento de un sustituto o seguir con el proceso. Dicho análisis deberá tomar en consideración (i) el estado del proceso, (ii) su dificultad, (iii) el daño generado por el árbitro renunciante, (iv) si el pacto si el pacto de las partes, el reglamento aplicable o la *lex arbitri* contienen una regla que les permite continuar con el proceso y, especialmente, (v) buscando que la decisión sea lo más beneficiosa para las partes.
- Si existe la mínima sospecha de que un Árbitro Kamikaze forma parte del tribunal,

50. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 1958.

51. "Si en un Tribunal Arbitral de tres miembros uno de los árbitros rehúsa participar o está reiteradamente ausente de las deliberaciones del Tribunal Arbitral, los dos árbitros restantes, una vez hayan comunicado dicha situación por escrito a la Corte de la LCIA, a las partes y al árbitro rebelde, están facultados para continuar con la instrucción del arbitraje (incluida la adopción de cualesquiera decisiones, diligencias de ordenación, ordenanzas procesales o laudos) sin perjuicio de la ausencia del árbitro rebelde"

52. "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, al Centro y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y para dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente.

53. WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, pp. 1298-1299.

será especialmente relevante promover mecanismos que permitan registrar las actuaciones del tribunal, tales como memorándums de reuniones firmados por los árbitros o correos electrónicos enviados por el presidente o el secretario resumiendo cada encuentro. Estos podrían ser útiles en un eventual proceso de anulación.

- En nuestra opinión, la "siembra" de una causal de anulación activa la obligación de los árbitros restantes de proteger el laudo. Por ello, consideramos que deben considerar seriamente romper el secreto de las deliberaciones y promover mecanismos que mitiguen la acusación del Árbitro Kamikaze, tales como adjuntar registros de la deliberación o solicitar una opinión a la entidad administrativa competente.

## 10. Los "árbitros gangsters"

"A lawyer with his briefcase can steal more than a hundred men with guns". Esta frase compartida por el capo de la mafia Vito Corleone describe el perfil de los Árbitros Gangster. Veamos un ejemplo.

Llegado el momento de laudar, el presidente del tribunal anunció a los árbitros A y F que él se encargaría de redactar el primer proyecto de laudo. Varias semanas después, el presidente circuló por correo electrónico dos versiones del proyecto, sin otorgar tiempo suficiente ni recibir comentarios entre uno y otro envío. O al menos eso es lo que creía el árbitro F.

En realidad, la verdadera "deliberación" se llevaba a cabo de manera privada entre el presidente y el árbitro A. Estas reuniones se realizaron en repetidas ocasiones, sin convocar ni notificar posteriormente al árbitro F.

El caso anterior refleja la actuación de dos Árbitros Gangsters, caracterizados por juntarse para disfrazar al laudo de validez, cuando en realidad es una decisión hecha a la medida de la parte que "contrató sus servicios".

En el caso anterior, el árbitro F fue excluido de las deliberaciones. Algo peor sucedió en el arbitraje *Puma v. Estudio 2000*<sup>54</sup>, en el que el presidente "R" y el coárbitro "T" aprovecharon que el coárbitro "I" se encontraba fuera de Madrid para reunirse y modificar lo que se había acordado previamente de manera colegiada.<sup>55-56</sup>

Un caso aún más extremo se dio en el arbitraje *Goller v. Liberty*<sup>57</sup>, donde el presidente del tribunal ni siquiera tuvo la decencia de consultar ni notificar previamente a los árbitros antes de enviar el "laudo" a las partes.<sup>58</sup>

Así, el *modus operandi* de los Árbitros Gangster está encaminado a simular una discusión transparente, cuando en realidad solo quieren beneficiar a una de las partes. Los casos revisados coinciden en la exclusión del tercer árbitro y el consecuente incumplimiento del principio de colegialidad, ya sea porque dos árbitros se reunieron de manera privada sin invitar ni notificar sus conclusiones al tercero, porque no le dieron suficiente tiempo para emitir sus comentarios

54. Puma AG Rudolf Dassler Sport / Estudio 2000, S.A. Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimosegunda), Caso No. 200/2011, 10 de junio de 2011.

55. Si bien luego el presidente envió al coárbitro "I" esta última versión del laudo, ello en realidad fue solo una formalidad; solo tres minutos después el secretario arbitral envió a las partes el "laudo final".

56. Esta situación se repitió en el caso *Guangying v. Eurasia*.

57. *David Goller v. Liberty Mutual Insurance Co.* 523 Pa. 541 (1990).

58. Al día siguiente de la comunicación de la decisión, el árbitro a quien no se le consultó, remitió una carta al presidente indicándole que no solo había sido excluido del proceso deliberativo, sino que la decisión emitida presentaba de manera equívoca su posición, afirmando que lo señalado en la decisión era absolutamente incorrecto. Frente a ello, la Corte Suprema de Pennsylvania no solo anuló el laudo emitido por el tribunal, sino que llegó a señalar que un laudo sin deliberación no es un laudo arbitral.

o porque simplemente no le avisaron antes de comunicar la decisión a las partes.

Frente a ello, conviene recordar que la exclusión del árbitro no es subsanada por su facultad de emitir un voto disidente. En realidad, dichos votos no forman parte del laudo arbitral<sup>59</sup>. Más importante aún, y como bien se ha señalado en los casos *Goller* y *FCI*, un laudo sin deliberación simplemente no es un laudo, por lo que no debe ser tomado en cuenta.<sup>60-61</sup>

Asimismo, consideramos que la actuación de los Árbitros Gangster faculta al tercer árbitro a romper el secreto de las deliberaciones para informar a las partes de las irregularidades que se han cometido, ya sea en una comunicación durante el arbitraje o como testigo en un proceso de anulación.<sup>62</sup>

En base a lo indicado, sugerimos tener en cuenta las siguientes medidas en caso tenga la sospecha que está deliberando con Árbitros Gangster:

- Promueva un acuerdo entre los árbitros respecto a un cronograma de reuniones para la formación del laudo. Esto le dará mayor previsibilidad al procedimiento de deliberación, elevará los costos de esfuerzo para excluirlo y le permitirá rastrear los cambios en los proyectos entre una y otra reunión.
- Genere pruebas de que está buscando participar en la deliberación del tribunal. Envíe correos electrónicos a sus co-árbitros. Si no son respondidos considere enviar comunicaciones formales, copiando al centro de arbitraje que administra la controversia.

Estas pruebas podrían servir en un eventual proceso de anulación para acreditar que usted fue excluido por el tribunal.

- Si está seguro que está siendo excluido de la formación del laudo, considere romper la confidencialidad de las deliberaciones. Dependiendo del caso concreto, usted podrá optar por (i) enviar una comunicación formal a los co-árbitros denunciando su exclusión, (ii) comunicar a las partes y al centro de arbitraje que administra la controversia que se está violando el principio de colegialidad, o (iii) concentrarse en generar pruebas de dicha violación el entendido que los Árbitros Gangster no cambiarán su posición y que podría resultar más conveniente apuntar a la anulación del laudo. En cualquiera de los casos, no deje a las partes a la deriva del proceso de anulación: no tenga miedo en expresar su opinión en un voto disidente, considere detenidamente la posibilidad de adjuntar registros de la falta de deliberación o de los cambios unilaterales perpetrados por los árbitros restantes y preséntese como testigo en el proceso judicial.

## V. SIETE CONSEJOS PARA PROMOVER UNA DELIBERACIÓN SANA

Como comentamos al inicio, en paralelo a este trabajo hemos realizado una encuesta de percepción que, hasta el momento, ha sido respondida por 158 practicantes del arbitraje de 17 países de Latinoamérica.<sup>63</sup> Los resultados muestran que los árbitros encamisetados (Informante, Kamikaze y Gangster) generan

59. BORN, Gary. *Op. Cit.*, p. 3053.

60. *David Goller v. Liberty Mutual Insurance Co.* 523 Pa. 541 (1990).

61. *First Investment Corp v. Fujian Mawei Shipbuilding, Tld. et al.* Alta Corte Popular de China, Provincia de Fujian, 12 de octubre de 2007 y Suprema Corte Popular, 27 de febrero de 2008. En: van den Berg, Albert Jan (Ed.) *Yearbook Commercial Arbitration 2010 – Volume XXXV*, pp. 349-352.

62. WAINCYMER, Jeff. *Op. Cit.*, pp. 1298-1299. Ver también: BROCKER, Stefan y Kristoffer LÖF. *Op. Cit.*, p. 227.

63. Los participantes ejercen su práctica arbitral en Perú, Brasil, Argentina, Ecuador, Chile, Colombia, Bolivia, Panamá, Costa Rica, entre otras. La experiencia promedio de todos los encuestados asciende a 10.2 años de práctica arbitral oscilando entre 2 y más de 50 años.

más daño a las partes y mayor dificultad en la deliberación.(VER

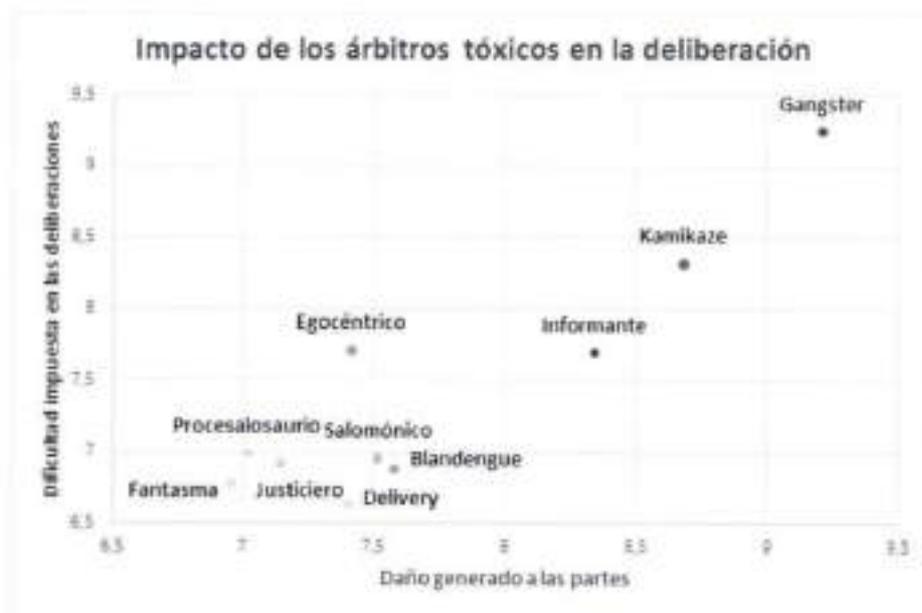
Notablemente, el 77,4% de los encuestados considera que la presencia de un árbitro tóxico puede ser contrarrestada por un buen presidente. Por ello, conviene recordar que el presidente es el director de la orquesta<sup>64</sup> y como tal es el encargado de (i) fijar la fecha para iniciar la deliberación, (ii) organizar el procedimiento, (iii) promover la participación de sus co-árbitros y (iv) garantizar que todos los puntos controvertidos sean discutidos.<sup>65</sup>

Para cumplir dichas tareas, y con el objetivo de lograr un intercambio eficiente de información entre los miembros del tribunal, recomendamos promover las siguientes acciones:

- Reserve tiempo para conocer a sus co-árbitros. La cantidad de información que se comparta en la deliberación depende de la

confianza que existe entre los árbitros. Por ello, el presidente debe intentar conocer a sus co-árbitros apenas tenga la oportunidad. (ver gráfico).

- Inicie la deliberación cuanto antes. En la medida de lo posible, la deliberación deberá iniciar – aunque de forma gradual – a partir de la recepción de los escritos de ambas partes. Al respecto, RIVKIN recomienda a los árbitros viajar y encontrarse para la conferencia procedimental y así poder llevar a cabo una discusión preliminar, cuidándose de protegerla con un *disclaimer* (“me gustaría escuchar más sobre esto en la audiencia porque tal vez podría cambiar mi posición”; “según lo que he visto hasta ahora, mi impresión es que ...”).<sup>66</sup>
- Proponga reunirse un día antes de las audiencias (Reed Retreat). Es recomendable que los árbitros se reúnan un día antes de



64. En ese sentido, WAINCYMER indica que “There is as much a need for proactive management of the award stage as there is of the pre-award procedures. *The chair should manage the stages of deliberation, preparation of drafts, reviewing drafts, revisions, finalization, signature and service*”. WAINCYMER, Jeff. Op. Cit.

65. ALONSO, José María. Op. Cit.

66. RIVKIN, David. En: Inside the Black Box. Op. Cit., p. 22.

las audiencias para discutir sobre el caso y cómo debería proceder aquella.<sup>67</sup> Esto permite focalizar la atención de los árbitros y transparenta las posiciones preliminares que mantienen.

- **Registre las deliberaciones.** Según nuestra encuesta, los árbitros registran en promedio 1.82 de cada 10 deliberaciones. Es más, el 53.8% de los encuestados respondió que no habían registrado ninguna de las deliberaciones. Como hemos visto, el record es vital para protegerse frente a las prácticas tóxicas. Por ello, sugerimos encargar al secretario que registre las incidencias de las deliberaciones.
- **Reserve tiempo para deliberar durante las pausas y luego de la audiencia.** Durante cada día de audiencia suelen haber aproximadamente cuatro pausas por coffee break y una por almuerzo. Los árbitros deberían utilizar estas pausas para discutir de la evidencia que acaban de presenciar y profundizar en el entendimiento del caso. Más importante aún, los árbitros nunca deberían fijar el vuelo de regreso para el mismo día que terminan las audiencias. En cambio, es preferible que reserven tiempo para deliberar apenas terminen las audiencias, pues en ese momento la evidencia aún está fresca en la memoria.
- **Fomente el intercambio de información.** Para ello, el presidente deberá ser un líder inquisitivo y callado, primar el pensamiento crítico y promover la asunción de distintas posiciones. Así, es recomendable que el Presidente promueva la presentación de las ideas de sus co-árbitros antes de presentar su posición, incentive la discusión incluso

cuando hay una posición mayoritaria y asuma el rol del *abogado del diablo*.<sup>68</sup>

- **No demore en escribir.** Por más que parezca un consejo básico, es importante que las ideas se plasmen lo más pronto posible. Por un lado, de esta forma, las ideas que surgieron en la discusión con los demás árbitros no se pierden; por otro lado, así el laudo se termina de redactar con mayor antelación, lo cual permitirá que las partes tengan con mayor celeridad una solución a su controversia.

## VI. PALABRAS FINALES

Los árbitros tóxicos traicionan la voluntad de las partes con su irresponsabilidad, falta de experiencia y desidia. Por su lado, los árbitros encamisetados corrompen el proceso, vendiendo decisiones al mejor postor. Así, los árbitros tóxicos contaminan el sistema arbitral.

Es necesario luchar activamente contra las prácticas tóxicas del arbitraje. Ponerse una máscara de gas y pretender que estamos protegidos es irresponsable. Una posición pasiva permite que el virus se siga expandiendo y genere más adeptos.

Por ello, requerimos internalizar que el miedo también corrompe el sistema. No hay que tener miedo de negarnos al pedido de un cliente de designar a un árbitro tóxico; no hay que tener miedo de denunciar una irregularidad; ni hay que tener miedo de generar y adjuntar pruebas de dichas irregularidades para no dejar a las partes a la deriva del proceso de anulación. Exponga en seminarios. Escriba. Discuta. No tenga miedo de alzar la voz y denunciar las prácticas tóxicas. Después de todo, como señala el juez Brandeis, *"la luz del sol es el mejor de los desinfectantes"*.

67. *Ibid.*

68. DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. *Op. Cit.*