Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año I - N° 1, Lima - Perú, setiembre 2023 ISSN 2961-2853

Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades



Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica
Año I, N.° 1, setiembre, 2023
ISSN: 2961-2853

Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año I - N° 1, Lima - Perú, setiembre 2023 **ISSN 2961-2853**



Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades

Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL
REVISTA JURÍDICA
N°1- Setiembre 2023 - Lima-Perú.

Revista Profesional - Especializada: Nuestra Revista realiza publicaciones especializadas en la responsabilidad civil, promoviendo la reflexión entre académicos y profesionales dedicados al ejercicio práctico, tanto en la defensa como en el ejercicio como magistrados.

Director
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Comité Editorial
Fredy Eloí Del Pino López

Cómite Consultivo
Dr. Leysser León Hilario (Perú) – Dra. Francesca Benatti (Italia) – Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia) – Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia) – Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil) – Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú) – Dr. Roger Vidal Ramos (Perú) – Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile) – Dr. Alberto Pino-Emhart – Mg. Renzo Esteban Saavedra Velazco – Mg. Jhoel Chipana Catalán

Edición a cargo de:
© Instituto Peruano de Responsabilidad Civil
Av. Calle Los Zungaros 260, Lima - Perú
RUC: 20610875867
Celular: 989039480
E-mail: ipdrcperu@gmail.com
Website: ipdrcperu.com

100 ejemplares

Título Clave: Revista Especializada en Responsabilidad Civil
Depósito Legal Nº 2023-08332
ISSN: 2961-2853
Indexada en LatinREV de FLACSO Argentina
https://latinrev.flacso.org.ar/revistas/revista-especializada-resposabilidad-civil

Diseño y diagramación: Enrique Tello P. | e-mail: etelloediciones@gmail.com

Impreso en Setiembre de 2023 por:
Martel Acabos Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos- Lima.
RUC: 20605426568

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada-, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos procesos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Índice General

Presentación 9

Introducción a la Responsabilidad Civil
Bruno Tapia Cornejo 13

Perspectivas sobre los litigios climáticos
Francesca Benatti 37

Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional
Christian F. Basaldúa Chincha 67

Entrevista
A Propósito de la Teoría de la Perdida de Oportunidad. Una visión de derecho comparado
Entrevista al Profesor Dr. Rafael Pettefi Da Silva 147

Normas de públicación en la segunda edición de la revista especializada en responsabilidad civil del instituto peruano de responsabilidad civil 155

Presentación

Consideramos que las presentaciones deben referirse más a los aspectos intrínsecos, por las cuales se ha llevado a cabo la creación de un determinado proyecto. En el caso del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil, nuestro interés se remonta específicamente a marzo del 2011, cuando cursábamos los estudios de pregrado, específicamente en el curso de Derecho de personas. A partir de entonces, hemos sido coherentes, con nuestro interés en el área más dinámica del derecho civil, ya que, al momento de escribir estas líneas, hemos realizado 3 sustentaciones, una de pregrado y dos de maestría, con temas vinculados a la responsabilidad civil. En ese sentido, y debido a nuestro interés por estar constantemente actualizados en el área, con la finalidad de cumplir a cabalidad nuestra vocación por la docencia universitaria, nos percatamos que existen facultades de derecho, las cuales el curso de responsabilidad civil , no se dicta, debemos enfatizar que esto es tanto a nivel de Facultades de Derecho privadas como públicas, teniendo como consecuencia un gran desbalance y preocupación en el futuro a los litigantes que puedan llevar procesos de daños y perjuicios.

¿Cómo exigirles a los abogados y futuros jueces que desarrollen y motiven respectivamente a un área que no han cursado en sus estudios de pregrado?

Por otro lado, siendo conscientes de los tiempos de los magistrados, pretendemos reflexionar sobre diversa casuística la cual será reforzada con contribuciones académicas, en aras de contribuir a la difusión en un solo lugar, de la doctrina & jurisprudencia de la responsabilidad civil , procurando enfatizar un análisis tanto a nivel sustantivo como a nivel procesal, con la finalidad de ver si nos acercamos a uno de los fines del proceso como es la búsqueda de la verdad, a partir de una valoración racional de la prueba.

Misión del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Somos un Instituto que proporcionara a los estudiantes, profesionales del derecho y publico interesado, una formación académica de calidad en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, permitiendo estar constantemente actualizado en el área más dinámica del derecho civil, permitiendo satisfacer las exigencias tanto del mercado laborado como las reflexiones necesarias a nivel académico.

Visión del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Pretendemos posicionarnos como un Instituto de referencia en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, para ello contaremos con los distinguidos miembros de nuestro comité consultivo, así como también, otros docentes que puedan formar parte de los distintos cursos y/o seminarios que se realizaran. Cabe destacar, que nuestra preocupación por incentivar la investigación es tal, que en la medida de lo posible de los tiempos de cada uno de los que forman parte del presente Instituto, se realizaran asesoramiento de trabajo de tesis que se encuentre vinculados a la responsabilidad civil.

Valores del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Identidad: Identificación con la visión formadora de profesionales actualizados y analíticos en el área de la responsabilidad civil.

Excelencia: Calidad y dedicación de las actividades académicas y asesoramientos de tesis vinculados a la responsabilidad civil.

Respeto: Saber escuchar y respetar las posiciones contrarias, encontrándonos abiertos al diálogo propositivo.

Por otro lado, quisiéramos agradecer a la destacada profesora y jurista Italiana Francesca Benatti, por el envío de su interesante artículo: *Perspectivas sobre los litigios climáticos*. A su vez agradecer su paciencia y buena disposición no solo para los plazos establecidos para el presente número, sino también cuando se le ha podido invitar a la exposición de diversas conferencias. En esa línea, queremos agradecer al destacado abogado y amigo Christian Basaldúa, por su invaluable esfuerzo para presentar su artículo titulado, que es es un fragmento del Capítulo 1 de su Tesis para optar el Título de Abogado (denominada *¿Un gran poder conllevar una gran responsabilidad? La "inmunidad" del árbitro frente a reclamos de las partes por responsabilidad*

civil). Asimismo, quisiéramos agradecer al profesor Rafael Pettefi Da Silva, destacado jurista brasileño que tuve el honor de conocer en Girona, puntualmente en el seminario que brindó titulado "*Análisis dogmático de la teoría de la perdida de oportunidad. Una visión de derecho comparado*", el día 20 de febrero del 2019, en el aula 5H de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona,

Last but not least, quisiéramos agradecer a todos los Miembros Consultivo del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil, que, sin su confianza y sapiencia, los pequeños pero seguros pasos que venimos dando en el Instituto, serían más difícil de realizar:

- Dr. Leysser León Hilario (Perú)
- Dra. Francesca Benatti (Italia)
- Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia)
- Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia)
- Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil)
- Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú)
- Dr. Roger Vidal Ramos (Perú)
- Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile)
- Dr. Alberto Pino-Emhart
- Mg. Renzo Esteban Saavedra Velasco
- Mg. Jhoel Chipana Catalán

¡Bienvenidos al Instituto Peruano de Responsabilidad Civil!

Lima, 31 de julio del 2023

Mg. Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo
Director del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil.
Profesor Ordinario Auxiliar del Departamento de Derecho Privado UNMSM.
Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona (España).
Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal UNMSM.
Abogado con Tesina por la UIGV.
Doctorado en Derecho y Ciencia Política (e) UNMSM.

Año I, N.° 1
Setiembre 2023
ISSN: 2961-2853

Introducción a la Responsabilidad Civil

Introduction to Civil Liability

Bruno Tapia Cornejo[*] [**]

Sumario

1. El fundamento. 2. El daño y la nomenclatura extranjera. 3. El desarrollo de la interacción. 4. La responsabilidad civil, ¿Solo Repara? 5. Materiales sobre responsabilidad civil. 6. Responsabilidad civil & Jurisprudencia. 7. ¿Qué sucede cuando se incurre en un supuesto de responsabilidad? 8. ¿Resarcimiento o indemnización? 9. ¿Dónde se encuentran regulados? 10. ¿Tutelas distintas? 11. El cúmulo en la praxis.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo brindar una breve introducción a la Responsabilidad Civil, de tal forma que ustedes puedan comprender la relevancia de seguir pensando en el área más dinámica del derecho Civil; para ello hemos pretendido brindar un número ligeramente significativo de autores para que los interesados puedan profundizar en el tema, y también se les plantea algunos dilemas que siguen siendo un horizonte fascinante para seguir pensando.

Palabras clave: Responsabilidad civil, Jurisprudencia, Funciones, Daño

* Director del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil (IPDRC). Profesor de Responsabilidad Civil e Investigación en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Investigación Jurídica en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Ricardo Palma. Profesor de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho Civil y Comercial en la Universidad de Huánuco ORCID: 0000-0002-9253-2914. Correo: brunotapia.procesal@hotmail.com

** Tapia Cornejo, B. (2023). Introducción a la Responsabilidad Civil. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil (1)*, 13-36.

Abstract

This article aims to provide a brief introduction to Civil Liability, so that you can understand the relevance of continuing to think about the most dynamic area of Civil Law; For this we have tried to provide a slightly significant number of authors so that those interested can deepen the subject, and also pose some dilemmas that continue to be a fascinating horizon to continue thinking.

Keywords: *Civil liability, Jurisprudence, Functions, Damage*

1. El fundamento

En primer lugar, debe entenderse que la Responsabilidad Civil abarca una interacción dañosa (negativa) entre las personas[1]. De ahí que, esta rama del derecho civil se centra en aquellos daños que derivan, por un lado, de las relaciones jurídico-voluntarias (incumplimiento de las obligaciones), y, por el otro, aquellos que surgen del no vínculo previo entre las partes; es decir, del ámbito extracontractual. Entonces, ¿qué elemento es fundamental para que comencemos a hablar de la Responsabilidad Civil?

2. El daño y la nomenclatura extranjera

El primer escenario, y elemento que es fundamental, es el daño; considerado como el menoscabo, la afectación, o disminución de un aspecto que puede abarcar perjuicios materiales (respecto del cual podemos aproximarnos de manera más exacta a través del quantum). Y, por otro lado, desde la perspectiva comparada tenemos lo siguiente:

A. Italia.-
   i. El ámbito patrimonial.
   ii. El ámbito extrapatrimonial.
B. Francia.-
   i. Daño material.
   ii. Daño personal.

Esta clasificación, que centralmente está enfocada en el ámbito extracontractual, se encuentra regulada en el artículo 1985 de nuestro Código Civil peruano, donde se habla de los perjuicios que, tomados en cuenta, van a ser aquellos que se desprenden del propio acontecimiento que generó el daño; entiéndase hoy, doctrinariamente, como el daño emergente[2], el lucro cesante, el daño moral y finalmente, el daño a la persona.

3. El desarrollo de la interacción

Entonces, en esta interacción entre los individuos (con vínculo previo, como los contratos, o sin vínculo previo, como un accidente de tránsito), lo que ha acontecido con el daño es que se ha afectado una forma de obrar previamente,

1 Papayannis, D. M. (2021). Responsabilidad Civil (concepto). *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (21), 294- 312.

2 Que se menciona de forma expresa en el anteproyecto del Código Civil del 2018, pero que en el Código actual se lee de forma literal de la siguiente manera: **"Las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño".**

dice el profesor Papayannis, establecida por el derecho para las interacciones entre las personas, y por eso es que el principio fundamental que parte de la Responsabilidad Civil es el **deber de no dañar**[3], cuya explicación, evidentemente, nos podría tomar una extensión mucho más amplia que los fines del presente artículo. En ese sentido, nos centraremos, en particular, en tres escenarios que pueden ocurrir en la realidad.

Respecto al primer escenario, debemos entender que, en el ámbito de los contratos, a diferencia del ámbito extracontractual, donde su principal característica es que no existe un vínculo previo; deberán ser las mismas partes quienes se encarguen de establecer un deber de no dañar y a cumplir con este principio, siempre y cuando se respete a cabalidad todo lo previamente acordado.

Por otro lado, en el ámbito extracontractual, piénsese, por ejemplo, en un accidente de tránsito; ustedes podrán observar que en el mencionado ejemplo no hay un vínculo previo entre las partes, dado que este terminaría siendo ineficiente. Y ustedes se preguntarán ¿por qué?, imagínese si cada vez que sale a la calle usted tuviera que llevar un documento, o más bien, una mochila con muchos documentos para tratar de celebrar un acuerdo con cada una de las personas que están a cargo de la conducción de un vehículo, por si este le llegara a causar algún daño; ello sería ineficiente, porque prácticamente sería imposible que todos los conductores de los vehículos se detuvieran a celebrar estos acuerdos, porque entienden, o deberían entender que, si hay daño, existe un ordenamiento jurídico que tutela ese desequilibrio existente de la ocurrencia del mismo.

Ahora bien, en el tercer escenario, usted se encuentra en la situación 1, y podríamos plantear que, cuando hay un daño, se presenta una reducción, una situación menos "-1"; es decir, hay un perjuicio en particular y, por eso es que tiene sentido que se establezca en el ordenamiento jurídico lo que el profesor Morales[4], en su libro de "Remedios y Patologías del Contrato", ha denominado como **"remedio"**, que es aquella forma de respuesta en el ámbito material, hablamos personal

3 Papayannis, D. M. (2014). La práctica del Alterum Non Laedere. *Isonomía.*, 19-68.
4 Morales Hervías, R. (2019.). *Patologías y remedios del contrato.* Lima.: Instituto Pacífico.

o extrapatrimonial, de compensar el daño.

Por tanto, en estos tres escenarios previamente detallados, el ideal en la responsabilidad Civil, donde se exige el cumplimiento del principio de deber de no dañar, sería que no haya daños. Sin embargo, en nuestro país, y seguramente en muchos otros, se presentan dos escenarios que conviven; el primero, correspondiente al escenario "subóptimo"[5], donde se reparan los daños causados; esto quiere decir que el deber de no dañar se infringió previamente, porque lo ideal, como ya se ha mencionado, es no causar el daño (escenario óptimo). Y, por otro lado, tenemos el escenario normativamente defectuoso, donde a pesar de que se han generado los daños, estos no son reparados[6].

En este último escenario se presentan dos situaciones en particular; el primero donde, no obstante haberse establecido una sentencia, el daño no se repara de forma efectiva, piénsese, por ejemplo, en una sentencia que establece como reparación el monto de cincuenta mil soles (S/ 50,000.00), pero esta no se otorga de manera efectiva; y una segunda situación, donde simplemente no se reparan los daños, aun sabiendo que debería hacerse; aquí hablamos, por ejemplo, de las personas que causan un accidente, e inmediatamente se dan a la fuga, y donde considerando diversas circunstancias del accidente no es factible identificar al responsable, ya sea porque el accidente ocurrió en un lugar oscuro, no habían testigos, y a pesar de la presencia de cámaras, las imágenes resultan borrosas o ilegibles.

Entonces partimos que tenemos dos escenarios, el primero cuando se activa de manera efectiva un remedio, en vista de que existió una infracción previa al sistema, esto es, se ha incumplido con el deber de no dañar; y el segundo, cuando hay una infracción técnica y aun cuando existe un remedio, este no se concreta.

Fíjense qué interesante visión previa la que detona la Responsabilidad Civil. Estamos diciendo que esta puede derivarse de una interacción con vínculo previo entre las partes, o una interacción sin la

5 Los 3 mundos son un énfasis de la clara explicación brindada por el profesor Papayannis (2021, 294-312).

6 Justamente, en aquellos casos donde se dicta sentencia (en calidad de cosa juzgada), pero no se materializa el pago, estaríamos en el ámbito normativamente defectuoso.

presencia de un vínculo previo, teniendo como base que hay un derecho presente en el ordenamiento jurídico, el cual establece las formas en las que debemos actuar.

4. Responsabilidad civil ¿Solo repara?

Tiene que pensarse también, y esta perspectiva es interesante, que la Responsabilidad Civil no sólo repara; sino también regula, y es por eso por lo que, en el área de la culpa, como criterio de imputación, estamos pensando en un estándar de comportamiento de lo que la persona pudo, o no hacer, en un determinado supuesto. Antes, ustedes recordarán sus clases de derecho romano, cuando se referían al "buen padre de familia"; hoy se habla de la "persona razonable"[7]; y la persona razonable exige comportarse de acuerdo con determinada circunstancia, tiempo, espacio y lugar.

¿Qué hubiera hecho una persona razonable en ese escenario?, y les pongo un ejemplo, si nosotros pensáramos que conducir un vehículo es tan simple como tener la llave, tener la tarjeta de propiedad y subir al vehículo, estaríamos viendo el panorama de una forma bastante simple. Por el contrario, aquel que conduce, piensa y tiene conocimientos de la Responsabilidad Civil, sabrá que para conducir un vehículo debe contar con capacidad de ejercicio, como regla general; sin embargo, también hay supuestos específicos (por ejemplo, los mayores de 14 años que han contraído matrimonio y consecuentemente adquieren la capacidad de ejercicio) donde todos estos cuentan con un permiso especial.

Pero centrándonos y siguiendo en el área de los particulares, estamos hablando de una persona que tiene 18 años, tienen que pasar el examen médico, tiene que dar el examen de licencia de conducir, debe tener la tarjeta de propiedad, si es que ese vehículo no es propio posiblemente tenga que pensar en las consecuencias de actuar negligente o imprudentemente; ya que, entraríamos al terreno de la solidaridad en el ámbito del derecho civil. En ese sentido, en cuanto al pago, si este produce el accidente y hace que una persona se lesione, o incluso produce el fallecimiento de una persona, a consecuencia del accidente;

7 Se recomienda leer un interesante artículo sobre "Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia" (Papayannis D. M., Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia, 2021).

en términos económicos, solidariamente podría actuar el padre, la madre, el tío, el primo, o quien sea propietario del vehículo (tiene que revisar las llantas, tiene que verificar el aceite, tiene que haber hecho el mantenimiento del vehículo, debe contar con un SOAT, haber pasado la correspondiente revisión técnica, tener un chaleco amarillo en la maletera, por si el vehículo se detiene en la carretera; debe tener un conito, para que el vehículo no sea impactado por otro; y contar con una llanta de repuesto que esté debidamente inflada por cualquier situación); en este contexto existe un conjunto de escenarios diversos, como por ejemplo: tener una distancia de más de 30 metros, no exceder los límites de velocidad, por las consecuencias que éstas podrían repercutir; en el caso de los bebés, tomar las precauciones necesarias con los andadores, ya que, de no tener las precauciones y atención suficiente, los bebés podrían caer por las escaleras; este último ejemplo ha transcurrido en diversos casos, por lo que las láminas de advertencia en la mayoría de andadores son diversas.

Fíjense, si nos ponemos a pensar en la Responsabilidad Civil, pareciera que al peatón poco o nada trasciende, pero ¿qué ocurre realmente con la situación del peatón?

Simplemente porque sale a las calles ¿este debería estar sobreprotegido por el ordenamiento jurídico? Supongamos que hay un peatón que se encuentra en grave estado de ebriedad y negligentemente cruza una vía rápida, ¿incluso en esos escenarios deberíamos proteger a la víctima?

Diversa casuística nos ha permitido reflexionar que pre establecer responsabilidades simplemente porque es conductor o peatón en el accidente, puede tener un resultado no del más adecuado posible, acorde a las reglas de la responsabilidad civil; porque si nosotros pensamos que el desbalance está iniciado incluso antes del daño; es decir, pensar que en el 99.9 % de los casos, el peatón no tiene la responsabilidad solo por su condición de tal, no estamos comprendiendo que en la responsabilidad civil no todo daño se indemniza, partiendo que tienen que existir razones suficientes para trasladar el daño al presunto[8] agente dañador.

Así, por ejemplo, si hay un cruce peatonal, y a pesar de ello el

8 El término presunción no es utilizado en el artículo 1969, sino, agente dañador.

peatón no utiliza el mismo y cruza por la pista, ¿deberíamos simplemente hablar de una reducción de la indemnización, o debería eximirse al conductor de responsabilidad, siempre y cuando, con los peritajes correspondientes, se compruebe que no iba a excesiva velocidad?, se debe considerar para el ejemplo antes citado, que no era una vía de cruce de peatones, e incluso existía un puente peatonal. Otro escenario es el que involucra a un menor de edad, y uno puede pensar que porque uno se refiere a un "menor" (interés superior del niño), no hay forma de responsabilizar a los padres; sin embargo, los padres también cumplen un estándar de exigencia de comportamiento para reflexionar al respecto. Todo esto es una visión introductoria a lo que uno puede ver en la Responsabilidad Civil, la misma que seguiremos analizando en las próximas líneas.

Entonces, es importante para los que no han llevado el curso de Responsabilidad Civil, o para los que ya lo han llevado, realizar una actualización en lo que concierne a la doctrina, y resaltar la importancia y trascendencia que tiene el valor de la jurisprudencia. Una introducción a la Responsabilidad Civil, de la cual se ha tenido una perspectiva aquí, nos permitirá mapear el escenario para tener conciencia y entender la trascendencia que tiene el área más dinámica de Responsabilidad Civil; comprender su origen, así como su definición, por qué se sigue pensando en la idea de unificar la Responsabilidad Civil, sus términos fundamentales y alguna otra recomendación bibliográfica que se realizará a continuación.

5. Materiales sobre responsabilidad civil.

Si nosotros pensamos en la Responsabilidad Civil, podemos afirmar que existen diversos materiales para poder actualizarnos; podemos pensar, por ejemplo, en el tratado del profesor Barandiarán[9], o aquel clásico con el que se inicia el estudio de la Responsabilidad Civil[10], o incluso también los libros del profesor Taboada[11], o del profesor Sessarego[12]. Y no podemos dejar de mencionar al destacado profesor ci-

9 Barandiarán, J. L. (1993.). *Tratado de Derecho Civil.* Lima: WG Editores.

10 Trazegnies Granda, F. d. (2016). *La Responsabilidad Extracontractual* (8va. ed.). Lima.: Ara Editores.

11 Taboada Córdova, L. (2001.). *Elementos de la responsabilidad civil.* Lima.: Grijley

12 Fernández Sessarego, C. (2011.). *El Derecho a imaginar el derecho.* Lima.: Idemsa.

vilista Espinoza[13] que incorpora en su libro el análisis casuístico de las decisiones a nivel nacional.

Ahora bien, de las recientes publicaciones en materia de Responsabilidad Civil, también encontramos los libros del profesor Fernández[14], del profesor León[15], y de otros autores como Vidal[16]. En la línea del último autor mencionado, debemos destacar la vigencia de la responsabilidad ambiental, sobre todo teniendo en cuenta la reciente demanda presentada por Indecopi[17] en contra de Repsol; cabe precisar que este tema se puede ver, a su vez, desde una perspectiva comparada[18]. Siguiendo en esa línea comparada, podemos mencionar en nuestro país al profesor Campos[19], como también, si nos permiten una perspectiva comparada[20].

Por otro lado, es loable y destacamos que el profesor León[21], nos permita el acceso abierto de sus materiales de la Academia de la Magistratura.

---

13 Espinoza Espinoza, J. (2019.). *"Derecho de la Responsabilidad Civil"* (Novena Edición. ed.). Lima.: Instituto Pacifico.

14 Fernández Cruz, G. (2019.). *Introducción a la Responsabilidad Civil, lecciones universitarias".* Lima.: Fondo Editorial PUCP.

15 León Hilario, L. L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* Lima.: Pacífico Editores.

16 Vidal Ramos, R. (2014.). *La responsabilidad civil por daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano.* Lima.: Lex & Iuris.

17 La demanda civil de indemnización por daños y perjuicios se presentó ante el 27° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima por 4,500 millones de dólares americanos, contra seis demandados solidariamente: Repsol S.A (España), Mapfre Global Risks (España), Mapfre Perú Compañías de Seguro y Reaseguros (Perú), Refinería La Pampilla (Perú), Transtotal Agencia Marítima (Perú) y Fratelli D´amico Armatori (Italia). El proceso, en este caso, permite una valoración abstracta: 3,000 millones de dólares americanos por los daños causados y 1,500 millones de dólares americanos por el daño moral a los consumidores, usuarios y terceros afectados, aunque esta cifra será finalmente precisada por el juzgado en su sentencia. Fuente de consulta: https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/606485-el- indecopi-presenta-demanda-judicial-contra-repsol-por-usd-4-500-millones-por-responsabilidad-civil-de- riesgo-por-derrame-de-petroleo

18 Ruda Gonzales, A. (2008). *El Daño Ecológico Puro - La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.* Navarra.: Arazandi.

19 Campos, H., & Coord.), G. J. (2018). *La responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación.* Lima.: Themis.

20 Tapia Cornejo, B. (Coord.) (2021.). *Derecho de daños. Perspectiva comparada.* Lima.: Instituto Pacífico.

21 León Hilario, L. (2016.). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material auto instructivo.* Lima.: Material de la Academia de la Magistratura.

Asimismo, resulta conveniente mencionar otras publicaciones como las de: Responsabilidad Civil por accidente de tránsito[22] del profesor Espinoza (2019); así como los libros del profesor Torres[23] [24].

En lo concerniente al ámbito extrapatrimonial, es preciso agregar que contamos con los libros de la profesora Manzanares[25], así como otros autores que abordan el tan interesante tema del daño moral[26] [27] [28].

En esa misma línea, el análisis teórico-casuístico del libro coordinado por la Profesora Vargas- Machuca[29], en el cual se aborda el caso "Brunito", se trata de una obra en el que participan diversos autores.

Por otro lado, es interesante cómo se va ampliando el horizonte de la Responsabilidad Civil con publicaciones acerca de la responsabilidad de los bancos, así como otros libros referidos a la Responsabilidad Civil en el ejercicio de la parentalidad[30]. Ahora bien, si ustedes entran en la página de la Escuela Federal de Formación Judicial de la Suprema Corte de México, podrán descargar algunos materiales de acceso libre como el de Espejo[31](2021), y el de Xochitiozi (2021)[32], con artículos

22 Espinoza Espinoza, J. (. (2019). *Responsabilidad Civil por accidentes de tránsito.* Lima.: Instituto Pacífico.

23 Torres Maldonado, M. (2020.). *La Responsabilidad Civil en los Derechos Reales.* Lima.: Gaceta Jurídica.

24 Torres Maldonado, M. (2016.). *La responsabilidad civil en el derecho de familia: un enfoque legal,* Lima.: Gaceta Jurídica.

25 Manzanares Campos, M. (2008.). *Criterios para evaluar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis estadístico a partir de la jurisprudencia peruana.* Lima.: Grijley.

26 Gómez Pomar, F., & Marín García, I. (2017.). *El Daño Moral y su cuantificación.* Barcelona.: Bosch.

27 Campos Bermúdez, J. (2018.). *La responsabilidad civil de bancos en compras financiadas en planos de inmuebles y operaciones por internet.* Lima.: Instituto Pacífico.

28 García Long, S. (2019.). *La Función punitiva en el derecho privado.* Lima.: Instituto Pacífico.

29 Vargas-Machuca, R. (. (2019.). *La Responsabilidad Civil y el Daño Extrapatrimonial.* Lima.: Instituto Pacífico.

30 Rueda, N. (2020.). *La Responsabilidad Civil en el ejercicio de la parentalidad.* Bogotá.: Universidad Externado de Colombia.

31 Espejo Yaksic, N. (2021.). *La responsabilidad parental en el Derecho. Una mirada comparada.* Ciudad de México.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

32 Xochitiozi, C. d. (2021.). *Derecho de daños. Ideas para iniciar un dialogo.* Ciudad de México.: Suprema Corte de la Justicia de la Nación.

bastante interesantes que refieren a la causalidad y la perspectiva de daño, temas que nos permitirán seguir analizando la Responsabilidad Civil.

Finalmente, tenemos el libro del profesor Pino[33] que habla del "Daño moral en el ámbito del consumidor"; sin embargo, aquí no acaban los materiales de responsabilidad, por lo contrario, es una invitación a pensar y reflexionar que, si es que ya hemos visto el ámbito de la responsabilidad, aún queda mucho por seguir pensando y trabajando en aras de un mejor sistema y también en aras de actuar de una mejor forma en una sociedad como la nuestra.

De otra parte, es valioso revisar los artículos que se publican en nuestro medio, a través de diversas revistas especializadas, tales como Gaceta Civil, Actualidad Civil, así como otras revistas como Themis, Ius Et Veritas, Derecho y Sociedad, Derecho PUCP y Cybertesis, que también permiten observar qué investigaciones se están realizando sobre este apasionante tema de la Responsabilidad Civil.

Y en la doctrina extranjera pueden denotar el clásico inicio de los hermanos Mazeaud: "Tratado la Responsabilidad Civil", contenido en seis tomos; y la obra clásica que aborda el tema de "El daño"[34]. Asimismo, tenemos el libro "100 años de responsabilidad civil"[35], y el libro que aborda los principios del Derecho europeo de la Responsabilidad Civil[36], un libro bastante interesante que aborda uno de los elementos que, quizás, menos se ha tratado en la doctrina, por lo menos no en nuestro país de una forma tan extensa, hablamos de la Causalidad; por ello es un libro interesante que vale la pena revisar porque en este nos plantean casos de incertidumbre causal; es decir, no se sabe finalmente quién terminaría siendo considerado responsable. Por otro lado, en el ámbito norteamericano (Sistema Anglosajón); el ámbito de la responsabilidad civil es el ámbito de los Torts; que hablan del Derecho de Daños (el Derecho de agravios, en traducciones), porque los supuestos de perjuicios se encuentran delimitados dentro de los mayores debates sobre instituciones

33 Pino, A. (2021.). *El daño moral como remedio expresivo. A propósito del caso Mayan Palace.* Ciudad de México.: Suprema Corte de la Justicia de México.
34 De Cupis, A. (1975.). *El daño.* Barcelona.: Boch.
35 Chabas, F. (2017.). *Cien años de responsabilidad civil en Francia.* Chile.: Olejnik.
36 VV.AA. (2008). *Los principios europeos de responsabilidad civil.* Madrid.: Arazandi.

de aquel sistema jurídico en nuestro país, el de los *punitive damages,* el cual se pretendió incorporar vía jurisprudencial a través del V Pleno Jurisdiccional Laboral.

En el 2019, en lo que respecta a los límites de la responsabilidad por inejecución de obligaciones y responsabilidad extracontractual, el profesor Casals[37]. Por otro lado, para introducirnos al ámbito del Common Law, sería conveniente estudiar la obra de Holmes[38], así como la obra de los consolidados y destacados profesores en el ámbito norteamericano, Goldberg y Zipursky[39].

Porque antes, en los inicios de la Responsabilidad Civil, uno respondía más por cuestiones morales; esto es, porque tenía que responder; y fue posteriormente que se comenzó a hablar de la culpa, así como de la responsabilidad por actividades riesgosas, esta última de reciente data.

Otros libros para que ustedes puedan tener en consideración y ver el horizonte bastante interesante que tiene la Responsabilidad Civil, es la que refiere a la valoración en equidad, para ello será importante revisar a detalle el libro de la profesora Colombiana M´Causland[40], que es uno de los términos usados en el ámbito extra contractual, cuando no se tiene una aproximación, o cómo se justifica la imposición de un monto determinado, aquí se hace referencia a la idea de **equidad**, establecida en el ámbito de inejecución de obligaciones.

Por otro lado, cabe recalcar las diversas publicaciones realizadas por el destacado profesor Papayannis[41 42 43 44 45 46 47].

37 Martín- Casals, M. (2019.). *The bordelines of tort law. Interactions with contract law.* Cambridge.: Intersentia.

38 Holmes, O. W. (2009.). *the common law.* New York.: Wilder Publications.

39 John C.P. Goldberg, L. K. (2021). *Tort Law: Responsibilities and Redress.* New York.: Aspen.

40 M´Causland Sánchez, M. (2019). *Equidad Judicial y Responsabilidad Extracontractual.* Bogotá.: U. Externado De Colombia.

41 Papayannis, D. M. (2009). *Fundamentos Económicos de la Responsabilidad Extracontractual.* Buenos Aires.: Ad Hoc.

42 Papayannis, D. M. (2013.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social.* Madrid.: Marcial Pons.

43 Papayannis, D. M. (2014). La práctica del Alterum Non Laedere. *Isonomía.*, 19-68.

44 Papayannis, D. M. (2014.). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual.* Madrid.: Marcial Pons.

De igual importancia al dilema de la equidad, tenemos la problemática del cómo terminamos reparando de forma integral el daño sufrido, para ello podemos referir a la doctrina argentina, representada por el profesor Juárez[48], quien a su vez tiene un artículo bastante interesante con el profesor Papayannis; "El principio de reparación integral en sus contornos actuales[49]", así como la doctrina chilena, a través de un estudio del derecho francés, a cargo de la profesora Domínguez[50]

Por otro parte, en lo que concierne a la filosofía de la responsabilidad civil, debemos pensar con carácter introductorio el trabajo realizado por Aristóteles[51], donde se parte de la idea de hablar de filosofía, la justicia correctiva y distributiva. Y en esa misma línea, se encuentra el libro editado por los profesores Bernal y Fabra[52].

En ese escenario, conviene conectar con el valor de la jurisprudencia en el desarrollo de una tesis, en el desarrollo de un artículo, y aquí, una pregunta que yo planteo es, ¿debería juzgarse a un tribunal por decidir sobre un perjuicio no desarrollado en la doctrina?; para ello tenemos dos escenarios; el primero, por ejemplo, es aquel que se trabajó con el V Pleno Jurisdiccional Laboral, donde se pretendió introducir la figura de los **daños punitivos vía jurisdicción o vía legislativa,** y este es un error porque, primero, nuestra principal fuente del derecho es la ley y, por tanto, es a través de dicha fuente que se tiene que plantear la mencionada figura. Y el segundo escenario que les que-

45 Papayannis, D. M. (2016.). *El Derecho privado como cuestión pública.* Bogotá.: Universidad del Externado de Colombia.

46 Martín - Casals,M. Papayannis, Diego M (Edit) (2016). Uncertain causation in tort Law. Cambridge University Press.

47 Papayannis, Diego M. Editor/a. Pereira Fredes, Esteban (Edits) (2018) Filosofía del Derecho privado. Marcial Pons

48 Juarez Ferrer, M. (2015). *El Derecho constitucional a la reparación integral. Análisis a través del nuevo Código Civil y Comercial.* Buenos Aires.: Hammurabi.

49 https://www.academia.edu/40038690/El_derecho_constitucional_a_la_reparaci%C3%B3n_integral_como_exigencia_del_art_19_CN_Un_an%C3%A1lisis_de_la_amplitud_del_deber_de_no_da%C3%B1ar

50 Domínguez, C. (2019.). *El principio de reparación integral en sus contornos actuales.* Buenos Aires.: Thomson Reuters.

51 Aristóteles. (2014.). *Ética a Nicómaco.* Barcelona.: Gredos.

52 Bernal Pulido, C., & Fabra Zamora, J. (2013.). *La filosofía de la responsabilidad civil.* Bogotá.: Universidad Externado de Colombia.

ría comentar es, por ejemplo, aquel en el cual se plantea una demanda que todavía, aun cuando podría estar entre los perjuicios que establece el 1985 del Código Civil, por ejemplo, si es que, aun así, y no ha sido desarrollado por la doctrina, ese aspecto argumental debería criticarse a la judicatura.

6. Responsabilidad civil y Jurisprudencia.

Por todo lo antes mencionado es importante revisar la contribución realizada, no solamente por los altos tribunales, sino también por lo que se decide en los Plenos Jurisdiccionales y plenos casatorios[53]. También son importantes las contribuciones que nos permiten revisar los pronunciamientos de cuestiones de responsabilidad en las altas cortes[54]; ver, por ejemplo, la jurisprudencia nacional sistematizada en la página del Poder Judicial, las publicaciones de casaciones en separatas del Diario Oficial El Peruano, la revista "Diálogo con la Jurisprudencia", que también nos permite estudiar las decisiones importantes que contribuyen con la reflexión sobre si el camino que está realizando la jurisprudencia es o no la más adecuada, siempre en una perspectiva crítica propositiva, y no decir "esto está mal" y nada más.

En esta línea, cabe remitirnos a la respuesta que realizó la profesora Ariano a la pregunta ¿Y qué es el derecho?, "el derecho vivo, también conocido, es lo que dicen los jueces"[55]. Y es importante estudiar la jurisprudencia porque nos permite ver el argumento del por qué se ha decidido de una u otra forma, o también sobre qué cosas dice el ordenamiento, la ley, y sobre qué no se ha pronunciado el juez; o incluso un concepto que quizás se ha quedado en el tiempo, o una forma de resolver con un tipo de perjuicio, que no es el que tenemos, pero pretenden cubrirlo; como por ejemplo, si establezco el monto de S/ 200,000.00 o S/ 300,000.00 por daño moral, estamos pensando, no desde una perspectiva de reparación, entendido como el daño efectivamente cau-

53 Meza Torres, Y. (Coord). (. (2021.). *Los plenos casatorios civiles- Análisis a los 10 plenos vinculantes.* Lima.: Jurista editores.

54 Calderón Puertas, C., & Hinostrosa López, K. (2020.). *La responsabilidad civil en la jurisprudencia peruana.* Lima.: Motivensa.

55 Ariano Deho, E. (2020). La investigación jurisprudencial en el derecho procesal civil (10 de octubre del 2020). Canal: Justicia Tv. Enlace: https://www.youtube.com/watch?v=8MQE-9Ye6yQ&t=1s. Fecha de consulta 30 de setiembre del 2020.

sado; es decir, no solamente reparar el daño efectivamente causado, sino pensar en sancionar el comportamiento del agente dañado.

Y hay casos emblemáticos en Responsabilidad Civil que resultan necesarios revisar, pensar en el caso "Ivo Dutra[56]" que, para un sector de la doctrina es considerado el caso más importante o mejor desarrollado de Responsabilidad Civil, donde se estableció un millón de soles a un conductor de combi que atropelló al periodista Dutra, donde entre líneas decían que se estableció dicho monto porque se había puesto un peligro al volante (dado que este tenía papeletas y no era un adecuado conductor), y terminó siendo un caso que se resolvió por homicidio piadoso en segunda instancia, con un millón de soles como indemnización.

El caso Walter Oyarce[57], ocurrido en las tribunas del estadio Monumental; del caso Paolo Guerrero[58], donde no se logra acreditar que la hora en la que él se encontraba fuera de la concentración era la misma hora que la otra parte alegaba; el caso Gagliuffi[59] que aconteció en la avenida Javier Prado, y donde se observa que una camioneta Kia termina descarrilándose y matando a dos jóvenes; el caso Martinot[60], que data del año 2015, si mal no recuerdo, donde si bien no podemos garantizar nuestra afirmación, porque no hemos tenido a la vista los documentos correspondientes del caso; sin embargo, podríamos pensar que una persona que atropella dos veces a otra, debe estar con presencia de alcohol en la sangre, o haber consumido estupefacientes, porque en nuestros cinco sentidos, quién podría atropellar dos veces a una misma persona.

El caso Brunito, donde se estableció S/ 800,000.00 de indemnización, nos permite pensar si es que en todos los supuestos donde hay una empresa (pensamos en el término de "deep pocket"; es decir, que esta empresa tiene bolsillo profundo, tiene dinero; y consecuen-

56 Exp 1807-11 Lima.
57 EXP. Nº 1555 – 11 – 11 (Ref. Juzg. 22727 – 2011 – 11.
58 R. N. N° 449 – 2009.
59 Exp N°0048-2019.
60 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e6fbb4804a1a29f3a506ff07fb16806f/177.-+SINTESIS+INFORMATIVA+DEL+02+DE+OCTUBRE+DEL+2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e6fbb4804a1a29f3a506ff07fb16806f. Fecha de consulta: 30.09.22.

temente, la hago responsable, aun cuando el padre o madre no ha hecho nada por el hijo que estaba solo en ese supuesto) no se le atribuye siquiera una parte de responsabilidad a la madre.

Entonces, si es que nosotros estamos viendo este escenario, es importante entender que cuando se pretende Responsabilidad Civil se usa el término **responder** (sponsio); es decir, se pretende recomponer un balance que ha sido afectado por el daño en particular; este es el punto más importante.

¿Y por qué hablamos de responsabilidad civil?

Debido a la existencia de dos escenarios:

a) Inejecución de obligaciones.- Donde se ha infringido los acuerdos voluntarios entre 2 o más partes, mediante los cuales se han establecido derechos y obligaciones recíprocos.

b) Accidentes.- Sin vínculo previo entre las partes.

En ambos, se caracteriza que ha existido una consecuencia desventajosa y, consecuentemente, se pretende alcanzar este mundo que hemos denominado anteriormente como el escenario subóptimo, que es aquel donde se repara el daño.

7. ¿Qué sucede entonces cuando se incurre en un supuesto de responsabilidad?

La existencia de una situación jurídica de exposición, o sometimiento a un particular tipo de obligación que he pensado, en el resarcimiento, que es una cuestión importante. Y ¿cómo podemos diferenciar la Responsabilidad Civil de otros tipos de responsabilidades?

a. Responsabilidad Civil. - en el sentido del resarcimiento, como regla general, los casos de Responsabilidad Civil solo se piensan en términos económicos para que se enmiende el perjuicio ocasionado. Quizás si una persona ha mancillado mi honor, más que pensar en una cuestión de dinero, podría pensar en que me satisface más que esta se disculpe públicamente, o que se rectifique en los términos en los que me ha afectado. Piense particularmente en un medio de comunicación en la que la primera página saca su cara estableciendo una información sobre algo que usted no hizo y luego pretende rectificarse, simplemente, en la última página, en un cuadrito muy pequeño que pocos o casi nadie lee.

b. En la Responsabilidad Penal se piensa más en la consecuencia, en la pena, en una sanción, en una privación de la libertad, una falta, en otros supuestos importantes, pero que no está caracterizado principalmente por las cuestiones del resarcimiento. Qué duda cabe que cuando se habla de reparación Civil se tiene que partir de conceptos de la Responsabilidad Civil y por eso resulta muy importante.

c. La Responsabilidad Administrativa. - Aquí se habla, por ejemplo, de la imposición de una multa, o el cierre de un establecimiento. A modo de comentario, consideramos preciso mencionar lo acontecido en el distrito de Miraflores, en el cual se establecieron multas por infracción por haberse estacionado en lugares que, en teoría, eran líneas amarillas, pero que no estaban claramente delimitadas. No obstante, ello, los fiscalizadores alegaron que "pese que aún no estaba claramente delimitada la línea amarilla, se sobreentiende que es línea amarilla" y esto ha llegado a una consulta por parte de un profesor reconocido (Gonzales Barrón, G.), que ha escrito diversas cartas. En este caso, me parece bastante interesante el escenario en el cual la Defensoría del Pueblo, efectivamente, ha ratificado que no son las Municipalidades las encargadas de establecer papeletas por cuadrarse en las denominadas líneas amarillas, u otros supuestos, sino que el verdadero encargado es el Ministerio de Transportes, y que, por tanto, no es competencia de las municipalidades en particular; sin embargo, es un escenario para pensar definitivamente.

8. ¿Resarcimiento o indemnización?

Otro cuestionamiento que resulta importante abordar es determinar si el resarcimiento e indemnización terminan siendo lo mismo. Particularmente el Código establece que, para el resarcimiento, este tiene origen en un acto de Responsabilidad Civil; y tiene una vocación reintegradora de la posición alterada negativamente por un evento dañoso.

En cambio, la indemnización no tiene origen en un acto de Responsabilidad Civil, no tiene una vocación reintegradora y es establecido específicamente por la Ley. Pensemos en los escenarios donde se utiliza la indemnización, la ex-

propiación, el despido en ejecución de un contrato de seguro, del incapaz de discernimiento (derogada por el D.L. 1384), las rupturas de esponsales, la Ley de reparación de errores judiciales.

9. ¿Dónde se encuentran regulados?

Estas figuras se encuentran reguladas en:

a. El libro sexto de las obligaciones / Inejecución de obligaciones (Art. 1314-1350);

b. El libro séptimo, fuentes de las obligaciones / Extracontractual (Art. 1969-1988).

Hay una postura de origen donde el profesor Trazegnies, ya por el año 2001, en un libro que reúne a un conjunto de autores bastante interesantes, habla que la Responsabilidad Civil es una solución nueva para un problema viejo. Luego el profesor Morales (2005) describe que en Argentina se pretendió unificar la Responsabilidad Civil, lo cual en su momento tuvo cierta acogida en la doctrina peruana, pero no pasó de ello.

10. ¿Tutelas distintas?

El punto en cuestión es si ¿es posible pensar en unificar la actual bifurcación de la Responsabilidad Civil?, entiéndase por un lado a la inejecución de obligaciones y, por el otro, al ámbito extracontractual. Tenemos que pensar en dicha discusión; sin embargo, precisamos que esta se puede encontrar, por ejemplo, en la revisión de diversos libros de Responsabilidad Civil; pero particularmente que, en la inejecución de obligaciones, la fuente proviene de la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación; por el contrario, en la responsabilidad extracontractual no existe un vínculo previo; es decir, hay un daño, pero no hay un vínculo previo.

¿Qué intereses se protegen?, el interés relativo creditorio, que se refiere al ámbito contractual, lo que las partes han acordado; y, por otro lado, en la responsabilidad extracontractual interesa la integridad patrimonial, sin hablar de vínculo previo.

En el primero, el alcance del interés es relativo y oponible, exclusivamente, al deudor, pudiendo incluirse también a un fiador como responsable solidario en el ámbito de una inejecución de obligaciones. En el ámbito extracontractual se tutela la integridad física y patrimonial que puede ser, como tal, lesionado por cualquiera; es decir, el ámbito termina siendo indeterminado.

Y hay teorías unificadoras que hablan de que la responsabilidad es una sola; es decir, que la Responsabilidad Civil es una sola puesto que el fundamento recae en la violación del deber general o particular; Visintini habla que "la unificación es un falso problema"[61].

Particularmente cabe pensar si es que se tutelan cuestiones distintas, entonces, por tanto, debería haber tutela de protección distinta. Sí que podría pensarse, por ejemplo, en ampliar el plazo petitorio de la responsabilidad extracontractual, que actualmente es dos años (por otro lado, el de inejecución de obligaciones es diez años); pero otras cosas que respalden la idea de unificación no están pensadas como tal, al menos no en nuestro país, y tampoco se ha puesto sobre la mesa en el anteproyecto.

11. La idea de cúmulo en la praxis

En la Casación 34400 - Lima se indica que, es doctrina que el perjudicado pueda optar entre una y otra acción cuando el hecho sea al mismo tiempo incumplimiento de obligación y una violación del deber[62]; sin embargo, expresaba que el cúmulo de responsabilidad no debe ser una justificación para defender la unificación; solo si el damnificado puede ganar algo con su concesión, se trata de procurar un mejoramiento de la posición del damnificado y viceversa.

¿Qué pretende la Responsabilidad Civil?

No solamente está pensada en reparar; también existen funciones interesantes para desarrollar como son, la función Diádica o Sistémica, la de Satisfacción, la de Equivalencia, la de Distribución, Insatisfacción como garantía de consecución de los intereses que merecieron publicidad, de Equivalencia, porque la equivalencia es importante para saber si existen los supuestos necesarios para trasladar el daño de la presunta(s) víctima (s) al presunto agente (s) dañador(es); porque no todo daño se indemniza y este es un punto importante que tienen que

61 Visintini, Giovanna, ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual, tr. Mariateresa Cellurale, Universidad Externado de Colombia, 2015.

62 Morales Hervías, R. (2005.). La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual). *Advocatus.*, 117-141.

tener en cuenta hoy; y la de Distribución, porque es importante ver que se haya afectado un interés tutelado. Luego, a partir de ahí pensar ¿quién debe asumir dicha responsabilidad?; podemos pensar en un Estado intervencionista, o uno no intervencionista.

En nuestro país, por ejemplo, tenemos a un Estado no intervencionista, ya que, si hay un accidente, uno tiene que iniciar el proceso por daños y perjuicios, es decir se tiene que dirigir hacia la otra parte. En cambio, en Nueva Zelanda existe un fondo de compensación, por lo que usted no tiene que arreglar con la otra parte, sino dirigirse al fondo, donde ya se cuenta establecido supuestos específicos donde procede el pago.

Y la idea de desincentivar y prevenir, es una visión para que ustedes piensen lo que pretendo con mi argumento, con mi demanda, ¿qué pretendo satisfacer?, ¿cuál es la equivalencia que hay entre lo que se está dañando y lo que se está reparando?, ¿quién debe asumir la responsabilidad finalmente?

En esa línea, la Responsabilidad Civil, viene a ser aquella responsabilidad que se activa frente al daño y, consecuentemente, está pensado en repararse; pero la pregunta es ¿qué está pasando con el ámbito extrapatrimonial?, se está pensando en compensar, o también es una visión sistémica; es decir, sancionar a partir del paraguas del daño moral. Cabe precisar que ya hemos escrito al respecto[63].

Por último, y no por ello menos importante, animarlos a seguir mi canal de YouTube[64], donde podrán encontrar de manera específica una lista de reproducción sobre temas de responsabilidad civil, y donde a la fecha contamos con 389 vídeos.

Referencias Bibliográficas.

Ariano Deho, Eugenia (2020). Justicia Tv. La investigación jurisprudencial en el derecho procesal civil (10 de octubre del 2020). Enlace: https://www.youtube.com/watch?v=8MQE-9Ye6yQ&t=1s. Fecha de consulta 30 de setiembre del 2020.

Aristóteles. (2014.). *Ética a Nicocamo.* Barcelona.: Gredos. Barandiarán, J. L. (1993.). *Tratado de Derecho Civil.* Lima: WG Editores.

63 Tapia Cornejo, B. (2022). *Derecho de obligaciones. La prueba del daño moral en la jurisprudencia peruana.* Lima.: Instituto Pacífico.

64 https://www.youtube.com/channel/UCKr4X0fxd_TYUVibCbviBGA

Bernal Pulido, C., & Fabra Zamora, J. (2013.). *La filosofía de la responsabilidad civil.* Bogotá.: Universidad Externado de Colombia.

Calderón Puertas, C., & Hinostrosa López, K. (2020.). *La responsabilidad civil en la jurisprudencia peruana.* Lima.: Motivensa.

Campos Bermúdez, J. (2018.). *La responsabilidad civil de bancos en compras financiadas en planos de inmuebles y operaciones por internet.* Lima.: Instituto Pacífico.

Campos, H., & Coord.), G. J. (2018). *La responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación.* Lima.: Themis.

Chabas, F. (2017.). *Cien años de responsabilidad civil en Francia.* Chile.: Olejnik. De Cupis, A. (1975.). *El daño.* Barcelona.: Boch.

Domínguez, C. (2019.). *El principio de reparación integral en sus contornos actuales.* Buenos Aires.: Thomson Reuters.

Espejo Yaksic, N. (2021.). *La responsabilidad parental en el Derecho. Una mirada comparada.* Ciudad de México.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Espinoza Espinoza, J. (. (2019). *Responsabilidad Civil por accidentes de tránsito.* Lima.: Instituto Pacífico.

Espinoza Espinoza, J. (2019.). *"Derecho de la Responsabilidad Civil"* (Novena Edición. ed.). Lima.: Instituto Pacifico.

Fernández Cruz, G. (2019.). *Introducción a la Responsabilidad Civil, lecciones universitarias".* Lima.: Fondo Editorial Pucp.

Fernández Sessarego, C. (2011.). *El Derecho a imaginar el derecho.* Lima.: Idemsa.

Garcia Long, S. (2019.). *La Función punitiva en el derecho privado.* Lima.: Instituto Pacífico. Gómez Pomar, F., & Marín García, I. (2017.). *El Daño Moral y su cuantificación.* Barcelona.: Bosch.

Holmes, O. W. (2009.). *the common law.* New York.: Wilder Publications.

John C.P. Goldberg, L. K. (2021). *Tort Law: Responsibilities and Redress.* New York.: Aspen.

Juarez Ferrer, M. (2015). *El Derecho constitucional a la reparación integral. Análisis a través del nuevo Código Civil y Comercial.* Buenos Aires.: Hammurabi.

León Hilario, L. (2016.). *Responsabilidad civil contractual y ex-*

tracontractual. Material auto instructivo. Lima.: Material de la Academia de la Magistratura.

León Hilario, L. L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* Lima.: Pacífico Editores.

M´Causland Sánchez, M. (2019). *Equidad Judicial y Responsabilidad Extracontractual.* Bogotá.: U. Externado De Colombia.

Manzanares Campos, M. (2008.). *Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis estadístico a partir de la jurisprudencia peruana.* Lima.: Grijley.

Martín- Casals, M. (2019.). *The bordelines of tort law. Interactions with contract law.*

Cambridge.: Intersentia.

Martín - Casals, M. Papayannis, Diego M (Edit) (2016). Uncertain causation in tort Law. Cambridge University Press.

Meza Torres, Y. (. (2021.). *Los plenos casatorios civiles- Análisis a los 10 plenos vinculantes.* Lima.: Jurista editores.

Morales Hervías, R. (2005.). La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual). *Advocatus.*, 117-141.

Morales Hervias, R. (2019.). *Patologías y remedios del contrato.* Lima.: Instituto Pacífico. Papayannis, D. M. (2009). *Fundamentos Económicos de la Responsabilidad Extracontractual.* Buenos Aires.: Ad Hoc.

Papayannis, D. M. (2013.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social.* Madrid.: Marcial Pons.

Papayannis, D. M. (2014). La práctica del Alterum Non Laedere. *Isonomía.*, 19-68.

Papayannis, D. M. (2014.). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual.* Madrid.: Marcial Pons.

Papayannis, D. M. (2016.). *El Derecho privado como cuestión pública.* Bogotá.: Universidad del Externado de Colombia.

Papayannis, Diego M. Editor/a. Pereira Fredes, Esteban (Edits) (2018) Filosofía del Derecho privado. Marcial Pons.

Papayannis, D. M. (2021). Responsabilidad Civil (concepto).

Eunomía. Revista en Cultura Jurídica., 294-312.

Papayannis, D. M. (2021.). Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia.

Isonomía., 61-83.

Pino, A. (2021.). *El daño moral como remedio expresivo. A propósito del caso Mayan Palace.* Ciudad de México.: Suprema Corte de la Justicia de México.

Ruda Gonzales, A. (2008). *El Daño Ecológico Puro - La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.* Navarra.: Arazandi.

Rueda, N. (2020.). *La Responsabilidad Civil en el ejercicio en la parentalidad.* Bogotá.: Universidad Externado de Colombia.

Taboada Cordova, L. (2001.). *Elementos de la responsabilidad civil.* Lima.: Grijley.

Tapia Cornejo, B. (Coord.) (2021.). *Derecho de daños. Perspectiva comparada.* Lima.: Instituto Pacífico.

Tapia Cornejo, B. (2022). *Derecho de obligaciones. La prueba del daño moral en la jurisprudencia peruana.* Lima.: Instituto Pacífico.

Tapia Cornejo, B. (2022). Canal de YouTube: https://www.youtube.com/channel/UCKr-4X0fxd_TYUVibCbviBGA

Torres Maldonado, M. (2020.). *La Responsabilidad Civil en los Derechos Reales.* Lima.: Gaceta Jurídica.

Torres Maldonado, M. (2016.). *La responsabilidad civil en el derecho de familia: un enfoque legal,* Lima.: Gaceta Jurídica.

Trazegnies Granda, F. d. (2016). *La Responsabilidad Extracontractual* (8va. ed.). Lima.: Ara Editores.

Vargas-Machuca, R. (. (2019.). *La Responsabilidad Civil y el Daño Extrapatrimonial.* Lima.: Instituto Pacífico.

Vidal Ramos, R. (2014.). *La responsabilidad civil por daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano.* Lima.: Lex & Iuris.

Visintini, Giovanna, ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual, tr. Maria teresa Cellurale, Universidad Externado de Colombia, 2015

VV.AA. (2015.). *Derecho Civil extrapatrimonial y Responsabilidad Civil.* Lima.: Gaceta Jurídica.

VV.AA. (2008). *Los principios europeos de responsabilidad civil.* Madrid.: Arazandi.

Xochitiozi, C. d. (2021.). *Derecho de daños. Ideas para iniciar un dialogo.* Ciudad de México.: Suprema Corte de la Justicia de la Nación.

Año I, N.° 1
Setiembre 2023
ISSN: 2961-2853

Perspectivas sobre los litigios climáticos

Perspectives on climate litigation

Francesca Benatti[*] [**]

Sumario

1.- Introducción. 2.- Una definición compleja. 3.- Los actores. 4.- Responsabilidad civil y litigios climáticos. 5.- Conclusiones.

Resumen

El ensayo examina la evolución de los litigios sobre el cambio climático a la luz de la jurisprudencia reciente. Se centra en los perfiles problemáticos de esta evolución que conciernen a los aspectos jurídicos y políticos. Una posible solución es abordar la cuestión medioambiental desde una perspectiva local y minimalista.

Palabras clave: responsabilidad, medio ambiente, jurisprudencia, derechos humanos.

Abstract

The essay examines the evolution of climate change litigation in light of recent jurisprudence. It focuses on the problematic profiles of this evolution that con-

* Profesora de Derecho Comparado, Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán. Miembro del Comite Consultivo del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil. correo electrónico francesca.benatti@unicatt.it. Orcid: 0000-0002-7594-3199

** Benatti, F. (2023) Perspectiva sobre los cambios climáticos. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil (1)*, 37-65.

cern legal and political aspects. One possible solution is to approach the environmental issue from a local and minimalist perspective.

Keywords: *responsibility, environment, jurisprudence, human rights*

1. Introducción

En la lucha contra el cambio climático existen perfiles 'glocales', es decir, la intersección de elementos globales y locales (Pozzo, 2021). Por un lado, el marco normativo surge principalmente de la legislación internacional que se ha desarrollado desde la adopción de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992.

De gran importancia fueron sobre todo el Protocolo de Kioto de 1997 y el Acuerdo de París de 2015, que marcaron un cambio de perspectiva. El enfoque inicial considerado top-down y basado en un estricto principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (CBDR) y con un estricto mecanismo de cumplimiento, en el que, sin embargo, no participaban los países más contaminantes, fue sustituido por un enfoque bottom-up caracterizado por diferentes compromisos establecidos a nivel nacional acompañados de un modelo de implementación más flexible con la adhesión de casi todos los miembros de la ONU (De Vilchez Moragues, 2022, p. 98).

Los acuerdos internacionales han afectado a la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones. Relevante es, por ejemplo, la sentencia Thomson del Tribunal Superior de Nueva Zelanda, en la que se señala la necesidad de interpretar el Derecho nacional a la luz de las obligaciones internacionales contraídas. Así, para garantizar el cumplimiento del Acuerdo de París, el poder ejecutivo está obligado a considerar la fijación de un nuevo objetivo de reducción de emisiones[1]. En otros casos se adopta una perspectiva ligeramente distinta. En Klimaseniorinnen, el Departamento Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones calificó los acuerdos internacionales no como una obligación de introducir límites más estrictos a la reducción de emisiones, sino como una muestra del compromiso estatal de contribuir a la mejora del clima[2].

Por otra parte, en materia de protección del medio ambiente, se ha observado una rápida circulación de modelos, especialmente euro-

1 Thomson contra el Ministro para Cuestiones de Cambio Climático [2018] 2 NZLR 160.

2 Departamento Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones, Decisión relativa a la solicitud de 25 de noviembre de 2016, Berna, 25 de abril de 2017.

peos, tanto legislativos y reglamentarios como jurisprudenciales.

En esa línea, el elemento local no puede pasarse por alto en el análisis. En primer lugar, parte de la jurisprudencia sigue remitiéndose únicamente a la normativa nacional. En Nature and Youth y Greenpeace Nordic, el Tribunal de Apelación noruego destacó cómo la regulación internacional de las emisiones de gases de efecto invernadero se basa en consideraciones prácticas y no en una limitación inherente a la ley", pero no obstante reiteró que los acuerdos internacionales son "cruciales para resolver los problemas medioambientales globales", ya que "ayudan a clarificar lo que es un límite de tolerancia aceptable y las medidas apropiadas"[3]. (De Vilchez Moragues, 2022, p. 125). Sin embargo, la base jurídica para evaluar los esfuerzos climáticos sigue siendo el artículo 112 de la Constitución noruega, puesto que, como ya observó el Tribunal de Distrito, "ni Noruega ni los países que se encuentran en la misma situación tienen la obligación de tomar medidas para compensar el efecto del petróleo y el gas exportados a otros Estados"[4] .

La doctrina comparada ha aclarado además que la circulación de modelos jurídicos debe confrontarse siempre con el contexto jurídico, social, cultural y económico local: la mera copia, sin adaptación, podría conducir a resultados decepcionantes (Graziadei, Pozzo). De hecho, los cambios legales no suelen bastar para lograr mejoras efectivas.

La misma opinión puede encontrarse en la jurisprudencia, que ha señalado con resignación que, "si la mera promulgación de leyes relativas a la protección del medio ambiente garantizara un entorno limpio y libre de contaminación, la India sería quizá el país menos contaminado del mundo".

Pero no es así. Se dice que hay más de 200 leyes centrales y estatales relacionadas, al menos en parte, con la protección del medio ambiente, directa o indirectamente. La plétora de leyes de este tipo, por desgracia, no ha impedido la degradación del medio ambiente, que, por el contrario, ha aumentado con los años[5].

3 Greenpeace Nordic et al contra el Gobierno de Noruega, Tribunal de Apelación de Bogarting, 23 de enero de 2020.

4 Föreningen Greenpeace Norden, Natur og Ungdom contra el Gobierno de Noruega (4 de enero de 2018) Tribunal de Distrito de Oslo 1.

5 Supreme Court of India-Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India 1996 (5)SCC 281, 293.

Sobre todo, una perspectiva local permite no sólo considerar las medidas a tomar en su contexto real, sino que sobre todo puede conducir a una mayor implicación de las comunidades debido a su apego, incluso afectivo, al territorio.

Además, el cambio climático es de hecho un problema 'glocal' que trasciende las fronteras nacionales y exige respuestas globales, pero que a menudo tiene graves efectos en las realidades locales.

En este contexto, llama la atención la gran relevancia que ha adquirido el tema de los litigios climáticos desde el asunto Estado de los Países Bajos contra Fundación Urgenda[6], que parece haber marcado un cambio en la aproximación de los tribunales a este fenómeno.

En un caso similar, el Tribunal Supremo de Irlanda, refiriéndose ampliamente a la sentencia Urgenda, dictaminó que el Plan Nacional de Mitigación de Irlanda no era lo suficientemente concreto y específico sobre las medidas que el Estado pretendía adoptar para combatir el cambio climático, tal como exigía la Ley de Acción por el Clima y Desarrollo con Baja Emisión de Carbono de 2015: ningún observador razonable, de hecho, habría entendido de su lectura qué iniciativas pretendía concretamente poner en marcha el Estado[7].

Sin embargo, la decisión es más prudente que la holandesa. De hecho, el Tribunal considera que FIE no estaba legitimada para presentar demandas basadas en la violación de la Constitución y del CEDH. Es importante señalar cómo la visión restrictiva de la legitimación va acompañada en el razonamiento de una evidente desconfianza a la hora de ampliar el alcance de los "derechos no enumerados" e interpretar las disposiciones del CEDH en ausencia de una orientación jurisprudencial directa y expresa del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Roy, 2021).

Sin embargo, más interesante, precisamente por su posible evolución, es la otra decisión neerlandesa Milieudefensie et al. v. Royal Shell[8]. Los demandantes, Milieudefensie, otras 6 ONG y más de 17,000 ciudadanos interpusieron una deman-

6 20 de diciembre de 2019, asunto 19/00135.

7 Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland & Others, [2020] IESC 49.

8 RBDHA:2021:5337.

da colectiva contra Shell, alegando que no había tomado medidas suficientes para reducir las emisiones generadas por todo el grupo, incumpliendo así su deber de diligencia para prevenir con sus políticas un cambio climático peligroso. El deber de diligencia se basa en el artículo 6:162 del Código Civil neerlandés[9] a la luz del derecho a la vida y el respeto de la vida privada y familiar, en virtud de los artículos 2 y 8 del CEDH.

El Tribunal falló a favor de los demandantes, reconociendo tanto una "obligación de resultado" de Shell de reducir las emisiones de CO2 generadas en todo el mundo por las actividades de su grupo como una "obligación significativa de hacer todo lo posible" para reducir las emisiones de CO2 generadas en todo el mundo por sus socios comerciales, incluidos proveedores y usuarios finales.

La doble obligación se deriva del deber de "comportamiento socialmente correcto" con arreglo al art. 6: 162 del Código Civil, concretado a través de una evaluación de todas las circunstancias del caso concreto. De hecho, el Tribunal utiliza 14 factores que pueden agruparse en 5 bloques (Macchi & Van Zeben, 2021), que se refieren a:

a) El papel de Shell y su poder para imponer políticas de grupo capaces de reducir las emisiones;

b) Las emisiones reales de CO2 de los RDS y sus consecuencias en los Países Bajos y la región de Walden;

c) El marco normativo, que también incluye instrumentos de Derecho indicativo como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, el Pacto Mundial de las Naciones

9 Artículo 6:162 Definición de "acto ilícito".
1. La persona que cometa un acto ilícito (acto ilegal) contra otra persona, que pueda atribuirse a ésta, deberá reparar el daño sufrido por esa otra persona como consecuencia del mismo.
2. Se considera acto ilícito la violación de un derecho ajeno (derecho) y la acción u omisión que infrinja un deber impuesto por la ley o lo que, según el derecho no escrito, debe considerarse un comportamiento social correcto, siempre que no exista justificación para dicho comportamiento.
3. Un daño puede atribuirse al causante [la persona que comete el daño] si resulta de su culpa o de una causa de la que es responsable según la ley o los principios generalmente aceptados (opinión común).

Unidas, o las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. A continuación se hace especial hincapié en los RCCDE (sistemas de comercio de derechos de emisión);

d) Los datos científicos recogidos en el Acuerdo de París, respaldados, según el Tribunal, por un fuerte consenso.

e) La eficacia y equidad de imponer una obligación de reducción a los RDS. La exposición de motivos señala cómo el equilibrio entre las políticas climáticas y el deber de satisfacer la demanda energética está presente tanto en el Acuerdo de París como en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Además, la inacción de las empresas competidoras o del propio Estado no justifica la insuficiencia de las medidas de RDS. De hecho, hay que considerar cómo el interés público en la protección del medio ambiente prevalece sobre la libre iniciativa privada.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera proporcionado exigir a RDS que reduzca las emisiones en un 45 % respecto al nivel de 2019, de aquí al 2030. Como era de esperar, la decisión ha suscitado un acalorado entusiasmo y feroces críticas. Desde un punto de vista más equilibrado, se ha argumentado que la afirmación de la existencia de tal obligación puede apoyarse dado que la propia RDS se refiere a ella ampliamente en sus documentos sociales, políticas de grupo y campañas promocionales. Sin embargo, lo que parece problemático es su contenido concreto. Otro perfil crítico, planteado por RDS y rechazado por el Tribunal, se refiere a la imposición de la obligación a una sola empresa, con una posible ventaja competitiva para las demás. Sin embargo, se puede observar que el objetivo de la decisión es establecer una normativa que luego deberían respetar todos los agentes económicos: de hecho, es de esperar que el riesgo de acciones legales similares lleve a otras empresas a adaptarse a los parámetros establecidos en Milieudefensie.

2. Una definición compleja

Ante el aumento paulatino de los conflictos climáticos, los estudiosos han insistido acertadamente en la necesidad de definirlos (Peel & Osofsky, 2020), lo cual no es sencillo. De hecho, el paisaje es variado y las clasificaciones pueden basarse en distintos elementos.

En primer lugar, una primera distinción puede referirse a los fines perseguidos por las acciones contra el cambio climático. En esta perspectiva se han identificado cuatro tipos (Galeigh, 2010):

a) Defensivas, que sirven para mantener y cristalizar el *statu quo* en sistemas que no cuentan con normativas medioambientales estrictas;

b) Promocional, que consiste en utilizar normas jurídicas más generales, que carecen de las características necesarias para el cambio climático, con el fin de promover resultados medioambientales positivos a través de la intervención reguladora impuesta por los tribunales;

c) Las pruebas de delimitación, que tratan de trazar los límites del régimen regulador. En concreto, pretenden dar respuesta a diversas cuestiones, como la eficacia de la normativa, su finalidad y su constitucionalidad.

d) El refinado, que tiene lugar en un entorno muy regulado, con el objetivo explícito de mejorar aún más el comportamiento medioambiental de los agentes que operan en ese contexto.

Otra clasificación se refiere al contenido de la acción y, más concretamente, a su relación con el cambio climático. De hecho, esto puede limitarse únicamente a los casos que plantean expresamente la cuestión, o puede ampliarse a los que tocan indirectamente el tema. Un ejemplo es una acción judicial para bloquear la construcción de una planta industrial por su futuro impacto en el medio ambiente.

Otro perfil de diferenciación se refiere a la conveniencia de referirse sólo a las sentencias judiciales o, en cambio, incluir otros tipos de procesos de toma de decisiones cuasi judiciales, como los que terminan en acuerdos. Por último, sólo pueden tenerse en cuenta los casos con un objetivo pro-regulación, o incluso los presentados por las industrias para impugnar la normativa climática (Peel & Osofsky, 2020).

Otra diferencia, que se ve afectada por el tipo de acción, la encontramos en referencia a los actores, que pueden ser ONG, comunidades individuales, empresas o incluso Estados. Esto también afecta a la prevalencia del elemento público frente al privado en el litigio.

Emblemático es el caso de la República de Vanuatu, un pequeño Estado formado por 82 islas volcá-

nicas de las que 65 están habitadas. Según las previsiones, debido al cambio climático podría sufrir, por término medio a largo plazo, daños por valor de 48 millones de dólares al año, lo que equivale aproximadamente al 6% de su PBI. Estas pérdidas podrían ascender a más de 330 millones de dólares en los próximos 50 años. Además, cada catástrofe podría causar más de 725 muertos.

Ante tan trágicas predicciones, el Ministro Regenvanu afirmó así su voluntad de explorar "todas las vías para utilizar el sistema judicial en diversas jurisdicciones -incluido el derecho internacional- con el objetivo de trasladar los costes de la protección del clima a las empresas de combustibles fósiles, las instituciones financieras y los gobiernos que han creado activa y conscientemente esta amenaza existencial para Vanuatu" (Wewerinke-Singh & Hinge Salil, 2020, p. 686). Tras declarar la emergencia climática, en noviembre de 2022, el Estado publicó un proyecto de resolución de la ONU para solicitar una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la obligación legal de los Estados de actuar por el clima y las consecuencias de causar daños.

No obstante, cabe destacar que en los litigios sobre el clima estamos asistiendo a un cambio de las "generaciones tradicionales" a las "nuevas generaciones", en las que "las partes pueden no estar llevando a cabo acciones para avanzar en resultados beneficiosos para hacer frente al cambio climático como objetivo principal". Sin embargo, aunque estén impulsados por motivos comerciales, el resultado final es potencialmente beneficioso para hacer frente al cambio climático cuando los casos fomentan una mejor consideración de los riesgos del cambio climático en la toma de decisiones empresariales y la eventual adopción de prácticas de energía limpia" (Peel, Osofsky y Foerster, 2017).

Este nuevo enfoque puede encontrarse en los litigios entablados contra empresas y directivos por no revelar y considerar los posibles efectos negativos del cambio climático en la actividad económica. El hecho relevante es que no sólo las interponen organismos gubernamentales y reguladores u ONG, como ocurría tradicionalmente, sino también accionistas e inversores. Esto confirma el paso de una visión puramente económica del interés social a otra más matizada y orientada a las partes interesadas.

En estas nuevas disputas, un actor central, aunque formalmente ausente, son las "generaciones

futuras", en cuyo interés se interponen las acciones climáticas. En Neubauer[10], el Tribunal Constitucional alemán dictaminó que la Ley Federal de Protección del Clima era parcialmente inconstitucional, basado en datos científicos, incluidos los del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

De hecho, constató la obligación constitucional del Estado de revisar los efectos de la distribución intertemporal de sus leyes climáticas y de distribuir equitativamente las emisiones permitidas a lo largo del tiempo y de las generaciones. De hecho, el principio de proporcionalidad dicta "que no debe permitirse que una generación consuma grandes porciones del presupuesto de CO2 y soporte una parte relativamente menor del esfuerzo de reducción si ello significa dejar a las generaciones posteriores con una drástica carga de reducción y exponerlas a una grave pérdida de libertad, algo que los demandantes describen como una 'parada de emergencia'". Esto se traduce en la obligación del Estado de corregir y reforzar las disposiciones existentes en materia de protección del clima persiguiendo objetivos más ambiciosos y, en particular, introduciendo disposiciones específicas sobre cómo reducir el CO2 más allá de 2030.

En los sistemas de derecho anglosajón o influidos por ellos, la referencia a las generaciones futuras se enmarca en la institución del *public trust*, que, como mencionan Sax y Wilkinson, tiene su origen en el derecho romano, en las Institutas de Justiniano, en la Carta Magna Inglesa y en los escritos de Sir Matthew Hale. El primer reconocimiento judicial en EE.UU. se produjo con el caso Carson contra Blazer[11], que se refería a la reclamación de un propietario ribereño de derechos exclusivos para capturar peces hasta la mitad del río Susquehanna. El Tribunal Supremo de Pensilvania dictaminó que el propietario no tenía "ningún derecho exclusivo a pescar en el río situado inmediatamente delante de sus tierras..." [porque] el derecho a pescar [en un gran río de agua dulce no sujeto a la influencia de las mareas] corresponde al Estado y está abierto a todos". Esta visión mítica, considerada por la doctrina del public trust como una creación de la fusión del pensamiento del common law y del civil

10 BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20 - Alemania
11 2 Binn. 475 (Pa. 1810).

law, sirvió para facilitar el establecimiento de la institución.

Sin embargo, fue decisivo para la popularización de la institución el artículo de Sax de 1970 en el que teorizaba cómo "se basa en tres principios interrelacionados. En primer lugar, que ciertos intereses -como el aire y el mar- son de tal importancia para el conjunto de la ciudadanía que no sería sensato convertirlos en objeto de propiedad privada. En segundo lugar, que pertenecen tanto a la riqueza de la naturaleza, más que a la iniciativa individual, que deberían ponerse a disposición de toda la ciudadanía, independientemente de su situación económica. Y, por último, que el principal objetivo del gobierno es promover los intereses de la comunidad en general, más que redistribuir los bienes públicos de amplios usos colectivos a estrechos beneficios privados". Aunque la tesis fue criticada tanto porque se basaba en fundamentos jurisprudenciales inciertos como porque abría la puerta a un activismo judicial potencialmente incontrolable, Sax consiguió superar las limitaciones tradicionales de la confianza pública, que se aplicaba casi exclusivamente en el ámbito del agua, y transformarla en una poderosa herramienta de protección del medio ambiente.

La afirmación de la institución queda demostrada por la jurisprudencia estadounidense, que, a partir del caso resuelto por el Tribunal Supremo de California, no ha dudado en aplicarla, perfilando sus contornos, pero sobre todo por su difusión en otras experiencias jurídicas.

El Tribunal Supremo indio, en la famosa sentencia Mehta contra Kamal Nath y otros[12], de 1996, calificó el fideicomiso público de parte integrante del ordenamiento jurídico: el Estado es, de hecho, el fideicomisario de todos los recursos naturales que, por naturaleza, están destinados al uso y disfrute públicos. El público en general es el beneficiario de las orillas del mar, las aguas corrientes, el aire, los bosques y las tierras ecológicamente frágiles. El Estado, como fideicomisario, tiene por tanto el deber legal de proteger los recursos naturales, que no pueden convertirse en propiedad privada.

La institución encuentra una elaboración completa en la decisión en Fomento Resorts & Hotels v. Minguel Martins[13], en la que el

12 [1997] 1 SCC 388.
13 [2009] I.N.S.C. 100.

Tribunal vincula el fideicomiso público a la tradición filosófica y religiosa del país, recordando cómo la sociedad india, desde tiempos inmemoriales, ha sido consciente de la necesidad de proteger el medio ambiente y la ecología. Y "vivir en armonía con la naturaleza". En el pensamiento de los sabios, según el tribunal, hay ya sobradas pruebas del respeto que la sociedad ha tenido siempre por todas las formas de vida: "era un deber sagrado de todos protegerlas...", la gente adoraba los árboles, los ríos y el mar, que eran tratados como pertenecientes a todos los seres vivos. Los niños recibían educación (...) sobre la necesidad de mantener limpio el medio ambiente y de proteger la tierra, los ríos, el mar, los bosques, los árboles, la fauna y todas las especies vivas".

La misma opinión se mantiene en Pakistán y, sobre todo, en Filipinas. Partiendo de la disposición constitucional del deber del Estado de proteger y promover el derecho de las personas a una ecología equilibrada y saludable de acuerdo con el ritmo y la armonía de la naturaleza, el Tribunal Supremo ha hecho suya la institución del fideicomiso público. En el asunto Oposa contra Factoran[14], que se refería a una **demanda colectiva** interpuesta con el fin de anular, impedir la renovación y la firma de contratos de licencia maderera en el país, señaló que el derecho al medio ambiente forma parte del derecho natural y debe reconocerse con independencia de su adopción expresa en la Constitución. Sobre todo, advierte de que la "solemne obligación" del Estado de preservar la naturaleza no es sólo para con la sociedad actual, sino también para con las generaciones futuras que, de lo contrario, "no heredarán más que una tierra estéril incapaz de sustentar la vida". En efecto, por "naturaleza" se entiende el mundo creado en su totalidad. Este ritmo y esta armonía incluyen necesariamente, entre otras cosas, la sabia ordenación, utilización, gestión, renovación y conservación de los bosques, minerales, tierras, aguas, pesquerías, fauna y flora silvestres, zonas costeras y otros recursos naturales del país, de modo que su explotación, desarrollo y utilización sean equitativamente accesibles a las generaciones presentes y futuras".

Aunque la sentencia no dio lugar a resultados prácticos signi-

14 G.R. nº 101083, 224 S.C.R.A. 792 (1993).

ficativos, es pertinente señalar que la concepción expresa del Estado como 'trustee' (fideicomisario) tiene por objeto garantizar la solidaridad intergeneracional. Este pasaje es expresado posteriormente de forma aún más eficaz por el Tribunal Supremo de Filipinas. En Metropolitan Manila Development Authority v. Concerned Residents of Manila Bay[15], catorce residentes presentaron una demanda, quejándose de la contaminación de la bahía de Manila en violación, tanto de la legislación, como de la teoría del fideicomiso público. El Tribunal reafirmó el fundamento del derecho al medio ambiente en el derecho natural y señaló que el deber de limpiar la bahía y mantener limpias las aguas se debe a los ciudadanos presentes y futuros, pues de lo contrario sería una traición a su confianza.

La protección de las generaciones futuras también está en el centro de uno de los casos más famosos de litigios climáticos, Juliana contra Estados Unidos[16]. Veintiún jóvenes representados por One Children Trust actuaban contra el gobierno federal por violar el derecho a un clima seguro y saludable. Por ello, pidieron al tribunal que ordenara al gobierno poner en marcha un plan de transición ecológica.

La mayoría del Tribunal dictaminó que la disposición de un plan integral para disminuir las emisiones de combustibles fósiles y combatir el cambio climático excedería la autoridad correctiva de un tribunal federal. La exposición de motivos señala que, incluso según los expertos, cualquier plan eficaz requeriría necesariamente una serie de complejas decisiones políticas confiadas, para bien o para mal, al juicio y la discreción de los poderes Ejecutivo y Legislativo, entre ellas, por ejemplo, determinar cuánto invertir en transporte público y la velocidad de la transición a las energías renovables. De hecho, la elección entre opciones sociales, políticas y económicas contrapuestas deben hacerla los "representantes elegidos por el pueblo, y no los jueces federales que interpretan la carta fundamental de gobierno de todo el país". Es evidente en el argumento la influencia de la jurisprudencia del juez Scalia, que al definir los límites de la legitimación había intentado identificar criterios para las acciones de protección del medio ambiente.

15 G.R. nº 171947-48, 574 S.C.R.A. 661 (S.C., 18 de diciembre de 2008).
16 Juliana contra Estados Unidos, 4× 4. 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

Dura, incluso en la retórica, es la opinión disidente que señala cómo "en este procedimiento, el gobierno acepta como un hecho que Estados Unidos ha alcanzado un punto de inflexión que requiere una respuesta concertada, y sin embargo sigue avanzando hacia la calamidad". Es como si un asteroide se dirigiera hacia la Tierra y el gobierno decidiera cerrar nuestras únicas defensas (...) Tratando de anular esta causa, el Gobierno insiste sin ambages en que tiene "poder absoluto e irrevisable para destruir la nación". Sin embargo, no parece convincente para responder a la opinión mayoritaria: es insuficiente señalar la necesidad de hacer algo que no tenga que ver con las evaluaciones prácticas. La inacción de los poderes Legislativo y Ejecutivo tampoco puede considerarse una razón adecuada para imponer una solución jurisprudencial cuando no se cumplen los requisitos. Está claro que en el fondo subsiste el contraste entre dos visiones diferentes del papel de los tribunales y de su capacidad para sustituir eficazmente a la política.

Aunque la sentencia ha sido criticada por los activistas del clima y parte de la doctrina, hay que señalar que aporta elementos útiles para una mejor protección judicial del clima. De hecho, es más eficaz aspirar a una protección y preservación del medio ambiente centrada en las necesidades de las comunidades locales en lugar de perseguir objetivos globales que no forman parte de las tareas de los tribunales. De particular interés es la propuesta de esa doctrina que se aleja de la distinción entre políticas de mitigación y de adaptación. Los primeros tienden a reducir los efectos de la contaminación, con acciones como la obligación de disminuir las emisiones; mientras que los segundos se refieren a los ajustes que realizan las sociedades o los ecosistemas para limitar los efectos negativos del cambio climático o aprovechar las oportunidades. Entre ellas se incluyen medidas tan variadas como la elección del agricultor de plantar cultivos más resistentes a la sequía o la de la comunidad costera de proteger sus infraestructuras de la subida del nivel del mar (Schneider, 2017). Desde esta perspectiva, las políticas de adaptación serían más adecuadas para ser aplicadas judicialmente a través de la confianza pública.

Consideremos, por ejemplo, un caso hipotético de contaminación que provoca un riesgo para las playas de una comunidad de Oregón (Schneider, 2017). En primer lugar, es necesario demostrar la "legitima-

ción" de los actores, que deben ser personas que utilicen la playa o las aguas circundantes. Entonces debe demostrarse que existe un deber de la administración de tomar medidas para adaptar la zona a fin de evitar que las actividades recreativas y comerciales en la zona resulten perjudiciales. Así pues, la inacción podría calificarse de incumplimiento del deber fiduciario en la gestión de los bienes y recursos públicos. Por último, debe identificarse una solución específica y adecuada a la situación.

La propuesta parece eficaz y correcta porque equilibraría la protección del medio ambiente con la atención a la situación concreta. Hay que señalar, sin embargo, cómo puede parecer insatisfactoria a los ojos de la parte de la opinión pública y de los medios de comunicación, así como de la doctrina, que desearía soluciones de amplio alcance, como lo demuestran las referencias constantes a las generaciones futuras y la petición de remedios y reglamentaciones "generales". En realidad, la valorización del elemento local permite superar algunas de las dificultades de procedimiento que entrañan las acciones contra el cambio climático y, sobre todo, puede favorecer una mayor implicación de la comunidad directamente afectada y damnificada. Esto no implica necesariamente una menor protección, ya que "sólo a nivel local es realista esperar una mejora". De hecho, no hay pruebas de que las instituciones políticas del mundo hayan hecho nada para limitar los daños: al contrario, al facilitar las comunicaciones mundiales y erosionar las soberanías nacionales y las barreras legislativas, han alimentado la entropía global y debilitado las únicas fuentes de resistencia frente a ella" (Scruton, p. 161).

Así, hay que destacar cómo la definición de los actores que pueden actuar afecta tanto al tipo de litigio como a los objetivos, y la referencia a comunidades indefinidas o a generaciones futuras no siempre conduce a medidas conscientes y útiles.

3. Los actores

La multiplicidad y diversidad de casos concretos en los litigios climáticos también se pone de manifiesto en la distinción entre las acciones legales interpuestas en el Norte Global (EE.UU., Reino Unido, Europa, Australia, Nueva Zelanda) frente a las del Sur (Asia, África, Pacífico y América Latina). Además, la propia política parece más reacia en estos países a abordar la cuestión, al considerar que unas medidas medioambientales estric-

tas podrían tener efectos negativos sobre el crecimiento económico: después de haber contaminado y explotado sus recursos durante décadas, los Estados del Norte global exigirían un reparto de los sacrificios derivados de los cambios políticos.

Parte de la doctrina ha señalado cómo podría adoptarse el principio enunciado en Neubauer para permitir la equidad intraterritorial: limitar las emisiones de los Estados más ricos y facilitar las de los más pobres.

Sin embargo, como se ha observado lúcidamente, hay que evitar las simplificaciones, ya que a menudo se trata de realidades diferentes y no homogéneas. En China y Sudáfrica, por ejemplo, suele haber cooperación entre las políticas reguladoras de los gobiernos y las decisiones de los tribunales. Una excepción es EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs & Others[17], en la que se señaló que "el cambio climático supone un riesgo sustancial para el desarrollo sostenible en Sudáfrica. Los efectos del cambio climático, en forma de aumento de las temperaturas, escasez de agua y mayor frecuencia de las catástrofes naturales, plantean riesgos considerables. Al mismo tiempo, el desarrollo sostenible está íntegramente ligado al principio de justicia intergeneracional, que exige que el Estado adopte medidas razonables [para] proteger el medio ambiente, en beneficio de las generaciones presentes y futuras" y, por tanto, una consideración adecuada del cambio climático.

En India y Pakistán, en cambio, son los tribunales los que lideran los esfuerzos por mejorar la normativa medioambiental (Setzer & Benjamin, 2020; Setzer & Benajamin, 2020 (a)). Es significativo, en particular, el modelo pakistaní que con el caso Asghar Leghari contra la Federación de Pakistán[18] mostró una nueva forma de entender la relación entre el poder político y el judicial en la protección del medio ambiente. Se trataba de un litigio de interés público interpuesto por un agricultor contra el Gobierno nacional por no haber aplicado la Política Nacional de Cambio Climático de 2012 y el Marco de Aplicación de la Política de Cambio Climático (2014-2030). Esto suponía una amenaza

17 EarthLife Africa Johannesburg v. Ministro de Asuntos Medioambientales y otros. Fecha de presentación: 2016. Información para el reportero: Caso nº 65662/16

18 (2015) W.P. No. 25501/201.

para su medio de vida y la consiguiente violación de los artículos 9 (derecho a la vida), 14 (derecho a la dignidad de la persona y a la intimidad del domicilio) y 23 (derecho a la propiedad) de la Constitución. El Tribunal Superior de Lahore falló a favor del agricultor, reconociendo el perjuicio que el cambio climático podría causar especialmente a los sectores más débiles de la población. Además, el Tribunal estructuró un mecanismo mixto gubernamental, técnico y judicial destinado a aplicar las políticas medioambientales, ordenando que:

a) Cada ministerio nombraría a una persona de referencia para el clima que actuaría de acuerdo con el Ministro de Cambio Climático;

b) Se creó una Comisión compuesta por técnicos, miembros de ONG y personal burocrático para verificar las actividades realizadas. La Comisión se reunió 12 veces y en su último informe certificó que se habían completado 2/3 de las acciones requeridas. Posteriormente fue sustituido por un órgano más pequeño, el Comité Permanente sobre el Cambio Climático;

También se reservó la facultad de *continuar el mandamus* para controlar los proyectos y medidas emprendidos por el Gobierno.

La decisión muestra el intervencionismo de un Tribunal que no duda en entrar en política. También parece importante para la evolución futura que el diálogo se haya iniciado con el mundo científico, al que se considera un interlocutor privilegiado. Es, además, un interesante uso de la ciencia.

A pesar de los diferentes matices, existen, sin embargo, peculiaridades de las acciones legales emprendidas en el Sur Global que dependen del contexto, no sólo legal, sino también social, político y económico, de estos países. En primer lugar, se constata una mayor dificultad de acceso a la justicia junto con una menor experiencia en el tratamiento de estos litigios, que presentan perfiles de complejidad debido al entrecruzamiento de perfiles jurídicos y científicos, así como a la concurrencia de diversos intereses. Esto ha llevado a las ONG de los países del Norte Global a entablar una colaboración continua y fructífera para ayudar y apoyar los esfuerzos de los movimientos ecologistas del Sur Global.

Además, estas acciones legales suelen centrarse en la correcta aplicación de la normativa existente, en

lugar de intentar introducir nuevas normas o mejorar las existentes.

Por último, la argumentación tanto de los demandantes como de los tribunales se basa en la violación de los derechos humanos de forma aún más clara que en los casos del Norte Global. Este aspecto es típico de la jurisprudencia de estas jurisdicciones, en las que el activismo del poder judicial suele ir encaminado a colmar las lagunas de la política a la hora de abordar la vulnerabilidad de amplios sectores de la población, al tiempo que se les inculca una mayor conciencia de sus derechos.

Emblemática es la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en 2018[19], que calificó el derecho al clima como un derecho fundamental. En la motivación, se señala cómo las emisiones continuadas generan un posible aumento de la temperatura de entre 0,7 y 1,1 grados centígrados entre 2011 y 2041 y de 1,4 y 1,7 grados centígrados entre 2041 y 2070. Esto, unido a la deforestación, rompería la conectividad del ecosistema amazónico con los Andes, causando probablemente la extinción o amenazando la subsistencia de las especies que habitan este corredor. La población también se vería afectada. En algunas regiones del país, se produciría un aumento de los niveles de los cursos de agua y, por tanto, de la escorrentía, generando la propagación de contaminantes transmitidos por el agua, mientras que en otras zonas se provocaría una disminución de los recursos hídricos, con sequías prolongadas.

Central es la referencia al criterio de equidad transgeneracional que se vería vulnerado "en tanto que el pronóstico de incremento de la temperatura para el año 2041, será de 1,6°, y en 2071 hasta de 2,14°, siendo las futuras generaciones, entre ellos, los infantes que interpongan esta salvaguarda, las que seran directamente afectadas, a menos que las presentes, reduzcan a cero la tasa de deforestación". Se reconoce, por tanto, "el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano en detener las causas que provocan la emision de GEI provocada por la abrupta reducción boscosa de la Amazonía, siendo imperante adoptar medidas de mitigación inmediatas, protegiendo el derecho al bienestar abiental, tanto a los tutelantes, como a las demás personas que habitan y comparten el territo-

19 STC 4360-2018

rio amazónico, no solo el nacional, sino el extranjero, junto con todos los pobladores del globo terráqueo, incluidos, los ecosistemas y seres vivos".

4. Responsabilidad civil y litigios climáticos

Los mayores problemas surgen, sin embargo, en el uso de la responsabilidad civil para hacer frente al cambio climático, ya que el caso es difícil de encuadrar en las normas tradicionales (Giabardo, 2020). Por el contrario, se ha subrayado incluso su estructura "anti-tort", debido a la multiplicidad de sujetos y factores que pueden contribuir al perjuicio, a la imposibilidad de fijar límites temporales o geográficos para determinar el caso, que es global y elude fronteras claras, a la dificultad de identificar la relación causal y a la frecuente ausencia de un "daño" cierto y cuantificable derivado de la supuesta conducta ilícita: "en cada etapa del análisis tradicional de la responsabilidad extracontractual -deber, incumplimiento, causalidad y daños-, el demandante en un litigio climático se enfrenta a teorías basadas en una cosmovisión liberal clásica, en la que amenazas como el cambio climático global simplemente no se tienen en cuenta" (Kysar, 2011, p. 9-10).

Se subraya que la presión política y mediática está provocando un cambio notable por parte de los Tribunales en la forma de considerar los litigios climáticos. Emblemático de esta evolución es el caso Lliuya v. Rwe. En 2015, un agricultor peruano residente en el pueblo de Huaraz demandó en Alemania, en virtud del artículo 1004 del Código Civil, a la empresa alemana RWE, que había contribuido con sus emisiones de gases al deshielo de los glaciares. Esto había provocado un aumento del volumen del lago Palacocha con posibles riesgos para el pueblo. Por ello, reclamó una indemnización por daños y perjuicios equivalente al 0,47% del coste total de las medidas de prevención y mitigación adoptadas: el porcentaje se calculó sobre la base de la contribución estimada de RWE a las emisiones industriales mundiales de gases de efecto invernadero desde el inicio de la industrialización. Lliuya no alegó que, en ausencia de la conducta de RWE, no habría habido peligro, sino que habría sido significativamente menor.

En primera instancia, el Tribunal de Primera Instancia de Essen falló a favor de la empresa, al considerar que la demanda no estaba fundada ni era suficientemente específica. Sobre todo, se consideró deter-

minante la ausencia de nexo causal: "Según el principio de la 'conditio sine qua non', toda acción u omisión que, de no haberse producido, habría provocado la nulidad del efecto de que se trate es inicialmente una causa. En el caso de acciones múltiples de distintos autores, ninguna de las acciones respectivas podría hipotéticamente dejar de producirse sin que el efecto quedara anulado (BGH NJW 1990, 2882). Sólo existe concurrencia de causas si la hipotética omisión de una sola de ellas ya anularía el daño (Tribunal Superior de Düsseldorf, NJW 1998, 3720). Los contaminantes emitidos por la demandada son sólo una fracción de los innumerables contaminantes que emiten y han emitido multitud de emisores principales y secundarios. Todo ser vivo es, en cierta medida, un emisor. En el caso de la causalidad acumulativa, sólo la coacción de todos los emisores podría causar el supuesto riesgo de inundación. Las emisiones pasadas y futuras de gases de efecto invernadero de la demandada no podrían hipotéticamente omitirse de la ecuación sin que el supuesto riesgo de inundación se eliminara en consecuencia. Este no es el caso. Incluso las emisiones de la demandada, como gran emisor de gases de efecto invernadero, no son tan significativas a la luz de los millones y miles de millones de emisores de todo el mundo como para que el cambio climático antropogénico y, por tanto, el supuesto riesgo de inundación del lago Glacial no se produjeran si no existieran las emisiones concretas de la demandada."[20]

Cabe señalar que la aplicación estricta de las normas tradicionales de responsabilidad al caso fue considerada insatisfactoria por la doctrina y los activistas climáticos. Desde esta perspectiva, se acogió con satisfacción la decisión del Tribunal de Apelación de Hamm de considerar legítimo el recurso de Lluya, abriendo la fase de investigación con el envío de consultores técnicos al pueblo de Huaraz para verificar el alcance del perjuicio y la contribución de RWE.

A pesar de la lentitud del proceso, se constataron efectos positivos indirectos en el cambio de política de la empresa, que preveía invertir 5,000 millones de dólares en energías renovables de aquí a 2022, con el fin de alcanzar la neutralidad de carbono en 2040. Esto serviría para

20 LG Essen, 15.12.2016 - 2 O 285/15.

demostrar cómo las acciones contra el cambio climático tienen sobre todo la función de conducir a una reducción de los comportamientos contaminantes, incentivando las medidas proambientales.

Un perfil controvertido se refiere a la identificación del deber de diligencia. La doctrina internacionalista distingue desde hace tiempo entre el razonamiento deductivo, que tendría una connotación utópica, y el razonamiento inductivo, más realista. En el contexto de los litigios climáticos, la adopción de uno u otro conduce a resultados muy divergentes. Un ejemplo es la decisión en Milieufeudensie, en la que el Tribunal estableció una norma basada en principios internacionales sin tener en cuenta las prácticas aceptadas y comunes en la materia: no se limitó a interpretar la ley tal cual es, sino que impuso su visión de cómo debería ser.

En derecho de responsabilidad civil, la observación es si en los litigios climáticos debe exigirse el criterio de la persona media, o uno más estricto. El argumento de que "el estándar de la 'persona media' sugiere un razonamiento puramente ascendente, un estándar de 'persona cuidadosa' permitiría a un tribunal buscar un término medio entre el razonamiento ascendente y el descendente, imponiendo a una empresa un estándar ligeramente más estricto que el seguido habitualmente por la empresa media" (Mayer, 2022) parece estar respaldado. Mientras que la primera podría no conducir a ninguna mejora en las políticas de las empresas, la segunda las animaría a tomar medidas más eficaces y, sobre todo, les permitiría adaptarse a una evolución de la norma exigida. Cabe esperar que en 2030 se imponga a las empresas una mayor diligencia climática.

Aún más compleja es la identificación de la relación causal entre una actividad empresarial y los daños climáticos. Se trata de uno de los perfiles más debatidos de la responsabilidad civil, que no ha encontrado respuestas convincentes precisamente por la intersección de valoraciones jurídicas, fácticas y científicas, como muestra un análisis comparativo de las oscilaciones jurisprudenciales.

En los litigios climáticos, parece imposible por el momento llegar a resultados satisfactorios, a pesar de algunos avances logrados por la ciencia de la atribución, es decir, aquella rama de la ciencia "que trata de determinar en qué medida el cambio climático antropogénico ha alterado la probabilidad o la magnitud de un fenómeno meteorológico

concreto o de una clase de fenómenos meteorológicos objeto de estudio". En otras palabras, la ciencia de la atribución estudia cómo experimentan las personas el cambio climático. La definición técnica de atribución es "el proceso de evaluar las contribuciones relativas de múltiples factores causales a un cambio o evento con un evento de asignación de confianza estadística" (Marjanac & Patton, 2018, p. 268).

Decisivo fue el estudio de Richard Heede de 2019 "Carbon Majors", que cuantificó los porcentajes de gases de efecto invernadero atribuibles a empresas concretas. El análisis de los datos permitió identificar a Chevron como el mayor contaminador, responsable del 3,5% de las emisiones totales hasta la fecha, seguido de cerca por Exxon Mobil, con un 3,2%, y BP, con un 2,2%. Los resultados, progresivamente refinados, podrían ser útiles para identificar el impacto de las actividades de estas empresas en la aparición de efectos climáticos adversos.

La ciencia de la atribución se basa en tres pilares: (i) la calidad de la observación; (ii) la capacidad de los modelos para simular el suceso; y (iii) nuestra comprensión de los procesos físicos que impulsan el suceso y cómo se ven afectados por el cambio climático.

En el enfoque basado en el riesgo, el objetivo es estimar las probabilidades y los diagnósticos relacionados, como la fracción de riesgo atribuible (FAR=1 - p0/p1) y la razón de riesgo (RR=p1/p0). Un ejemplo es el estudio de Lewis y Karoly sobre el verano australiano de 2013, considerado extraordinario por el excesivo calor. Su análisis mostró que el riesgo aumentó 2,5 veces hasta 2005 y 5 veces durante el periodo previsto hasta 2020, con una contribución humana "sustancial" al aumento de la probabilidad. Sin embargo, se critica este método por subestimar los riesgos.

En su lugar, parece surgir hoy en día el "enfoque argumental", más apropiado para los casos en que múltiples factores influyen en la ocurrencia de catástrofes naturales. Sobre todo, se observa que las contribuciones dinámicas a los fenómenos extremos, que pueden ser positivas o negativas, a menudo no se conocen bien, mientras que los factores termodinámicos están bien establecidos y, por tanto, deben tenerse plenamente en cuenta a la hora de evaluar los fenómenos meteorológicos. Contrariamente al enfoque basado en el riesgo, este método conduce a una sobreestimación del riesgo.

Sin embargo, precisamente al analizar las dificultades encontradas por los demandantes en el caso Juliana, la doctrina ha puesto de relieve la conveniencia de combinar ambos enfoques. De hecho, el método de la "línea argumental" sirve para evaluar el impacto de un suceso a escala local para ofrecer una explicación condicional y permite cuantificar de forma fiable el impacto de diversos factores causales, entre ellos la exposición y la vulnerabilidad. En cambio, el método probabilístico o basado en el riesgo permite examinar explicaciones alternativas, distinguiendo entre factores termodinámicos y dinámicos y debatiendo la posible atribución de cada uno de ellos al cambio climático (Shepherd, T. G., Boyd, E., Calel, R. A., Chapman, S. C., Dessai, S., Dima-West, I. M., (...) & Zenghelis, D. A., 2018).

Un último perfil que sigue siendo problemático y no parece poder resolverse es el automatismo con el que los Tribunales tratan el dato científico. Considérese el razonamiento de Urgenda en el que se afirma que "existe desde hace tiempo un consenso en la ciencia del clima -la ciencia que estudia el clima y el cambio climático- y en la comunidad internacional de que la temperatura media de la Tierra no puede aumentar más de 2 grados centígrados respecto a la temperatura media de la era preindustrial.

La doctrina ha puesto de relieve cómo esta idea de consenso es forzada y no existe un acuerdo unánime sobre la evaluación de los efectos de la acción humana sobre el clima. Esto no permite que las normas sean adoptadas fácilmente por los tribunales. Aunque el principio de precaución puede sugerir la necesidad de aplicar determinadas medidas, resulta difícil ponerlas en práctica. De hecho, se ha observado que varios factores afectan a su identificación efectiva, entre ellos el progreso científico, la aversión al riesgo y la tasa de crecimiento de la economía mundial (Acemoglu, 2012). Este perfil se refleja en la determinación de la tasa social de descuento (TDS), que se utiliza para asignar un valor actual a los costes y beneficios que se producirán en una fecha posterior y sirve para comprender cuánto debería invertir la sociedad actual en un intento de limitar los impactos del cambio climático en el futuro. La decisión de Urgenda se basa en la elaborada en el Informe Stern sobre la Economía del Cambio Climático (2007), que se analiza más adelante. De hecho, si la tasa de crecimiento de la economía mundial se vuelve negativa,

podría ser preferible aplicar tasas de descuento negativas imponiendo mayores cargas a la generación actual. Si, por el contrario, la tasa de crecimiento de la economía mundial sigue siendo positiva, la elección de la tasa de descuento implica la cuestión ética de cuánto deben pagar las generaciones actuales, que implícitamente serán más pobres que las futuras, por medidas que benefician a las generaciones futuras y que, en cierta medida, podrían ser adoptadas por ellas (Lando, 2022). Se trata, por tanto, de una elección entre tesis no solo científicas, sino también económicas (Nordhaus, 2018) que difieren. Diferencias imperceptibles en la identificación del tipo de descuento dan lugar a diferencias relevantes. Así, una directriz ha señalado que depende del objetivo y, por lo tanto, para evaluar en qué medida una política determinada aumentaría el bienestar social, es apropiado el tipo de descuento equivalente al bienestar social rSW. Para determinar, por otra parte, si la política produciría una mejora potencial de Pareto, es decir, pasaría una prueba de Kaldor-Hicks, debería utilizarse la tasa de descuento equivalente a las finanzas rF (Goulder & William III, 2012). Estas evaluaciones parecen ser difíciles de aplicar por los tribunales. De hecho, la decisión en el asunto Neubauer ha sido ampliamente criticada precisamente por la norma de referencia empleada.

Sin embargo, como se ha señalado con agudeza, incluso si los jueces rara vez concedieran indemnizaciones por daños y perjuicios o dictaran mandamientos judiciales por daños relacionados con el clima, "podrían verse afectados de otras maneras por el mismo proceso de denegación de tales reclamaciones". Como resultado, el sistema de responsabilidad civil podría cambiar para alinearse con un Estado administrativo cada vez más preocupado por retos mayores y más complicados que los planteados en el siglo anterior" (Kysar 2011, p. 71). Se produciría así una prevalencia de la función pública del dañador, que ya no estaría llamado a cumplir primordialmente una función indemnizatoria compensando pérdidas individuales, sino que se produciría una transformación del dañador en un instrumento de política jurídica.

5. Conclusiones

Esta evolución muestra, sin embargo, un segundo elemento complejo de la acción contra el cambio climático que consiste en la inadecuación de la responsabilidad civil para la consecución adecuada

y eficaz de los objetivos políticos. La cuestión puede enmarcarse en el actual debate sobre los límites del constitucionalismo y, especialmente, de la jurisprudencia. Es lo que se conoce como el choque de constitucionalismos: por un lado, el "constitucionalismo total", según el cual prácticamente todas las cuestiones de la sociedad pueden resolverse a través de la Constitución, y por otro, el "constitucionalismo político puro", que considera predominante el papel del poder político. Este enfrentamiento se extiende al papel del juez y a los límites de su actuación (Harding, 2022).

Al abordar esta cuestión, conviene cuestionar la posibilidad real de que la jurisprudencia imponga cambios efectivos a pesar de las aparentes victorias iniciales. La doctrina política que lleva tiempo estudiando el tema arroja resultados ambiguos. De hecho, los tribunales necesitan la cooperación de otros poderes y la aceptación pública para lograr resultados positivos. De hecho, son raros los casos en los que pueden aplicar decisiones por sí solos. Sin embargo, está claro que la intervención judicial suele ser útil porque la política está inactiva, dividida o incluso se opone a los cambios que se quieren introducir. Tampoco puede pasarse por alto su importante efecto educativo y legitimador, que a largo plazo podría propiciar una alineación entre las opciones políticas perseguidas por el Poder Judicial y la opinión pública.

Además, hay que tener en cuenta la dificultad de equilibrar y graduar los intereses en juego. Este perfil asume una relevancia práctica significativa. A pesar de que la jurisprudencia afirma la necesidad de evaluar las consecuencias de las decisiones, hay que señalar que la operación no es automática. Un primer aspecto crítico se encuentra en la necesidad de seleccionarlos: no pueden considerarse todos los efectos posibles, sino sólo los socialmente relevantes que puedan vincularse al impacto de la decisión en la realidad concreta que representa el caso en cuestión. La segunda se refiere a la selección de puntos de vista desde los que evaluar las consecuencias. El sistema debe tener en cuenta la economía, la justicia social y la libertad (Mengoni, 1996, p. 102). Sin embargo, incluso este enfoque metodológico tropieza con al menos dos críticas: la primera se refiere a la dificultad de evaluar las posibles consecuencias de una elección en el proceso. Hay conocimientos científicos, técnicos y económicos que el juez no tiene tiempo ni, a menudo, capacidad de evaluar. Como señaló

el Juez Frankfurter: "¿sabe alguien dónde podemos ir para averiguar cuáles fueron las consecuencias prácticas de esta decisión? No sé hasta qué punto se pueden comprobar estas cosas. Lo que sí sé es que, en la medida en que puedan ser relevantes para la decisión de los casos, no deben dejarse a la ciega conjetura mía y de otros sólo ligeramente menos informados que yo" (Frankfurter, 1954 en Hall, 2013, p. 19).

Además, aunque se hayan identificado claramente las consecuencias, toda decisión puede implicar el sacrificio de valores e intereses igualmente importantes. En cambio, la sentencia es una respuesta clara a problemas complejos. Pensemos, por ejemplo, en la decisión de bloquear la renovación de un permiso para actividades mineras en una zona que tiene en esa actividad la única fuente de ingresos de sus habitantes. Habría que considerar las reubicaciones, el posible apoyo a la población o los planes de desarrollo económico. Otra opción podría ser la restricción gradual de estas actividades, sin interrumpirlas. Estas medidas no pueden adoptarse judicialmente.

Esto incluye también la discrecionalidad del poder político a la hora de elegir cómo perseguir los objetivos de protección medioambiental. Por ejemplo, en el caso Greenpeace, los tribunales noruegos consideraron que aunque el Acuerdo de París establece normas para reducir las emisiones, esto no significa que el Gobierno no pueda iniciar proyectos que, por el contrario, las aumenten. De hecho, podría optar por limitarlas en determinados ámbitos considerados menos estratégicos. Cabe señalar, no obstante, que la jurisprudencia está dividida en este punto. En Gloucester, el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Gales del Sur ha descartado, de hecho, la explotación y combustión de nuevos combustibles fósiles[21]. Sin embargo, la orientación noruega parece preferible, ya que la elección de cómo distribuir los recursos, modulando los distintos intereses, es esencialmente política. Razones económicas o sociales podrían hacer conveniente la expansión de algunas actividades, a pesar de posibles prejuicios climáticos, contrarrestadas por políticas estrictas en otros ámbitos.

Por último, la cuestión de la responsabilidad sigue siendo fun-

21 Gloucester Resources Limited contra el Ministro de Planificación [2019] NSWLEC 7.

damental en una sociedad democrática: ¿quién es responsable de determinadas decisiones? Pero, sobre todo, ¿quién está realmente legitimado para imponer grandes sacrificios? De hecho, no es posible equiparar las ONG o los grupos de protección del clima con la sociedad civil, dada también la naturaleza elusiva de este concepto. Tampoco podemos limitarnos a responder a problemas concretos confiando, como se hace, en el juez como el mejor intérprete del espíritu de los tiempos y el más justo guardián de la sociedad.

La cuestión del medio ambiente es compleja por sus múltiples facetas. Aunque la inacción no parece hoy una respuesta socialmente aceptada y aceptable, hay que evitar los excesos que convierten el ecologismo en una nueva religión. Por tanto, parece más adecuada la solución política, que debería ser capaz de considerar de forma pragmática y coordinada todos los matices del problema. La jurisprudencia, por su parte, probablemente debería limitarse a resolver cuestiones locales, en las que existe un perjuicio real y concreto, sin intentar cambiar el mundo ni improvisarse como responsable política. La historia enseña que las grandes victorias judiciales suelen ser sólo ilusorias, mientras que el verdadero cambio se produce a partir de pequeñas respuestas específicas.

Referencias Bibliograficas

Acemoglu, D., Aghion, P., Bursztyn, L., & Hemous, D. (2012). The environment and directed technical change. American economic review, 102(1), 131-66.

Ghaleigh, N. S. (2010). Six honest serving-men: Climate change litigation as legal mobilization and the utility of typologies. Climate L., 1, 31.

Giabardo, C. V. (2020). Climate Change Litigation and Tort Law: Regulation Through Litigation?. Diritto & Processo (University of Perugia Law School Yearbook), 361-382.

Goulder, L. H., & Williams III, R. C. (2012). The choice of discount rate for climate change policy evaluation. Climate Change Economics, 3(04), 1250024.

Graziadei M (2009) Legal transplants and the frontiers of legal knowledge. Theor Inq Law 10(2):723–743. Kysar, D. A. (2011). What climate change can do about tort law. Envtl. L., 41, 1.

Hall, M. (2013), The Nature of Supreme Court Power, Cambridge University Press.

Harding, M. S. (2022). Judicializing Everything?. In Judicializing Everything?. University of Toronto Press.

Lando, H. (2022). Should courts decide climate policies?-A critical perspective on the Urgenda verdict. A critical perspective on the Urgenda verdict (October 19, 2022). Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper, (22-08).

Macchi, C., & van Zeben, J. (2021). Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell. Review of European, Comparative & International Environmental Law, 30(3), 409-415.

Marjanac, S., & Patton, L. (2018). Extreme weather event attribution science and climate change litigation: an essential step in the causal chain?. Journal of Energy & Natural Resources Law, 36(3), 265-298.

Mayer, B. (2022). The Contribution of Urgenda to the Mitigation of Climate Change. Journal of Environmental Law (forthcoming), The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper, (2022-44).

Mengoni, L. (1996), Ermeneutica e dogmatica giuridica, Giuffrè.

Nordhaus, W. (2018). Projections and uncertainties about climate change in an era of minimal climate policies. American economic journal: economic policy, 10(3), 333-60.

Peel, J., Osofsky, H., & Foerster, A. (2017). Shaping the 'next Generation' of Climate Change Litigation in Australia. Melbourne University Law Review, 41(2), 793-844.

Peel, J., & Osofsky, H. M. (2020). Climate change litigation. Annual Review of Law and Social Science, 16(1), 21-38.

Pozzo, B. (2021). Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective. In Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects (pp. 593-619). Springer, Cham.

Roy, S. (2022). The Domestic Life of Climate Law: Friends of the Irish Environment v Ireland. Irish Supreme Court Review, 3.

Sax, J. L. (1970). The public trust doctrine in natural resource

law: effective judicial intervention. Michigan Law Review, 68(3), 471-566.

Schneider, M. (2017). Where Juliana Went Wrong: Applying the Public Trust Doctrine to Climate Change Adaptation at the State Level. Environs: Envtl. L. & Pol'y J., 41, 47.

Scruton, R. (2016) Essere Conservatore, D'Ettoris.

Setzer, J., & Benjamin, L. (2020). Climate change litigation in the Global South: filling in Gaps. American Journal of International Law, 114, 56-60.

Setzer, J., & Benjamin, L. (2020 (a)). Climate litigation in the Global South: constraints and innovations. Transnational Environmental Law, 9(1), 77-101.

Shepherd, T. G., Boyd, E., Calel, R. A., Chapman, S. C., Dessai, S., Dima-West, I. M., ... & Zenghelis, D. A. (2018). Storylines: an alternative approach to representing uncertainty in physical aspects of climate change. Climatic change, 151(3), 555-571.

Wewerinke-Singh, M., & Salili, D. H. (2020). Between negotiations and litigation: Vanuatu's perspective on loss and damage from climate change. Climate Policy, 20(6), 681-692.

Año I, N.° 1
Setiembre 2023
ISSN: 2961-2853

Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional*

General Panorama on the Civil Liability of the Arbitrator in various countries at the international level

Christian F. Basaldúa Chincha** ***

Sumario

Introducción; 1. ¿Qué nos dicen los instrumentos aprobados por la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional?; 1.1. La falta de regulación en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985; 1.2. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; 2. ¿Qué nos dice la legislación en diversos países a nivel internacional?; 2.1. Norteamérica; 2.1.1. Estados Unidos; 2.2. Europa; 2.2.1. Francia; 2.2.2. Inglaterra; 2.2.3. Italia; 2.2.4. Alemania; 2.2.5. España; 2.2.6. Suiza; 2.2.7. Austria; 2.3. Latinoamérica; 2.3.1. Argenti-

---

* El presente artículo es un fragmento del Capítulo 1 (*¿Está justificada la inmunidad de los árbitros? El estándar de responsabilidad civil del árbitro a nivel internacional*) de la Tesis para optar el Título de Abogado (denominada *¿Un gran poder conlleva una gran responsabilidad? La "inmunidad" del árbitro frente a reclamos de las partes por responsabilidad civil*) que sustentó exitosamente el autor el 19 de setiembre de 2022, fragmento que ha sido revisado y reducido para efectos de su publicación.

** Abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente cursa la Maestría en Derecho Civil de la Escuela de Posgrado en dicha casa de estudios. Adjunto de docencia del curso de Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP, y Jefe de Práctica de los cursos de Derecho Civil VI: Obligaciones, Derecho Civil VII: Contratos (Parte General) y Derecho Civil XI: Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asociado del Estudio Fernández & Vargas Abogados. Ha sido miembro del equipo campeón que representó a la PUCP en la XII Edición de la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil "MOOT MADRID" en el año 2020.

*** Basaldúa Chincha, C. (2023) Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil (1)*. 67-144.

na; 2.3.2. Brasil; 2.3.3. Colombia; 2.3.4. Chile; 2.3.5. Ecuador; 2.3.6. México; 2.4. Asia; 2.4.1. China; 2.4.2. Singapur; 3. Conclusiones; 4. Bibliografía.

Resumen

En el presente artículo, el autor realizará un mapeo general sobre cómo es que se regula la responsabilidad civil del árbitro en algunos países de Norteamérica, Europa, América Latina y Asia. En este trabajo no solo se hará un recuento normativo, sino que se va a incorporar comentarios de doctrina autorizada, así como referencias a casos importantes en los que se haya discutido sobre la responsabilidad civil de los árbitros.

Palabras clave: Responsabilidad Civil, Inmunidad, Árbitro, Arbitraje

Abstract

In this article, the author will address a general mapping of how the civil liability of the arbitrator is regulated in some countries of North America, Europe, Latin America and Asia. In this work, not only will a normative revision be made, but also comments by authorized doctrine will be incorporated, as well as references to important cases in which the civil liability of arbitrators has been discussed.

Keywords: *Civil Liability, Immunity, Arbitrator, Arbitration*

Introducción

El propósito de este artículo es realizar un mapeo general de cómo es que se regula la responsabilidad civil del árbitro en diversas jurisdicciones a través de todo el mundo.

Para tales efectos, vamos a tomar de referencia algunos de los más importantes y representativos países de Norteamérica, Europa, América Latina y Asia.

Así, vamos a revisar sobre todo lo siguiente: (i) si es que el país cuenta o no con alguna regulación (o si quiera alguna mención mínima) de la responsabilidad civil de los árbitros en su respectiva legislación de arbitraje; y, en caso la respuesta sea afirmativa, (ii) si dicha regulación establece algún tipo de limitación de responsabilidad o inmunidad a favor de los árbitros en ejercicio de sus funciones.

Cabe precisar que no solamente haremos un "recuento normativo", sino que también vamos a incorporar comentarios de doctrina autorizada sobre la regulación respectiva de cada país, así como referencias a casos importantes en los que se haya discutido sobre la responsabilidad civil de los árbitros.

Adicionalmente, vamos también a revisar cuál es el tratamiento de esta materia en los principales instrumentos aprobados por la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, la "CNUDMI").

1. ¿Qué nos dicen los instrumentos aprobados por la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional?

Como un primer punto de partida, resulta imprescindible revisar la regulación (o falta de la misma) que existe sobre la responsabilidad civil (o inmunidad) de los árbitros en los principales instrumentos aprobados por la CNUDMI en materia de arbitraje comercial internacional.

Como se sabe, la CNUDMI es una de las principales instituciones a nivel mundial que promueve el comercio y la inversión internacionales, buscando modernizar y unificar el marco jurídico aplicable, sobre todo en temas claves como la resolución de controversias[1].

Con miras a dichos objetivos, la CNUDMI ha realizado una im-

1 Al respecto, el numeral 1) del apartado A. "Origen" de la sección I. "Origen, mandato y composición de la CNUDMI" de la Guía de la CNUDMI señala lo siguiente:

portante labor en la preparación y fomento de diversos instrumentos normativos de *soft law* como leyes modelo y similares[2].

Pues bien, en cuanto a los mecanismos de resolución de controversias como el arbitraje internacional, interesa revisar sobre todo los siguientes dos (2) instrumentos aprobados por la CNUDMI: (i) la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la "Ley Modelo CNUDMI") (tanto en su versión original de 1985 como la versión que contiene las enmiendas del 2006); y, (ii) el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en adelante, el "Reglamento CNUDMI") (tanto en su versión original de 1976 como la versión revisada del 2010).

1.1. La falta de regulación en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

No hay duda de que la Ley Modelo CNUDMI es una de las principales fuentes de *soft law* a nivel del arbitraje comercial internacional.

Este instrumento normativo ha servido de inspiración para las legislaciones arbitrales de diversos países en todo el mundo, ya que consagra las principales directrices y princi-

(…) existe un amplio consenso sobre la importancia de mejorar el marco jurídico para facilitar el comercio y la inversión internacionales. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966 (…), cumple una función importante en el desarrollo de dicho marco en cumplimiento de su mandato de promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil. Tales temas comprenden, en concreto: la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías (el subrayado es mío).

2 Al respecto, el numeral 2.c) del apartado B. "Mandato" de la sección I. "Origen, mandato y composición de la CNUDMI" de la Guía de la CNUDMI señala lo siguiente:
2. La CNUDMI da cumplimiento a su mandato mediante:
(…)
c) La preparación o el fomento de la aprobación de nuevos convenios y convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y de una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, colaborando, en su caso, con las organizaciones que actúen en esta esfera;
(…) (el subrayado es mío).

pios que rigen las más importantes prácticas del arbitraje a nivel internacional.

Sobre el particular, resulta muy ilustrativo lo indicado en el numeral 2) de la introducción de la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, el cual señala lo siguiente:

2. La Ley Modelo constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Desde su aprobación por la CNUDMI, la Ley Modelo ha pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base (el subrayado es mío).

Como veremos más adelante, diversos países (sobre en todo en América Latina) han inspirado gran parte de su legislación arbitral en el texto de la Ley Modelo CNUDMI. En algunos casos, en su versión original, mientras que en otros se ha tomado en cuenta la versión con las enmiendas del 2006.

En el caso peruano, por ejemplo, la influencia que ha tenido la Ley Modelo CNUDMI (en su versión del 2006) en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el Perú (en adelante, la "Ley de Arbitraje Peruana") es indiscutible. Ello no podría ser de otra forma, dado que uno de los principales objetivos de la Ley de Arbitraje Peruana ha sido precisamente recoger las mejores prácticas y estándares del arbitraje a nivel internacional.

En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje Peruana señala expresamente lo siguiente:

"La experiencia nacional acumulada en los últimos años ha sido una guía constante en esta nueva regulación pero también el interés de aprovechar la experiencia comparada a nivel de tratados, leyes, reglamentos arbitrales, jurisprudencia y en general práctica arbitral internacional. Así, en la revisión de fuentes se ha tomado en cuenta, entre otras, las legislaciones arbitrales de España, Suecia, Bélgica, Alemania,

Inglaterra, Suiza, Holanda, Francia y Estados Unidos y los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y, de manera especial, se considerado la versión 2006 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) así como los recientes documentos de trabajo sobre la revisión de su Reglamento de Arbitraje" (el subrayado es mío).

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe advertirse que la Ley Modelo CNUDMI no abordó en su momento el tema de la responsabilidad civil (o inmunidad) de los árbitros.

En su versión original de 1985, la Ley Modelo CNUDMI no contempla ningún artículo ni hace ninguna mención a la responsabilidad civil (y al estándar de la misma) en la que eventualmente podrían incurrir los árbitros, ante el incumplimiento de sus obligaciones frente a las partes.

Sobre este punto en particular, refiriéndose a las materias no abordadas en la versión original de la Ley Modelo CNUDMI (1985), Holtzmann y Neuhaus nos comentan que, durante la elaboración de este instrumento, surgió la interrogante de si realmente debía o no contemplarse alguna disposición sobre la responsabilidad de los árbitros.

Sin embargo, dado que para ese momento se trataba de un tema que no estaba ampliamente regulado y seguía siendo bastante controvertido, el Grupo de Trabajo se decantó finalmente por que no se dijera nada al respecto.

Así, los autores antes indicados mencionan lo siguiente:

5. Responsabilidad de los árbitros. En su Nota inicial sobre la Ley Modelo, la Secretaría también planteó la cuestión de si la Ley Modelo debería abordar la medida en que un árbitro puede ser responsable por mala conducta o error en el desempeño de sus obligaciones. La Nota sugirió que el asunto no se tratara en la Ley "[e]n vista del hecho de que el problema de la responsabilidad no está ampliamente regulado y sigue siendo muy controvertido". El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo, y aparte de la propuesta de un gobierno de que se abordara

el asunto, no se volvió a plantear la cuestión de la responsabilidad de los árbitros (Holtzmann y Neuhaus 1989: 1119) (el subrayado es mío).

Poco más de veinte años después, en el 2006, la CNUDMI aprobaría una serie de enmiendas a la Ley Modelo, sobre todo en lo que se refiere a la regulación de la formalidad del convenio arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje.

Sin embargo, nuevamente, no se incluyó en esta versión de la Ley Modelo CNUDMI ninguna disposición ni regulación concreta sobre la responsabilidad civil de los árbitros.

Refiriéndose ahora a las materias no abordadas en esta versión de la Ley Modelo CNUDMI (2006), Holtzmann y Neuhaus nos comentan que varios países han estado regulando esta materia de forma diversa, y que la aproximación suele ser distinta dependiendo de si el país es de tradición *common law* o *civil law*.

Sin embargo, precisamente dada la disparidad de criterios y enfoques sobre el particular, resultaba poco probable que se llegase a una única posición, para efectos de que esta sea consagrada como tal en la Ley Modelo. Y por ello es que, nuevamente, se optó por no decir nada al respecto.

Así, los autores mencionan lo siguiente:

7. Inmunidad de responsabilidad de los árbitros. La Secretaría señaló que, aunque la Ley Modelo no dice nada sobre la responsabilidad de los árbitros, varios países han adoptado disposiciones que abordan esta cuestión, llegando en muchos casos a conclusiones significativamente dispares. Por ejemplo, los países de *common law* tendían a otorgar a los árbitros una inmunidad amplia comparable a la de los jueces, mientras que los países de *civil law* se inclinaban a centrarse en la función contractual de los árbitros como expertos. Dados los diferentes enfoques a este tema en leyes nacionales, se expresó la opinión de que era poco probable que se lograra una posición de consenso, y la Comisión concluyó que el tema debía recibir poca prioridad (Holtzmann y Neuhaus 2015: 674) (el subrayado es mío).

En ese sentido, tenemos que la Ley Modelo CNUDMI (incluso en su versión con las enmiendas de 2006) no contempla ninguna regla sobre responsabilidad civil (o inmunidad) a favor de los árbitros.

Esto es importante de ser tenido en cuenta, ya que, como hemos explicado, muchos países han basado gran parte de su legislación arbitral en la Ley Modelo CNUDMI. Consecuentemente, habrá varios de ellos en los que la ley que regula el arbitraje simplemente no contempla nada respecto a la responsabilidad de los árbitros.

1.2. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Inicialmente, el Reglamento CNUDMI, en su versión de 1976, no contemplaba ninguna regla sobre responsabilidad civil (o inmunidad) de los árbitros.

Sin embargo, tiempo después, la nueva versión del Reglamento CNUDMI, que entró en vigor en el 2010, pasó a contemplar una regla de inmunidad relativa (o responsabilidad limitada) en su artículo 16°, conforme a los siguientes términos:

Responsabilidad

Artículo 16

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

Del artículo antes citado podemos extraer tres (3) puntos interesantes para tomar en cuenta, y que serán de mucha utilidad cuando analicemos posteriormente la regulación que existe sobre la responsabilidad civil de los árbitros en las legislaciones nacionales.

En primer lugar, nótese que se excluye expresamente de los alcances de la inmunidad a los supuestos de "falta intencional"[3].

3 Sobre el significado de la noción de "falta intencional", Perales Viscasillas precisa que "(…) aunque se expresaron algunas opiniones en torno a las posibles interpretaciones divergentes que podría tener dicho término en los distintos ordenamientos jurídicos, se expresó, sin embargo, que todos los jueces serían capaces de entender el significado de falta intencional, ya que se trata de un concepto que está acogido a nivel internacional en otros reglamentos arbitrales" (2013: 61) (el subrayado es mío). No obstante ello, inmediatamente después, la autora menciona que, según su opinión, "(…) si bien a primera vista parece que la literalidad de "falta intencional" es únicamente equiparable al dolo, entendemos que analizando la historia legislativa puede llegarse a concluir que alcanza también a la culpa grave según la terminología civilista. De este modo, puede considerarse que los árbitros bajo el Reglamento CNUDMI responden en los casos de dolo y culpa grave" (Perales Viscasillas 2013: 61) (el subrayado es mío).

Es decir, aparentemente, dado que un incumplimiento cometido de forma intencional por un árbitro constituiría una situación tan grave, dicha circunstancia nunca podría ser materia de exclusión de responsabilidad, por lo menos bajo lo que establece el artículo 16° del Reglamento CNUDMI de 2010.

Sobre este punto, comentando esta disposición, Paulsson y Petrochilos explican lo siguiente:

En virtud del artículo 16, las partes de un arbitraje de la CNUDMI renuncian a toda reclamación contra los árbitros y cualquier otro participante en el procedimiento, "salvo por irregularidades intencionales". Esta salvedad se agregó al final del proceso de revisión para enfatizar que la inmunidad frente a "irregularidades intencionales" es inaceptable incluso si la *lex arbitri* lo permitiera. El propósito de esta adición no era establecer la responsabilidad (cuestión de la *lex arbitri*) sino simplemente preservar cualquier responsabilidad que pudiera existir, razón por la cual los términos se formularon de manera no técnica (2017: 110-111).

Teniendo en cuenta ello, dado que, en principio, lo único que estaría vedado son las "faltas intencionales", entonces, *a contrario*, si el árbitro incumple sus obligaciones frente a las partes de forma culposa o negligente (sin intención), dicha situación estaría comprendida dentro de la inmunidad y, por lo tanto, no debería responder (por lo menos en teoría).

Sin embargo, cabe preguntarnos si es que realmente cualquier culpa o negligencia podría estar comprendida dentro de los alcances de la inmunidad establecida en el artículo 16° del Reglamento CNUDMI de 2010. En tanto no se hace ninguna distinción al respecto, ¿podría afirmarse que incluso si el árbitro comete una negligencia grave estará exonerado de responsabilidad?

Esta pregunta surge sobre todo porque, como veremos más adelante, muchos países (como el nuestro) recogen dentro de su sistema positivo diversos grados de culpa (que van normalmente desde el más "leve" hasta el más "grave"). Y, dependiendo de sus legislaciones internas, muchos de ellos establecen reglas imperativas en cuanto al grado máximo en que se permite la limitación o exoneración de responsabilidad.

Sobre este tema en particular, resulta importante lo indicado por Paulsson y Petrochilos, quienes comentan lo siguiente:

Durante el proceso de redacción del artículo 16, también se sugirió que se excluyeran las reclamaciones de responsabilidad basadas en negligencia grave (…). Sin embargo, al observar que 'algunos Estados no tienen un concepto de grados de negligencia', el Grupo de Trabajo consideró que había un riesgo de que una exclusión de "negligencia grave" pudiera no funcionar o posiblemente funcionar como una exclusión sobre la base de negligencia en general, lo que tendería a frustrar el propósito de la disposición propuesta de exclusión de responsabilidad.

Para garantizar mejor la aplicabilidad efectiva y universal de las Reglas, se decidió finalmente dejar el grado de culpabilidad requerido a la legislación nacional sin precisar un concepto de negligencia (2017: 111-112).

En ese sentido, y este es justamente el segundo punto a tomar en cuenta, el grado exacto de culpa o negligencia que podrá estar comprendido dentro de los alcances de la inmunidad dependerá finalmente de lo que establezca el marco normativo que resulte aplicable.

Es decir, siempre se deja la posibilidad de que la legislación nacional aplicable establezca los límites bajo los cuales puede ser válida la limitación de responsabilidad de los árbitros. Por eso, precisamente, el artículo 16° del Reglamento CNUDMI de 2010 establece la inmunidad "en la máxima medida que permita la ley aplicable".

Por consiguiente, por ejemplo, si un país tiene dentro de su sistema una regla que impide o prohíbe las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable (como sería en el caso peruano), pues entonces la inmunidad establecida en el artículo 16° del Reglamento CNUDMI de 2010 no será válida en ese extremo, y solo protegerá a los árbitros por el umbral de la culpa leve.

El tercer punto a tomar en cuenta es que el artículo 16° del Reglamento CNUDMI de 2010 se refiere de forma amplia a "actos u omisiones relacionados con el arbitraje". Es decir, no se hace ninguna distinción en cuanto al tipo de labores del árbitro cuyo incumplimiento se encuentra dentro de los alcances de la inmunidad.

Esto también es importante, ya que, en algunas jurisdicciones, cierto sector de la doctrina sostiene que debería realizarse una diferenciación del régimen de responsabilidad aplicable a los árbitros, dependien-

do de la labor concreta que ha sido materia de incumplimiento.

Sin perjuicio de ello, basta decir por el momento que, conforme a la regulación contenida en el Reglamento CNUDMI de 2010, el alcance de la inmunidad (o limitación de responsabilidad) en cuanto al incumplimiento por parte del árbitro es bastante amplio.

2. ¿Qué nos dice la legislación en diversos países a nivel internacional?

Habiendo revisado brevemente la regulación (o falta de la misma) en la Ley Modelo CNUDMI y el Reglamento CNUDMI de 2010 sobre la responsabilidad civil de los árbitros, vamos ahora a observar cómo se suele regular esta materia en las legislaciones nacionales de diversos países en todo el mundo, y (de ser posible) cómo es que dichas jurisdicciones la entienden y aplican en casos concretos.

Para ello, tomaremos de referencia algunas de las jurisdicciones más representativas de Norteamérica, Europa, América Latina y Asia.

2.1. Norteamérica

En Norteamérica, probablemente el ejemplo más emblemático sobre inmunidad de los árbitros (y, por ende, muy comentado por diversos autores) es el caso de Estados Unidos. A continuación, veremos cómo es la regulación de dicha materia allí, y comentaremos algunos casos importantes en los que se haya discutido cuestiones vinculadas a la responsabilidad civil (o inmunidad) de los árbitros.

2.1.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos, el arbitraje se regula por diversos cuerpos normativos. Como nos comentan Amirfar, Reid y Popova, el arbitraje en Estados Unidos está sujeto a la normativa expedida a nivel federal, y aquella expedida a nivel de cada uno de los estados que conforman este país (2022: 2).

En cuanto a la regulación federal, el arbitraje se rige básicamente por la Ley Federal de Arbitraje (*"Federal Arbitration Act"*). En cambio, en cuanto a la regulación estatal, cada estado tiene su propia ley de arbitraje.

Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que varios estados han adoptado dentro de su legislación la Ley Uniforme de Arbitraje (*"Uniform Arbitration Act"*), cuya versión revisada fue aprobada por la Conferencia Nacional de Comisiones sobre Leyes Uniformes para los Estados en el año 2000.

Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa, la Ley Federal de Arbitraje norteamericana no contempla ninguna disposición expresa que regule la responsabilidad civil de los árbitros y, por ende, no prevé ninguna regla de inmunidad o limitación de responsabilidad (Astigarraga, Gómez Nombela y Villagómez 2021: 66).

Por el contrario, curiosamente, la Ley Uniforme de Arbitraje norteamericana sí aborda esta materia, estableciendo una regla de inmunidad para los árbitros (e inclusive las instituciones arbitrales) en los mismos términos que la inmunidad de la que gozan los jueces.

En efecto, la Sección 14 de la Ley Uniforme de Arbitraje norteamericana señala expresamente lo siguiente:

Sección 14 Inmunidad del árbitro; Competencia para testificar; Honorarios y costos de abogados

a) Un árbitro o un centro de arbitraje que actúa en esa capacidad es inmune a la responsabilidad civil en la misma medida que un juez de un tribunal de este Estado que actúa en una capacidad judicial.

b) La inmunidad otorgada por esta sección complementa cualquier inmunidad bajo otra ley.

c) El hecho de que un árbitro no haga una revelación requerida por la Sección 12 no causa ninguna pérdida de inmunidad bajo esta sección.

d) En un procedimiento judicial, administrativo o similar, un árbitro o representante de una organización de arbitraje no es competente para testificar, y no se le puede exigir que produzca registros sobre cualquier declaración, conducta, decisión o fallo que ocurra durante el arbitraje. procedimiento, en la misma medida que un juez de un tribunal de este Estado actuando con capacidad judicial. Esta subsección no se aplica:

(1) en la medida necesaria para determinar el reclamo de un árbitro, organización de arbitraje o representante de la organización de arbitraje contra una de las partes del procedimiento de arbitraje; o

(2) a una audiencia sobre una [moción] para anular un laudo conforme a la Sección 23 (a) (1) o (2) si el [demandante] establece prima facie que existe un motivo para anular el laudo.

e) Si una persona inicia una acción civil contra un árbitro, centro de arbitraje o representante de

> un centro de arbitraje derivada de los servicios del árbitro, centro o representante o si una persona busca obligar a un árbitro o representante de una institución arbitral a testificar o producir registros en violación de la subsección (d), y el tribunal decide que el árbitro, el centro de arbitraje o el representante de un centro de arbitraje es inmune a la responsabilidad civil o que el árbitro o representante del centro no es competente para testificar, el tribunal otorgará al árbitro, centro o representante honorarios razonables de abogado y otros gastos razonables del litigio (el subrayado es mío).

Nótese que la norma antes citada establece de forma expresa que los árbitros son inmunes frente a responsabilidad civil "en la misma medida" que los jueces.

Esto es muy importante de ser observado, ya que, como veremos en un momento, la jurisprudencia norteamericana ha seguido precisamente este criterio (aun en casos en que no es de aplicación esta normativa) para determinar que los árbitros gozan de inmunidad, al desempeñar una actividad materialmente similar a la de los jueces.

Cabe destacar también que, según la Sección antes citada, dicha inmunidad no se pierde inclusive si el árbitro no cumple con su deber de revelación (conforme a la Sección 12).

Como veremos más adelante, este tratamiento puede ser bastante divergente a los alcances de la inmunidad de los árbitros en otros países en los que, potencialmente hablando, la no revelación sí puede derivar en un supuesto que los exponga a responsabilidad civil.

Vamos ahora a revisar algunos de los casos más importantes que han abordado la inmunidad de los árbitros en Estados Unidos, y que han marcado la pauta con respecto a los alcances y límites de la misma a nivel jurisprudencial.

Un primer caso para comentar es el Caso *Wasyl Inc. v. First Boston Corp.* (813 F.2d 1579), que dio lugar a la decisión de fecha 09 de abril de 1987, emitida por el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

La empresa Wasyl Inc. y el señor Edward Smolarski celebraron unos contratos de opción con John Moller, en virtud de los cuales le dieron a este último la opción de adquirir las participaciones de aquellos en la empresa USA Petroleum

Company, a un determinado valor. Los contratos establecían que, en caso las partes no pudieran ponerse de acuerdo sobre dicho valor, este debía ser establecido por tres (3) tasadores independientes.

Dado que no se llegó a un acuerdo sobre el referido valor de las participaciones, las partes recurrieron a este mecanismo de resolución de controversias. Así, de un lado, Wasyl y Smolarski designaron a su tasador y, del otro, Moller designó al suyo. Ambos designaron a su vez a First Boston como el tercer tasador.

Dado que los primeros dos (2) tasadores tampoco llegaron a un acuerdo respecto al valor de las participaciones de la empresa, First Boston emitió su propio informe final para determinar dicho valor. Sin embargo, Wasyl y Smolarski manifestaron que el informe emitido por First Boston tenía graves errores y que, como consecuencia de ello, había subvaluado las participaciones en $ 10'000,000.

En vista de ello, Wasyl y Smolarski demandaron a First Boston alegando incumplimiento contractual, negligencia grave, e incluso falta intencional al momento de elaborar el informe de valorización.

Frente a ello, First Boston pidió una moción de juicio sumario, la cual fue concedida por la corte distrital, en tanto consideró que dicha parte gozaba de inmunidad arbitral. Esta decisión fue impugnada por Wasyl y Smolarski, por lo que llegó a la Corte de Apelaciones norteamericana.

Con ocasión de este caso, la Corte se pronunció sobre la responsabilidad civil de los árbitros, estableciendo que estos, al igual que los jueces, deben gozar de inmunidad por actos cometidos dentro de su jurisdicción, para efectos de resguardar el proceso de toma de decisiones de amenazas por parte de litigantes insatisfechos.

Específicamente, la Corte de Apelaciones norteamericana señaló lo siguiente:

Si bien la Ley [refiriéndose a la Ley Federal de Arbitraje norteamericana] no lo prevé, la jurisprudencia dicta que los árbitros son inmunes a la responsabilidad civil por actos dentro de su jurisdicción que surjan de sus funciones arbitrales en audiencias de arbitraje acordadas contractualmente.

(…)

La comparabilidad funcional del proceso de toma de decisiones

ISSN: 2961-2853 | Año I - N.° 1, setiembre 2023, Lima - Perú

y los juzgamientos de los árbitros con aquellos de los jueces y examinadores de audiencia de agencias, a quienes se extiende la inmunidad, genera la misma necesidad de juicio independiente libre de la amenaza de demandas. Al igual que con la inmunidad judicial y quasi-judicial, la inmunidad arbitral es esencial para proteger al responsable de la toma de decisiones de influencias indebidas y proteger el proceso de toma de decisiones de las represalias de los litigantes insatisfechos (el subrayado es mío).

En ese sentido, al considerar que First Boston actuó siempre dentro del alcance de sus funciones, la Corte confirmó la decisión de la corte distrital de conceder la moción de juicio sumario a favor de First Boston, sobre la base de que tenía derecho a inmunidad arbitral.

Un segundo caso, en el cual se sigue un criterio similar al anterior, es el Caso *Kabia v. Koch* (186 Misc. 2d 363), que dio lugar a la decisión de fecha 30 de junio de 2000, emitida por la Corte Civil del Condado de New York.

Este caso trata de una demanda interpuesta por una de las partes de un arbitraje contra el árbitro encargado de resolver su controversia, en lo que podríamos denominar un "arbitraje televisado", por haberlo supuestamente difamado en televisión nacional.

El señor Idris Kabia y su hijo tenían una controversia entre ellos, y ganaron la posibilidad de que esta sea resuelta en el programa de televisión "The People's Court", a cargo del árbitro Edward Koch.

Los productores del programa hicieron firmar a las partes un convenio arbitral, en virtud del cual se establecía que, en caso se determine en el laudo que alguna de las partes tenía la razón, dicha parte se haría acreedora de una suma dineraria que iba a ser pagada por el programa (no por la contraparte). En el convenio, también se mencionaba que las partes liberaban de responsabilidad al productor y al árbitro por cualquier afirmación o declaración hecha por este último durante el arbitraje que pudiera resultar injuriosa o difamatoria para con aquellas.

Asimismo, junto con el convenio arbitral, se les remitió a las partes las Reglas del programa, en las cuales se indicaba que el laudo que emitiría el árbitro era definitivo y vinculante.

Resulta que el arbitraje se llevó a cabo y, durante la audiencia, el árbitro (aparentemente) se habría referido al señor Kabia como si

este hubiera "secuestrado" a su hijo, todo lo que cual quedó grabado en el programa. Al final, el árbitro le dio la razón al hijo de Kabia, y la grabación del programa fue emitida al aire en marzo de 1999.

En vista de ello, el señor Kabia demandó al árbitro, alegando que este lo había difamado en televisión nacional, y reclamando que se le haga responsable civilmente. Por su parte, el árbitro pidió una moción de juicio sumario.

Al margen de los contornos peculiares y extravagantes de este caso, lo importante es que, al rechazar las pretensiones del demandante, la Corte Civil del Condado de New York se pronunció sobre la inmunidad de los árbitros, en los siguientes términos:

Aunque no son jueces, los árbitros ejercen funciones judiciales y están protegidos de la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de funciones judiciales ya sea que se busquen daños generales o especiales. Bajo esta doctrina de inmunidad arbitral, los árbitros en procedimientos de arbitraje convenidos contractualmente son absolutamente inmunes de responsabilidad por todos los actos dentro del alcance del proceso arbitral (el subrayado es mío).

Como puede observarse, las cortes norteamericanas suelen ser bastante estrictas cuando se trata de respetar la inmunidad de los árbitros frente a demandas de responsabilidad civil. No obstante, debe tenerse presente que la lógica de esta institución está pensada para proteger la actividad decisional del árbitro, en tanto al resolver una controversia, este cumple una función asimilable a la de un juez.

Es precisamente este punto el que, posteriormente, la jurisprudencia norteamericana ha ido precisando en sus pronunciamientos, con la finalidad de delimitar mejor los alcances de esta inmunidad.

Así, como tercer caso, tenemos el Caso *Morgan Phillips Inc. v. JAMS/Endispute* (140 Cal.App.4th 795), que dio origen a la decisión de fecha 20 de junio de 2006, emitida por el Segundo Distrito de la Corte de Apelaciones de California.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil interpuesta por una de las partes de un arbitraje contra el árbitro encargado de resolver su controversia, por haber este renunciado a su cargo de forma injustificada para evitar expedir el laudo.

La empresa Morgan Phillips Inc., vendedora de productos de

dormitorio, contrató a dos (2) proveedores de colchones para que le fabriquen algunos de acuerdo a ciertas especificaciones.

Dado que Morgan Phillips Inc. no se encontraba satisfecha con los productos proporcionados, se inició un procedimiento de mediación entre las partes, para lo cual se contrató a las empresas JAMS/Endispute L.L.C. y JAMS Inc. y, particularmente, al señor John Bates como mediador.

En el año 2000, Bates asistió a las partes para arribar a un acuerdo y resolver esta disputa. En el documento que se firmó, se dejó constancia de que cualquier otra controversia que surgiera al respecto sería resuelta de forma definitiva por Bates, a través de un arbitraje.

Posteriormente, en el 2002, surgió una nueva disputa entre Morgan Phillips Inc. y los proveedores respecto a los productos, así que esta vez se inició un arbitraje y se designó a Bates para que actuara como árbitro para resolver la controversia.

Sin embargo, luego de que se habían presentado las pruebas y los alegatos de las partes (es decir, estando el caso expedito para que se emita el laudo), el señor Bates les comunicó repentinamente y sin mayor justificación que había decidido renunciar al cargo de árbitro. Sin perjuicio de ello, Bates manifestó que podía seguir participando en la controversia como mediador.

Frente a ello, Morgan Phillips Inc. interpuso una demanda de responsabilidad civil contra el señor Bates, alegando incumplimiento contractual y negligencia en proporcionar los servicios de arbitraje a los que se comprometió.

En primera instancia, los reclamos de Morgan Phillips Inc. fueron desestimados, al considerarse que el señor Bates, como árbitro, gozaba de inmunidad. Sin embargo, la empresa impugnó esta decisión, manifestando que la inmunidad arbitral no abarcaba la conducta cometida por el señor Bates.

La Corte de Apelaciones de California revirtió el pronunciamiento anterior y, por tanto, determinó que, si bien el señor Bates gozaba de inmunidad, ello no lo eximía de responsabilidad por renunciar de forma injustificada, pues esta conducta se encontraba totalmente fuera del alcance de la labor decisional que tenía como árbitro.

Específicamente, la Corte señaló lo siguiente:

Aunque somos conscientes de la necesidad de proteger a los árbi-

tros de litigios vejatorios que surjan de la conducta en su función cuasi judicial, las alegaciones de Morgan Phillips describen una conducta ajena a esa función, conducta que es la antítesis del propósito adjudicativo del arbitraje. Dado que la inmunidad arbitral está diseñada para fomentar la "toma de decisiones basada en principios y sin miedo" (…), no puede utilizarse para inmunizar el abandono sin principios del arbitraje y la negativa a tomar una decisión (el subrayado es mío).

Esta idea de diferenciar las labores vinculadas con el proceso de toma de decisión de los árbitros, con aquellas que escapan a dicho alcance, la podemos ver reflejada en un caso, un poco más reciente: el Caso *Pfannenstiel v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith* (477 F.3d 1155), que dio origen a la decisión de fecha 20 de febrero de 2007, emitida por el Décimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

Si bien este último caso trata de una demanda de responsabilidad civil interpuesta por una de las partes de un arbitraje contra la institución administradora del mismo (no contra el o los árbitros), resulta importante hacer mención del mismo, pues aquí también se abordan los alcances de la inmunidad de los árbitros.

En resumen, el señor Robert Pfannenstiel tenía una controversia con Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith, para lo cual se inició un arbitraje que iba a ser administrado por la *National Association of Securities Dealers* (NASD).

El tribunal designado por la NASD desestimó los reclamos del señor Pfannenstiel. Sin embargo, tiempo después, este se enteró de que, aparentemente, la NASD había perdido cierta documentación importante del arbitraje, como pruebas que se habían presentado e incluso las grabaciones en audio de la audiencia.

En vista de ello, el señor Pfannenstiel demandó a la NASD, solicitando (entre otros puntos) el pago de una indemnización por haber perdido la documentación antes indicada, y por no haber administrado el caso adecuadamente.

En primera instancia, la corte distrital desestimó los reclamos del señor Pfannenstiel. Pese a que el demandante impugnó la decisión, esta fue confirmada por la Corte de Apelaciones norteamericana.

Con ocasión de este caso, la Corte se pronunció nuevamente sobre la inmunidad de los árbitros (y de las instituciones arbitrales), de-

limitando los alcances de la misma conforme a lo siguiente:

(…) la doctrina de la inmunidad arbitral no protege a los árbitros ni a las instituciones arbitrales de todos los reclamos que se les formulan. Creemos que la cuestión clave es si la reclamación en cuestión surge de un acto decisorio. (…) En otras palabras, ¿la reclamación, independientemente de su título nominal, busca efectivamente impugnar el acto decisorio de un árbitro o panel de arbitraje? De ser así, debería aplicarse la doctrina de la inmunidad arbitral. (…) Si no, la doctrina no se aplicaría (el subrayado es mío).

Nuevamente, como podemos observar, aun cuando bajo la jurisprudencia norteamericana se considera que los árbitros gozan de inmunidad frente a demandas de responsabilidad civil, dada la lógica que está detrás de esta institución (que parte de la asimilación con la labor del juez), las mismas cortes suelen restringir el ámbito de aplicación de la misma solamente a conductas vinculadas con la labor decisional de los árbitros.

2.2. Europa

En Europa, existen diversos ejemplos que podrían ser tomados en cuenta para analizar en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil de los árbitros.

No obstante, para efectos de este trabajo, solamente tomaremos en cuenta algunas de las experiencias más populares de este continente y que han sido objeto de mayores comentarios por parte de la doctrina.

En ese sentido, los países que analizaremos serán los siguientes: (i) Francia, (ii) Inglaterra, (iii) Italia, (iv) Alemania, (v) España, (vi) Suiza y (vii) Austria.

2.2.1. Francia

En Francia, el arbitraje se regula básicamente por el Libro IV del Código de Procedimiento Civil francés (el cual ha sido materia de reforma en el 2011, a través del Decreto N° 2011-48). El Título I de dicho Libro regula el arbitraje doméstico, mientras que el Título II regula el arbitraje internacional. En general, según nos comenta Kiffer, la regulación del arbitraje en Francia no está basada en la Ley Modelo CNUDMI (2020: 1).

La cuestión de la responsabilidad de los árbitros no ha sido materia de regulación expresa en la legislación francesa (y, por ende, no hay una norma que establezca expresamente una inmunidad o limitación

de responsabilidad a favor de los árbitros). No obstante, ante el silencio del legislador, la jurisprudencia francesa ha cumplido un rol fundamental para delinear los alcances de dicha responsabilidad (Le Club des Juristes 2017: 19).

En líneas generales, podemos afirmar que las cortes francesas buscan adoptar un régimen de responsabilidad de los árbitros que integre la dualidad de la misión que cumplen, esforzándose entonces por tener en cuenta el carácter jurisdiccional específico de su misión contractual (Le Club des Juristes 2017: 20). Así, si bien se reconoce que la responsabilidad civil de los árbitros es de naturaleza contractual, esta se encuentra bastante limitada a circunstancias excepcionales.

Por un lado, por ejemplo, se afirma que no existe responsabilidad sobre la base del contenido del laudo, como errores de juicio, fácticos o legales, salvo que hayan sido cometidos con fraude. De otro lado, se menciona que los árbitros pueden ser considerados responsables por denegación de justicia (por ejemplo, cuando renuncian sin invocar una razón válida para ello), por no emitir el laudo en el plazo correspondiente o no cumplir con su deber de revelación (Kiffer 2020: s/n).

Vamos ahora a revisar algunos de los casos más importantes que han abordado la responsabilidad civil de los árbitros en Francia, y que han marcado la pauta con respecto a los alcances y límites de la misma a nivel jurisprudencial.

Como veremos a continuación, las cortes francesas se han enfrentado desde temprano a casos de esta materia, y si bien en varios de ellos han seguido una tendencia que limita la responsabilidad de los árbitros a circunstancias excepcionales, es posible encontrar también casos en los que se ha determinado que sí existe dicha responsabilidad.

En primer lugar, tenemos el Caso *Bompard v. Consorts C. y otros*, que dio origen a la Sentencia de fecha 13 de junio de 1990, emitida por el Alto Tribunal de París. En este caso, se analizó concretamente si un supuesto "error de cálculo" cometido en el laudo, que no fue "corregido" por el tribunal arbitral, podía dar lugar a responsabilidad civil de los árbitros (Silva Romero y Arboleda Gutiérrez 2021: 165).

Se trata de la controversia suscitada entre los señores Etienne Bompard y Henry Dubois, la cual dio lugar a un arbitraje en el cual, al emitirse el laudo correspondiente, el tribunal arbitral determinó que

Dubois tenía que adquirir las ciento noventa y nueve (199) acciones de la empresa inmobiliaria "L'Ermitage", de propiedad del señor Bompard, a un precio determinado. Y que el pago de este precio saldaba todas las cuentas entre las partes.

Creyendo que los árbitros habían cometido un "error material" en el cálculo de la suma adeudada por su contraparte, el señor Etienne Bompard presentó una solicitud de rectificación contra el laudo, indicando que Henry Dubois debía pagar un monto mucho mayor por las acciones. Sin embargo, esta solicitud fue rechazada por el tribunal arbitral, ya que, bajo su entender, se pretendía modificar el razonamiento del colegiado en cuanto al establecimiento de las cuentas entre las partes.

En este contexto, el señor Bompard interpuso una demanda de responsabilidad civil contra los árbitros, alegando que estos habrían cometido falta grave y basando sus reclamos en la normativa relativa al incumplimiento de obligaciones contractuales del Código Civil francés.

Mediante Sentencia de fecha 13 de junio de 1990, el Alto Tribunal de París desestimó los reclamos de Bompard, al considerarse que no había pruebas de culpa grave imputable a los árbitros (Silva Romero y Arboleda Gutiérrez 2021: 165).

En dicha oportunidad, el Alto Tribunal señaló que, si bien los árbitros pueden incurrir en responsabilidad civil bajo las reglas de la responsabilidad contractual, dicha acción no puede sustituir a los recursos disponibles contra el laudo ni conferir indirectamente al juez estatal la facultad de revisar el fondo de la decisión adoptada por el tribunal arbitral.

Asimismo, se determinó que la responsabilidad civil de los árbitros solo podría verse comprometida ante situaciones de dolo, fraude o culpa grave.

En segundo lugar, con una perspectiva diferente, tenemos el Caso *Société Raoul Duval v. V.*, que dio origen a la Sentencia de fecha 12 de mayo de 1993, emitida por el Alto Tribunal de París, posteriormente confirmada por la Sentencia de fecha 12 de octubre de 1995, emitida por la Corte de Apelación de París.

Las empresas Raoul Duval y Merkuria Sucden habían suscrito un contrato el 03 de abril de 1990, en virtud del cual la primera le había comprado a la segunda cien

(100) toneladas de cacao en grano de Costa de Marfil.

Producto de ciertas controversias derivadas de este acuerdo, se llevaron a cabo dos (2) arbitrajes entre ambas partes ante un mismo tribunal arbitral, dentro del cual participó el señor V. como uno de los árbitros.

Lo curioso de este caso es que, tan solo un día después de que el tribunal arbitral emitiera los laudos respectivos, el árbitro V. fue contratado para trabajar en la empresa Merkuria Sucden (es decir, la contraparte de Raoul Duval en los arbitrajes).

Pues bien, en julio de 1992, la Corte de Apelación de París anuló ambos laudos arbitrales sobre la base del inciso 2) del artículo 1502° del Código de Procedimiento Civil francés (vigente en ese momento), debido a que, dados los hechos relatados, se había constatado la existencia de un conflicto de interés que afectaba la independencia del árbitro V.

Frente a ello, la empresa Raoul Duval interpuso una demanda de responsabilidad civil contra el árbitro V., reclamando (entre otros conceptos) los costos del arbitraje, los costos del proceso de anulación de laudo y la pérdida de la oportunidad de obtener un laudo objetivo en procedimientos posteriores.

Mediante Sentencia de fecha 12 de mayo de 1993, el Alto Tribunal de París estimó buena parte de los reclamos formulados por Raoul Duval, ordenando al árbitro V. a indemnizar a dicha empresa por los gastos del arbitraje, así como a otorgarle una reparación complementaria por el perjuicio causado.

El Alto Tribunal de París consideró que, dado que el árbitro V. se encontraba en una situación de conflicto de interés con la empresa Raoul Duval, ello resultó en un obstáculo para el cumplimiento de su misión bajo el convenio arbitral, lo cual implicó una falta que comprometía su responsabilidad al haber ocultado dicha información.

Asimismo, en su decisión, el Alto Tribunal resaltó el carácter contractual del vínculo que une al árbitro con las partes, lo cual justificaba que su responsabilidad sea valorada bajo las reglas de la responsabilidad contractual previstas en el Código Civil francés.

Esta decisión fue confirmada mediante la Sentencia de fecha 12 de octubre de 1995, emitida por la Corte de Apelación de París, con argumentos bastante similares.

Un tercer caso que podemos comentar es el Caso *Louis y Benoît Juliet v. Paul Castagnet, Pierre Couilleaux y Adolphe Biotteau*, que dio origen a la Sentencia N° 1660 FS-P+B de fecha 06 de diciembre de 2005, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por una de las partes de un arbitraje contra los árbitros encargados de resolver su controversia, quienes emitieron el laudo fuera del plazo previsto para ello, ocasionando que el mismo sea anulado.

Según nos comenta Degos, bajo lo establecido en el artículo 1456° del Código de Procedimiento Civil francés (vigente en ese momento), en ausencia de disposición alguna en el convenio arbitral, los árbitros tenían un plazo máximo de seis (6) meses para emitir el laudo, el cual podía ser extendido por acuerdo de las partes o por un juez francés, a solicitud de una parte o del tribunal arbitral (2007: 157-158).

Pues bien, los señores Castagnet, Couilleaux y Biotteau, que conformaban el tribunal arbitral ad hoc encargado de resolver esta controversia, emitieron el laudo el 12 de abril de 1997, cuando ya había vencido el plazo antes mencionado. Por ende, dicho laudo fue anulado por una Corte de Apelación francesa.

Frente a ello, los señores Louis y Benoît Juliet interpusieron una demanda de responsabilidad civil contra los miembros del tribunal arbitral. En el 2002, sin embargo, la Corte de Apelación de Angers determinó que los árbitros no eran responsables.

El caso llegó hasta la Corte de Casación de Francia, quien, mediante Sentencia de fecha 06 de diciembre de 2005 anuló el pronunciamiento anterior, estableciendo que los árbitros sí eran responsables, y devolviendo la causa al estado donde se encontraba antes de la emisión de la sentencia.

La Corte de Casación francesa basó su decisión en que los árbitros tenían una "obligación de resultado" de obtener una ampliación del plazo (por parte del juez correspondiente) para emitir el laudo, ya que las partes no habían acordado un plazo específico para ello (Degos 2007: 158).

Al emitir el laudo dejando expirar el plazo del arbitraje (y sin solicitar su prórroga al juez de apoyo), lo que condujo finalmente a su anulación, los árbitros incurrieron

en responsabilidad frente a las partes por el incumplimiento de esta obligación.

Un cuarto caso francés, en el cual podemos observar nuevamente un criterio restrictivo en cuanto a los supuestos que dan lugar a la responsabilidad de los árbitros, es el Caso *Azran*, que dio lugar a pronunciamientos por parte de la Corte de Apelaciones de París (Sentencia N° 09/22701) y la Corte de Casación francesa (Sentencia N° 11-17.196).

En resumen, este caso trata de un arbitraje en el cual el tribunal arbitral emitió dos (2) laudos, y el segundo de estos fue anulado por violación a la cosa juzgada respecto a determinadas materias abordadas en el primero. Una de las partes aprovechó esta situación para interponer una demanda de responsabilidad civil contra los miembros del tribunal arbitral, la cual sin embargo fue rechazada en todas las instancias (Le Club des Juristes 2017: 23).

En esta oportunidad, luego de señalar que el árbitro está investido de una misión tanto contractual como jurisdiccional que debe cumplir con toda conciencia, independencia e imparcialidad, la Corte de Apelaciones de París sostuvo que el árbitro goza de una inmunidad jurisdiccional, por lo que su responsabilidad solo puede verse comprometida ante situaciones de dolo, fraude, culpa grave o denegación de justicia.

Así, en su decisión emitida en el 2011, la Corte de Apelaciones de París indicó que la divergencia existente entre el tribunal arbitral y dicha Corte sobre el concepto de "cosa juzgada" no era suficiente para demostrar culpa grave imputable a dicho tribunal arbitral o a cada árbitro personalmente. Esta decisión fue confirmada en enero de 2014 por la Corte de Casación francesa, quien reiteró que la responsabilidad civil de un árbitro sólo puede verse comprometida en casos de dolo, fraude, culpa grave o denegación de justicia (Silva Romero y Arboleda Gutiérrez 2021: 166).

Finalmente, un quinto caso francés mucho más reciente, aunque también con una línea bastante similar al primero y al cuarto de los ya mencionados, es el Caso *Blow Pack S.A.R.L. v. M.C. y otros.*, que dio lugar a la Sentencia de fecha 22 de mayo de 2017, emitida por el Alto Tribunal de París.

La empresa tunecina Blow Pack S.A.R.L. había adquirido de la empresa alemana Windmöller & Hölscher KG dos (2) máquinas para la conformación de films plás-

ticos: una tipo Filmex y la otra tipo Varex.

Debido a dificultades encontradas en el uso de las máquinas, Blow Pack S.A.R.L. inició un arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París. Dicho arbitraje culminó con un laudo emitido en el 2011.

Posteriormente, Blow Pack S.A.R.L. presentó un recurso de anulación contra el laudo manifestando que se había violado el principio de contradictorio, ya que, al adoptar su decisión, el tribunal arbitral examinó documentos que estaban (en cuanto a ciertas secciones) solamente en idioma alemán, cuando la cláusula arbitral disponía que el idioma del arbitraje era el francés (Silva Romero y Arboleda Gutiérrez 2021: 167).

En el 2013, la Corte de Apelaciones de París anuló el laudo parcialmente, en cuanto a sus disposiciones relativas a la máquina Filmex, por violación del principio del contradictorio.

En vista de ello, Blow Pack S.A.R.L. interpuso una demanda de responsabilidad civil contra los miembros del Tribunal Arbitral, reclamando (entre otros conceptos) los costos de los honorarios de los árbitros, de la Cámara de Comercio Internacional, y gastos por consultoría.

Mediante Sentencia de fecha 22 de mayo de 2017, el Alto Tribunal de París desestimó los reclamos de Blow Pack S.A.R.L., manifestando que las faltas alegadas no calificaban como faltas graves que comprometieran la responsabilidad de los árbitros. Ello, tomando en consideración que se había demostrado que, a pesar de todo, Blow Pack S.A.R.L. nunca habría manifestado estar en incapacidad de comprender las pruebas en alemán y que, al momento de emitir el laudo, el Tribunal Arbitral solo se habría basado en las secciones que sí estaban traducidas al francés (Silva Romero y Arboleda Gutiérrez 2021: 167).

En esta sentencia, el Alto Tribunal de París estableció que, dado que el árbitro se encuentra investido de una misión tanto contractual como judicial (carácter dual), goza (como juez) de inmunidad jurisdiccional, por lo que únicamente puede estar sujeto a responsabilidad civil ante supuestos de dolo, fraude, negligencia grave o denegación de justicia.

De otro lado, señaló que si bien los árbitros tienen la obligación de asegurar que el proceso se desarrolle en estricto cumplimiento de los

principios fundamentales del mismo (como el principio del contradictorio), la violación de estos principios no constituye en sí misma una falta grave, o equivalente a una situación de fraude, que justifique la acción de responsabilidad contra los árbitros.

En cuanto a la negligencia grave, sostiene el Alto Tribunal de París, la gravedad de la misma debe ser tal que sea equiparable a una falta intencional, que refleje la incapacidad de los árbitros para cumplir la misión que se les ha encomendado.

2.2.2. Inglaterra

En Inglaterra, el arbitraje se rige básicamente por la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 (*"Arbitration Act"*), la cual constituye a la vez una "reexpresión" de esta legislación y una consolidación (con modificaciones) de los marcos normativos anteriores de 1950, 1975 y 1979 (Nairn, Szymanski y Lekakis 2022: 1).

En cuanto a la materia que nos ocupa, la Ley de Arbitraje inglesa contempla una regla de inmunidad de los árbitros en su Sección 29, conforme a los siguientes términos:

29 Inmunidad del árbitro.

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

(2) La subsección (1) se aplica a un empleado o agente de un árbitro como se aplica al árbitro mismo.

(3) Esta sección no afecta ninguna responsabilidad en la que incurra un árbitro debido a su renuncia (el subrayado es mío).

Nótese que, conforme a esta normativa, el árbitro solo será responsable ante supuestos de "mala fe". Tratándose de cualquier otro tipo de incumplimiento, entonces, el árbitro es inmune frente a reclamos de responsabilidad[4].

Comentando esta regla, Nairn, Szymanski y Lekakis nos explican que esta "inmunidad legal es imperativa, es decir, es una inmunidad

4 Resultan ilustrativas las palabras de Hodges y Greenaway, quienes comentando este régimen de inmunidad de los árbitros en la legislación inglesa, señalan que "(…) en ausencia de un comportamiento claramente culpable, los árbitros en la mayoría de los casos solo enfrentan un deber "moral", y no legal, de actuar con el debido cuidado. Esto se basa en la confianza que las partes depositan en el tribunal para resolver su disputa" (2013: 308) (el subrayado es mío).

mínima para el árbitro ante reclamos por responsabilidad contractual, contractual o de otro tipo" (2022: s/n). Por ende, sin perjuicio de lo que pudiera establecerse por pacto, o a través del reglamento de una institución arbitral, los árbitros en Inglaterra siempre tendrán este umbral mínimo de inmunidad.

Cabe precisar que, conforme lo señala la subsección (3) de la Sección 29, dicha regla de inmunidad (relativa) no aplica en caso el árbitro haya renunciado al cargo. En este tipo de escenarios, resultará de aplicación lo establecido en la Sección 25 de la Ley de Arbitraje inglesa, el cual regula un procedimiento particular ante la renuncia de un árbitro (sin perjuicio de lo que pudieran haber pactado las partes al respecto)[5].

Otro punto importante para comentar es el criterio de imputación que se recoge en la Sección 29 de la Ley de Arbitraje inglesa para atribuir (excepcionalmente) responsabilidad a un árbitro. Esta disposición se refiere expresamente a "mala fe".

Según explican Nairn, Szymanski y Lekakis, el término legal "mala fe" en Inglaterra "ha sido interpretado como malicia real (en el sentido de despecho personal o deseo de herir por razones indebidas) o conocimiento de la ausencia de cualquier poder para desempeñar la función en cuestión" (2022: s/n).

Sin embargo, dado que aparentemente no ha habido casos importantes en los que las cortes inglesas definan este concepto bajo la aplicación de la Sección 29 de la Ley de Arbitraje inglesa (Les Clubes des Juristes 2017: 111), los alcances concretos del mismo siguen siendo difusos.

2.2.3. Italia

En Italia, el arbitraje se rige básicamente por el Título VIII del Libro Cuarto del Código Procesal Civil italiano (artículos 806° al

5 Comentando la Sección 25 de la Ley de Arbitraje inglesa, Nairn, Szymanski y Lekakis señalan que esta disposición aplica en caso las partes no hayan pactado algo al respecto. Así, en principio, se reconoce que:
(…) las partes son libres de acordar con el árbitro las consecuencias de su renuncia, incluido el derecho a honorarios y gastos o cualquier responsabilidad legal (…) En ausencia de tal acuerdo, la Sección 25(3), si bien no confiere al árbitro el derecho legal de renunciar, permite que el árbitro solicite al Tribunal una reparación en cuanto a las consecuencias legales de la renuncia, incluida la inmunidad en cuanto a cualquier responsabilidad incurrida y el pago o reembolso de honorarios y gastos (2022: s/n).

840°), cuyas disposiciones han sido modificadas en los años 1983, 1994 y 2006 (Bernardini 2015: 1).

En cuanto a la materia que nos ocupa, el artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano regula la responsabilidad civil de los árbitros, conforme a los siguientes términos:

Artículo 813-*ter*

Responsabilidad de los Árbitros

Responde por los daños causados a las partes el árbitro que:

1) con dolo o culpa grave ha omitido o retardado los actos debidos y por lo tanto ha sido destituido o ha renunciado al cargo sin motivo justificado;

2) con dolo o culpa grave omitió o impidió el pronunciamiento del laudo dentro del plazo fijado de conformidad con los artículos 820 u 826.

Fuera de los casos precedentes, los árbitros responden exclusivamente por dolo o culpa grave dentro de los límites establecidos en el artículo 2, párrafos dos y tres, de la Ley N° 117 del 13 de abril de 1988.

La acción de responsabilidad puede ser propuesta mientras el arbitraje está pendiente solo en el caso previsto en el primer párrafo, n. 1).

Si el laudo ha sido emitido, la acción de responsabilidad solo puede ser propuesta después de que la impugnación haya sido aceptada mediante sentencia firme y por las razones por las cuales se aceptó la impugnación.

Si la responsabilidad no depende del dolo del árbitro, el monto del resarcimiento no podrá exceder una suma igual a tres veces la remuneración pactada o, en ausencia de una determinación convencional, igual al triple de la remuneración prevista por la tarifa aplicable.

En los casos de responsabilidad del árbitro, la contraprestación y el reembolso de los gastos no le corresponderán o, en caso de nulidad parcial del laudo, estarán sujetos a reducción.

Cada árbitro es responsable únicamente por el hecho propio (el subrayado es mío).

Nótese que, conforme a este artículo (y a diferencia de las normativas de muchos otros países), se establece una regulación bastante detallada que limita la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los árbitros, en los siguientes aspectos:

i) En cuanto al estándar necesario para que exista responsabilidad (solo ante casos de dolo o culpa grave);

ii) En cuanto a los supuestos que la configuran, los cuales han sido prevalentemente catalogados como "exhaustivos"[6] (básicamente, ante la renuncia injustificada o destitución por haber retrasado las actuaciones arbitrales; ante el no pronunciamiento del laudo dentro del plazo establecido; y ante los supuestos indicados en la Ley N° 117 del 13 de abril de 1988, referida a la responsabilidad de los jueces en Italia);

iii) En cuanto a la oportunidad y los presupuestos para iniciar la acción de responsabilidad (solo en ciertos casos se permite cuando el arbitraje está pendiente, y que como regla general el laudo debe haber sido anulado bajo la misma causal que motiva el reclamo indemnizatorio);

iv) En cuanto a la cantidad máxima de la indemnización que debería pagar un árbitro, de ser encontrado responsable, dependiendo de su grado de culpabilidad (si existe solo culpa grave, el monto de la indemnización no puede exceder tres veces el monto pactado por honorarios).

Según nos explica Benedettelli, esta normativa establece una amplia inmunidad "con el fin de proteger a los tribunales arbitrales de cualquier presión indebida en el ejercicio de su función resolutoria y asegurar la "estabilidad" de los laudos" (2020: 233).

En esa misma línea, comentando el artículo 813° ter del Código Procesal Civil italiano y, particularmente, los beneficios de esta regulación, Bernardini señala lo siguiente:

Además de los precedentes en el campo, regular la responsabilidad de los árbitros puede contribuir a un comportamiento más responsable de su parte, mientras que al mismo tiempo desanima a las partes de amenazar o incluso iniciar acciones de responsabilidad infundadas (2015: 23) (el subrayado es mío).

6 En la doctrina italiana, por ejemplo, Orlandi ha sostenido que la enumeración de supuestos contenida en el artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano es exhaustiva (2016: 317). Según Benedettelli, ello es correcto, siempre y cuando "se consideren las responsabilidades derivadas de la actividad desarrollada por los árbitros en el desempeño de su función de adjudicadores, es decir, con respecto a la conducción del proceso y la toma de decisiones" (2020: 234). En efecto, según este autor, dicha norma no debería limitar los reclamos de responsabilidad basados en otro tipo de conductas, como por ejemplo el incumplimiento de la obligación de confidencialidad (Benedettelli 2020: 234).

Para efectos de la presente investigación, resulta importante comentar brevemente los siguientes dos (2) puntos: el estándar de responsabilidad y la vinculación de la misma con la anulación del laudo.

Respecto a lo primero, como hemos adelantado, para que un árbitro sea declarado civilmente responsable en el ordenamiento italiano es necesario que haya actuado con dolo o culpa grave.

Se trata de un estándar muy similar al que se aplica en nuestro país bajo el tenor del artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana (que limita la responsabilidad a supuestos de dolo o culpa inexcusable).

Ahora bien, como se sabe, las partes pueden pretender establecer por pacto (o a través del reglamento de una institución arbitral) una limitación de responsabilidad a favor de los árbitros en un grado diferente establecido en el Código Procesal Civil italiano.

Sin embargo, debe tenerse presente que, bajo el ordenamiento jurídico italiano, las cláusulas que limitan o eximen de responsabilidad a los árbitros en casos de culpa grave o dolo son inválidas, ya que constituirían una violación del artículo 1229° del Código Civil italiano (Orlandi 2002: 802), norma que prohíbe precisamente las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad por dolo o culpa grave.

Esta misma reflexión aplica para el ordenamiento peruano, ya que tenemos una norma equivalente: el artículo 1328° del Código Civil, que prohíbe las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

Respecto a lo segundo, como dijimos, la regla general en el Derecho Italiano es que solo puede iniciarse una acción de responsabilidad civil contra un árbitro cuando ya ha sido emitido el laudo y este ha sido anulado por la misma causal que motiva la acción de responsabilidad.

Solamente en los casos en que el árbitro ha renunciado sin motivo justificado, o ha sido destituido por haber retrasado las actuaciones arbitrales (supuestos en los que, por ende, no llega a emitir el laudo), la acción de responsabilidad puede ser iniciada mientras el arbitraje está pendiente.

Como nos comenta Orlandi, estas reglas "tienen como finalidad regular el ejercicio de la acción de responsabilidad de tal forma que no pueda ser utilizada de forma distorsionada e instrumental, como un

medio injusto de presión sobre los árbitros" (2016: 324).

En ese sentido, continúa la misma autora, en el caso particular de la renuncia injustificada o destitución del árbitro, tiene sentido que se permita la acción de responsabilidad mientras el arbitraje está pendiente, dado que "el árbitro, en cualquier caso, ya está fuera del procedimiento, por lo que la acción no interfiere con su juicio" (Orlandi 2016: 324)[7].

Recogiendo ambas ideas, Rordorf señala en vía conclusiva lo siguiente:

Se quiere evitar de esta forma el riesgo de que, como se mencionó anteriormente, la parte pueda utilizar la acción de responsabilidad como un instrumento de presión indebida sobre el árbitro quien debe resolver la controversia sometida a su examen; y por otra parte, dado que, como se verá, la acción de responsabilidad presupone habitualmente la anulación del laudo a raíz de una impugnación, es evidente que no ser ejecutada antes de que se haya pronunciado el propio laudo.

Son excepciones a la regla únicamente los casos en que se proponga la acción de responsabilidad por haber renunciado injustificadamente al cargo el árbitro o por haber omitido o retrasado la ejecución de los actos debidos y por lo tanto haber sido declarado destituido; hipótesis en las que obviamente no podría haber interferencia entre el juicio de responsabilidad del árbitro y el destino de un laudo no pronunciado o no pronunciado por él (2021: 388) (el subrayado es mío).

Por lo demás, es importante observar que esta regla no solo tiene un efecto temporal en cuanto a la interposición de una demanda de responsabilidad civil contra un árbitro (es decir, en cuanto a la oportunidad en que ello será admisible), sino también respecto al fundamento mismo que se puede invocar para un reclamo de esta naturaleza.

En efecto, nótese que, en los supuestos diferentes al de renuncia

7 En un sentido similar se ha manifestado Salvaneschi, quien sostiene lo siguiente:

(…) la *ratio* de la posibilidad de iniciar en este caso el juicio de responsabilidad mientras el arbitraje está pendiente es clara. En el caso delimitado por el 1er párrafo, n. 1 de la norma bajo examen, el árbitro removido, o que ha renunciado al cargo, ya no forma parte del proceso arbitral y, por lo tanto, las ganancias de la acción de responsabilidad no pueden, por definición, interferir con el procedimiento en curso, por este motivo el legislador permite que los dos procesos vayan en paralelo (2014: 303) (el subrayado es mío).

injustificada y destitución del árbitro, es necesario que el laudo haya sido anulado para poder iniciar una acción de responsabilidad. Pero no solo ello: es necesario además que la impugnación del laudo haya sido exitosa sobre la base de la misma causal que sirve de fundamento (luego) para la acción de responsabilidad civil.

Ello, en la práctica, impide en gran medida que los árbitros sean responsables por diversas circunstancias que, pese a haberse producido, no implican *per se* la anulación del laudo arbitral que se ha emitido.

Sobre el particular, refiriéndose al artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano, Rordorf sostiene lo siguiente:

> (…) la disposición también tiene evidentemente un valor de derecho sustantivo, ya que limita el ámbito de la responsabilidad del árbitro a solamente las situaciones que podrían determinar la nulidad del laudo y, en concreto, a aquellas que la parte interesada haya logrado hacer valer de forma victoriosa en vía de impugnación (2021: 388-389) (el subrayado es mío).

Ello ha sido advertido también por Benedettelli, quien de forma muy ilustrativa señala lo siguiente:

> (…) esto reduce a casos marginales y excepcionales la posibilidad de responsabilizar a los árbitros en virtud del art. 813-ter (2) por errores de hecho y de derecho. Del mismo modo, el incumplimiento por parte de un árbitro de su deber (implícito) de divulgar la existencia de cualquier hecho o circunstancia que pudiera afectar su independencia e imparcialidad (real o aparente) (en el sentido del art. 815 CCP) no resultará *per se* en una responsabilidad en virtud del art. 813-ter (2) a menos que el laudo sea anulado en uno de esos casos, también excepcionales, en los que la recusación fallida del árbitro 'se convierte' en una causal de anulación o el comportamiento del árbitro está contaminado por fraude deriva en la revocación del laudo (2020: 238) (el subrayado es mío).

El autor antes citado comenta un caso puntual: la no revelación de una circunstancia que afecta la independencia o imparcialidad del árbitro.

Si bien esto claramente puede implicar un incumplimiento a las obligaciones que tiene el árbitro frente a las partes, esta situación solamente será relevante para efectos

de un reclamo indemnizatorio si la misma ha devenido finalmente en la anulación del laudo. Si esto último no se ha producido, entonces no podrá reclamarse la responsabilidad civil del árbitro.

2.2.4. Alemania

En Alemania, el arbitraje se rige básicamente por el Libro Décimo del Código de Procedimiento Civil alemán (secciones 1025° a 1066°) (*Zivilprozeßordnung*, normalmente conocido como el "ZPO"). La versión original de este cuerpo normativo entró en vigencia en 1879, y en 1998 dicha versión fue reemplazada por una nueva, fuertemente inspirada en la Ley Modelo CNUDMI (Kroll 2022: 1).

En cuanto al tema que nos ocupa, el Libro Décimo del Código de Procedimiento Civil alemán no contempla ninguna disposición expresa que regule la responsabilidad civil de los árbitros (Kroll 2022: 26) y, por ende, no prevé ninguna regla de inmunidad o limitación de responsabilidad (presumiblemente, creemos, por seguir la pauta de la Ley Modelo CNUDMI).

En atención a ello, Kroll nos explica que, dado que en Alemania se considera que el árbitro tiene una relación contractual con las partes[8], cualquier incumplimiento de sus deberes contractuales frente a ellas puede dar origen a reclamos de indemnización por responsabilidad civil (2022: 26), la misma que se regirá bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual.

En cuanto a casos importantes, resulta pertinente hacer referencia a uno que, si bien es antiguo, da cuenta de la experiencia de las cortes alemanas sobre cómo entender la responsabilidad civil de los árbitros.

Nos referimos al caso que dio origen a la Sentencia de fecha 06 de octubre de 1954, emitida por la Corte Federal de Justicia Alemana (*Bundesgerichtshof Urt.* v. 06.10.1954, Az.: II ZR 149/53).

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por una de las partes de un arbitraje contra dos (2) de los árbitros que conformaban el tribunal arbitral encargado de resolver su controversia.

8 Siguiendo esta línea, Meier y Gerhardt nos comentan que lo siguiente:
La responsabilidad del árbitro surge del contrato de árbitro como un contrato *sui generis* que es celebrado entre ambas partes, por un lado, y cada árbitro, por el otro. Sin la disposición de limitación de responsabilidad, un árbitro sería responsable por incumplimiento doloso o negligente del contrato de árbitro (2020: 645-646) (el subrayado es mío).

La controversia en el arbitraje surgió por un contrato en el cual los socios de dos (2) empresas acordaron disolver dichas compañías, distribuyendo sus negocios y repartiéndose entre ellos los activos y propiedades de dichas empresas. El balance entre todo lo que iba a recibir cada una de las partes debía hacerse de tal forma que, producto de toda esta disolución, uno de los socios le entregara un terreno al otro.

En ese sentido, se inició un arbitraje para que, entre otras cuestiones, el tribunal arbitral determine el valor del terreno. Para tal efecto, se designó como perito valuador a un arquitecto y, sobre la base de una audiencia que se tuvo con dicho perito, se emitió un laudo parcial.

Frente a ello, una de las partes del arbitraje denunció ciertas irregularidades del laudo parcial, e inició una demanda de responsabilidad civil contra dos (2) de los árbitros alegando que le habrían hecho incurrir en costos adicionales e innecesarios debido a que (entre otras razones) el tribunal hizo que el perito acudiera innecesariamente a todas las reuniones y, además, cierto extremo del laudo parcial (referido a un reclamo indemnizatorio) podía y debió haberse emitido como una decisión definitiva.

En primera instancia se desestimaron los reclamos del demandante, decisión que fue confirmada en segunda instancia.

El caso llegó hasta la Corte Federal de Justicia Alemana, quien nuevamente rechazó la posición del demandante, pero estableció ciertos alcances sobre la responsabilidad civil de los árbitros.

Así, partiendo de que un árbitro (cuando se ha sometido un asunto a su decisión) realiza una actividad esencialmente análoga a la de un juez estatal (resolver una controversia legal), según la Corte Federal, deberían aplicarse al árbitro las mismas restricciones legalmente estipuladas para la responsabilidad del juez. En ese sentido, el árbitro debería gozar del mismo grado de limitación de responsabilidad que se garantiza a los jueces estatales.

Según Kroll, como consecuencia de estas limitaciones de responsabilidad, la cuestión de la responsabilidad de los árbitros en Alemania apenas ha sido planteada en la práctica arbitral de este país, desde la sentencia de la Corte expedida en 1954 (2022: 27).

2.2.5. España

En España, el arbitraje (tanto doméstico como internacional) se

regula actualmente bajo la Ley N° 60/2003, de Arbitraje, la cual tuvo algunas modificaciones menores en 2009, y algunas otras más significativas en el 2011.

Como nos comentan Cremades y Cairns, se trata de una ley basada en la Ley Modelo CNUDMI de 1985, aunque con algunas diferencias importantes (2022: 5).

Precisamente una de esas diferencias radica en que la Ley N° 60/2003 contempla expresamente una regulación de la responsabilidad civil del árbitro, en la cual se establece un régimen limitado de responsabilidad a ciertos supuestos concretos: mala fe, temeridad y dolo.

En efecto, el artículo 21° de la Ley N° 60/2003 señala expresamente lo siguiente:

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren (el subrayado es mío).

Esta regulación se diferencia sustancialmente de lo que establecía la normativa española anterior (bajo el artículo 16° de la Ley N° 36/1998), la cual hacía referencia solamente al "dolo o culpa" como criterios para imputar responsabilidad a los árbitros[9].

Bajo el artículo 21° de la Ley N° 60/2003 se establece un régimen mucho más estricto y que, en buena cuenta, dificulta la posibilidad de que los árbitros sean responsables por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Comentando esta regla de limitación de responsabilidad, Remón Peñalver nos explica que tiene como objetivo "revestir de ciertas garantías a los árbitros y salvaguardar los principios de independencia e imparcialidad para ponerles a cubierto de amenazas de reclamaciones de responsabilidad" (2014: 383) (el subrayado es mío).

Se trata probablemente de una de las regulaciones más emblemáticas en cuanto a la responsabilidad de los árbitros, y es particularmente importante para nosotros debido a que, como veremos más adelante, guarda cierta similitud con la forma en que nuestra ley de arbitraje establece limitaciones a dicha responsabilidad.

Con respecto a la naturaleza de esta responsabilidad, la doctrina española se ha decantado (como

9 Esto ha sido advertido por Perales Viscasillas, quien señala que "la aprobación de la vigente Ley de Arbitraje se separó del clásico estándar de responsabilidad por "dolo o culpa" en su típica dicción acogido en las dos anteriores Leyes de arbitraje para aludir a "la mala fe, dolo o temeridad"" (2013: 71) (el subrayado es mío). Asimismo, por González Soria, quien manifiesta que la "principal diferencia entre el artículo 16 Ley de Arbitraje/1988 y el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 estriba en que en el primero la responsabilidad se centra en el dolo y la culpa, mientras que en la segunda la responsabilidad deriva de la mala fe, la temeridad y el dolo" (2015: 44-45) (el subrayado es mío). Más recientemente por Atienza Navarro, quien indica que "(…) la LA de 2003 introduce una significativa novedad respecto de la LA de 1988: los árbitros ya no van a responder de los daños causados por "dolo o culpa", como establecía esta última, sino sólo de los que sean irrogados por "mala fe, temeridad o dolo" (2019: 662) (el subrayado es mío). Finalmente, por Montesinos García, quien nos explica que, con la regulación contenida en la Ley N° 60/2003, "(…) se pasa de una responsabilidad por culpa a un sistema que conllevará, en la mayoría de ocasiones, la inmunidad de los árbitros e incluso la de la institución arbitral" (el subrayado es mío). Comentando algunos ejemplos de dicha responsabilidad, esta última autora menciona "(…) la no emisión del laudo en el plazo convenido por las partes, el incumplimiento de las normas propias del procedimiento, la admisibilidad de pruebas innecesarias, etc." (Montesinos García 2007: 229, pie de página 33).

ocurre en la gran mayoría de jurisdicciones) por considerar que la responsabilidad del árbitro se enmarca dentro de la responsabilidad contractual, en atención a la relación que existe entre las partes y los árbitros.

Así, por ejemplo, sobre este tema, Atienza Navarro sostiene lo siguiente:

En mi opinión, se trata de un caso de responsabilidad contractual habida cuenta de que entre las partes (árbitros y partes del arbitraje) existe un contrato en virtud del cual los primeros se comprometen a decidir determinadas cuestiones litigiosas ya existentes o que puedan originarse en un futuro entre las partes, a cambio –salvo pacto en contrario- de un precio (honorarios), y a hacerlo a través de un procedimiento (el arbitral) que debe finalizar con la emisión, en un determinado plazo, de un laudo (2019: 660) (el subrayado es mío).

Bajo este razonamiento, entonces, resulta necesario recurrir a las nociones generales del derecho de los contratos para entender los alcances de nociones de "dolo" o "mala fe", que aparecen mencionadas en la ley de arbitraje. Ello, como es evidente, para preservar una interpretación sistemática del ordenamiento civil español.

Sobre el particular, resultan bastante ilustrativas las palabras de Remón Peñalver, quien señala lo siguiente:

En el régimen de responsabilidad de los árbitros, el dolo, la mala fe o la temeridad no son meras formas de culpabilidad a las que se anuda un efecto de agravación de la responsabilidad, sino elementos o requisitos para que pueda exigirse responsabilidad.

Pues bien, dado que la responsabilidad de los árbitros es de naturaleza contractual, entiendo que el dolo y la mala fe deben tener el alcance que le es propio en el Derecho de contratos por exigirlo así la interpretación sistemática del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico civil. Y, en consecuencia, considero que el dolo, como la mala fe, deben identificarse con la voluntad de perjudicar a una de las partes del procedimiento (2014: 386) (el subrayado es mío).

Vamos ahora a comentar algunos de los casos o pronunciamientos más importantes que se han dado en España, en los que se han discutido o tratado temas relevantes vinculados con la responsabilidad civil de los árbitros.

Un primer caso es el que derivó en la Sentencia N° 429/2009, emi-

tida por la Primera Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español con fecha 22 de junio de 2009[10].

Si bien en este caso en particular no se aplicó la Ley N° 60/2003, en el Fundamento Cuarto de esta sentencia se establecieron algunas reglas importantes en materia de responsabilidad civil de los árbitros, las cuales, como veremos en un momento, han sido tomadas en cuenta en pronunciamientos posteriores.

Sobre este tema, el Tribunal Supremo Español parte de reconocer que, dado que el arbitraje "comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad", resulta necesario que dicha función "no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos".

En atención a ello, se señala que "para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia" (el subrayado es mío).

Es importante recalcar entonces que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo Español reconoce, en buena cuenta, que la función del árbitro tiene un contenido materialmente similar al ejercicio de la función jurisdiccional y, por ende, resulta necesario que exista un error manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad[11].

Por ello, este Tribunal Supremo señala expresamente que "la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales".

Cabe agregar que también se menciona en esta sentencia, como una regla adicional para la responsabilidad civil de los árbitros, que

10 Puede accederse a su contenido en: https://supremo.vlex.es/vid/-231830214

11 En palabras del Tribunal Supremo Español, se señala lo siguiente:
La necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye prácticamente una constante en Derecho comparado (...). No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (…), la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional (el subrayado es mío).

el daño o perjuicio que se reclama no haya podido ser reparado de otra forma.

En ese sentido, el Tribunal Supremo Español sostiene que, para que prospere una demanda de responsabilidad civil contra un árbitro, es necesario que se agoten los remedios que existen para revisar la resolución que se impugna; o, en el caso del laudo, que se hayan formulado las solicitudes pertinentes contra el mismo, así como la acción de anulación cuando esta sea procedente y útil.

Estas mismas reglas y criterios fueron aplicados en el *Caso Bar Restaurante España S.A.*, que dio origen a la Sentencia N° 133/2010, emitida por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Sexta) con fecha 30 de abril de 2010.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil extracontractual (al amparo del artículo 1902° del Código Civil español) entablada por una de las partes de un arbitraje (que era la demandada en ese caso arbitral) contra el árbitro único que estuvo encargado de resolver su controversia, por haber cometido supuestamente ciertas irregularidades en el laudo.

La controversia en el arbitraje implicaba, básicamente, el desalojo por falta de pago del Bar Restaurante España, al haberse resuelto el contrato de arrendamiento que se había celebrado sobre el mismo, así como el reclamo por el pago de las rentas adeudadas.

El laudo emitido por el árbitro único no resultó favorable al demandado, ya que se declaró conforme a derecho la resolución del contrato de arrendamiento, así como el desalojo y el pago de las sumas adeudadas.

Frente a ello, el demandado en el arbitraje demandó al árbitro manifestando, entre otras cuestiones, que este le había causado un perjuicio, en tanto no habría sido imparcial, no habría admitido en el arbitraje ciertas pruebas documentales relevantes, e inclusive habría incurrido en insuficiente razonamiento o motivación en el laudo.

En primera instancia se desestimó íntegramente su pretensión, así que el demandando en el arbitraje recurrió dicha sentencia.

Al analizarse el caso en vía de apelación, se indicó que, si bien el demandado en el arbitraje presentó las solicitudes pertinentes contra el laudo y estas fueron denegadas, no se había acreditado que había interpuesto la acción de anulación contra el mismo.

En ese sentido, la Audiencia Provincial de Sevilla sostuvo que todas las cuestiones denunciadas por el demandado en el arbitraje podían haberse denunciado a través de alguna de las causales de anulación de laudo. Y, en todo caso, señaló que no se apreciaba ningún error manifiesto, conforme la jurisprudencia suele exigir en los casos de responsabilidad civil de los jueces.

Nótese que, bajo este pronunciamiento, para analizar la responsabilidad civil de los árbitros en España, se tiende a exigir criterios similares a los que aplican para la responsabilidad civil de los jueces.

Sobre el particular, comentando esta sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Merino Merchán señala lo siguiente:

En definitiva, la responsabilidad del árbitro, salvando el desliz de la actual legislación arbitral española, debe correr en paralelo a la responsabilidad exigida a jueces y magistrados, y, por tanto, tal como exige el art. 413 LOPJ, es preciso que concurra el presupuesto procesal de que recaiga resolución firme declarando error judicial, y, una vez que se ha producido esa resolución, el particular podrá exigir la responsabilidad pertinente a jueces y magistrados. Esto mismo debe ocurrir en el arbitraje, donde el ejercicio de la acción o recurso pertinente contra la resolución arbitral causante del daño, deberá resolverse previamente, para que se pueda entablar la acción de responsabilidad civil del árbitro. Y esta es, en resumen, la doctrina sentada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que aquí comentamos (2011: 227) (el subrayado es mío).

Otro caso más reciente, bastante comentado dentro del medio español, es el *Caso Puma S.E.*, que dio origen a la Sentencia N° 102/2017, emitida por la Primera Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español con fecha 15 de febrero de 2017.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por la parte perdedora de un arbitraje contra dos (2) de los árbitros que conformaban el tribunal arbitral, por haber excluido de la deliberación al tercer árbitro, ocasionando con ello que el laudo emitido en mayoría sea anulado por infracción al principio de colegialidad.

Como nos comenta Blanco García, la empresa Puma S.E. inició un arbitraje contra Estudio 2000 S.A., el cual concluyó con un laudo que condenó a Puma S.E. a pagar una indemnización de 98,19 mi-

llones de euros. Este laudo fue emitido en mayoría por dos (2) de los árbitros (el presidente del tribunal y el árbitro nombrado por Estudio 2000 S.A.), dado que existía una discrepancia de criterio con respecto al tercer árbitro (nombrado por Puma S.E.), en cuanto a la indemnización que debía otorgarse (2017: 476).

Sin embargo, lo peculiar de este caso es que el árbitro designado por Estudio 2000 S.A. y el presidente del tribunal arbitral se reunieron solo ellos el 02 de junio de 2010 y ese mismo día emitieron el laudo, sabiendo que el árbitro designado por Puma S.E. se encontraba en ese momento de viaje en el extranjero y, por lo tanto, no podía intervenir.

Dicho laudo fue notificado por correo electrónico a las partes y al tercer árbitro también ese mismo día, dejándose constancia de que había sido firmado solo por el árbitro designado por Estudio 2000 S.A. y el presidente del tribunal, dado que el árbitro designado por Puma S.E. no había prestado aún su conformidad (Blanco García 2017: 476).

Frente a ello, Puma S.E. demandó la anulación del laudo arbitral por infracción al principio de colegialidad y, como consecuencia de ello, mediante la Sentencia de fecha 10 de junio de 2011, la Sección 28° de la Audiencia Provincial de Madrid anuló el referido laudo[12], en atención a la no convocatoria y la exclusión del tercer árbitro, pese a que este en ningún momento había mostrado ninguna conducta obstruccionista o dilatoria del arbitraje.

Posteriormente, Puma S.E. interpuso demanda de responsabilidad civil contra los dos (2) árbitros que emitieron el laudo, solicitando que le pagaran cada uno la suma de 750,000 euros más intereses, que era el importe de los honorarios percibidos por cada uno de ellos.

En primera instancia se le dio la razón a Puma S.E., decisión que,

12 Cabe precisar que la causal de nulidad concreta de la Ley N° 60/2003 que fue invocada por la Audiencia Provincial de Madrid para anular el laudo fue la recogida en el literal f) del artículo 41.1 de dicha norma, es decir, la vulneración al orden público. Ver, al respecto: BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. "Responsabilidad de los árbitros por vulnerar el principio de colegialidad. Comentario a la STS Núm. 102/2017, de 15 de febrero (ROJ 362/2017)". En: *Revista Boliviana de Derecho*, N° 24, 2017, p. 476. Asimismo, más recientemente: VERDERA SERVER, Rafael. "Materiales para una delimitación jurisprudencial de la Responsabilidad Arbitral". En: *Psicoanálisis del Arbitraje: Solución o Problema en el actual paradigma de justicia*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2020, p. 249.

pese a haber sido recurrida, fue confirmada en segunda instancia.

El caso llegó hasta el Tribunal Supremo Español, quien confirmó nuevamente lo decidido por las instancias inferiores, determinando finalmente la existencia de responsabilidad civil por conducta temeraria de los árbitros demandados (Blanco García 2017: 476-477).

Esta sentencia es importante pues, además de presentar un caso bastante ilustrativo en cuanto a las conductas que pueden dar lugar a responsabilidad civil de los árbitros, contiene un pronunciamiento del Tribunal Supremo Español sobre los alcances de la temeridad a la que hace referencia el artículo 21° de la Ley N° 60/2003 (que, en nuestra legislación, podríamos asimilar a la culpa inexcusable).

Sobre este concepto, el Tribunal Supremo Español señaló lo siguiente:

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

Finalmente, resulta pertinente hacer referencia a un caso bastante reciente, también ocurrido en España, que es el que dio origen a la Sentencia N° 362/2020, emitida por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta) con fecha 24 de setiembre de 2020.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por dos (2) personas que fueron demandadas en un arbitraje, contra un árbitro que infringió sus deberes de independencia e imparcialidad, ocasionando con ello que los laudos emitidos por este sean anulados.

El árbitro (señor Juan Ignacio) fue designado como tal en dos (2) arbitrajes, cada uno derivado de un convenio entre los accionistas res-

pecto de dos (2) empresas: La Montañesa S.L. y el Alisal S.L. Las dos (2) personas demandadas en ambos arbitrajes (señores Pedro Francisco y Sacramento) eran las mismas (pues tenían participación en ambas compañías) y la controversia en ambos implicaba, básicamente, la determinación de si había existido o no vulneración de los acuerdos societarios y sus consecuencias económicas.

Lo particular de este caso es que el árbitro aceptó su nombramiento pese a haber estado prestando servicios de asesoría legal a las empresas La Montañesa S.L. y el Alisal S.L. desde el 2013 e, inclusive, continuó facturando dichos servicios en el 2017, cuando ya se habían iniciado los arbitrajes.

Se precisa, además, que a través de Juntas Generales de las empresas La Montañesa S.L. y el Alisal S.L., llevadas a cabo en el 2016, se había acordado el cese del señor Juan Ignacio como asesor legal de dichas empresas, pese a que ciertos socios de ambas compañías se opusieron a esta decisión (precisamente, los señores León y Leopoldo, que luego iban a pasar a ser los demandantes en ambos arbitrajes contra los señores Pedro Francisco y Sacramento).

Cabe agregar que los demandados en el arbitraje (señores Pedro Francisco y Sacramento) formularon las correspondientes recusaciones contra el árbitro quien, pese a ello, decidió continuar realizando dicha labor.

Pues bien, luego de emitirse los laudos en ambos arbitrajes, los señores Pedro Francisco y Sacramento plantearon acciones de anulación, por infracción a los principios de independencia e imparcialidad. Los laudos emitidos por el árbitro fueron anulados en el 2018, mediante sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

En vista de ello, los demandados en el arbitraje interpusieron una demanda de responsabilidad civil contra el árbitro, alegando que su conducta les ocasionó importantes daños, referidos (entre otros) a los honorarios y gastos en los que incurrieron como consecuencia del arbitraje, reclamando en total la suma de 509,024.78 euros.

La sentencia de primera instancia le dio la razón a los señores Pedro Francisco y Sacramento, pero les concedió un monto menor en la indemnización, suma que ascendió a 339,635.80 euros. El árbitro recurrió dicha sentencia.

Al analizarse el caso en vía de apelación, se indicó que se desprendía claramente la relación que man-

tenía el árbitro, desde hacía varios años, con quienes fueron parte en los arbitrajes, e, inclusive, "el significativo interés económico personal que había sido afectado directamente por la postura mantenida por una y otra, pues no le pudo ser indiferente el cese de su condición de asesor, que reportaba a su bufete 12.000 al año, propiciado por una de las partes sometidas a arbitraje y obstaculizada por la otra".

En cuanto a la responsabilidad, siguiendo los criterios esbozados por el Tribunal Supremo Español en (entre otras) las Sentencias N°s 429/2009 y 102/2017 (*Caso Puma S.E.*) (en cuanto a lo riguroso o estricto que es el régimen de responsabilidad civil de los árbitros bajo el artículo 21° de la Ley N° 60/2003), la Audiencia Provincial de Asturias consideró que en este caso existía, cuando menos, negligencia grave por parte del árbitro, conforme a lo siguiente:

En este caso concurre cuando menos (…) esa negligencia grave. El demandado era pleno conocedor de la postura que habían mantenido las partes, menos de un año antes de iniciarse el arbitraje, con relación a la continuidad en la prestación de sus servicios, que había cristalizado en su cese; ni siquiera cuestiona ese conocimiento, por otro lado inherente a la labor profesional que desempeñaba.

Es obvio que esa circunstancia objetiva plantearía dudas razonables y justificadas a cualquier persona acerca de su independencia e imparcialidad respecto a los sometidos a arbitraje, que se habían pronunciado claramente en uno y otro sentido, a su favor y en su contra. Y, sin embargo, pese a ser consciente de ello y pese a que los aquí demandantes así se lo indicaron expresamente en su escrito solicitando su abstención, se negó a apartarse del procedimiento arbitral, con manifiesta infracción del citado art. 17. Se está ante una negligencia inexcusable, que no requiere intención de perjudicar (…), carente de justificación por parte de quien conoce su oficio y sus obligaciones como árbitro, y ajena a una mínima pauta de razonabilidad. Una infracción, en definitiva, muy caracterizada de sus deberes como árbitro, referida a un tema que resultaba patente, más aun para un profesional del Derecho, y no ante un error de juicio, o ante una cuestión dudosa o susceptible de interpretación (el subrayado es mío).

Por lo tanto, se desestimó el recurso de apelación interpuesto por el árbitro, y se confirmó la sentencia de primera instancia.

2.2.6. Suiza

En Suiza, la regulación del arbitraje actualmente es dualista, pues tanto el arbitraje doméstico como el arbitraje internacional se rigen por reglas diferentes, en cuerpos normativos separados.

Así, en Suiza, el arbitraje doméstico se rige por la Parte 3 del Código de Procedimiento Civil Federal suizo (artículos 353° al 399°), que entró en vigencia en el 2011; mientras que el arbitraje internacional por el Capítulo 12 de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de 1987, que entró en vigencia en 1989 (estas últimas reglas, según se comenta, no se habrían basado en la Ley Modelo CNUDMI) (Patocchi 2022: 3-4).

Pues bien, ninguna de estas reglas (en sus respectivos ámbitos de aplicación) contiene expresamente disposiciones que limiten la responsabilidad o establezcan algún tipo de inmunidad a favor de los árbitros.

En el caso del arbitraje internacional, la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza no contempla ninguna disposición ni referencia a la responsabilidad civil de los árbitros (Patocchi 2022: 48).

En el caso del arbitraje doméstico, el Código de Procedimiento Civil Federal tampoco contempla disposiciones expresas que regulen la responsabilidad civil de los árbitros, por lo que (normativamente hablando) no existe un régimen especial que limite su responsabilidad o establezca algún tipo de inmunidad a su favor.

Según nos comenta Patocchi, en Suiza se considera que la relación entre el árbitro y las partes es de naturaleza contractual[13], por lo que, en principio, el árbitro es responsable bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual[14]. Sin embargo, dicho autor menciona también que, dado que "el árbitro, como cualquier juez, debe gozar de la independencia necesaria para el desempeño de sus funciones, el estándar para la determinación de

13 Sobre el particular, Bernet y Eschment señalan que "según la legislación suiza, cuando un árbitro "asume su cargo", se vincula contractualmente, conjuntamente con todas las partes del arbitraje, en un solo contrato" (2016: 190).

14 En esa misma línea, según Smahi, dado que, en cuanto a la naturaleza de la misión del árbitro, "la teoría contractual prevalece en Suiza, los reclamos de responsabilidad civil contra los árbitros serían, en principio, resueltos bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual" (2016: 883) (el subrayado es mío).

incumplimiento debe ser adecuadamente alto" (2022: 48).

En cuanto a casos importantes, resulta pertinente hacer referencia al que dio origen a la Sentencia N° 4A_76/2018 de fecha 08 de octubre de 2018, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema Federal de Suiza.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por una de las partes de un arbitraje contra el árbitro único encargado de resolver su controversia, cuyo laudo fue anulado por haber sido emitido fuera del plazo máximo establecido para tal efecto.

La controversia en el arbitraje surgió entre la empresa suiza A. S.A. y la empresa francesa B. S.A., quienes estaban vinculadas por dos (2) contratos de arrendamiento sujetos a la legislación suiza, para el alquiler de dos (2) aviones. En los convenios arbitrales de ambos contratos se había establecido que, para las partes, el tiempo era de suma importancia.

El arbitraje inició en junio de 2010. Luego de la audiencia de alegatos, en mayo de 2011, el proceso quedó expedito para que el árbitro único emitiera el laudo correspondiente. Sin embargo, pasaron muchos meses (inclusive años) y todavía no se emitía dicho laudo.

A principios de junio de 2013, la empresa suiza A. S.A. sugirió al árbitro que renunciara. Frente a ello, este respondió que, con la aprobación de ambas partes, renunciaría si el laudo aún no se llegaba a dictar hasta finales de dicho mes.

Las partes acordaron poner como fecha límite el 30 de agosto de 2013. Luego de una prórroga solicitada por el árbitro único, se acordó finalmente que el laudo debía ser emitido hasta el 02 de setiembre de 2013. Si las partes no eran notificadas con el laudo hasta esa fecha, debía entenderse que el árbitro había renunciado.

El laudo fue notificado a la empresa francesa B. S.A. el 03 de setiembre de 2013, mientras que a la empresa suiza A. S.A. el 04 del mismo mes y año. La empresa suiza A. S.A. inició un proceso de anulación de laudo y, como consecuencia de ello, el laudo fue anulado por la Corte Suprema Federal Suiza en el 2014 (mediante la Sentencia N° 4A_490/2013 de fecha 28 de enero de 2014), al haber sido dictado fuera del plazo establecido (cuando la misión del árbitro ya había culminado).

En vista de ello, la empresa suiza A. S.A. interpuso una demanda de responsabilidad civil contra el

árbitro único, reclamando los costos efectivamente incurridos en la anulación de laudo (incluyendo los costos mismos del arbitraje), los cuales se excedían de los costos que fueron reconocidos por la Corte en dicho proceso judicial (costos que, por cierto, no fueron pagados por el árbitro único, sino por la empresa francesa B S.A., quien fue la demandada en el proceso de anulación de laudo).

Inicialmente, se consideró que, en la medida en que ya se habían otorgado costos al demandante en el proceso de anulación, no se podía reclamar más por este concepto.

El caso llegó hasta la Corte Suprema Federal de Suiza, quien finalmente le dio la razón a la empresa suiza A. S.A., indicando que tenía derecho a reclamar al árbitro único la diferencia entre los costos reales sufridos y aquellos que fueron reconocidos en el proceso de anulación de laudo.

En su sentencia, la Corte reconoció que la empresa suiza A. S.A. no tenía acción para pedir un reembolso más amplio (a cargo de la empresa francesa B. S.A.) de sus honorarios legales en el proceso de anulación de laudo. No obstante, ello no le impedía reclamar al árbitro único el pago de una indemnización por todos daños causados por este, bajo las reglas de la responsabilidad contractual.

2.2.7. Austria

En Austria, el arbitraje se rige básicamente por el Capítulo Cuatro, Parte Seis del Código de Procedimiento Civil austriaco, el cual ha tenido diversas modificaciones, y la última de ellas ha entrado en vigencia en el 2014 (Melis 2022: 1-2).

En cuanto al tema que nos ocupa, es importante mencionar que el artículo 594° del Código de Procedimiento Civil austriaco regula la responsabilidad civil de los árbitros en términos genéricos, conforme a lo siguiente:

Artículo 594 General

(1) Sujeto a las disposiciones obligatorias de este título, las partes son libres de determinar las reglas de procedimiento. De ese modo, las partes pueden remitirse a otras reglas de procedimiento. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral, sujeto a las disposiciones de esta Ley, conducirá el arbitraje de la manera que considere apropiada.

(2) Las partes recibirán un trato justo. Cada parte tendrá plena oportunidad de presentar su caso.

(3) Las partes pueden ser representadas o asesoradas por personas

de su elección. Este derecho no se puede excluir ni limitar.

(4) El árbitro que no cumpla o no cumpla oportunamente con su obligación resultante de la aceptación de su nombramiento, será responsable ante las partes de todos los daños causados por su negativa o demora culposa (el subrayado es mío).

Nótese que, en principio, el único criterio de imputación contemplado en el artículo 594° antes citado es la culpa. En ese sentido, no se establecen mayores limitaciones en cuanto a la responsabilidad en la que pueden incurrir los árbitros en caso de "negativa o demora" en cumplir con las obligaciones a su cargo.

Comentando esta disposición, Melis señala que en Austria se considera que el acuerdo entre los árbitros y las partes califica como un contrato *sui generis* con elementos esenciales de un contrato de servicios (2022: 17). Por ende, la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de los árbitros se regirá bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual.

En ese sentido, Melis señala adicionalmente que, conforme al marco normativo austriaco, solo la negligencia ordinaria podría ser materia de exclusión o limitación de responsabilidad[15], no la negligencia grave ni los incumplimientos cometidos con dolo (2022: 17).

Ahora bien, se ha sostenido que, dado el tenor literal contenido en el artículo 594° del Código de Procedimiento Civil austriaco, pareciera que este cuerpo normativo habría buscado, de alguna forma, establecer una limitación a los alcances de la responsabilidad de los árbitros[16] (no en cuanto al estándar de res-

15 Sobre el particular, Petsche y Riedl nos comentan lo siguiente:
Las disposiciones en el contrato de árbitro con respecto a la exclusión o limitación de responsabilidad son generalmente posibles pero, no obstante, deben cumplir con el alcance de la limitación permitido por las normas imperativas austriacas. En cualquier caso, la responsabilidad por daños intencionales no se puede excluir de antemano. Se discute si esto es posible por conducta de negligencia grave. La exclusión de responsabilidad por negligencia leve podría estar permitida (2015: 327). (el subrayado es mío).

16 Siguen aparentemente esta misma línea Petsche y Riedl, quienes han señalado de forma más reciente lo siguiente:
La sección 594 (4) del ACCP [Código de Procedimiento Civil austriaco] no establece de manera exhaustiva las reglas con respecto a la responsabilidad del árbitro, pero sin embargo muestra que el legislador pretendía algún tipo de limitación de la responsabilidad

ponsabilidad, sino a las conductas que pueden dar origen a ella), siendo esta aplicable solamente ante la negativa o demora del árbitro en el cumplimiento de sus funciones (Schwarz y Konrad 2009: 181).

Sin embargo, como veremos en un momento, la Corte Suprema austriaca ha estado adoptando el criterio de que los árbitros pueden estar sujetos a responsabilidad civil por incumplimientos diferentes a los indicados en el artículo 594° del Código de Procedimiento Civil austriaco (negativa o demora culposa), siempre y cuando el laudo emitido por el tribunal arbitral haya sido anulado, conforme a las causales de anulación reguladas en el artículo 611° del Código de Procedimiento Civil austriaco (Riegler y Platte 2007: 119).

Vamos ahora a comentar dos (2) de los casos o pronunciamientos más importantes que se han dado en Austria, en los que se han discutido o tratado temas relevantes vinculados con la responsabilidad civil de los árbitros.

El primer caso es el que dio origen a la Sentencia de fecha 06 de junio de 2005, emitida por la Corte Suprema de Justicia de Austria (OGH – 9 Ob 126/04a).

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por la parte demandante de un arbitraje contra los árbitros que resolvieron su controversia, por ciertas irregularidades que estos habrían cometido en materia probatoria.

El demandante había celebrado un contrato con un banco húngaro, en virtud del cual se comprometió a suscribir acciones en el banco por un determinado monto, mientras que el banco asumió la obligación de promover y vender ciertos productos del demandante.

El demandante inició un arbitraje contra el banco por incumplimiento contractual, reclamando el pago de una penalidad y solicitando que se ordene al banco a cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, el tribunal arbitral desestimó su demanda.

Frente a ello, la parte perdedora demandó a los árbitros, solicitando que le paguen cierta suma de dinero que comprendía (entre otros conceptos) el monto de la penalidad no

---

de los árbitros. Este hallazgo está respaldado por el hecho de que una responsabilidad por lo demás ilimitada de acuerdo con los principios de responsabilidad civil y contractual socavaría el propósito de la Sección 594 (4) de la ACCP, ya que la denegación o la demora ilícita ya habrían sido incluidos en ella (2015: 324) (el subrayado es mío).

obtenida más intereses, los honorarios de los árbitros y las costas procesales que tuvo que pagarse al banco (al haber perdido el arbitraje).

El demandante alegó que los árbitros habían cometido importantes errores procedimentales en el arbitraje, pues, entre otras cuestiones, se habrían excluido pruebas del demandante (que supuestamente eran relevantes para el caso) y, en particular, no se habría recabado una opinión de experto legal que se había solicitado.

En primera instancia se desestimó la demanda, entre otras razones, porque el laudo emitido por los árbitros no había sido anulado. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia.

El caso llegó a la Corte Suprema Austriaca, quien nuevamente desestimó las pretensiones del demandante, en atención a que el laudo no había sido anulado.

En esta sentencia del 2005, la Corte estableció que los árbitros pueden estar sujetos a responsabilidad civil por otras violaciones de derecho o procedimentales diferentes de los supuestos indicados en el artículo 584(2) del Código de Procedimiento Civil austriaco vigente a ese momento (que, como hemos visto, ahora ha pasado a ser el artículo 594°), siempre y cuando el laudo haya sido anulado bajo las causales contempladas en el artículo 595 del mismo Código (que, como hemos explicado, ahora ha pasado a ser el artículo 611°).

Otro caso importante, mucho más reciente, es el que dio origen a la Sentencia de fecha 17 de febrero de 2014, emitida también por la Corte Suprema de Justicia de Austria (OGH – 4 Ob 197/13v).

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por una de las partes de un arbitraje contra el presidente del tribunal arbitral, quien fue removido de su cargo justo antes de emitirse el laudo, por haber cometido ciertas conductas poco profesionales en el manejo del arbitraje.

Según se menciona, el presidente del tribunal fue destituido por una corte estatal debido a ciertas conductas irregulares, como mantener discusiones indebidas con posibles expertos, alterar comunicaciones por correo electrónico y ocultar información a las partes y los co-árbitros.

Frente a ello, el demandante en el arbitraje presentó una demanda contra el expresidente solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su conducta

que comprendía, entre otros conceptos, la devolución de la parte que pagó por los honorarios del presidente, los costos de representación legal, los honorarios de los otros árbitros, e inclusive los costos de los peritos.

En primera instancia, se desestimaron las solicitudes del demandante sobre la base de que el convenio arbitral contenía un pacto que restringía la responsabilidad del árbitro solamente a supuestos de negligencia grave y/o falta intencional (lo cual aparentemente no se configuraba en este caso). Adicionalmente, respecto de la devolución de los honorarios, se indicó que, dados los servicios prestados por el expresidente hasta antes de ser destituido, no correspondía dicha devolución.

En segunda instancia, se confirmó que el expresidente no había incurrido en negligencia grave ni falta intencional. No obstante, se concedió el reclamo de devolución de honorarios, pues como el árbitro fue removido, ya no podía cumplir con su deber contractual de dictar el laudo.

Dado que ambas partes impugnaron esta decisión, el caso llegó ante la Corte Suprema Austriaca. La Corte rechazó los argumentos del demandante (por considerar que no había negligencia grave ni falta intencional) y, por el contrario, dado que las partes no habían pactado qué ocurriría con los honorarios de los árbitros en caso fueran destituidos antes de emitir el laudo, determinó que correspondía otorgarle al expresidente una parte proporcional de sus honorarios, en función al servicio que había prestado efectivamente hasta antes de su destitución.

Asimismo, con ocasión de esta sentencia del 2014, la Corte reiteró el criterio de que, como regla general, la responsabilidad civil del árbitro presupone que el laudo emitido por este haya sido anulado.

2.3. Latinoamérica

Qué duda cabe de que, en Latinoamérica, el arbitraje se ha ido extendiendo y modernizando bastante con el paso del tiempo. Y mucho de este proceso se debe a la gran influencia que ha tenido la Ley Modelo CNUDMI (sea en su versión de 1985, como en la que contiene las enmiendas de 2006) en las legislaciones (sea de arbitraje nacional o internacional) de diversos países, tanto en América del Sur como en Centroamérica[17].

17 Sobre la importante influencia que ha tenido la Ley Modelo CNUDMI en la modernización de las legislaciones arbitrales de diversos países de América Latina, puede consul-

En efecto, muchas de estas jurisdicciones han inspirado sus leyes de arbitraje en la Ley Modelo CNUDMI, o han reformado (y actualizado) sus normativas nacionales tomando como referente este cuerpo normativo de *soft law*.

Dado que la experiencia de cada país es particular, el impacto de la Ley Modelo CNUDMI no ha sido exactamente igual en todos los casos. Por ejemplo, existen varios países que cuentan con legislaciones monistas (con una regulación unitaria tanto del arbitraje doméstico como el internacional) basadas en la Ley Modelo CNUDMI, otros con legislaciones dualistas con reglas modernas para el arbitraje internacional, así como otros que tienen distintas otras variantes y matices sobre el particular[18].

Si perjuicio de ello, podemos afirmar finalmente que gran parte de (por no decir prácticamente todas) las regulaciones sobre arbitraje de los países de la región se han visto irradiadas (en mayor o menor medida) por la Ley Modelo CNUDMI.

Ahora bien, como hemos adelantado, ello tiene una consecuencia práctica muy clara: al no haber contemplado la Ley Modelo CNUDMI (ni siquiera en su versión con las enmiendas de 2006) ninguna regla sobre responsabilidad civil (o inmunidad) a favor de los árbitros, los países que han seguido de cerca este referente probablemente tampoco tendrán dentro de su legislación ninguna disposición sobre esta materia.

De otro lado, en el caso de los (pocos) países que han tomado la "iniciativa" de regular algo al respecto (la mayoría de estos, "a su manera"), probablemente nos encontremos con reglas y entendimientos bastante divergentes (pues no existe "una sola pauta" a seguir sobre el tema).

---

tarse: CONEJERO ROOS, Cristián. "La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un Análisis Comparativo". En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 32. N° 1, 2005, pp. 98-102. En línea similar, más recientemente, véase: BRICEÑO BERRÚ, José. "Teoría y praxis en el arbitraje comercial internacional en América Latina". En: *Agenda internacional*. Año XVIII, N° 29, 2011, pp. 338-345.

18 Para revisar un análisis de los diversas variantes y modelos que se han utilizado en las legislaciones arbitrales de América Latina, véase: REY VALLEJO, Alfredo Pablo. "Los Modelos Regulatorios del Arbitraje Latinoamericano: un Análisis de las Normativas de Arbitraje Doméstico en Colombia y en el Hemisferio". En: *Vniversitas*. N° 128, 2014, pp. 248-258.

Para efectos de este trabajo, solamente tomaremos en cuenta algunas de las experiencias más populares de América Latina, y que nos permitan marcar algunas tendencias con respecto a la forma en que se regula la responsabilidad civil (o inmunidad) del árbitro en la región.

En ese sentido, los países que analizaremos serán los siguientes[19]:

i) Por parte de América del Sur: Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Ecuador;

ii) Como un caso especial: México.

2.3.1. Argentina[20]

Argentina es una República Federal que tiene diversos niveles de organización y, por ende, distintas regulaciones de arbitraje que aplican en determinados ámbitos.

Tal como nos explican Tawil y Campolieti, por un lado, el arbitraje internacional en Argentina se regula actualmente bajo la Ley N° 27,449, Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2018, la cual está basada en la Ley Modelo CNUDMI con las enmiendas de 2006 (2022: 1).

Por otro lado, la regulación del arbitraje nacional en Argentina está compuesta básicamente por los siguientes cuerpos normativos: (i) el Código Civil y Comercial de la Nación; (ii) el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículos del 736° al 773°) (a nivel federal); y, (iii) los códigos procesales de las diversas provincias (a nivel local) (Tawil y Campolieti 2022: 2).

Pues bien, ninguno de estos cuerpos normativos (en sus respec-

19 Cabe precisar, desde ya, que parte de la información que se ha tomado en cuenta para los países de Latinoamérica (América del Sur y México) abordados en esta investigación ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje – ALARB (en adelante, "ALARB"), publicado en el 2021, en el cual el autor de este trabajo tuvo la oportunidad de participar como colaborador, recopilando y sistematizando la información proporcionada por aquellos que respondieron las consultas del *Task Force*. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 12-62.

20 Cabe precisar que parte de la información que se ha tomado en cuenta para este país ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de ALARB, publicado en el 2021, en el cual el autor de este artículo tuvo la oportunidad de participar como colaborador. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 27-28.

tivos ámbitos de aplicación) contiene expresamente reglas de inmunidad o limitación de responsabilidad a favor de los árbitros.

En cuanto al arbitraje internacional, la Ley N° 27,449 no contempla ninguna disposición ni referencia a la responsabilidad civil de los árbitros (presumiblemente, creemos, por haber seguido la pauta de la Ley Modelo CNUDMI).

En cuanto al arbitraje nacional, debe tenerse presente que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula algunas disposiciones que se refieren a la responsabilidad en la que pueden incurrir los árbitros ante ciertos supuestos, pero no establecen ningún tipo de limitación o inmunidad.

En efecto, el artículo 745° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino contempla de forma genérica la responsabilidad de los árbitros por no cumplir con el encargo que han aceptado frente a las partes, conforme a lo siguiente:

DESEMPEÑO DE LOS ARBITROS

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

Como veremos más adelante, la idea de "aceptar el encargo" y la responsabilidad asociada al incumplimiento de ello ha sido bastante recogida en diversos países en Latinoamérica, como por ejemplo en el caso peruano.

Otra disposición del mismo Código que contempla una referencia (aunque aislada) a la responsabilidad de los árbitros es el artículo 748.2°, el cual señala lo siguiente:

EXTINCION DEL COMPROMISO

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

(…)

2) Por el transcurso del plazo señalado en el compromiso, o del legal en su defecto, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros por daños e intereses, si por su culpa hubiese transcurrido inútilmente el plazo que corresponda, o del pago de la multa mencionada en el artículo 740, inciso 4, si la culpa fuere de alguna de las partes.

(…) (el subrayado es mío).

Una tercera disposición es el artículo 756° del mismo cuerpo de leyes, el cual se refiere a la responsabi-

lidad en la que pueden incurrir los árbitros cuando no emiten el laudo dentro del plazo (sin perjuicio de que ello implica también la pérdida de los honorarios):

RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS

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

Nótese que ninguna de las normas antes citadas regula un criterio de imputación concreto para efectos de que sea posible atribuir responsabilidad a un árbitro. No se hace ninguna distinción sobre si el árbitro ha incurrido en negligencia, negligencia grave o si ha cometido una falta intencional, sino que solamente se contempla la responsabilidad en términos amplios, sin ningún tipo de limitación ni inmunidad[21].

Adicionalmente a estas normas, en lo que se refiere a la regulación argentina del arbitraje nacional, debe tenerse presente que el artículo 1662° del Código Civil y Comercial de la Nación establece expresamente que, cuando un árbitro acepta un nombramiento como tal, se entiende que celebra un contrato con las partes.

Este mismo artículo, además, contempla una serie de obligaciones que debe cumplir el árbitro frente a las partes, conforme a lo siguiente:

Artículo 1662. Obligaciones de los árbitros

El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;

b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento

21 Esto ha sido advertido por Caivano, quien, luego de citar estas mismas normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, señala que "(…) se desprende de las mencionadas normas de la legislación argentina (…) que no existe limitación alguna establecida en la ley acerca del alcance de la responsabilidad de los árbitros. El artículo 745 citado, lejos de restringirla, ratifica la pauta general del régimen de responsabilidad civil del derecho argentino: tanto en materia contractual como extracontractual, el principio es que los daños causados por culpa o dolo son resarcibles" (2010-2011: 134) (el subrayado es mío).

o una causa legítima de renuncia;

c) respetar la confidencialidad del procedimiento;

d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;

e) participar personalmente de las audiencias;

f) deliberar con los demás árbitros;

g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (el subrayado es mío).

En ese sentido, dado que en Argentina se considera que existe un contrato[22] entre las partes y el árbitro, el incumplimiento de este de cualquiera de las obligaciones antes indicadas dará lugar a responsabilidad de naturaleza contractual, la misma que se regirá bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

2.3.2. Brasil[23]

A diferencia de Argentina, en cuanto a la regulación del arbitraje, Brasil tiene actualmente una única legislación que regula tanto el arbitraje nacional como el internacional.

En efecto, como explica Nehring Netto, la Ley N° 9,307 del año 1996 (modificada por la Ley N° 13,129 en el año 2015), inspirada en la Ley Modelo CNUDMI de 1985, aplica en Brasil para el arbitraje doméstico y también para el arbitraje internacional (2022: 1).

22 La idea de que se instaura un contrato entre las partes y los árbitros será desarrollada mucho más ampliamente en el Capítulo 2 de la presente investigación. Por el momento, sobre este tema, y en cuanto a la regulación del Derecho Argentino, recomendamos consultar: CAIVANO, Roque J. y Verónica SANDLER OBREGÓN. "El contrato entre las partes y los árbitros en el Código Civil y Comercial". En: *RCCyC*. 2015, pp. 1-2.

23 Cabe precisar que parte de la información que se ha tomado en cuenta para este país ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de ALARB, publicado en el 2021, en el cual el autor de este artículo tuvo la oportunidad de participar como colaborador. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 30-31.

En cuanto al tema que nos ocupa, la Ley N° 9,307 no contempla ninguna disposición que regule la responsabilidad civil de los árbitros y, por ende, no prevé ninguna regla de inmunidad o limitación de responsabilidad (presumiblemente, creemos, por seguir la pauta de la Ley Modelo CNUDMI).

Sin perjuicio de ello, existe una referencia a la eventual responsabilidad penal en la que pueden incurrir los árbitros en ejercicio de sus funciones. Sobre el particular, el artículo 17° de la Ley N° 9,307 señala literalmente lo siguiente:

Artículo 17 - Los árbitros, en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, son tratados como funcionarios públicos a los efectos del derecho penal (el subrayado es mío).

Nótese que la legislación brasileña opta por calificar expresamente a los árbitros como "funcionarios públicos a los efectos del derecho penal".

Esta es una cuestión muy importante de ser tenida en cuenta, ya que, como veremos más adelante, también en otros países (principalmente en América Latina) se ha seguido esta línea, y se ha pretendido considerar que los árbitros son funcionarios públicos, sobre todo para efectos penales.

Dado que la responsabilidad penal de los árbitros no es materia de análisis en este trabajo, y considerando que el concepto de "funcionario público" en el Derecho Penal puede tener ciertas particularidades que escapan a los alcances de esta investigación, quedémonos por ahora con revisar lo que comenta Nehring Netto sobre el referido artículo 17° de la Ley N° 9,307:

Debido a la extrema novedad de esta legislación, será necesario esperar a que la futura doctrina y jurisprudencia analice los efectos de esta disposición. Hasta donde sabemos, no existen decisiones judiciales al respecto. Solo el tiempo dirá si además de la responsabilidad penal, los árbitros pueden estar sujetos a reparación en términos civiles (daños y perjuicios). Nada en el sistema brasileño de responsabilidad civil sugiere una conclusión negativa en este asunto (2022: 29) (el subrayado es mío).

Para efectos de la responsabilidad civil de los árbitros, resulta importante lo que menciona este autor, en tanto reconoce la posibilidad de que, sin perjuicio de los efectos penales, los árbitros pueden quedar obligados a indemnizar daños y per-

juicios ante el incumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, dado que no hay reglas especiales que determinen los alcances o límites de dicha responsabilidad, en principio, la responsabilidad civil de los árbitros en Brasil deberá regularse bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual previstas en el Código Civil brasileño.

2.3.3. Colombia[24]

Tal como nos comenta Zuleta, en el caso de Colombia la regulación del arbitraje es dualista, ya que si bien este país tiene una sola ley de arbitraje, el arbitraje nacional y el internacional se rigen por reglas diferentes, en secciones separadas.

Así, en Colombia, el arbitraje doméstico se rige por las reglas de la Sección Primera de la Ley N° 1563 de 2012 (sin perjuicio de la aplicación de algunas normas contenidas en el Código General del Proceso colombiano en ciertos aspectos, como veremos más adelante); mientras que el arbitraje internacional por las reglas de la Sección Tercera de la misma (estas últimas reglas, basadas en la Ley Modelo CNUDMI con las enmiendas del 2006) (Zuleta 2020: 1-2).

Pues bien, ninguna de estas reglas (en sus respectivos ámbitos de aplicación) contiene expresamente disposiciones que limiten la responsabilidad o establezcan algún tipo de inmunidad a favor de los árbitros.

En el caso de la Sección que regula el arbitraje internacional en Colombia, no se contempla ninguna disposición ni referencia a la responsabilidad civil de los árbitros (Zuleta 2020: 23) (presumiblemente, creemos, por haber seguido la pauta de la Ley Modelo CNUDMI).

En el caso de la Sección que regula el arbitraje nacional en Colombia, tampoco hay disposiciones expresas que regulen la responsabilidad civil de los árbitros, por lo que no existe un régimen especial que li-

24 Cabe precisar que parte de la información que se ha tomado en cuenta para este país ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de ALARB, publicado en el 2021, en el cual el autor de este artículo tuvo la oportunidad de participar como colaborador. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, p. 33.

mite su responsabilidad o establezca algún tipo de inmunidad a su favor.

A nivel del arbitraje nacional en Colombia, entonces, los "árbitros no gozan de inmunidad y, por tanto, están sujetos a responsabilidad civil (…)" (Zuleta 2020: 22), la cual (estimamos) tendría que regirse bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual previstas en el Código Civil colombiano.

Sin perjuicio de ello, resulta ilustrativo para nuestra materia de estudio que el artículo 16° de la Ley N° 1563 indique que los árbitros son recusables por las mismas causales previstas para los jueces[25] en el Código de Procedimiento Civil colombiano (cuya regulación en este punto aparece ahora en el Código General del Proceso[26]).

El primer párrafo del referido artículo 16° señala lo siguiente:

Artículo 16. Impedimentos y recusaciones. Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.

(…) (el subrayado es mío).

Sobre el particular, Zuleta señala que los "deberes generales de los jueces se enumeran, (…) en el art. 42 [sic] del CGP [Código General del Proceso colombiano] e incluyen: (i) buscar la pronta resolución de la disputa; (ii) proteger la igualdad de las partes en el proceso; y (iii) abstenerse de revelar información confidencial" (2020: 22).

Esto es importante de ser tenido en cuenta, ya que, como veremos más adelante, en algunos otros países latinoamericanos también se

25 Debe tenerse presente que, en Colombia, los árbitros son prácticamente considerados (o, cuando menos, tratados) como "jueces". Sobre este punto, el cuarto párrafo del artículo 116° de la Constitución colombiana señala lo siguiente: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley" (el subrayado es mío).

26 Conforme a lo establecido en el literal c) de su artículo 626°, el Código General del Proceso colombiano, aprobado mediante la Ley N° 1564 de 2012, derogó al antiguo Código de Procedimiento Civil de dicho país, que había sido aprobado mediante los Decretos N°s 1400 y 2019 de 1970.

ha considerado que los árbitros califican (o, cuando menos, son tratados) como "jueces" y, por ende, se le aplican las mismas reglas en diversos aspectos, como precisamente la responsabilidad asociada al incumplimiento de sus labores.

Sobre este tema en particular, resulta bastante ilustrativo lo manifestado por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° C-451/95, emitida en el Expediente Nº D-889[27], en la cual se señaló expresamente lo siguiente:

En efecto, la garantía de acceso a la justicia y tutela judicial de los derechos de las partes, asegura que los árbitros puedan ser investigados, juzgados y sancionados por sus acciones u omisiones ilegales. Los árbitros, en su calidad de jueces, no están sujetos a ningún fuero de inmunidad judicial ni patrimonial. Las normas demandadas, de otra parte, no lo consagran ni lo secundan (el subrayado es mío).

Si bien se trata de una decisión antigua, esta sentencia es bastante gráfica en cuanto a reflejar la concepción, bastante extendida en América Latina, de que los árbitros son jueces y, por ende, deben ser tratados bajo las mismas reglas que estos.

2.3.4. Chile[28]

En lo que respecta a Chile, podemos afirmar que la regulación del arbitraje es dualista[29], ya que el arbitraje nacional y el internacional se rigen por reglas diversas, bajo cuerpos normativos diferentes.

27 Se trató puntualmente de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34° (parcial), 40° (parcial) y 44° (parcial) del Decreto N° 2279 de 1989 (norma a través de la cual se implementaban sistemas de solución de conflictos entre particulares), actualmente derogado por el artículo 118° de la Ley N° 1563 de 2012.

28 Cabe precisar que parte de la información que se ha tomado en cuenta para este país ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de ALARB, publicado en el 2021, en el cual el autor de este artículo tuvo la oportunidad de participar como colaborador. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, p. 32.

29 En esos términos se refiere la doctrina chilena al régimen arbitral de dicho país. En efecto, sobre el particular, Vásquez Palma señala lo siguiente: "(…) el legislador chileno optó –al igual que otros países latinoamericanos– por un régimen arbitral dual al concebir una ley de arbitraje moderna para materias comerciales internacionales, dejando las restantes bajo la aplicación de la normativa existente contenida básicamente en los cuerpos legislativos domésticos ya señalados" (2012: 31-32).

Así, en Chile, el arbitraje doméstico se rige por el Código Orgánico de Tribunales de 1943 (artículos del 222° al 243°, que se refieren a los "jueces árbitros") y el Código de Procedimiento Civil chileno de 1902 (artículos 628° al 644°, que se refieren al "procedimiento arbitral", sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales del proceso civil del mismo Código, en todo lo no regulado); mientras que el arbitraje internacional se rige por las reglas de la Ley N° 19,971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2004 (basada en la Ley Modelo CNUDMI de 1985[30]) (Jana 2020: 1).

Pues bien, ninguno de estos cuerpos normativos (en sus respectivos ámbitos de aplicación) contiene expresamente disposiciones que limiten la responsabilidad o establezcan algún tipo de inmunidad a favor de los árbitros.

En el cuanto al arbitraje internacional, la Ley N° 19,971 no contempla ninguna disposición ni referencia a la responsabilidad civil de los árbitros (Jana 2020: 33) (presumiblemente, creemos, por haber seguido la pauta de la Ley Modelo CNUDMI).

En cuanto al arbitraje nacional en Chile, tampoco hay disposiciones expresas en el Código Orgánico de Tribunales ni en el Código de Procedimiento Civil chileno que regulen la responsabilidad civil de los árbitros como tales, por lo que no existe un régimen especial que limite su responsabilidad o establezca algún tipo de inmunidad a su favor.

Sin embargo, debe tenerse presente que, en tanto en Chile se considera normalmente que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional[31], se suele afirmar que las reglas de la responsabilidad civil de los jueces son aplicables también a los árbitros.

Así, por ejemplo, en cuanto al arbitraje doméstico, Jana nos comenta lo siguiente:

El arbitraje en Chile tiene carácter jurisdiccional. Por tanto, se

30 Con respecto a la versión de la Ley Modelo CNUDMI que fue tomada de referencia por la legislación de arbitraje internacional chilena, Jana nos comenta que "Las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo de la CNUDMI no han sido incorporadas a la legislación chilena, y no hay indicios de que esto ocurra en un futuro próximo" (Jana 2020: 2).

31 Cabe precisar que esta posición, dentro del ámbito nacional chileno, no está exenta de críticas. Para ver un análisis crítico sobre el particular, véase: JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. "La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho Chileno sobre Arbitraje Interno: algunas propuestas". En: *Estudios Constitucionales*. N° 2, 2013, pp. 168-182.

aplican las normas relativas a la responsabilidad de los jueces de los tribunales ordinarios (arts. 324 a 331 del Código Orgánico de Tribunales ("COT")). Los árbitros pueden ser considerados responsables tanto bajo derecho civil como penal por los errores cometidos en el desempeño de sus obligaciones, incluso después de haber cesado en sus funciones (Jana 2020: 33) (el subrayado es mío).

En esa misma línea, la Corte Suprema de Chile ha señalado en una sentencia de fecha 26 de setiembre de 1984, en causa "Empresa nacional de Minería", que los árbitros tienen jurisdicción plena y, por ende, deben responder de lo obrado en uso de dicha jurisdicción, siéndoles aplicables las mismas normas sobre responsabilidad penal y civil aplicables a los jueces estatales (contenidas en el Código Orgánico de Tribunales) (Vásquez Palma 2017: s/n).

Es importante mencionar también que esta idea de que debe aplicarse a los árbitros las mismas reglas que rigen la responsabilidad civil de los jueces ha sido criticada dentro de la doctrina. Así, Vásquez Palma sostiene lo siguiente:

La legislación chilena no se pronuncia sobre un tipo especial o particular de responsabilidad en relación a los árbitros, pero la jurisprudencia ha reconocido que este puede ser responsable legal y/o contractualmente. En mi opinión, se trata de un tema que debe ser depurado por vía interpretativa, mientras no existan normas claras en la materia, pues, por la propia naturaleza del árbitro, no le pueden ser extrapolables, sin más, las responsabilidades en que puede incurrir un juez estatal, así como tampoco podrían ser predicables a su respecto cualquier tipo de responsabilidad contractual. En otras palabras, aplicar la responsabilidad de los jueces estatales a los jueces árbitros de forma analógica no parece aconsejable si estimamos que se encuentran en ámbitos muy diferentes de origen y actuación (público versus privado). Frente a ello, considero que existe un tipo especial de responsabilidad del árbitro que emerge atendiendo las particulares necesidades del instituto arbitral (2017: s/n).

Comentando precisamente la sentencia de la Corte Suprema en la causa "Empresa nacional de Minería", la autora antes citada señala que dicho fallo es equivocado, pues "(…) el árbitro no pertenece al orden estatal, ni menos aún se trata de un funcionario público, de manera que no se puede pretender aplicar

todo este elenco de responsabilidades" (Vásquez Palma 2017: s/n).

2.3.5. Ecuador[32]

En Ecuador, el arbitraje se regula básicamente por la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual tuvo una nueva versión en el 2006 y algunas modificaciones en el 2015 (Robalino, Borja, Darquea y Alomía 2020: 1).

Pues bien, con respecto a la materia que nos ocupa, la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana contempla en su artículo 18° una regulación sobre la responsabilidad de los árbitros en los siguientes términos:

Obligación de cumplir el encargo de árbitro

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.

(…) (el subrayado es mío).

Nótese que la norma antes citada no regula ningún criterio de imputación concreto para efectos de que sea posible atribuir responsabilidad a un árbitro, por lo que, en buena cuenta, no establece una regla de inmunidad o limitación de responsabilidad a su favor (como las que hemos visto en otros países o centros de arbitraje).

Sin perjuicio de ello, y pese a contemplar dicha responsabilidad en términos genéricos, el referido artículo 18° deja a salvo la posibilidad de que estemos ante un "impedimento justificado" en el cumplimiento de las funciones del árbitro, supuesto en el cual (aparentemente) no habría responsabilidad.

Esto último es bastante interesante, pues se trata de una regla poco común, dentro de los países que sí contemplan alguna norma sobre responsabilidad de los árbitros.

32 Cabe precisar que parte de la información que se ha tomado en cuenta para este país ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de ALARB, publicado en el 2021, en el cual el autor de este artículo tuvo la oportunidad de participar como colaborador. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, p. 35.

Comentando esta disposición normativa, Robalino, Borja, Darquea y Alomía manifiestan que esta "(…) responsabilidad estará regulada por las normas generales del Código Civil en materia de responsabilidad civil, especialmente que una persona es responsable de todos los daños causados intencionalmente o debido a su negligencia" (2020: 14).

En ese sentido, si bien en Ecuador el estándar de responsabilidad de los árbitros se rige bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual del Código Civil ecuatoriano, dicha responsabilidad tendrá como límite los supuestos en que, de manera justificada, se impida al árbitro cumplir con sus funciones.

2.3.6. México[33]

Como nos explica González de Cossío, en México, el arbitraje (tanto doméstico como internacional) se regula actualmente bajo los artículos 1415° al 1480° del Código Comercial mexicano, el cual es prácticamente una "copia" de la Ley Modelo CNUDMI (2022: 1).

Pues bien, el Código Comercial mexicano no aborda la responsabilidad de los árbitros (González de Cossío 2022: 19), por lo que no contiene expresamente disposiciones que limiten dicha responsabilidad o establezcan algún tipo de inmunidad a su favor. En ese sentido, la responsabilidad de los árbitros se regirá bajo las reglas generales de la responsabilidad civil en el Derecho mexicano[34].

Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que, pese a que no hay un tratamiento orgánico de la responsabilidad civil de los árbitros en el Código de Comercio mexicano, este cuerpo normativo tiene una pequeña referencia (aunque aislada) a dicha responsabilidad ante un supuesto concreto: el otorgamiento de medidas cautelares.

---

33 Cabe precisar que parte de la información que se ha tomado en cuenta para este país ha sido obtenida del Informe del *Task Force* de ALARB, publicado en el 2021, en el cual el autor de este artículo tuvo la oportunidad de participar como colaborador. Ver, al respecto: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 38-39.

34 Cabe precisar que, según explica González de Cossío, en México existe cierto debate sobre si la responsabilidad del árbitro es contractual o extracontractual (2022: 19, Nota a pie de página 64).

Así, el artículo 1480° del Código de Comercio mexicano señala lo siguiente:

Artículo 1480.- Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

I. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que:

a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462, o

b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, o

c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, o

II. Si el Juez resuelve que:

a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que

b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen (el subrayado es mío).

Nótese que, bajo esta norma, no solo será responsable de los daños causados por la medida cautelar aquella parte que la solicita, sino también el tribunal arbitral que la concede. Se trata de una disposición

bastante particular y que, en general, no hemos visto contemplada en las legislaciones de otros países.

2.4. Asia

En lo que respecta a Asia, también existen varios países que constituyen importantes sedes de arbitraje y, en ese sentido, pueden ser tomados en cuenta como ejemplos para analizar en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil de los árbitros

No obstante, para efectos de este trabajo, solamente tomaremos dos (2) de las experiencias más populares de este continente: (i) China y (ii) Singapur.

2.4.1. China

Como nos explica Song, en China, el arbitraje (tanto nacional como internacional[35]) se rige básicamente bajo la Ley de Arbitraje de 1994, que entró en vigencia al año siguiente y fue modificada en el 2009, sin perjuicio de otros cuerpos normativos (como la Ley Procesal Civil y la Ley de Contratos de dicho país, por ejemplo) que pueden resultar también de importancia (2022: 2).

35 Cabe precisar que, en China, se hace una clasificación peculiar del arbitraje, con nomenclaturas que no necesariamente concuerdan por completo con la forma utilizada en otras partes del mundo para referirse a esta institución. Así, Song nos explica lo siguiente:
El arbitraje civil y comercial se clasifica en tres categorías en la República Popular de China (…): arbitraje nacional, arbitraje relacionado con el extranjero y arbitraje extranjero. Un arbitraje nacional es un arbitraje en el que todos los elementos involucrados son nacionales, es decir, dentro de China. Un arbitraje relacionado con el extranjero, según lo previsto por la ley china, es aquel que involucra elementos extranjeros y es administrado por una institución arbitral china en China. Un arbitraje extranjero es aquel con su sede de arbitraje ubicada fuera de China. Existe un debate sobre a qué categoría de las tres anteriores pertenece un arbitraje que es administrado por una institución arbitral extranjera con una sede de arbitraje acordada en China. Teóricamente, es un arbitraje chino con elementos extranjeros y el laudo resultante es un laudo arbitral chino, pero en la práctica el Gobierno Chino duda en reconocer este hecho legal porque tal reconocimiento puede contradecir la política de China de que las instituciones arbitrales extranjeras no están autorizadas para administrar casos arbitrales en China (2022: 1-2) (el subrayado es mío).
Song señala que la Ley de Arbitraje china de 1994 aplica tanto para el arbitraje doméstico como el "arbitraje relacionado con el extranjero". Sin embargo, como podemos observar, lo que en China se denomina "arbitraje relacionado con el extranjero" sería casi asimilable a lo que normalmente se denomina "arbitraje internacional". Ello es ratificado por Vásquez Palma, quien, al comentar la Ley de Arbitraje china de 1994, señala que "se trata de una norma monista en tanto se aplica a los arbitrajes nacionales como internacionales" (2012: 28) (el subrayado es mío).

Pues bien, en cuanto a la materia que nos ocupa, es importante mencionar que el artículo 38° de la Ley de Arbitraje china de 1994 contiene una referencia a la responsabilidad de los árbitros en los siguientes términos:

Artículo 38

Si un árbitro se encuentra involucrado en las circunstancias descritas en el inciso (4) del artículo 34 de esta Ley y las circunstancias son graves o envuelven las circunstancias descritas en el inciso 6) del artículo 58 de esta Ley, asumirá la responsabilidad legal de acuerdo con ley y la comisión de arbitraje lo removerá del panel de árbitros (el subrayado es mío).

Esta disposición normativa nos remite, en primer lugar, al numeral 4) del artículo 34° de la misma Ley, artículo que regula las circunstancias en que un árbitro debe renunciar al cargo (y por las cuales, además, una parte a dicho árbitro). El numeral 4) contempla el siguiente supuesto:

Articulo 34

En una de las siguientes circunstancias, el árbitro se retirará y las partes también tendrán derecho a impugnar al árbitro:

(1) el árbitro es una de las partes en el caso o un pariente cercano de una de las partes o de su abogado en el caso;

(2) el árbitro tiene un interés personal en el caso;

(3) el árbitro tiene otra relación con una de las partes o con su abogado en el caso que pueda afectar la imparcialidad del arbitraje; o

(4) el árbitro se ha reunido en privado con una de las partes o con su abogado o ha aceptado una invitación a cenar o un regalo de una de las partes o de su abogado (el subrayado es mío).

En segundo lugar, nos remite al numeral 6) del artículo 58° de la referida Ley, artículo que regula las causales de anulación de laudo en China. El numeral 6) señala el siguiente supuesto:

Artículo 58

Una parte puede solicitar la anulación de un laudo arbitral al tribunal popular intermedio en el lugar donde se encuentra la comisión de arbitraje si puede presentar pruebas que demuestren que el laudo arbitral involucra una de las siguientes circunstancias:

(1) no existe un acuerdo de arbitraje;

(2) los asuntos decididos en el laudo exceden el alcance del acuer-

do de arbitraje o están más allá de la autoridad arbitral de la comisión de arbitraje;

(3) la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento de arbitraje no estaba en conformidad con el procedimiento legal;

(4) la evidencia en la que se basa el laudo fue falsificada;

(5) la otra parte ha retenido las pruebas que son suficientes para afectar la imparcialidad del arbitraje; o

(6) los árbitros han exigido o aceptado sobornos o cometido malas prácticas en beneficio personal o han pervertido la ley en el arbitraje del caso.

(…) (el subrayado es mío).

Nótese lo peculiar de esta normativa: se incluye expresamente como causal de anulación de laudo al hecho de que los árbitros hayan aceptado un soborno.

Esto es muy importante, ya que, por ejemplo, en el ámbito de los arbitrajes en materia de Contrataciones con el Estado en el derecho peruano, si uno pretendiera anular un laudo por haberse cometido actos de corrupción (como un soborno), tendría que canalizar dicho pedido a través de alguna de las causales (taxativas) que contempla la ley, a diferencia de lo que, aparentemente, ocurre en China, en donde sí hay una causal expresa. Más adelante comentaremos este tema con más detalle.

Conforme a las normas antes citadas, entonces, podemos concluir que, bajo la regulación china, el árbitro podría asumir responsabilidad en caso hubiera incurrido en las siguientes conductas: (i) reunirse en privado con una de las partes o con su abogado, o aceptar invitaciones o regalos por parte de ellos; y, (ii) aceptar sobornos o cometer "malas prácticas" en beneficio personal.

Sin embargo, como nos explica Song, la Ley de Arbitraje china no aborda, como tal, la responsabilidad civil de los árbitros frente a las partes (2022: s/n) y, por ende, no prevé ninguna regla de inmunidad o limitación de responsabilidad.

Sobre este punto en particular, resultan importantes las reflexiones que hace Yifei, quien menciona que es necesario que la ley establezca un régimen limitado de responsabilidad a favor de los árbitros.

Así, dicho autor señala lo siguiente:

En el centro de la responsabilidad arbitral está la responsabilidad

legal de los árbitros. Para restringir el poder arbitral y equilibrar derechos y obligaciones, es necesario que la ley imponga responsabilidad civil limitada a los árbitros. Los árbitros no son responsables por negligencia (acción u omisión) en el desempeño de sus funciones, a menos que causen pérdidas deliberadamente. Este es el resultado de la combinación de poder judicial y obligaciones contractuales, en el que el primero les otorga inmunidad parcial mientras que las segundas les obligan a asumir la responsabilidad contractual (Yifei 2018: 163-164) (el subrayado es mío).

Como podemos observar, aunque en China no se establezca dicho estándar de responsabilidad de los árbitros, el citado autor se decanta por una responsabilidad que esté limitada a conductas que se hayan realizado de forma deliberada (o intencional), que (como hemos visto) suele regularse en otros países bajo distintas formas.

2.4.2. Singapur

Como nos comentan Hwang, Boo y Han, en Singapur, tanto el arbitraje doméstico como el arbitraje internacional se rigen por reglas diferentes, en cuerpos normativos separados.

Así, el arbitraje doméstico se rige por la Ley de Arbitraje de Singapur (Capítulo 10); mientras que el arbitraje internacional por la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur (Capítulo 143A). Ambas versiones revisadas son del 2002, y se trata de legislaciones basadas en la Ley Modelo CNUDMI de 1985 (Hwang, Boo y Han 2022: 1).

Pues bien, en cuanto a la materia que nos ocupa, tanto la Ley de Arbitraje como la Ley de Arbitraje Internacional contienen disposiciones expresas que limitan la responsabilidad civil de los árbitros.

En efecto, en cuanto al arbitraje internacional, el artículo 25° de la Ley de Arbitraje Internacional (Capítulo 143A) señala expresamente lo siguiente:

Responsabilidad del árbitro

25. Un árbitro no será responsable de:

(a) negligencia con respecto a cualquier cosa que se haga u omita en la capacidad de árbitro; y

(b) cualquier error de derecho, hecho o procedimiento cometido en el curso de un procedimiento arbitral o al dictar un laudo arbitral (el subrayado es mío).

En cuanto al arbitraje nacional, el artículo 20° de la Ley de Arbitraje

(Capítulo 10) contempla una regla prácticamente similar, conforme a lo siguiente:

Responsabilidad del árbitro

20. Un árbitro no será responsable de:

(a) negligencia con respecto a cualquier cosa que se haga u omita en la capacidad del árbitro; o

(b) cualquier error de derecho, hecho o procedimental cometido en el curso de un procedimiento arbitral o al dictar un laudo arbitral (el subrayado es mío).

Nótese que, conforme a estas reglas, el árbitro goza de una inmunidad en términos amplios, en tanto no resulta responsable por actos negligentes, ni por errores de derecho, hecho o procedimentales en el curso de un arbitraje.

Sin embargo, podemos advertir también que las normas de Singapur no mencionan expresamente si esta inmunidad protege o no a los árbitros de los incumplimientos intencionales en los que podrían incurrir.

Sobre este punto en particular, Choong, Mangan y Lingard nos comentan que, ante esta falta de mención en la legislación, el Comité de Reforma Legislativa de 1993 advirtió al gobierno de Singapur que "dicha inmunidad no debe extenderse a los casos en que el árbitro se haya comportado indebidamente de manera intencional o haya causado una demora excesiva en el arbitraje" (2018: 294).

En ese sentido, aunque la legislación arbitral de este país no lo haya señalado de forma expresa, parecería que dicha inmunidad no cubre los supuestos de dolo o conductas intencionales.

3. Conclusiones

Luego de haber efectuado este mapeo general de las experiencias de distintos países en cuanto a la responsabilidad civil de los árbitros, sea a nivel de las legislaciones arbitrales, reglamentos y jurisprudencia, podemos esbozar las siguientes conclusiones:

i) La Ley Modelo CNUDMI (que sirvió de inspiración a diversas legislaciones arbitrales en todo el mundo) no contempla ninguna disposición sobre responsabilidad civil de los árbitros y, por ende, no establece ninguna regla de inmunidad o limitación de responsabilidad a su favor.

Ello ha generado como consecuencia que las distintas jurisdiccio-

nes (sobre todo en América Latina) tampoco contemplen reglas sobre el particular (dejando, entonces, su tratamiento bajo las reglas generales de la responsabilidad contractual aplicables a cada país); o, por el contrario, que al momento de regular dicha materia lo hagan de forma divergente (bajo estándares y premisas que no necesariamente son los mismos).

ii) De un total de dieciséis (16) países que se han considerado en este artículo (que pertenecen a distintos continentes como Norteamérica, Europa, América Latina y Asia), diez (10) de ellos[36] contienen algún tipo de regulación o referencia (aunque sea mínima) a la responsabilidad civil de los árbitros en sus respectivas legislaciones arbitrales.

Sin embargo, de esos diez (10) países, solo cinco (5) de ellos (Estados Unidos, Inglaterra, Italia, España y Singapur) contienen expresamente un régimen especial de responsabilidad para los árbitros, o reglas que establezcan algún tipo de inmunidad o limitación a dicha responsabilidad (en cuanto a su estándar). Ninguno de esos cinco (5) países pertenece a América Latina[37].

iii) De un total de dieciséis (16) países que se han considerado en este artículo, solo en seis (6) de ellos (Estados Unidos, Francia, Alemania, España, Suiza y Austria) se han encontrado casos en los que se discutan materias vinculadas con la responsabilidad civil de los árbitros. Ninguno de esos seis (6) países pertenece a América Latina ni a Asia.

De los casos revisados, podemos afirmar que los supuestos de responsabilidad civil de los árbitros más recurrentes que se han presentado son, entre otros, los siguientes: la no emisión del laudo en el plazo establecido, la renuncia injustificada del árbitro y la no revelación de circunstancias que implicaban un conflicto de interés.

---

36 Estos diez (10) países se dividen conforme a lo siguiente: (i) uno (1) de **Norteamérica**: Estados Unidos; (ii) cuatro (4) de **Europa**: Inglaterra, Italia, España y Austria; (iii) tres (3) de **América Latina**: Argentina, Ecuador y México; y, (iv) dos (2) de **Asia**: China y Singapur.

37 Evidentemente, este mapeo no está considerando al Perú (que, como hemos adelantado, sí contiene una regla de limitación de responsabilidad de los árbitros a supuestos de culpa inexcusable y dolo, conforme a lo establecido en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana).

4. Referencias bibliográficas

AMIRFAR, Catherine M.; REID, Natalie L. e Ina C. POPOVA. "National Report for the United States of America (2018 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-122.

ASTIGARRAGA, José; GÓMEZ NOMBELA, María y Gerardo VILLAGÓMEZ. "Responsabilidad Civil y Penal de los Árbitros y las Instituciones Administradoras en los Estados Unidos de América". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 63-77.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa. "Líneas generales acerca de la responsabilidad civil del árbitro y de las instituciones arbitrales. La responsabilidad civil del mediador". En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 10, 2019, pp. 656-673.

BENEDETTELLI, Massimo. "Chapter 4: The Arbitral Tribunal". En: *International Arbitration in Italy*. Kluwer Law International, 2020, pp. 181-240.

BERNARDINI, Piero. "National Report for Italy (2007 through 2015)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 83, 2015, pp. 1-58.

BERNET, Martin y Jörn ESCHMENT. "Liability of Arbitrators under Swiss Law: Legal Basis and Limitations of Arbitral Immunity". En: RISSE, Jörg y Guenter PICKRAHN (eds.). *SchiedsVZ. German Arbitration Journal*. Kluwer Law International. Verlag C.H. Beck Ohg, 2016, Volumen 14, Issue 4, pp. 189-195.

BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. "Responsabilidad de los árbitros por vulnerar el principio de colegialidad. Comentario a la STS Núm. 102/2017, de 15 de febrero (ROJ 362/2017)". En: *Revista Boliviana de Derecho*, N° 24, 2017, pp. 474-481.

BRICEÑO BERRÚ, José. "Teoría y praxis en el arbitraje comercial internacional en América Latina". En: *Agenda internacional*. Año XVIII, N° 29, 2011, pp. 229-346.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 12-62.

CAIVANO, Roque J. "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo". En: *Lima Arbitration*, N° 4, 2010-2011, pp. 119-149.

CAIVANO, Roque J. y Verónica SANDLER OBREGÓN. "El contrato entre las partes y los árbitros en el Código Civil y Comercial". En: *RCCyC*. 2015, pp. 1-9.

CHOONG, John; MANGAN, Mark y Nicholas LINGARD. "16. Miscellaneous Provisions (SIAC Rules 38 TO 41)". En: *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*. Segunda edición. Oxford University Press, 2018, pp. 293-307.

CREMADES, Bernardo M. y David J.A. CAIRNS. "National Report for Spain (2020 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-41.

CONEJERO ROOS, Cristián. "La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un Análisis Comparativo". En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 32. N° 1, 2005, pp. 89-138.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. "National Report for Mexico (2021 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-44.

GONZÁLEZ SORIA, Julio. "La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el Derecho Español". En: *Advocatus*. N° 32, 2015, pp. 37-60.

HODGES, Paula y Joanne GREENAWAY. "Chapter 15: Duties of Arbitrators". En: LEW, Julian y Harris BOR (eds.). *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*. Kluwer Law International, 2013, pp. 293-318.

HOLTZMANN, Howard M. y Joseph NEUHAUS. "Matters

Not Addressed in the Final Text of the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law". En: *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015, pp. 669-727.

HOLTZMANN, Howard M. y Joseph NEUHAUS. "Matters Not Addressed in the Final Text of the 1985 UNCITRAL Model Law". En: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989, pp. 1115-1158.

HWANG, Michael; BOO, Lawrence y Yewon HAN. "National Report for Singapore (2018 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-55.

JANA L., Andrés. "National Report for Chile (2018 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2020, pp. 1-82.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. "La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho Chileno sobre Arbitraje Interno: algunas propuestas". En: *Estudios Constitucionales*. N° 2, 2013, pp. 168-182.

KIFFER, Laurence. "National Report for France (2020 through 2021)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 114, 2020, pp. 1-122.

KROLL, Stefan Michael. "National Report for Germany (2007 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-70.

LE CLUB DES JURISTES. "Chapter 1: Arbitrators' Civil Liability". En: *The Arbitrator's Liability*. Report from the Club des Juristes (version en inglés). Ad Hoc Comittee. 2017, pp. 19-38.

MEIER, Anke y Lucie GERHARDT. "§2.08: Miscellaneous, Article 45: Limitation of Liability". En: FLECKE-GIAMMARCO, Gustav y Christopher BOOG (eds.). *The DIS Arbitration Rules – An Article -by- Article Commentary*. Kluwer Law International, 2020, pp. 645-650.

MELIS, Werner. "National Report for Austria (2018 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-43.

MERINO MERCHÁN, José Fernando. "Responsabilidad por error arbitral. Presupuestos procesales para su ejercicio". En: *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN), IproLex, 2011, Volumen 4, N° 1, pp. 224-229.

MONTESINOS GARCÍA, Ana. "Los árbitros en el sistema español". En: *Lima Arbitration*, N° 2, 2007, pp. 215-239.

NAIRN, Karyl; SZYMANSKI, Maximilian y Sophia LEKAKIS. "National Report for England and Wales (2021 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-102.

NEHRING NETTO, Carlos. "National Report for Brazil (2019 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-54.

ORLANDI, Chiara Giovannucci. "Commentario all'Articolo 813-*ter*". En: *Arbitrato. Titolo VIII del libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840.* Commentario diretto da Federico Carpi. Le riforme del diritto italiano. Tercera edición. Zanichelli Editore. 2016, pp. 315-325.

ORLANDI, Chiara Giovannucci. "Liability of Arbitrators in the Italian Legal System". En: *International Business Law Journal*, N° 7, 2002, pp. 795-805.

PATOCCHI, Paolo Michele. "National Report for Switzerland (2018 through 2022)". En:

BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-98.

PAULSSON, Jan y Georgios PETROCHILOS. "UNCITRAL Arbitration Rules, Section II, Article 16 [Exclusion of liability]". En: *UNCITRAL Arbitration*. Kluwer Law International, 2017, pp. 109-115.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje (El seguro de responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales)*. Madrid: Fundación Mapfre, 2013.

PETSCHE, Alexandre y Katharina RIEDL. "Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Liability of Arbitrators Under Austrian Law". En: KLAUSEGGER, Christian y Peter KLEIN (eds.). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*. Volumen 2015. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, pp. 321-331.

REMÓN PEÑALVER, Jesús. "Ley de Arbitraje, Artículo 21 [Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos]". En: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Consejo General del Notariado, 2014, pp. 379-389.

REY VALLEJO, Alfredo Pablo. "Los Modelos Regulatorios del Arbitraje Latinoamericano: un Análisis de las Normativas de Arbitraje Doméstico en Colombia y en el Hemisferio". En: *Vniversitas*. N° 128, 2014, pp. 245-284.

RIEGLER, Stefan y Martin PLATTE. "Chapter II: The Arbitrator - Arbitrators' Liability". En: KLAUSEGGER, Christian y Peter KLEIN (eds.). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2007*. Volumen 2007. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, pp. 105-124.

ROBALINO ORELLANA, Javier; BORJA, María Teresa; DARQUEA, Juan Carlos y Paula ALOMÍA. "National Report for Ecuador (2019 through 2020)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 110, 2020, pp. 1-33.

RORDORF, Renato. "Capitolo XI: La responsabilità degli àrbitri". En: MANTUCCI, Daniele (ed.) *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*. Volumen III: Il Tribunale Arbitrale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2021, pp. 365-395.

SALVANESCHI, Laura. "Art. 813-*ter*. (Responsabilità degli arbitri)". En: *Arbitrato*. Commentario del Codice di Procedura Civile a cura di Sergio Chiarloni. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840, Bologna: Zanichelli Editore, 2014, pp. 285-313.

SCHWARZ, Franz T. y Christian W. Konrad. "Article 8: The Liability of Arbitrators and the VIAC". En: *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*. Kluwer Law International. 2009, pp. 178-192.

SILVA ROMERO, Eduardo y Laura ARBOLEDA GUTIÉRREZ. "La Responsabilidad Civil y Penal de los Árbitros en el Derecho Francés". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 161-177.

SMAHI, Nadia. "The Arbitrator's Liability and Immunity Under Swiss Law – Part I". En: *ASA Bulletin*. Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, Volumen 34, Issue 4, 2016, pp. 876-896.

SONG, Lu. "National Report for China (2020 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-72.

TAWIL, Guido Santiago y Federico CAMPOLIETI. "National Report for Argentina (2019 through 2022)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 120, 2022, pp. 1-54.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. "¿Qué tipo de responsabilidad ha de aplicarse a un árbitro? Una mirada desde el Derecho comparado y chileno". En: *El Mercurio*. 2017.

<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906202&Path=/0D/D3/ >

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. "Revisión de las sedes

atractivas en el Arbitraje Comercial Internacional: un Análisis Comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile". En: *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 18, 2012, pp. 9-94.

VERDERA SERVER, Rafael. "Materiales para una delimitación jurisprudencial de la Responsabilidad Arbitral". En: *Psicoanálisis del Arbitraje: Solución o Problema en el actual paradigma de justicia*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2020, pp. 241-269.

YIFEI, Lin. "Chapter 6: Arbitrator and Tribunal". En: *Judicial Review of Arbitration: Law and Practice in China*. Kluwer Law International, 2018, pp. 145-166.

ZULETA, Eduardo. "National Report for Colombia (2020 through 2021)". En: BOSMAN, Lise (ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. ICCA & Kluwer Law International, Suplemento N° 114, 2020, pp. 1-87.

Entrevista



A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO*

ENTREVISTA AL PROFESOR DR. RAFAEL PETTEFI DA SILVA** ***

El vínculo académico con el Profesor Rafael Peteffi da Silva, inicio exactamente el 20 de febrero del 2019, cuando brindo un seminario sobre el tema de la presente entrevista, para los que, en aquel entonces éramos alumnos del Master en Derecho de Daños de la Universidad de Girona (España).

Desde aquel entonces, intercambiamos ideas sobre un conjunto de casos para saber si eran factibles o no supuestos de pérdidas de oportunidad. En esa línea, brindo recientemente[1] una conferencia virtual sobre el tema, en la Universidad Tecnológica del Perú (Sede Lima centro).

Queremos agradecerle por su tiempo, disponibilidad y amabilidad al entrevistado, ya que, es un tema trascendental para seguir investigando en el ambito de la responsabilidad civil.

---

* Entrevista realizada por el Director del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil: Mg. Bruno Tapia Cornejo.

** Doctor en Derecho Civil en la Universidad de São Paulo - USP (2004). Magister en Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (2001) y Prácticas postdoctorales en la Universidad de Girona (2016) y en Oxford (2022). Profesor Asociado de la Universidad Federal de Santa Catarina. Coordinador de la Red de Derecho Civil Contemporáneo. Investigador principal del grupo "Derecho Civil en la Contemporaneidad". Coordinador Regional del Comité Brasileño de Arbitraje (Cbar), región de Santa Catarina. Ponente en diversos congresos, seminarios & simposios. Ha sido tutor en diversos trabajos de investigación. Ha publicado más de 80 artículos académicos en revistas de prestigio internacional. Director Científico de lo IBERC. Miembro consultivo del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil.

*** Pettefi Da Silva, R. (2023) A Propósito de la Teoría de la Perdida de Oportunidad. Una visión de derecho comparado (entrevista). *Revista Especializada en Responsabilidad Civil (1)*. 147-154.

1 6 de mayo del 2022.

PREGUNTAS:

1. ¿Como surge el interés por la pérdida de oportunidad?

Los estudiantes del Master de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, en el final de los 90, estaban bajo la influencia muy intensa de las ideas del gran maestro Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, que había fallecido precozmente en 1991. En uno de sus trabajos científico, acerca del concepto del daño, el profesor Couto e Silva hablaba sobre la perdida de oportunidad y despertó mi curiosidad acerca del tema. Además, en este momento, el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul ya había juzgado algunos casos pioneros, utilizando, en su *ratio decidendi*, el contenido de una ponencia del profesor francés François Chabas sobre la *perte d'une chance*, que había estado em Porto Alegre en 1990, por invitación del profesor Clóvis do Couto e Silva.

Entonces, decidí escribir mi disertación del *Master*, defendida en 2001, acerca del tema y seguí investigando la perdida de oportunidad hasta hoy.

2. ¿Puede criticarse a las altas cortes y a un sistema de justicia en particular sobre un daño que no se ha desarrollado en la doctrina del país? ¿Deberían tener los jueces la obligación de leer en otros idiomas sobre responsabilidad civil?

Creo que esta es una pregunta muy difícil, porque cada país tiene su propia cultura y su propio desarrollo jurídico. Pero cuando se habla de nuevas teorías, utilizadas en otros países, me parece que el rol principal cabe a la doctrina. En Brasil, nosotros tuvimos algunos problemas con la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales hasta que la doctrina empezó a producir con más profundidad acerca de la teoría de la perdida de oportunidad. Este trabajo de retroalimentación entre doctrina y jurisprudencia fue el responsable por crear un modelo jurídico mucho más sólido.

3. ¿Cuál fue el primer caso de la pérdida de oportunidad en Brasil?

El Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul fue la primera Corte a reconocer la teoría de la perdida de oportunidad en Brasil, utilizando autores brasileños, pero también las lecciones del maestro Chabas, caracterizando,

desde el inicio, una interacción muy frutífera entre doctrina e jurisprudencia. El primer caso, en el inicio de los 90, trataba de un caso de responsabilidad medica en que la víctima había sufrido un prejuicio en su ojo. Pero la corte desestimó la utilización de la teoría de la perdida de oportunidad porque se entendió que había el nexo de causalidad entre el error médico y la lesión en el ojo.

Por lo tanto, el médico no apena había retirado las oportunidades de la víctima permanecer con el ojo sano, pero efectivamente había causado la integralidad del perjuicio.

4. ¿Cuál ha sido el lineamiento de la jurisprudencia de la corte suprema de Brasil desde aquel entonces?

El "Superior Tribunal de Justiçia", que es la Corte responsable por dar la última palabra em materia de responsabilidad civil en la organización judiciaria brasileña, presentó una jurisprudencia bastante vacilante en los 90 e muchos autores indican un caso de 2005 como el gran *leading case* en los Tribunales superiores. Desde 2005, el STJ, há desarrollado un camino jurisprudencial muy sólido, utilizando la mejor doctrina jurídica producida en el país e conectando la teoría de la perdida de oportunidad a muchos temas económicos e humanos.

5. ¿Como diferenciar el lucro cesante de la perdida de chance?

En muchos casos, la teoría de la perdida de la chance é utilizada exactamente porque no se puede observar el nexo de causalidad cierto y directo entre la acción antijurídica del ofensor y el lucro cesante sufrido por la víctima.

Lo único que se puede probar es que la víctima estaba en un proceso aleatorio, al final de lo cual esperaba recibir alguna ventaja, como el lucro de una operación empresarial.

Sin embargo, se puede probar que la acción u omisión del ofensor interrumpió el proceso aleatorio, perjudicando la víctima, que acaba por perder las oportunidades que tenía para obtener su lucro. En estes casos, la teoría da causalidad no permite que la víctima sea indemnizada por los lucros cesantes, pero solamente por la pérdida de oportunidad.

6. Si es que la pérdida de oportunidad debe ser siempre menor que la indemnización que se otorgaría por la pérdida de la ventaja esperada ¿Deberían los ordenamientos jurídicos que incorporan la perdida de oportunidad tener límites indemnizatorios?

Si, pero el límite no pode ser expreso en un valor o en una grandeza matemática, pero por intermedio de un criterio dogmático, un standard lógico que proviene de la teoría de la perdida de oportunidad. Como tu bien lo dijiste, la cuantificación del daño de la perdida de oportunidad siempre deberá ser menor que la indemnización que se otorgaría por la pérdida de la ventaja esperada.

7. ¿Qué tan exigente termina siendo la prueba de las probabilidades para el demandante? ¿Como termina siendo la acreditación de al menos el 50% de probabilidades?

La doctrina y la jurisprudencia decimonónica entienden que la oportunidad perdida debe ser seria e real. Los países de tradición de *Common Law* dicen que la observación de una "*substancial chance*" debe ser verificada. Me parece que la exigencia de una probabilidad de un mínimo de 50% de obtener la ventaja esperada es totalmente inadecuado, pues la chance puede ser substancial y seria con probabilidades mucho menores.

La exigencia de un mínimo de 50% fue defendido por pocos autores em Brasil, ligados a la experiencia italiana, pero la jurisprudencia brasileña nunca acepto esta posición. El *leading case* de lo Superior Tribunal de Justicia ya aceptó una chance de 25%.

Es interesante recordar que, en Estados Unidos, por la utilización del criterio "*more likely than not*" para determinación de la causalidad jurídica, nunca se observa casos con una pérdida de oportunidad mayor que 50%, porque entonces las Cortes pueden indemnizar el daño representado por la pérdida de la ventaja esperada.

Si un médico, por su error, saca 51% de las chances de sobrevivir de su paciente, se puede decir que es "*more likely tan not*" que el error médico ha sacado la vida de su paciente. El derecho comparado es muy interesante, porque nos enseña que los 50% pueden ser un piso en un ordenamiento jurídico e un teto en otro ordenamiento.

8. ¿La pérdida de oportunidad se adhiere a una teoría causal en particular?

No me parece que sea necesario que haya una adherencia a una teoría causal en particular, porque las características centrales de las teorías más utilizadas no están en contradicción con los elementos esenciales de la teoría da la perdida de oportunidad. Este es un de los motivos del suceso de la teoría de la perdida de oportunidad en tantos ordenamientos jurídicos, aunque ellos se utilicen de teorías causales distintas.

En Brasil, la teoría de la causalidad adecuada e la teoría del daño directo y inmediato son las más utilizadas e las dos conviven con la teoría de la perdida de oportunidad en total harmonía.

9. ¿Deben los ordenamientos jurídicos adherirse a una teoría causal o debería ser abierto y que los jueces decidan cuál es la más idónea?

Creo que la mayoría de los ordenamientos poseen balizas fundamentales acerca del nexo causal. Me parece que esas balizas sean suficientes para fornecer seguridad para que las Cortes decidan, respectando sus límites, la teoría más idónea para cada momento histórico.

Sobre todo, en los sistemas afectos a la tradición Romano-Germánica, los Códigos Civiles son hechos para durar. Creo que establecer una teoría específica en un Código Civil tiene el potencial de producir más problemas que soluciones, pues imposibilitaría que los jueces se adaptasen a necesidades impuestas por eventuales nuevas circunstancias.

10. ¿Qué opinión tiene sobre la responsabilidad por competencia? A propósito del siguiente caso: una empresa que recién inicia en el rubro de la minería, entonces las demás empresas no quieren esa competencia. En ese sentido, hacen lo posible para que ni siquiera inicie, ¿hay ese tipo de daño de perdida de oportunidad en esa situación?[2]

La pérdida de oportunidad es una teoría que necesita un examen muy cuidadoso de los factos. Por ende, no es posible tener una respuesta exacta

2 Pregunta realizada por la participante Jascelli Martel, en la conferencia (virtual) que brindo el entrevistado, para la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú el día 6 de mayo del 2022.

para la pregunta. Pero, abstractamente, se todos los requisitos de la teoría fueren probados, como la oportunidad seria y substancial, me parece que la empresa dañada podría requerir la indemnización por la pérdida de oportunidad.

Sin embargo, se los factos nos muestran que la probabilidad de la empresa de iniciar una actividad lucrativa era altísima, quizá la teoría de la perdida de una oportunidad no sería utilizada, porque la victima podría requerir los lucros cesantes (ventaja esperada).

11. En el ámbito del ordenamiento jurídico peruano, en el ambito extracontractual, específicamente en el artículo 1985, se tiene los siguientes perjuicios: Daño emergente[3], lucro cesante, daño moral & daño a la persona. ¿Es la perdida de oportunidad un nuevo tipo de daño?

Creo que la perdida de oportunidad é un nuevo tipo de daño, pero está em harmonía con las categorías clásicas de daño. La teoría de la perdida de oportunidad no reclama una nueva taxonomía de la responsabilidad civil en relación con las categorías citadas: daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona. Estas categorías pueden ser observadas juntamente con la perdida de oportunidad, no hay antinomia.

Una pérdida de oportunidad puede ser observada cuando haya un daño patrimonial, un daño moral (stricto sensu) y un daño a la persona. La doctrina y la jurisprudencia disputan sobre la naturaleza de la teoría, pues hay muchos autores que piensan que la perdida de oportunidad estaría siempre conectada conceptualmente con los daños emergentes, en cuanto otros acreditan que los lucros cesantes estarían más próximos. Aún existe una parte de la jurisprudencia brasileña que entiende que existiría un *tercium genus.* Este é un tema muy interesante y que todavía está abierto para debates más profundizados.

12. Sobre nuevas incorporaciones de perjuicios, como es hoy en día el mayor debate sobre los *punitive damages* en el ambito continental, basado que, en el sistema romano germánico, la principal fuente es

3 Expresamente dice "Las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño", Por otro lado, en el anteproyecto del código civil del 2018, la propuesta es porque expresamente se encuentro el término – daño emergente-.

la ley ¿Debería darse este tipo de incorporaciones a través de la vía ordinaria (Legislativo), o debería cambiarse a un sistema de precedentes para que las cortes supremas puedan emitir leyes a través de sus decisiones?

Acerca del ordenamiento brasileño, casi toda doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que nuestro sistema no acepta los *punitive damages*. Solamente un cambio legislativo tornaría posible aceptar que la responsabilidad civil pudiera convivir con indemnizaciones puramente punitivas, pues el daño es uno de sus requisitos fundamentales. Además, tenemos el principio constitucional "*nula pena sine lege*".

Creo que el debate acerca de los *punitive damages* tendría que se ocupar de investigar si esta categoría sería más adecuada y más eficiente para alcanzar sus objetivos punitivos que otras áreas del derecho, como el derecho penal y el derecho administrativo. El legislador necesita tener estas informaciones para bien decidir sobre la posible inclusión de los *punitive damages* en ordenamientos de tradición en la *Civil Law*.

13. ¿Qué consejos les daría a los estudiantes que tienen interés en dedicarse a la investigación en responsabilidad civil?

No tengo dudas que la Responsabilidad Civil es una de las áreas más dinámicas del Derecho y por esta razón despierta tanto interés entre los jóvenes estudiantes.

En mi opinión es un área que sufre los impactos de los cambios tecnológicos de manera muy directa y siempre tendrá nuevos desafíos para seguir encantando los investigadores.

Sin embargo, los investigadores no pueden dejar que el encanto por las novedades les aleje del estudio serio e profundizado de los fundamentos de la Responsabilidad Civil. Desgraciadamente, observamos muchos trabajos de Responsabilidad Civil, escritos por investigadores que tienen gran conocimiento acerca del aspecto económico y tecnológico de algunas cuestiones y que no dan el debido valor a la dogmática clásica.

La consecuencia de esta situación son sugerencias o interpretaciones jurídicas totalmente alejados de los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad civil o, lo que es aun peor, la tentativa de importación de categorías

jurídicas extranjeras capaces de implementar soluciones que ya son alcanzadas pelas categorías clásicas.

15. Finalmente, Profesor Rafael, a parte de su importante extraordinario libro *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance* (2013) ¿Qué recomendaciones bibliográficas introductorias tendría para los que deseen seguir investigando sobre este tema?

Creo que los clásicos franceses sobre la teoría siempre representan buena lectura, empezando con René Savatier. Además, el debate observado en las Cortes Supremas de los Estados americanos e del Reino Unido, sobre todo acerca de la naturaleza de la *lost chance* (se más cerca de la teoría del daño o de la teoría de la causalidad), es interesantísimo.

ISSN: 2961-2853 | Año I - N.° 1, setiembre 2023, Lima - Perú

NORMAS DE PÚBLICACIÓN EN LA SEGUNDA EDICIÓN DE LA REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INSTITUTO PERUANO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Objetivo de la Revista

La Revista Especializada en Responsabilidad Civil, tiene como propósito publicar artículos de investigación jurídica sobre la responsabilidad civil.

2. Sobre la Originalidad de los trabajos.

Dentro de las características en la revisión de cada uno de los trabajos que vayan a ser publicados se encuentran las siguientes:

- Cada uno de los mismos pasan por el programa turnitin, en aras de evitar la copia & plagio en los trabajos presentados. En ese sentido, conocedores de algunas falencias del programa cuando no se presentan filtros, se pasa por una segunda revisión basado en el análisis de un revisor anónimo.

3. Requisitos de los artículos:

Todo artículo debe ser presentado en castellano. En caso se utilice palabras en otros idiomas, se requiere hacer una traducción al castellano de forma excepcional en las notas al pie.

4. Tema Central de la Revista número 2

"Nuevos Retos de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI".

5. Documentación a presentar para los autores:

- Declaración de autoría.
- Declaración de autorización de publicación.
- Artículo a publicar.
- Declaración de no distribución del artículo a otras revistas, libros y/o cualquier medio de comunicación, mientras se encuentre en evaluación por parte del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil.

6. Estructura de los artículos.

6.1. Título: No más de 60 caracteres.

6.2. Nombre del autor: En nota al pie debe incorporar: Su filiación institucional, trayectoria académica & profesional, País, correo institucional & Código ORCID.

6.3. Resumen: No más de 350 palabras.

6.4. Contenido: Sumilla de capítulos y subcapítulos.

6.5. Palabras clave: Mínimo 4- Máximo 8.

6.6. En caso haya sido presentado de forma parcial en otro medio, es obligatorio expresarlo.

7. Cuestiones formales del texto:

7.1. Número de palabras. No menos de 8 000 palabras ni más de 14 000 palabras.

* Excluyendo primera página del artículo & Referencias bibliográficas.

7.2 Tipo de letra: Time New Roman 12.

7.3. Consignar las citas conforme APA. Las notas a pie de página deben ser muy excepcionales.

7.4. Las referencias bibliográficas serán únicamente las que se han utilizado en el texto & debe ser ordenada alfabéticamente.

7.4.1. El Citado APA requiere:

– Apellido del autor, año de publicación y la página correspondiente.

– También se citan las normas, sentencias, & resoluciones.

– Citas textuales: No exceder las 40 palabras.

– Paráfrasis: El autor debe indicar de que página a que página esta realizando el parafraseo.

8. Plazo máximo de entrega: 30 de julio del 2024.

9. Correo de recepción: brunotapia.procesal@hotmail.com
10. Al enviarse el artículo, puede tener 3 tipos de respuesta:
    a) Se Acepta para publicación.
    b) Se acepta para publicación, pero requiere correcciones.
    c) No se acepta para publicación.

Revista Especializada en Responsabilidad Civil, Año I, N° 1,
se imprimió en la República de Perú en setiembre de 2023.