

TEMA I

APROXIMACIÓN AL ARBITRAJE: JURISDICCIÓN
Y
ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Diego Aramburu Yzaga. El Arbitraje en el Perú. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1994.

3.2.4. Materia Arbitrable

Hemos afirmado desde el inicio de este trabajo que el arbitraje es un mecanismo privado de resolución de conflictos. Siendo ello así, el acceso al arbitraje, a diferencia del Poder Judicial, se encuentra limitado a cierto tipo de controversias.

Ahora bien, resulta una tarea sumamente difícil el poder establecer de manera precisa cuáles son las controversias que las partes pueden ventilar ante un Tribunal Arbitral, ya que esta determinación dependerá exclusivamente de las leyes de cada país.

Como vimos en el capítulo anterior, (212) la ley del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje determinará qué controversias pueden ser objeto de arbitraje. Obviamente existirán algunos países no recomendables para arbitrar en razón de fuertes limitaciones respecto a las materias que pueden ser arbitradas, mientras que habrán otros que en base a normas más liberales se convertirán en lugares aparentes para el desarrollo del arbitraje. Esta última situación se presenta básicamente en países que distinguen hacia su interior entre arbitrajes domésticos y arbitrajes internacionales. (213) Recordemos por un momento el caso *Scherk vs Culver Co.*, (214) donde la Corte Norte-

(211) Artículo VI a) de la Convención de Nueva York: "Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba... que las partes en el acuerdo... estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable..."

(212) Ver supra No. 12.

(213) Ver supra No. 12.

(214) Ver supra No. 12. En este caso la Corte Norteamericana se negó a aplicar la Securities Exchange Act según la cual el tema en discusión tenía que ser conocido por el Poder Judicial, al considerar que esta ley sólo era de aplicación para casos domésticos y no para controversias internacionales.

americana falló declarando arbitrable un tema que domésticamente no podía serlo, al considerar que el caso era internacional. (215)

No está demás insistir acerca de la importancia de verificar las disposiciones sobre materia arbitrable del país en donde se va a llevar adelante un arbitraje, ya que normalmente la parte que se sienta perjudicada por un laudo arbitral podrá recurrir impugnando su validez ante el Poder Judicial de dicho país, sobre la base de la no arbitrabilidad del conflicto puesto en conocimiento de los árbitros. (216)

Por otro lado, debemos indicar que la arbitrabilidad de la controversia también será analizada por el Poder Judicial del país o países donde se intente el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en otro Estado. La determinación de la arbitrabilidad de una disputa quedará en ese caso regida exclusivamente por lo que dispongan las disposiciones domésticas de cada uno de los Estados en que se intente el reconocimiento y ejecución de dicho laudo. (217) Volveremos a tocar este tema en el capítulo VI.

Ahora bien, de manera general describiremos aquellos temas que normalmente no pueden ser arbitrados:

(215) Carbonneau, Thomas E. (French Court) Op. Cit., p. 13 y ss., explica que las Cortes francesas han desarrollado jurisprudencialmente la distinción entre arbitrajes domésticos e internacionales, creando para estos últimos un sistema especial e independiente de la normatividad aplicable al arbitraje doméstico, lo cual ha permitido que Francia sea hoy por hoy uno de los principales centros de arbitraje internacional.

(216) Así por ejemplo, el inciso 4 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje de España de 1988 establece lo siguiente: "El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos: (...) 4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje...".

(217) La Convención de Nueva York de 1958 establece en su artículo V2a que podrá denegarse el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral cuando "según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje". Este Tratado deja en libertad absoluta a los Estados miembros para que cada uno determine qué laudos dictados fuera de sus fronteras no pueden ser reconocidos y ejecutados en razón de que la diferencia resuelta en el laudo no podía ser válidamente arbitrada.

a. **Cuestiones que atentan contra la moral o las buenas costumbres.**- Craig, Park & Paulsson nos informan de la existencia de antecedentes arbitrales y judiciales que han negado expresamente la arbitrabilidad de disputas que atenten contra la moral o las buenas costumbres. (218)

Dichos autores hacen referencia a un fallo decidido en el año de 1982 por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en donde los árbitros determinaron que todo contrato contrario a la moral o las buenas costumbres es nulo, agregando que este principio es reconocido en todos los países y sistemas jurídicos. (219)

b. **Reclamaciones vinculadas a delitos o faltas.**- Todo tema referido al juzgamiento por actos u omisiones que conlleven alguna sanción de tipo penal escapa al conocimiento de los árbitros, siendo de competencia exclusiva de los Tribunales Estatales.

Ahora bien, en algunos países se permite a las partes el arbitrar controversias vinculadas a ilícitos penales pero que estén expresamente referidas al tema de la reparación civil, (220) mientras que en otros, por aplicación de criterios como el de la subsidiaridad, se considera que estos temas también deben ser resueltos a nivel judicial.

c. **Integración y modificación de contratos.**- Para muchas legislaciones el arbitraje es entendido exclusivamente como un mecanis-

(218) Craig, Laurence, Park, William & Jan Paulsson, Op. Cit., p. 58. Entre estos tenemos los casos 2930/1982 y 2730/1982 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Northrop Corp. vs Tnad International Marketing S.A., 311 F. 2d 1265 (9th Cir., 1987).

(219) Ibid., p. 57-58. El caso se refirió a un contrato de exportación que violaba flagrantemente las leyes de la República de Yugoslavia sobre régimen de cambios.

(220) Arbitrar cuestiones no contractuales como es la reparación patrimonial derivada de un ilícito penal, sólo es procedente en principio en aquellos sistemas jurídicos que reconocen la posibilidad de pactar arbitraje respecto de materias no necesariamente surgidas de un contrato. Así por ejemplo, el artículo 5(1) de la Ley de Arbitraje española de 1988 establece que: "El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas... surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas sean o no contractuales...".

- e. **Quiebras.**- Normalmente los Estados basados en razones de interés público reservan en favor de su Poder Judicial el conocimiento de cualquier controversia vinculada a una quiebra. (229) Así por ejemplo, el Código de Quiebras Federal Norteamericano le otorga a la Corte de Quiebras, jurisdicción exclusiva respecto de toda controversia relacionada con dicha materia. (230) La justificación de esta actitud de impedir el acceso al arbitraje de controversias cuando una de las partes del convenio arbitral ha sido declarada o se encuentra en trámite de quiebra, se encuentra ilustrada en el caso *In Re Braniff Airways, Inc.*, (231) donde la Corte de Quiebras norteamericana se negó a diferir al arbitraje una disputa surgida entre Braniff Airways Inc. y otra empresa aérea, por cuanto en su opinión el Código de Quiebras buscó centralizar todas las disputas de esta área tan especializada y compleja en la Corte de Quiebras. (232)
- f. **Cuestiones referidas al derecho laboral.**- Muchos países rechazan la posibilidad de que se arbitren cuestiones vinculadas al

(229) Sierk, Steward. *Op. Cit.*, p. 533. "The public policy doctrine has been invoked to avoid enforcement of arbitration clauses when one of the parties to the contract has become involved in bankruptcy proceedings".

(230) Hoellering, Michael F. *Arbitrability of Disputes* (en adelante simplemente *Arbitrability*). En: *The Business Lawyer*, American Bar Association (ABA), Vol. 41, No. 1, 1985, p. 138.

(231) 33 B.R. 33 (Bankr. N.D. Tex. 1983)

(232) O'Neill, P. *Recent developments in International Commercial Arbitration: An American Perspective*. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 4, No. 1, 1987, p. 17. "The attitude of the American bankruptcy court in zealously protecting its original jurisdiction and not deferring to the parties' contractual choice of forum is also well illustrated by the decision *In Re Braniff Airways, Inc.* There the bankruptcy court refused to enforce an arbitration clause among international air carriers, reasoning that Congress, through the Bankruptcy Code sought to create a 'comprehensive framework to deal with the specialized area of bankruptcy problems, intending to centralize all disputes concerning such matters in the bankruptcy court, and consequently, intended that the arbitration act would not apply to bankruptcy matters".

derecho laboral, ya que normalmente las disposiciones laborales son dictadas para proteger los derechos de los empleados u obreros, por lo que al no ser derechos de libre disposición, compete su conocimiento al Poder Judicial o a un órgano administrativo. Otros países como por ejemplo Argentina, reconocen la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver cuestiones referidas al derecho laboral, pero en estos casos el arbitraje se encuentra muchas veces maniatado por normas de orden público que lo convierten en una especie de procedimiento administrativo o la propia ley le otorga carácter obligatorio, con lo que al perder su calidad de acuerdo voluntario lo hace diferente al tipo de arbitraje que desarrollamos en el presente trabajo. (233)

- g. **Cuestiones referidas al estado o la capacidad civil de las personas.**- Este es otro tema que normalmente está reservado exclusivamente al conocimiento del Poder Judicial por tratarse de cuestiones no disponibles y de interés público.

Requejo (234) se refiere a este tema de la siguiente manera: "Se puede sostener, en vía de principio, que descansando la institución del arbitraje en la autonomía con que el Ordenamiento faculta a las partes para integrar los términos de las relaciones jurídicas que tengan a bien establecer entre sí, debe excluirse la posibilidad de arbitraje sobre todas aquellas cuestiones respecto de las cuales carecen las partes de facultades dispositivas por afectar a su estatuto personal, esto es, al marco normativo unilateralmente impuesto por el Estado al objeto de prefigurar la situación jurídica de los individuos habilitados para actuar en el ámbito del Ordenamiento. Así, con Chillón Medina y Merino Merchan, no serán susceptibles de arbitraje las siguientes cuestiones:

- a) Situación jurídica de la persona;

(233) Sobre el tema recomendamos leer: Máximo Daniel Monzón y Juan Manuel Salas. *La solución arbitral de los conflictos de Derecho e intereses en el Derecho Positivo y la experiencia Argentina*. En: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*, Transnational Juris Publications, Inc., Nueva York, 1990, p. 308 y ss.

(234) Requejo Pages, Juan Luis. *La nueva configuración del arbitraje*. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. V, Editorial Civitas, 1988-1989, p. 56.

mo alternativo al Poder Judicial para la solución de conflictos entre las partes respecto de una relación jurídica determinada. (221) Siguiendo este criterio se establece que cuando "el tercero interviene en la determinación de un elemento esencial del negocio o de su contenido... [o cuando] el tercero integra la relación (o una de las relaciones) que el negocio perfecto ya ha creado..." (222) no estamos ante la presencia de un árbitro, sino ante lo que se conoce comúnmente como arbitrador. (223)

Estaremos ante un "arbitrador" por ejemplo en aquellos casos en los que las partes acuerdan que sea un tercero el que determine el precio del bien a ser vendido. Verifiquemos que aquí la intervención del tercero no se da para resolver una disputa, sino simplemente para completar o integrar un contrato incompleto. Siendo esto así, se dice que no puede considerarse que la actividad del tercero sea arbitral, ya que ésta presupone dos cosas: a) la previa existencia de una relación jurídica, y, b) la existencia de una controversia respecto de dicha relación jurídica.

En igual sentido se considera que la intervención de un tercero para modificar algunas estipulaciones de un contrato, como por ejemplo el precio de un producto o las condiciones de entrega, etc., no es arbitraje, ya que la función de este tercero no es la de solucionar una disputa entre las partes, sino la de cumplir con una delegación amistosa de éstas para modificar las condiciones de un contrato sobre el cual no existe conflicto.

La consecuencia fundamental de esta distinción entre "árbitros" y "arbitradores" es que mientras en el primer caso los árbitros emitirán una resolución definitiva (cosa juzgada), en el segundo caso lo decidido por el "arbitrador" podrá ser materia de discusión ante el Poder Judicial o de existir pacto ante un tribunal arbitral. (224)

(221) David, R. *Arbitration in International Trade*, 1985, p. 22. En: Von Mehren, Arthur. (Cases and Materials) Op. Cit., p. 191.

(222) Lohmann Luca de Tena, Juan G. (Arbitraje) Op. Cit., p. 50.

(223) Díez Picazo y Ponce de León, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 59-89.

(224) Craig, Laurence, Park, William & Jan Paulsson. Op. Cit., p. 84.

Dependerá de la legislación aplicable para saber si temas referidos a la integración y/o modificación de un contrato pueden o no ser arbitrados. Así por ejemplo Craig, Park & Paulsson (225) explican que países como los Estados Unidos de Norteamérica, Argelia e Israel permiten a los árbitros el conocer de estos temas, mientras que Bélgica y España lo prohíben, siendo incierta la respuesta tratándose de Grecia y Francia.

- d. **Patentes y marcas (Derecho Industrial).** Normalmente toda controversia referida a la validez de las patentes y marcas no pueden ser arbitradas, ya que está en juego el interés público, (226) siendo contados los casos, como los Estados Unidos de Norteamérica, donde se permite que las partes arbitren este tipo de cuestiones. (227) No sucede lo mismo tratándose de conflictos exclusivamente referidos a la interpretación y/o ejecución de contratos privados sobre cesión de patentes y marcas. En ese sentido se expresó la Corte Suprema de Italia en los seguidos por la empresa Scherk AG de Liechtenstein contra la empresa italiana Société des Grandes Marques (1977), donde la Corte expresamente resolvió que las pretensiones referidas a la validez de una marca quedaban dentro del ámbito de actuación del Poder Judicial, mientras que conflictos derivados de la interpretación y/o ejecución de contratos de cesión de marcas podían ser válidamente arbitrados. (228)

(225) *Ibid.*, p. 142.

(226) Sterk, Steward E. *Enforceability of agreements to arbitrate: An examination of the public policy defense*. En: *Cardozo Law Review*, Vol. 2, No. 2, Benjamin Cardozo School of Law, 1981, p. 512.
"The patent laws are not designed to do justice between the parties, but rather to protect the economic interests of the public, which is not made a party to the private litigation".

(227) Sobre el tema recomendamos leer a Holtzmann, H., *International Handbook on Commercial Arbitration* (en adelante simplemente *Handbook*), United States, p. 8-9.

(228) Craig, Laurence, Park, William & Jan Paulsson. Op. Cit., p. 88.

- b) Nacionalidad;
- c) Adopción;
- d) Incapacidad e interdicción;
- e) Domicilio y vecindad civil;
- f) Cuestiones relativas a la representación y defensa del ausente;
- g) Patria potestad, paternidad, filiación y alimentos;
- h) Cuestiones que rigen al matrimonio;
- i) Tutela;
- j) Emancipación; y,
- k) Cuestiones relativas a derechos políticos y honoríficos, exenciones y privilegios".

Junto a esta breve descripción de los temas que normalmente no pueden ser objeto de arbitraje existen muchos otros que dependerán de cada país en concreto, razón por la cual consideramos pertinente hacer nuestra la recomendación que hacen sobre este punto Craig, Park & Pauisson, cuando indican que siempre que se discuta un contrato no habrá otro camino que el de examinar la legislación de los potenciales países que de una u otra manera intervendrán antes, durante y después del arbitraje, para verificar si tal o cuál tema puede o no ser arbitrado. (235)

remos expresar nuestra opinión contraria a esta manía que tenemos los abogados y juristas de querer encasillar a las instituciones jurídicas en divisiones también jurídicas como si estuviéramos ante una ciencia exacta, cuando en la realidad el Derecho no es más que una mera creación arbitraria.

Hecha esta salvedad, debemos indicar que mucho se ha escrito acerca de la naturaleza jurídica del Arbitraje, siendo tal vez uno de los aspectos de la institución arbitral más controvertidos y respecto del cual (para variar) no existe unanimidad en la doctrina. Muchos autores se han expresado sobre este tema y la verdad creemos que jamás se va a lograr unificar criterios.

Principalmente existen cuatro teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del Arbitraje: la teoría jurisdiccionalista o procesalista, la contractualista, la ecléctica y la autónoma. Pasemos a describir rápidamente cada una:

a. Teoría Contractualista

Esta posición parte de afirmar que el Arbitraje es un contrato mediante el cual se somete la solución de determinadas controversias a la decisión de uno o más árbitros. Los partidarios de esta teoría le otorgan gran importancia al momento inicial del arbitraje, ya que consideran que para su existencia se requiere el acuerdo expreso de las partes y luego el consentimiento de los árbitros para aceptar el encargo.

Además se afirma que el árbitro es un individuo privado y no un funcionario público y que su decisión final (laudo) se impone a las partes no por mandato imperativo (como sucede tratándose de las sentencias judiciales), sino porque su fallo ha sido previa y contractualmente aceptado por las partes. Es más, si las partes no

damento mismo del arbitraje, a los fines que éste persigue y a los principios que lo rigen, ya que se está dejando de lado la voluntad de las partes en una institución que precisamente tiene su razón de ser en la libertad.

1.2. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE

No podemos dejar de tocar este tema en el presente trabajo, ya que lo contrario podría significar que alguien lo considere "poco científico". Sin embargo, y antes de continuar con el presente análisis, que-

(18) Guasp, Jaime. El Arbitraje en el Derecho Español. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 215. "La voluntariedad es un elemento básico en todo arbitraje. En principio resulta impropio hablar de un arbitraje obligatorio o necesario frente al arbitraje voluntario... Si la sujeción al árbitro no es voluntaria... el arbitraje en realidad no existe aunque se le bautice falsamente con dicha denominación".

(19) Aylwin Azocar, Patricio. Op. Cit., p. 77-78. Este autor al igual que nosotros no coincide con los arbitrajes forzados, señalando que son contrarios al fun-

cumplen con lo dispuesto en el laudo, habrá que acudir al juez para que en su calidad de funcionario público aplique su facultad de imperium, ejecutando el laudo. Se afirma que ello es así, ya que el acuerdo de las partes no puede crear una jurisdicción paralela al Poder Judicial.

Los seguidores de la teoría contractualista consideran que el Arbitraje es diferente a un juicio ante el Poder Judicial y que la fuerza ejecutiva del laudo arbitral se debe a un efecto del contrato de arbitraje en virtud del principio "Pacta sunt servanda". (20)

Consideran igualmente que en el Arbitraje no existe propiamente un proceso, ya que se trata simplemente de un contrato cuyo tracto es procedimental. Sostienen que un proceso crea una institución de derecho público y la resolución del juez vale como emanación de la soberanía del Estado, mientras que en el Arbitraje lo que existe es un contrato privado.

El principal defensor de esta teoría es Guasp, el cual afirma que el Arbitraje se encuentra dentro del ámbito del derecho sustantivo, específicamente dentro del campo de los contratos. (21)

b. Teoría Jurisdiccionalista

Para los seguidores de esta corriente, la jurisdicción es el poder de definir controversias o conflictos declarando el derecho o la justicia, siendo el Estado el encargado por la sociedad de asumir esta función mediante sus jueces o pudiendo valerse incluso de personas a quienes les atribuye la facultad de juzgar temporalmente y para un caso determinado (por ejemplo los árbitros). Dentro de este contexto, el

(20) Guasp, Jaime. Op. Cit., p. 22. "Si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente, esa decisión, así el laudo arbitral es el resultado de la voluntad de los contendientes, no de su sujeción, porque si bien el resultado no es para ellos libre y tiene por lo tanto fuerza de obligar es porque ellos quisieron que se obligara".

(21) Ibid., p. 20 y ss.



hecho que el árbitro no ejerce su función en forma permanente, en nada altera su calidad de depositario de parte de la jurisdicción.

Expresan además que los árbitros son jueces al ser investidos como tales por el Estado para resolver controversias, contradiciendo de este modo a los seguidores de la teoría contractualista del arbitraje, ya que afirman que la facultad de juzgar no proviene del acuerdo de arbitraje, sino del Estado, quien permite que los jueces particulares resuelvan conflictos y sus resoluciones tengan la fuerza de los fallos judiciales. (22)

Señalan además que no puede afirmarse que el Arbitraje sea solamente un contrato, puesto que la decisión final no proviene del acuerdo de las partes, sino de la decisión del tribunal arbitral, el cual resuelve el conflicto con absoluta imparcialidad e independencia.

Los seguidores de esta corriente le otorgan una gran importancia a la eficacia del laudo arbitral, al que consideran una verdadera sentencia, al tener fuerza ejecutiva en sí mismo, independientemente de que no haya sido dictado por un juez estatal sino por un particular. (23) Añaden que el laudo arbitral no es un contrato, ya que es dictado por un juez particular en ejercicio de parte de la jurisdicción. (24)

(22) Montoya Alberti, Ulises. (Arbitraje) Op. Cit., p. 32-33. Dicho autor cita a Ludovico Mortara, principal exponente de la teoría jurisdiccionalista, el cual señala que "no es el simple nombramiento que hacen las partes el que confiere a los árbitros su poder de juzgar, ya que ellos en su condición de particulares no podrían otorgar una facultad que ellos mismos no poseen, lo que ocurre es que el arbitraje existe porque la ley lo ha insinuado y ésta a su vez ha dado su autorización para que las partes tomando un cierto grado de la soberanía inherente al Estado confieren a los árbitros por medio del compromiso el poder que es necesario para resolver la controversia con plena autoridad".

(23) Romero, Guillermo. Estudios de Legislación Procesal, T. IV, Editorial E. Rosay, Lima, 1924, p. 229. "La Jurisdicción de los Árbitros no difiere de la de los jueces permanentes sino por la diversidad de las personas encargadas de resolver la controversia o por la diferencia de procedimiento".

(24) Monroy Cabra, Marco. Arbitraje Comercial, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 9. "El Arbitraje no tiene nada de contrato por cuanto el litigio es resuelto no por

Sin embargo, esta corriente ha sido duramente criticada, ya que se afirma que los árbitros carecen de las facultades de coertio y executio propias de la jurisdicción, es decir, no pueden acudir directamente a la fuerza pública para compeler que se cumplan sus mandatos, sino que lo tienen que hacer por intermedio del Poder Judicial. Los críticos de esta teoría afirman que la fuerza coercitiva es propia del Estado y no puede ser delegada en particulares. (25) Por ello no puede delegarse en los árbitros la facultad de solicitar directamente el apoyo de la fuerza pública, sino que deben hacerlo siempre con la ayuda de un juez. (26)

c. Teoría Mixta o Ecléctica

Como no podía faltar en el análisis jurídico, existe esta teoría, la cual sostiene que en la Institución Arbitral se aprecian simultáneamente caracteres del derecho privado que provienen del origen contractual del arbitraje y otros que son propios del derecho procesal, derivados de la existencia de una controversia, la cual es resuelta por terceros imparciales de manera definitiva. Por esta razón, el Arbitraje es una institución sui generis, con naturaleza jurídica propia, en la que se mezclan al mismo tiempo rasgos contractuales o privados con jurisdiccionales.

Como podemos apreciar, lo que esta teoría intenta (como todas las mixtas o eclécticas) es armonizar las teorías contractualista y jurisdiccionalista y obtener lo mejor de cada una de ellas.

acuerdo de las partes sino por decisión del tribunal arbitral. El árbitro no actúa en nombre de las partes sino en nombre de la justicia, con independencia y autoridad. Los árbitros son jueces transitorios nombrados por las partes para que en caso determinado, ejerzan jurisdicción".

- (25) Aylwin, Patricio. Op. Cit., p. 34. "El Estado no puede conceder el manejo de la fuerza pública, que es suya sino a autoridades que él mismo ha designado...".
- (26) Rivadeneyra Sánchez, Juan. Jurisdicción Arbitral? En: Themis, Revista de Derecho, No. 11, Lima, 1988, p. 15-19. Este autor hace una crítica interesante a la teoría

Tal vez lo rescatable de esta teoría sea la afirmación de que el Arbitraje es una "jurisdicción convencional". Se afirma que la "jurisdicción" de los árbitros no debe entenderse en su sentido técnico, político y jurídico, sino por los efectos que tienen sus resoluciones. Es así que el fallo de un árbitro es ejecutivo en sí mismo y convencional al mismo tiempo en tanto se refiere a que el arbitraje nace de un acuerdo de las partes, de un contrato en el que las partes deciden someter sus controversias a la decisión de terceros extraños al Poder Judicial. De esta manera, limitar la naturaleza jurídica del arbitraje al aspecto puramente contractual sería desconocer los efectos *cursi* jurisdiccionales de los laudos arbitrales, pero, al mismo tiempo, hablar de jurisdicción arbitral en términos estrictos sería una exageración, pues le falta elementos para ser tal.

En conclusión, para los seguidores de esta teoría el arbitraje tiene naturaleza jurídica propia, la cual no es ni contractual ni jurisdiccional, sino una mezcla de ambos.

d. Teoría Autónoma del Arbitraje

Esta es una teoría bastante reciente desarrollada por Madame Rubellin Deviche. (27)

Dicha autora sostiene que la naturaleza jurídica del arbitraje debe ser determinada teniendo en cuenta principalmente su uso y propósito, por lo que encuadrarlo dentro de figuras puramente contractuales o jurisdiccionales es un despropósito. Esta teoría considera al Arbitraje como una institución independiente, la cual existe ante la necesidad de crear los espacios necesarios para la solución de los conflictos fuera del aparato jurisdiccional del Estado. (28)

- (27) Montoya Alberti, Ulises. (Arbitraje) Op. Cit., p. 36.
- (28) *Ibid.*, p. 36. "Para esta teoría, tanto el acuerdo de arbitraje como los laudos tienen fuerza no como un contrato; ni como una concesión por parte del Estado soberano para efectos de la ejecución, sino más bien como un requisito esencial para facilitar el funcionamiento de las relaciones comerciales internacionales".

La principal virtud de esta teoría estriba en el hecho que antes de entrar a analizar la naturaleza jurídica del Arbitraje, se preocupa primeramente en postular las características que debe tener para que funcione eficientemente y luego recién plantea una teoría acerca de su naturaleza jurídica.

Aún cuando nuestro punto de vista es cercano al razonamiento de esta teoría, consideramos que se equivoca al querer encontrar finalmente una "naturaleza jurídica" del Arbitraje que sólo existe en la mente de los teóricos del Derecho acostumbrados a creer que el Derecho es una ciencia natural.

e. Nuestro punto de vista

Hemos descrito rápidamente las cuatro principales teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del arbitraje y la verdad es que no alcanzamos a entender para qué sirven.

La teoría contractualista intenta meter al Arbitraje dentro del cajón legal privado, simplemente porque el Arbitraje nace de un contrato. Obviamente si el Arbitraje no naciera de un contrato, pues no sería la institución que estamos analizando. Por su parte, la teoría jurisdiccionalista intenta acomodar al Arbitraje dentro del cajón legal público, simplemente porque el laudo que dictan los árbitros tiene la calidad de cosa juzgada. Obviamente si el laudo fuera considerado un simple contrato, pues el Arbitraje perdería su razón de ser. Como no podría ser de otra manera, la teoría ecléctica intenta crear un tercer cajón legal, ubicando al Arbitraje dentro de la esfera privado-pública, ya que las dos corrientes anteriores son demasiado radicales. Finalmente, la teoría autónoma si bien intenta analizar en primer lugar al Arbitraje a partir de sus necesidades y requerimientos, luego comete el error de buscarle otro cajón legal donde ubicarlo.

La verdad es que la doctrina se ha pasado y se pasará discutiendo eternamente acerca de la "naturaleza jurídica" del Arbitraje y mientras tanto nos olvidaremos de algo fundamental: ¿De qué nos sirve teorizar si en la práctica el Arbitraje no se encuentra debidamente

institucionalizado como para que se convierta en una verdadera vía alternativa de solución de los conflictos privados?

En el Perú el Arbitraje, hasta donde tenemos conocimiento, se encuentra legislado desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Pues bien, durante casi un siglo los juristas nacionales han llenado bibliotecas enteras explicando la naturaleza jurídica del Arbitraje y mientras tanto esta institución no ha funcionado, simplemente porque se ha dedicado el tiempo y esfuerzo en teorizar antes que en actuar.

Nosotros consideramos que lo primero que corresponde a los juristas y principalmente al legislador es trabajar en la dación de una Ley Arbitral que permita el desarrollo de esta Institución y recién cuando ésta opere correctamente, dedicar algún esfuerzo (que nosotros consideramos innecesario) a tratar de acomodar esta institución en algún cajón legal, pero a partir de lo que ya existe y funciona de manera eficiente, y no al revés, es decir, primero definir la naturaleza jurídica y luego dictar su reglamentación.

En líneas generales la reglamentación legal que se dicte deberá reconocer expresamente que al Arbitraje se llega voluntariamente mediante la suscripción de un contrato, que las partes podrán designar libremente a sus árbitros y establecer las reglas de procedimiento que mejor les acomode, que los árbitros tendrán competencia para resolver acerca de su propia competencia, que la sentencia que emitan los árbitros (llamada laudo) será equivalente a una sentencia judicial y que en caso de incumplimiento podrá ser ejecutada coercitivamente.

Una vez que estas características que necesariamente tiene que contener la institución arbitral para que funcione eficientemente se encuentren presentes en nuestra legislación, podremos distraer nuestro tiempo y esfuerzo en tratar de encastrar al Arbitraje en algún cajón legal, cosa por demás difícil y obviamente de escaso valor.

Y esto nos lleva a un último tema importante, cual es la naturaleza jurídica del Arbitraje en la legislación peruana.

En el momento en que se escriben estas líneas, todavía sigue vigente el artículo 233, inciso 1) de la Constitución Peruana de 1979, el cual considera al Arbitraje como una jurisdicción, gracias a la iniciativa del constituyente de aquella época Dr. Andrés Aramburú Menchaca.

Dicho jurista nacional consideró absolutamente necesaria la inclusión del Arbitraje como una jurisdicción, ya que al haber mencionado el artículo 233 de la Constitución del 79 que "no existe ni se puede establecer jurisdicción alguna independiente" al Poder Judicial, "podría haberse considerado que el arbitraje quedaba suprimido en el Perú puesto que sólo se admitía, a rajatabla y como garantía de la administración de justicia, la de los tribunales del Estado" (29). En cambio, para Chirinos Soto este agregado de la norma constitucional "fue introducido por iniciativa de Andrés A. Aramburú Menchaca, dueño de un fino pero robusto empecinamiento...". (30)

¿Quién tiene la razón? ¿Era necesario declarar al Arbitraje como una jurisdicción como afirma Aramburú Menchaca o ello se debió como indica Chirinos Soto a un "robusto empecinamiento" del mencionado jurista nacional?

Sin intentar siquiera ingresar a un análisis constitucional, el cual no nos compete por no ser la materia constitucional nuestra especialidad, vale la pena empezar nuestra reflexión citando al propio Aramburú Menchaca, el cual afirma que "es cierto que la materia [acerca de si el arbitraje es o no una jurisdicción] suele ser ajena a los textos constitucionales...". (31)

Muy bien, si esta materia suele ser ajena a los textos constitucionales, entonces ¿por qué se reguló? ¿Acaso se quiere afirmar que nuestra

(29) Aramburú Menchaca, Andrés. El Arbitraje Comercial en el Perú. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988, p. 28.

(30) Chirinos Soto, Enrique. La Constitución al alcance de todos, Ed. Andina, Lima, 1979, p. 264.

(31) Aramburú Menchaca, Andrés. Op. Cit., 27.

Constitución en el tema del Poder Judicial es tan diferente a las Constituciones extranjeras de las cuales hemos copiado nuestras instituciones como para que sea una de las pocas en el mundo (si no la única) en donde resulta absolutamente necesario incluir al Arbitraje como una jurisdicción para efectos de que se pueda desarrollar como mecanismo privado en la solución de conflictos?

Hasta donde tenemos conocimiento, ninguna Constitución europea romano-germánica, como las influenciadas por el sistema anglosajón, consideran al Arbitraje como una jurisdicción y sin embargo esta institución se desarrolla libremente. Es más, todas estas constituciones consideran al Poder Judicial como único depositario de la función jurisdiccional al ser el Tercer Poder del Estado.

El Arbitraje existe y se desarrolla en estos países no porque sea una jurisdicción, sino simplemente porque el Estado que representa a la Sociedad ha reconocido que así como existen otros mecanismos privados de resolución de conflictos (léase, desistimiento, transacción, renuncia de derechos, prescripción, mediación, conciliación, etc.), el Arbitraje también resulta siendo un legítimo medio privado de solución de controversias al cual necesariamente hay que incentivar.

Es cierto que se nos podría contestar que si bien ha sido un exceso el indicar en nuestro texto Constitucional que el Arbitraje es una jurisdicción, ello crea más beneficios que costos, ya que de esa manera el Arbitraje se encuentra plenamente reconocido y protegido, mientras que no genera mayor problema.

Sin embargo, sucede que a partir de este exceso se han alzado voces que reclaman convertir al Arbitraje en una suerte de Poder Judicial paralelo totalmente autónomo o lo que es lo mismo en casi un cuarto Poder del Estado.

Estas opiniones que consideramos equivocadas hechas a partir de un exceso de nuestros Constituyentes, puede repetirse nuevamente, ya que nuestra Constitución Política de 1993, en su artículo 139, inciso 1) ha vuelto a caer en el error de considerar al Arbitraje como una jurisdicción.

Dependerá de nuestros juristas en derecho constitucional cuidar que no se emplee de manera abusiva el exceso constitucional y en los expertos en materia arbitral demandar la dación de leyes arbitrales eficientes. Dándose estos dos supuestos, el Arbitraje podrá desarrollarse libremente sin importar en qué cajón jurídico (contractual, jurisdiccional, ecléctica, autónoma, etc.) sea colocado.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL O ARBITRAJE AD-HOC ¿HE AHÍ EL DILEMA? ^(*)

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO ^(**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Arbitraje institucional vs. arbitraje ad-hoc: primer acercamiento a la cuestión. 1. Arbitraje institucional. 2. Arbitraje Ad-hoc. III. Arbitraje institucional vs. arbitraje ad-hoc: visión comparativa. 1. Composición del Tribunal Arbitral. 2. Previsión normativa. 3. Flexibilidad vs. formalismo. 4. Supervisión de Conductas. 5. Intervención Judicial. 6. Costos del Arbitraje. 7. Soporte Institucional. IV. El papel de las instituciones arbitrales. 1. Apuntes introductorios. 2. Las instituciones arbitrales en el contexto interno del arbitraje. 3. Las instituciones arbitrales en el contexto externo del arbitraje. V. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una manifestación tangible de la autonomía de voluntades que detentan las partes para alcanzar una solución heterocompositiva de sus diferencias, a través de una vía alternativa a la ofrecida por el Poder Judicial. En cierta medida, el monopolio estatal para la administración de justicia cede terreno y ofrece otros

^(*) Al doctor Manuel de la Puente y Lizalle, maestro de varias generaciones de abogados, con aprecio y gratitud.

^(**) Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

⁽¹⁾ Al respecto, el arbitraje en el Perú se consagra en la Constitución de 1979, que lo declara como jurisdicción al lado de la emanada por los jueces y tribunales peruanos.

mecanismos –muchas veces– más técnicos, rápidos, imparciales y predecibles al de la denominada justicia ordinaria; uno de ellos, es precisamente el sistema arbitral.⁽¹⁾

Los profundos cambios del sistema económico que nuestro país ha tenido en los últimos años, derivados de la apertura de mercados, el creciente comercio internacional, la celebración de tratados de integración y la participación del Perú en organismos multilaterales, ha conllevado que nuestras relaciones jurídico-económicas se internacionalicen y, de esta manera, el país, sus empresas y consumidores, se integren a la «aldea global». Lo anterior, por supuesto, también repercute sustantivamente en el régimen económico interno.

Así, la capacidad de respuesta de la justicia tradicional u ordinaria ha sido insuficiente, lo cual resultaba fácil de suponer. En efecto, si para la solución de conflictos en un mercado pequeño y centralmente planificado a través de la actividad empresarial del Estado, el Poder Judicial dejaba traslucir todas sus inoperancias, para una situación como la descrita líneas arriba, el estado de las cosas iba a ser peor.

No es, por tanto, una mera coincidencia que la legislación arbitral haya iniciado su despegue hace tan sólo una década y que, asimismo, la promoción y uso del arbitraje se haya intensificado hace muy pocos años⁽²⁾. Nos atrevemos a pensar que el mundo moderno necesita del arbitraje, como si se tratase del «capital» para la justicia. Para países en vías de desarrollo, como el nuestro, esta es una verdad irrefutable; por lo que su rechazo, desconocimiento o ignorancia solamente puede llevarnos a perder el «tren del tiempo».⁽³⁾

La Constitución Política de 1993 sigue esta línea de pensamiento cuando en su artículo 139⁷, numeral 1, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional declara que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».

(1) La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, se promulgó el 20 de diciembre de 1993; en tanto los principales Centros de Arbitraje se constituyeron la década pasada y a inicios de la presente.

(2) Afortunadamente, la Constitución de 1993 ha rescatado estas ideas de vital importancia para el desarrollo del país. A modo de ejemplo, basta mencionar que

En consecuencia, el mensaje se decanta sólo: el arbitraje es un mecanismo eficiente para la solución de controversias. El orden jurídico nos ofrece esta alternativa, y el orden económico nos conduce a su utilización. Siendo ésta la realidad actual, ¿cómo implementamos el arbitraje de manera eficaz, ponderando los aspectos positivos que esta institución nos ofrece y, **al mismo tiempo, reduciendo los riesgos de su eventual uso?**

Aquí encontramos dos caminos que, con características distintas, apuntan a la solución arbitral del conflicto como meta común: ¿arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc? ¿cuál camino debemos tomar? Para establecer una respuesta sustentada debemos, primero, conocer en detalle qué implica uno y otro tipo de arbitraje, así como los efectos y resultados que su uso adecuado nos puede traer. Este es el objetivo del presente trabajo: brindar una respuesta que, si bien no tiene que ser necesariamente compartida por todos los lectores, al menos servirá como punto de partida, cuestionamiento y reflexión cuando nos toque elegir entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc.

A efectos de lo anterior, el presente trabajo tendrá cuatro secciones: en la primera, alcanzaremos reflexiones y conceptos fundamentales expuestos por la doctrina entendida acerca del arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc; en la sección segunda, brindaremos un análisis comparativo de ambos sobre la base de sus aspectos medulares como la composición del Tribunal Arbitral, las formas del procedimiento, la flexibilidad de sus reglas, entre otros, deteniéndonos en algunas disposiciones de la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA) que inciden en estas modalidades de arbitraje; seguidamente, en la sección tercera, ofreceremos algunos apuntes sobre el papel que ocupan las instituciones arbitrales, rescatando su impor-

el artículo 62⁹, incluido en los principios generales del régimen económico, señala que «Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley...» Un paso más adelante, el artículo 64⁹ de la Constitución, declara que el Estado y las personas de derecho público pueden someter sus controversias derivadas de relación contractual a arbitraje nacional o internacional. Con esto, el Estado peruano otorga a la institución arbitral el lugar que los actores económicos exigen y el mundo moderno le reconoce.

tancia en el contexto económico actual; para finalmente arribar, a manera de conclusión, a una respuesta de nuestra pregunta inicial.

II. ARBITRAJE INSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE AD-HOC: PRIMER ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN

El arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc son dos géneros de la misma especie: el arbitraje. De hecho, para hablar (y entender) qué caracteres e implicancias detenta uno, no lo podemos hacer sin considerar al otro, asunto que veremos en detalle en la siguiente sección. Sin embargo, nos permitiremos alcanzar, por el momento, algunas definiciones que bien pueden servirnos para tener un primer alcance, claro y sencillo, de los aspectos medulares de uno y otro tipo de arbitraje.

1. Arbitraje Institucional

El arbitraje institucional es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona.

Usualmente el arbitraje institucional ha sido denominado como «arbitraje administrado», vocablo que presenta problemas dada las características que denota. Al respecto, compartimos la opinión de José María Roca Martínez cuando cuestiona dicho término por cuanto «... recoge un aspecto parcial de la actividad de la institución arbitral, olvidando otros como la organización o el control del arbitraje, tan importantes como aquella...»⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 174.

Nótese que la intervención de la institución arbitral está enfocada al apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación, por voluntad expresa o defecto de acuerdo de aquéllas, de situaciones diversas al interior del proceso. En tal sentido, en modo alguno puede tener injerencia en las apreciaciones de hecho y derecho que formulen los árbitros, mucho menos en sus resoluciones ni en el laudo arbitral, lo cual es concordante con el papel que desempeñan los árbitros, recogido en el artículo 18° de la LGA⁽⁵⁾. Como dice Roque Caivano «... la cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes, sin la participación directa de la entidad, quien se limita a dar apoyo a las partes y a los árbitros. Estos son quienes tienen personalmente la tarea de sustanciar y decidir el caso, sin que la entidad como tal tenga injerencia en ello».⁽⁶⁾

Es importante acotar que, dada su importancia, el arbitraje institucional fue reconocido en el artículo 6° de la LGA, que a la letra dice: «La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a una Institución Arbitral, la cual necesariamente deberá constituirse como Persona Jurídica. En tal caso, la institución arbitral estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral».

Los alcances de la disposición precitada nos permite señalar lo siguiente: (i) la facultad otorgada a las partes para pactar un arbitraje institucional, con la consiguiente intervención de una institución arbitral⁽⁷⁾; (ii) las funciones que ocupan a la institución arbitral por

⁽⁵⁾ «Artículo 18° - Disposición general.- Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.»

⁽⁶⁾ CAIVANO, Roque, *Negociación, Conciliación y Arbitraje*, APENAG, Lima, 1998, p. 239.

⁽⁷⁾ Usualmente el sometimiento de las partes a la administración y organización del arbitraje ante un Centro se plasmará en el convenio arbitral. Sin embargo, nada impide que posteriormente la cláusula arbitral ad-hoc pueda ser novada por las

encargo de las partes circunscritas a la administración y organización del arbitraje, siendo entonces que los límites a tales funciones también se someten a la voluntad del encargo conferido por las partes; (iii) el tipo de persona que puede asumir dicho encargo, esto es, exclusivamente personas jurídicas, sean de derecho público o de derecho privado, descartando a las personas físicas o naturales; y (iv) la previsión al reglamento de la institución para establecer las normas del procedimiento y otras vinculadas al arbitraje.

Existe, por tanto, una relación de confianza que depositan las partes en la institución arbitral para permitir, primero, su intervención en el arbitraje; y luego, el despliegue de todas sus actividades conducentes al desarrollo eficaz del mismo, que se extiende incluso en la relación de la entidad con los árbitros. A decir de Cremades «en el funcionamiento real y práctico del procedimiento arbitral tiene una misión importantísima la institución arbitral, si las partes hubieran encomendado la administración del arbitraje a una entidad que les merezca confianza. La labor fundamental de ésta consiste principalmente en tutelar el desarrollo del procedimiento arbitral, para garantizar que los árbitros estén efectivamente cumpliendo la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral»¹⁹¹.

En consecuencia, el arbitraje institucional y la consiguiente intervención del tercero —la entidad arbitral— se justifica porque las partes, conscientes del carácter definitivo y, muchas veces, inapelable del laudo arbitral, quieren llegar a éste premunidas de toda la seguridad y estabilidad posibles, tanto en el nivel administrativo, como organizativo del proceso, y en el eventual control del comportamiento de los árbitros y de ellas mismas. Esto, sin menoscabar las responsabilidades y competencias que corresponden a los árbitros, sino por el contrario, coadyuvando a la eficacia del arbitraje a través de la participación decidida y permanente de una institución arbitral.

mismas partes con la finalidad de propiciar un arbitraje institucional, antes o incluso después de producido el conflicto.

¹⁹¹ CREMADES, Bernardo María, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», en *Thesis*, N° 11, Lima, 1988, p. 12.

2. Arbitraje Ad-hoc

En contraposición con las apreciaciones efectuadas acerca del arbitraje institucional, en el arbitraje ad-hoc solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores.

Jorge O'Farrell¹⁹² describe dos formas de arbitraje ad-hoc que nos parece pertinente mencionar: (i) el arbitraje ad-hoc en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y (ii) el arbitraje ad-hoc en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento pre-determinado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral.

En una u otra forma, siempre van a tener las partes, con la colaboración de los árbitros, las prerrogativas a efectos de llenar de contenido el proceso arbitral; sea que opten por elaborar reglas ad-hoc, es decir, específicas para el caso concreto; o que, basándose en el reglamento de una institución arbitral, elaboren una mezcla de normas destinadas a pausar el desarrollo del proceso arbitral, eliminando cualquier rezago de participación de la institución titular de dicho reglamento.

Lo anterior, se ha identificado con el concepto de libertad o flexibilidad en el desarrollo del arbitraje, denominando por esa razón a este mecanismo como un «arbitraje libre» o «arbitraje flexible»; cuestión que, como trataremos más adelante, puede ser cierta, pero no excluyente del arbitraje ad-hoc, sino que también puede ser perfectamente aplicable al arbitraje institucional.

Finalmente, acerca de la relación de confianza que en el arbitraje institucional las partes depositan en la institución arbitral —tema

¹⁹² O'FARRELL, Jorge, «Arbitraje internacional, solución de futuro», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, T. 1992-C, Buenos Aires, 1992, p. 304.

referido líneas arriba-, en el arbitraje ad-hoc esa confianza se traslada a los árbitros, quienes son premunidos de todas las competencias del caso para resolver el conflicto existente⁽¹⁰⁾. Por esta razón, algunos autores, más que referirse a un arbitraje ad-hoc, prefieren llamarlo arbitraje personalizado, en tanto son las personas naturales en quienes recae la designación de árbitros, las que asumirán directamente la responsabilidad del arbitraje.⁽¹¹⁾

III. ARBITRAJE INSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE AD-HOC: VISIÓN COMPARATIVA

Pensamos que el mejor camino para mostrar y comprender las características que embargan uno y otro tipo de arbitraje es a través de un análisis comparativo/temático, respecto de ambos, lo que nos permitirá identificar con mayor claridad sus fortalezas y debilidades, así como la ventaja comparativa de uno sobre el otro. A tales efectos, hemos identificado siete temas sustantivos que ayudarán a este propósito.

1. Composición del Tribunal Arbitral

Tradicionalmente, una diferencia gravitante establecida entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc se encontraba en la forma por la cual se iba a componer el Tribunal Arbitral. En efecto, bajo esa línea de pensamiento, en tanto la designación era hecha por las partes nos encontrábamos ante un arbitraje ad-hoc, siendo que la misma designación por parte de una institución arbitral, derivada

(10) Algunos autores apuntan a una obligación «*intuitu personae*» del árbitro, quien asume una obligación personalísima y, por tanto, indelegable para resolver el conflicto. En tal sentido, se llega a decir que «... la resolución de una controversia por parte de un árbitro es una obligación personalísima al consistir en una actividad intelectual en función de sus conocimientos, especialidad, experiencia, disponibilidad, etc. Cualidades todas ellas infungibles que contribuyen al carácter indelegable de las obligaciones *intuitu personae* del árbitro» (MUNNE CATARINA, Frederic, *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, Arazandi, Navarra, 2002, p. 22).

(11) LORIMAN, Juan Guillermo, *El Arbitraje*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.

del encargo de las partes, suponía ubicarnos ante un arbitraje institucional⁽¹²⁾.

Consideramos errada dicha aseveración por cuanto la forma de designación directa de un Tribunal Arbitral, es decir, por nominación de las partes, no es exclusiva de un arbitraje de tipo ad-hoc.

El sustento es simple: el arbitraje –sea de tipo institucional o de tipo ad-hoc– parte de un principio elemental, cual es la autonomía privada de la que gozan las partes para establecer el mecanismo arbitral que más les convenga para resolver sus controversias, sin recurrir a la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, las partes que celebran un convenio arbitral, bien pueden establecer en su cláusula un sistema de composición del Tribunal Arbitral delegado en una institución arbitral, pero sin someterse a su administración, estableciendo así un arbitraje ad-hoc; o también, pueden acordar someterse a la organización y administración del arbitraje por parte de una institución, pero fijando un sistema de designación directo del órgano arbitral.

Lo acotado es concordante con el espíritu de la LGA cuando permite la intervención de terceros en el arbitraje a efectos de decidir libremente sobre asuntos donde las partes tienen disposición para resolver directamente⁽¹³⁾, entre los cuales está la designación de árbitros. De la misma manera, el artículo 6° de la LGA –referido en la sección precedente– circunscribe las funciones de las instituciones arbitrales al acuerdo de voluntades. Incluso, habiendo un sometimiento

(12) Así, distinguimos «entre arbitraje institucional y arbitraje ad hoc por la forma reglada o convencional de designar y constituir al árbitro o al colegio arbitral, y por la forma de dar inicio a su intervención. En el arbitraje ad hoc, las propias partes designan de forma directa o indirecta al árbitro, sin que existan reglas predeterminadas, mientras que en el arbitraje institucional las partes encomiendan a una institución la designa o confirmación del árbitro y la administración del arbitraje, de acuerdo con un procedimiento preestablecido» (MUNNE CATARINA, Frederic, *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, cit., p. 20).

(13) «Artículo 5°.- *Intervención de terceros.*- Las partes podrán acordar la intervención de un tercero, incluida una institución arbitral, para decidir libremente sobre una cuestión que ellas mismas pueden resolver directamente».

miento incondicional de las partes a un reglamento arbitral, algunas instituciones arbitrales contemplan en sus normas procesales mecanismos directos a fin de que las partes compongan su Tribunal Arbitral, actuando tan sólo por defecto o falta de acuerdo de éstas para designar al árbitro⁽¹⁴⁾.

Como bien señalan Loreca Navarrete y Silguero «el arbitraje institucional supone que las partes, previo convenio arbitral, acuerden que sea una institución de las que en sus estatutos o normas reguladoras se previene la realización de funciones arbitrales, la que resuelva las cuestiones litigiosas (...) bien encomendándole sólo la administración del arbitraje y reservándose a sí mismas el nombramiento de los árbitros, bien encomendándole tanto la gestión del arbitraje, como la elección de los árbitros a la institución que designen.»⁽¹⁵⁾

⁽¹⁴⁾ A modo de ejemplo, la parte pertinente del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, señala:

«Artículo 23º - *Procedimiento de designación del Órgano Arbitral por acuerdo de las partes.*- La Secretaría General iniciará el proceso de designación del Órgano Arbitral por acuerdo de las partes, una vez admitida la petición de arbitraje, adoptando las siguientes medidas:

a) Si las partes hubieran designado árbitro(s) en el convenio arbitral, en la petición de arbitraje o en su contestación, se encuentren incluidos o no en el Registro de Árbitros del Centro, la Secretaría General procederá a notificarlo(s) a fin de que exprese(n) su aceptación a la designación dentro de los cinco (5) días de notificado(s), salvo lo dispuesto en el literal b) de este artículo.

(...)

Nótese cómo, pese a ser un arbitraje institucional, las normas procesales de la entidad referida: (i) otorgan a las partes plena capacidad de decisión en cuanto a la designación del Tribunal, lo que puede ocurrir a la hora de celebrar el convenio arbitral, al momento que el demandante presente la petición de arbitraje, o cuando el demandado efectúe la contestación; y (ii) la elección de los árbitros no se reduce a una lista cerrada de árbitros, previamente calificada por la institución, sino que permite que las partes designen a personas que no pertenecen al Registro de Árbitros, dada la relación de confianza que, se busca, exista entre éstos y las partes.

⁽¹⁵⁾ LORECA NAVARRETE, ANTONIO, MARÍA Y JORQUÍN SILGUERO ESTAGANAN, *Derecho de Arbitraje España*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 131.

En suma, definir un tipo de arbitraje, como ad-hoc o institucional, por la forma directa o delegada para designar a los árbitros, es abiertamente equivocado, por cuanto, como hemos visto, en el arbitraje institucional la designación puede reservarse a las partes, ya sea porque así lo contempla el convenio arbitral o las propias reglas procesales de la entidad a la que están sometidas; en tanto, en un arbitraje ad-hoc, es común y lícito que las partes encarguen a un tercero tal designación, o bien ésta sea efectuada por un órgano judicial, a falta de acuerdo de las partes.

2. Previsión normativa⁽¹⁶⁾

El arbitraje ad-hoc empieza de «cero», es decir, las partes que acuerdan dirimir sus actuales o futuras controversias a través del arbitraje, deben también definir las reglas procesales para llevarlo a cabo de una manera efectiva. En ese sentido, el convenio arbitral debe ser lo suficientemente amplio para regular distintas situaciones que se van a generar –o podrían generarse– al inicio del arbitraje, durante su tramitación, e incluso, luego de emitido el laudo arbitral. Esto exige de las partes dos cosas fundamentales: (i) una muy buena disposición para negociar; y (ii) bastante conocimiento y experiencia en lo que se está negociando.

Sobre este punto, Sara Feldstein señala que «la principal ventaja del arbitraje ad hoc o libre consiste en su facilidad de adaptación a los deseos de las partes como a las características especiales de cada conflicto. Sin embargo, no puede olvidarse que para maximizar este beneficio, resulta imprescindible contar con la cooperación entre las partes como la de sus asesores. De modo que, acordadas las reglas como lograda la instalación del tribunal arbitral, este tipo de arbitraje puede alcanzar la fluidez adecuada, constituyéndose en una suerte

⁽¹⁶⁾ Sobre el particular, el artículo 33º de la LGA prevé: «Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización (...)». Nótese cómo la legislación arbitral peruana otorga amplia libertad de regulación del proceso a las partes, pudiendo ellas acomodarse a un arbitraje ad-hoc o a uno institucional.

de traje a medida para quienes lo eligen. Pero si desciende el nivel de cooperación entre las partes, simétricamente tiende a disminuir, a disiparse sus virtudes». (17)

El arbitraje institucional es más simple en ese aspecto, en vista que las partes, al someterse a los reglamentos de la institución arbitral, implícitamente están consintiendo que las cuestiones que ocurran o puedan ocurrir al interior del arbitraje, así como en la relación entre ellas, o en su relación con los árbitros o con la entidad arbitral, sean definidas por lo que la normativa de esta última dispone; sin perjuicio que puedan precisar, eventualmente, ciertos pactos en contrario.

Al respecto, Craig, Park y Paulsson ponen «el dedo en la llaga» cuando dicen «In practice, once litigation ensues, agreements for ad hoc arbitration have created adversity (and in some cases disaster) for the claimant. It is impossible to foresee and provide for all the procedural issues which may come up. In the case of institutional arbitration, such issues are handled by reference to a pre-established body of rules». (18)

En efecto, el arbitraje ad-hoc nos conduce a un grado de previsión normativa absoluto, lo cual es muy difícil de lograr, siendo por el contrario, un lugar propicio para que aparezcan las denominadas cláusulas patológicas, las que rara vez son eliminadas una vez que aparece el litigio. (19)

Por lo expuesto, las ventajas comparativas que trae el arbitraje institucional sobre el arbitraje ad-hoc relativas a la previsión normativa, son las siguientes:

(17) FELISTEJAS DE CÁRDENAS, Sara, «Los beneficios del arbitraje comercial internacional», en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje.

(18) CRAIG, Laurence; PARK, William y JAN PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, 2ª ed., ICC Publishing, New York, 1990, p. 51.

(19) CREMATES, Bernardo María, «España ante el arbitraje comercial internacional», en *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, p. 38.

- a) **Simplicidad:** por cuanto las partes incorporan las reglas del proceso a su cláusula arbitral. Como dice Caivano «el arbitraje institucional simplifica la celebración del acuerdo arbitral al disponer las partes de normas reglamentarias elaboradas por instituciones idóneas y experimentadas, plasmadas en modelos sencillos que permiten concluir un acuerdo arbitral de manera práctica y rápida». (20) Justamente, estas cláusulas modelo o cláusulas tipo pertenecientes a las instituciones arbitrales, buscan sintetizar las cuestiones principales que debe haber en un convenio arbitral, sin que las partes tengan que «descubrir la pólvora» para llevar a cabo un arbitraje efectivo, lo que linda con una sobregulación innecesaria y predispuesta al error.
- b) **Predictibilidad:** por cuanto las partes saben de antemano cómo se van a regular las distintas situaciones que se presenten en el proceso, en vista que las normas de la entidad a la cual se han sometido, lo hace de manera anticipada, como por ejemplo, el número de árbitros que componen el Tribunal, la sede del arbitraje, los días habilitados para las audiencias o el idioma a utilizar, entre otras cuestiones elementales. De alguna manera se alcanza una eficacia «ex ante» en el proceso, que en términos de plazos, costos y posibilidades reales de solución del litigio, es sumamente atractivo. Es importante –por no decir obvio– que las partes deben conocer los reglamentos de la institución arbitral antes de celebrar el convenio y someterse a su administración.
- c) **Reducción de contingencias:** por cuanto los «baches» que pueden presentarse en cualquier etapa del arbitraje, tienen una solución prevista en los reglamentos de la institución arbitral. (21)

(20) CAIVANO, Roque, «El arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia», en *La Ley*, N° 121, Buenos Aires, 1980, p. 1.

(21) Sobre el particular, Gary Born dice: «Institutional arbitration is conducted according to a standing set of procedural rules and supervised, to a greater or lesser extent, by a professional staff. This reduces the risk of procedural breakdowns, particularly at the beginning of the arbitral process, and technical defects in the arbitral award» (Born Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer, Boston, 1999).

Por ejemplo, pensemos en la recusación del árbitro único, donde es el juez quien debe resolver acerca de la procedencia o no de la misma, tratándose de un arbitraje ad-hoc; o la institución arbitral, conforme a su reglamento, si es que nos encontramos frente a un arbitraje institucional. En el primer supuesto, tenemos que justo lo que las partes quisieron evitar –la intervención del Poder Judicial– en la resolución de su conflicto, no puede esquivarse, lo que usualmente va a generar inseguridad e incertidumbre en el resultado; en el segundo supuesto, es la institución arbitral que conoce el caso por voluntad de las partes, que tiene reglas predeterminadas, y que además cuenta con la experiencia suficiente en la práctica arbitral, la que resolverá la recusación⁽²²⁾.

- d) **Adaptación permanente:** por cuanto los nuevos requerimientos y necesidades de las partes van a promover la modificación de los reglamentos de las instituciones con la finalidad de satisfacer las expectativas de los usuarios del arbitraje institucional. Además, el número cada vez mayor de instituciones arbitrales que ofrecen este servicio conlleva a una sana competencia entre ellas, donde una de las mejores formas de distinguirse de las otras, y tener una mejor posición en el mercado de los servicios de organización de arbitrajes, es contando con reglamentos arbitrales modernos, que permitan un proceso fluido, simple y eficaz.⁽²³⁾

3. Flexibilidad vs. Formalismo

Uno de los principales mitos del arbitraje dice que el arbitraje ad hoc es sumamente flexible a las necesidades de las partes, en tanto el arbitraje institucional está saturado de formalismos.

⁽²²⁾ Al respecto, ver el artículo 31º de la LCA.

⁽²³⁾ Sobre este punto Carvaxo, al referirse a las instituciones arbitrales explica que «...suele tratarse de instituciones de reconocida versación y prestigio, que a lo largo del tiempo han ido perfeccionando y adaptando las reglas a las necesidades que se plantean en materia de solución de disputas» (Carvaxo, Roque, *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1993, p. 68).

Creemos que con todas las ventajas apuntadas en el numeral anterior, relativas a la previsión normativa que caracteriza uno y otro tipo de arbitraje, este mito debe haber desaparecido. No obstante, para evitar su reaparición, consideramos importante precisar lo siguiente:

- La flexibilidad es inherente al arbitraje, dejando de lado el mecanismo que uno opte para ejecutarlo. Esto, producto de la libertad de regulación del proceso que asiste a las partes. Entonces, un arbitraje institucional –en apariencia, «menos flexible»– se torna muy flexible cuando las partes facilitan su tarea regulatoria sometiendo a un reglamento arbitral predeterminado, pero adaptándolo, en ciertos aspectos, a las particularidades del caso concreto.
- La formalidad, por su parte, no tiene un contenido peyorativo, ni está reñida con la flexibilidad propia del arbitraje; por el contrario, contribuye con la adecuada organización y administración del arbitraje, evitando incluso potenciales anulaciones del laudo arbitral.
- Adicionalmente, gracias al arbitraje institucional y su previsión normativa, asistimos a un fenómeno saludable: la estandarización del proceso. La estandarización debe ser vista como un mecanismo de puesta en práctica por la institución arbitral que coadyuva con la celeridad, simplificación, certidumbre y eficacia del proceso. Desde la forma de redacción de la cláusula arbitral, pasando por detalles como la notificación a las partes, el contenido mínimo de las actas de las diferentes audiencias, las formas seguidas para presentar los alegatos o la custodia del expediente arbitral, van a ser materia de este mecanismo o instrumento de estandarización propio del arbitraje institucional; y que el arbitraje ad-hoc, no tiene⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Sobre este tema, Rizto manifiesta que en el arbitraje institucional se incorporan reglas procesales estándares elaboradas sobre la base de la experiencia de la institución arbitral, la que, igualmente, deja un margen de discreción a las partes para regular acerca de aspectos esenciales del arbitraje, bajo criterios diferentes a los puestos en el reglamento de la entidad arbitral (Rizto Carvaxo, Roger, *Desarrollo*

4. Supervisión de Conductas

Con toda razón se dice que las libertades otorgadas a los individuos no pueden ser llevadas por éstos a límites que supongan violaciones a derechos de terceros. El campo arbitral no puede ser la excepción.

En efecto, el libre procedimiento para el nombramiento de árbitros y la libertad de regulación del proceso conferido a las partes, así como la independencia de funciones puesta a favor de los árbitros, de conformidad con la legislación arbitral vigente⁽²⁶⁾, no los exonera del seguimiento de principios o normas de conducta cuyo cumplimiento deben respetar durante toda su participación en el arbitraje.

Dejando de lado el hecho concreto que las actuaciones de las partes –incorporando a ellas a sus representantes, abogados y asesores– y de los árbitros, voluntariamente y sin necesitar una institución que los controle, siguen en muchas ocasiones los cánones de conducta elementales para dotar al arbitraje de transparencia y confianza, no es menos cierto que, en otros casos, se han detectado irregularidades de contenido ético que no se ha sabido cómo solucionar.

Creemos que el arbitraje ad-hoc es más proclive de presentar estas inseguridades de orden ético en la actuación de partes y árbitros, dado que frente a ellos no existe una institución arbitral que defina a ciencia cierta lo que se puede o no se puede hacer, o decir, en las relaciones partes-árbitros-terceros. En cambio, en el arbitraje institucional se presenta una situación inversa: las partes y árbitros saben previamente cuáles son las líneas de conducta que deben seguir. Las primeras, al someterse y aceptar las normas de la entidad arbitral; y los segundos, al señalar que no tienen impedimento alguno para encargarse del arbitraje, sometiéndose a las reglas de la institución arbitral que los acoge.

Cabe advertir que los principales reglamentos arbitrales como los de la CCI, CIADI y UNCITRAL contemplan normas de conducta

y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú, Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002).

⁽²⁶⁾ Sobre estos asuntos, ver los artículos 18º, 21º y 35º de la LGA.

y principios éticos, como son los de independencia e imparcialidad⁽²⁶⁾. Sin embargo, ¿descartamos el arbitraje ad-hoc por la inexistencia de normas de conducta prefijadas y de una institución arbitral que las haga respetar? La respuesta es no, toda vez que no se requiere un código de ética para que las partes y árbitros se comporten debidamente. No obstante ello, la ventaja que trae un arbitraje institucional respecto del arbitraje ad-hoc, es que las normas de conductas reguladas en un código de ética bien estructurado, marca un derrotero que partes y árbitros están obligados a seguir.

En el caso particular de los árbitros, el arbitraje institucional destaca nitidamente sobre el arbitraje ad-hoc. Nos explicamos: no tenemos duda que el arbitraje vale por lo que valen los árbitros, siendo por tanto su elección, un factor determinante del futuro éxito del arbitraje⁽²⁷⁾. Por este motivo, las instituciones arbitrales procuran tener listas o registros de árbitros propios, con el objeto de destacar ante los usuarios de sus servicios, el grupo profesional y experimentado que tienen a su disposición; es más, el ingreso a estas listas de árbitros se perfecciona cada día más, pasando el postulante por una rigurosa evaluación de la institución arbitral, la que examina sus antecedentes académicos, profesionales y también personales.

De esta forma, las instituciones arbitrales tienen como una de sus principales tareas conformar una lista de árbitros idónea y especializada. Idoneidad, entendida como la aptitud del árbitro para solucionar las controversias presentadas, con el máximo de diligencia y

⁽²⁶⁾ Por ejemplo, el artículo 1º del Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima establece su observancia obligatoria para todos los árbitros, siendo también aplicable, entre otros, a las partes, sus representantes, abogados y asesores. Asimismo, sobre las normas éticas contenidas en el citado código se dice que éstas «...constituyen principios generales con el objetivo de fijar conductas de actuación procesal. No son limitativas ni excluyentes de otras reglas...». De lo expuesto, podemos ver cuatro características centrales de este código: (i) el carácter vinculante; (ii) la aplicación general; (iii) la definición de principios; y (iv) la descripción enunciativa, mas no taxativa, de conductas que pueden vulnerar las normasiéticas del Centro.

⁽²⁷⁾ CREMADES, Bernardo María, *Análisis comparativo de tribunales arbitrales permanentes*, cit. por ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 201.

conocimiento de la cuestión; y especialización de los árbitros, enfocada en los diversos campos del ordenamiento jurídico y de las actividades económicas. Al mismo tiempo, las listas de árbitros avaladas por la institución arbitral deben ofrecer transparencia, así como seguridad de imparcialidad y de independencia a las partes.

Lo anterior proyecta una doble confianza a las partes con relación a los árbitros: (i) que éstos, así no lo quisieran internamente, se verán compelidos a cumplir ciertas normas de conducta y asumir responsabilidades definidas, como el deber de declaración por ejemplo; y (ii) en la eventualidad de su incumplimiento, se sujetarán a las sanciones que les imponga la institución arbitral, las que pueden ir desde una simple amonestación, pasando a la suspensión temporal de su derecho a ser elegido como árbitro, llegando incluso a su separación definitiva de la lista, en caso se halle incorporado. Siendo que los árbitros «venden» su imagen de profesionales probos y competentes, la supervisión de sus conductas por parte de la institución arbitral resulta de vital importancia. Esto, se presenta siempre en el arbitraje institucional, pero no en el arbitraje ad-hoc.

5. Intervención Judicial

Una de las diferencias más importantes que distingue al arbitraje institucional del arbitraje ad-hoc es el grado de intervención que sobre ambos ejerce el Poder Judicial. Como principio, conviene señalar, el arbitraje goza de plena autonomía e independencia respecto del fuero judicial, salvo en aspectos limitados por la propia LGA que permite la participación de éste último, pero de manera residual⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Nos estamos refiriendo, básicamente, a los recursos de apelación y anulación que pueden presentarse contra el laudo arbitral, así como a las medidas cautelares y ejecución del laudo que se realizan en sede judicial. Al respecto, puede consultarse los artículos 63º, 71º, 79º y 83º de la LGA. En estos casos, obsérvese cómo la intervención del Poder Judicial es necesaria, incluso inexcusable, en tanto los árbitros no pueden revisar sus propios laudos (salvo que se trate de la corrección, integración o aclaración del laudo) ni tampoco ejecutarlos al carecer del poder de coerción respecto.

Sin embargo, ese rol subsidiario que ocupan los órganos judiciales, puede desbordarse cuando nos hallamos frente a un arbitraje ad-hoc. Nos explicamos mejor: en el arbitraje institucional situaciones de potencial entrapamiento del arbitraje, sea por falta de regulación de las partes o simplemente por ausencia de acuerdo entre ellas, viene ya solucionada por el reglamento de la institución a la cual han confiado la organización y administración del arbitraje. Justamente, en eso consiste el **aporte en predictibilidad y reducción de riesgos que ofrece el arbitraje institucional, en contraposición al arbitraje ad-hoc**, y que fuera materia de **comentario líneas arriba**.

En el arbitraje ad-hoc, por el contrario, son estas situaciones, siempre imprevistas e impensadas las que, de no existir buena voluntad de las partes ni mucho ánimo conciliador, van a terminar en manos de un órgano judicial, pese a que inicialmente fue eso lo que se buscó evitar⁽²⁹⁾.

A mayor abundamiento, vamos a **presentar algunas situaciones previstas en la LGA que conllevan a una intervención judicial más allá de lo estrictamente necesario**, pero que sucede producto de las limitaciones propias del arbitraje ad-hoc:

- a) *Designación de árbitros*: supone tomar decisiones o llegar a acuerdos con la parte contraria (dentro de plazos establecidos, sea para el nombramiento del árbitro de parte –en caso se trate de un cuerpo arbitral colegiado–, sea para el nombramiento del árbitro común –en caso se trate de un arbitraje unipersonal–; en caso no se alcance el nombramiento, éste será efectuado por el juez. Lo mismo ocurrirá si los árbitros de parte no se ponen de acuerdo acerca de la designación del tercer árbitro⁽³⁰⁾).

⁽²⁹⁾ Sobre el particular, con total acierto CROOK, PARR y FALGASOS señalan: «every time the defendant creates delays, or fails to file pleadings or evidence, or refuses to participate in hearings, the claimant has an unattractive choice: a) to ask a judge to intervene, thus ending up in an ordinary court, which is exactly what one wanted to avoid by drafting the arbitration clause...» (CROOK/PARR/FALGASOS, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., p. 51).

⁽³⁰⁾ «Artículo 21º.- *Libertad de procedimiento de nombramiento*.- Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de

b) *Incumplimiento del encargo para la designación de árbitros*: de conformidad con el artículo 20^o de la LGA, las partes pueden encargar a terceros la designación de uno o más árbitros⁽³¹⁾. Sin embargo, el incumplimiento o rechazo expreso del encargo, sumado a la falta de acuerdo de las partes para designar a un nuevo encargado dentro de un plazo prefijado, conllevará al nombramiento judicial del árbitro o árbitros⁽³²⁾. En este caso, como en el supuesto anterior, el nombramiento por el juez debe seguir un trámite sumamente engorroso, lleno de recursos, actuaciones y audiencias que terminan retrasando de manera considerable el inicio del arbitraje⁽³³⁾.

acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral.

Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez.

En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez.

(...)

⁽³¹⁾ «Artículo 20^o.- *Nombramiento*.- Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada.

Podrán designarse igualmente uno o más árbitros suplentes.»

⁽³²⁾ «Artículo 22^o.- *Incumplimiento del encargo*.- Si el tercero a que se refiere el Artículo 20^o, encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de el o los árbitros.»

⁽³³⁾ Al respecto, ver el artículo 23^o de la LGA.

c) *Recusación de árbitros*: nuevamente tenemos otro supuesto de hecho para la intervención judicial, este es, cuando se presenta la recusación del árbitro único al interior de un arbitraje ad-hoc; situación distinta ocurre en un arbitraje institucional, donde la recusación del árbitro único, de un miembro del Tribunal Arbitral, o incluso, de todos los integrantes del Tribunal, siempre será resuelta por la Corte o Consejo de Arbitraje de la institución arbitral⁽³⁴⁾. Igualmente, el trámite judicial resulta engorroso y lleno de obstáculos, perjudicando la celeridad y eficacia del arbitraje, lo cual es evidente que sea así, por cuanto se recurre a un tercero ajeno totalmente al proceso –el juez– quien muchas veces no tiene la experiencia ni el manejo de los temas arbitrales.

Asimismo, podríamos extender esta parte del artículo citando y comentando otros supuestos donde la falta de previsión normativa del arbitraje ad-hoc nos lleva a una intervención judicial, como es el caso de la designación de árbitros sustitutos por ausencia, enfermedad o muerte del titular, entre otros.

Nótese, además, que la intervención del Poder Judicial en cada uno de los casos presentados en nada atenta contra la independencia y autonomía del fuero arbitral. No es, por tanto, una interferencia

⁽³⁴⁾ «Artículo 31^o.- *Procedimiento de recusación*.- Durante el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el Artículo 23^o, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro.

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad.

Contra la resolución que el Juez, la Institución Organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio.

El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.»

indebida, sino una participación necesaria para subsanar los «huecos» dejados por la falta de regulación presentada en el arbitraje ad-hoc⁽³⁵⁾.

6. Costos del Arbitraje

Definitivamente un tema delicado (casi tabú) es el relativo a los costos que las partes deben asumir para llevar a cabo un arbitraje, asunto que, por cierto, termina siendo el peso real de la balanza para inclinarse por un arbitraje ad-hoc, en vez de seguir un arbitraje institucional.

Se ha sentido –equivocadamente desde mi punto de vista– la idea de que el arbitraje ad-hoc es más económico que el arbitraje institucional por dos factores: (i) los honorarios de los árbitros pueden ser tabulados con ellos; y (ii) no se pagan gastos administrativos por los servicios que presta la institución arbitral. Si bien es cierto, dicen los defensores de esta postura, hay una serie de costos fijos y gastos corrientes que deben asumirse, el balance termina siendo siempre positivo para el arbitraje ad-hoc contra lo que puede arrojar un arbitraje institucional.

La anterior es una verdad a medias, por lo tanto, no es correcta esa afirmación. En primer lugar, en un arbitraje ad-hoc las partes no

⁽³⁵⁾ Fenómeno distinto hemos venido apreciando en los últimos tiempos, donde a través de acciones de garantía y medidas cautelares presentadas cuando ya se inició el arbitraje, la parte inconforme con el sometimiento al fuero arbitral o con las decisiones adoptadas por los árbitros, interrumpe el trámite del proceso, buscando la suspensión o archivo definitivo del expediente arbitral.

Lo acontecido motivó un pronunciamiento acertado del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien, a través del Oficio Circular N° 005-2005-P-CS-PJ de fecha 4 de julio de 2005 señaló: «Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el Arbitraje es un instrumento o medio destinado a solucionar controversias disponibles y, generalmente, tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes -convenio arbitral-; es decir, búsqueda de solución consensual; y se desarrolla conforme a sus propias reglas de procedimiento. Conviene a la elevada finalidad de la función judicial, que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, la Ley General de Arbitraje N° 26572 y, demás disposiciones legales sobre la materia; esto, a efecto de evitar colisiones innecesarias...».

saben cuánto van a pagar, en otras palabras, inician el proceso sin certeza respecto al monto de los gastos arbitrales, asunto que se decidirá posteriormente cuando se instale el Tribunal Arbitral. En segundo lugar, los criterios para determinarlos son subjetivos, quedando generalmente a criterio o discreción de los árbitros. Y en tercer lugar, las partes poco o nada pueden hacer si se les exige un incremento en el pago de los gastos arbitrales, requerimiento que, de no cumplirse, implica serios inconvenientes en el desarrollo del proceso arbitral.

En el arbitraje institucional, en cambio, la determinación de los gastos arbitrales⁽³⁶⁾ tiene dos factores fundamentales: (i) existe certeza acerca del monto desde un primer momento, en vista que las instituciones arbitrales cuentan con Reglamentos de Aranceles que determinan de antemano el costo del arbitraje, por lo que, sea mucho o poca la suma a cancelar, las partes saben antes de iniciar el arbitraje cuánto les va a costar; y (ii) las tarifas son fijadas siguiendo criterios objetivos, ya que las instituciones arbitrales toman como punto de referencia la suma controvertida, a la que se aplica una tasa predeterminada, incluyendo, en casos con cuantías muy elevadas, topes máximos de pago, eliminando así cualquier atisbo de discrecionalidad o arbitrariedad de parte de la institución⁽³⁷⁾.

En conclusión, certidumbre y objetividad son los rasgos distintivos del costo del arbitraje en un arbitraje institucional. Sin embargo, podría refutarse que, pese a estas bondades, el arbitraje ad-hoc sigue siendo en algunos casos menos oneroso que el arbitraje institucional.

⁽³⁶⁾ Los gastos arbitrales son resultado de la sumatoria de los honorarios de los árbitros por el desempeño de sus funciones, más los gastos administrativos correspondientes a la institución arbitral por los servicios que presta en la administración y organización del arbitraje.

⁽³⁷⁾ Conviene advertir que esto funciona cuando las pretensiones invocadas por las partes son determinadas. De esa manera, al tener cuantía conocida, puede efectuarse el cálculo de los gastos arbitrales respectivos sobre la base de la Tabla de Aranceles. Sin embargo, si la cuantía es indeterminada, deberá ser la Corte o Consejo de Arbitraje de la institución arbitral el encargado de fijarla.

Nuevamente una verdad a medias, y explicamos por qué. En valores nominales, puede ser que la suma a pagar en un arbitraje ad-hoc resulte menor que en un arbitraje institucional, para el mismo caso. No obstante, el valor real sí varía, y muchas veces, de manera considerable, con lo que los costos del arbitraje terminan elevándose más en un arbitraje ad-hoc que en uno institucional.

Pensemos, a modo de ejemplo, en la dificultad de iniciar el proceso por falta de acuerdo de las partes en la conformación del Tribunal Arbitral, o en los problemas para llevar a cabo actuaciones probatorias por falta de previsión normativa, o en los retrasos como consecuencia de la recusación o renuncia de algún árbitro y la consiguiente intervención del Poder Judicial, entre otros⁽³⁸⁾.

¿No termina, frente a estas hipótesis, cumpliéndose el viejo refrán en el sentido que siempre «lo barato sale caro»?

En suma, consideramos que **el arbitraje institucional reduce costos de transacción, anteponiendo el valor real –medido en términos de rapidez, previsibilidad, experiencia y eficacia– sobre el mero valor nominal que se muestra para promocionar el arbitraje ad-hoc.**

7. Soporte Institucional

Si hay un valor agregado propio del arbitraje institucional que los arbitrajes ad-hoc nunca van a estar en posibilidad de ofrecer, ese es el soporte institucional. Entendemos por este soporte, la capacidad que tienen las instituciones que auspician arbitrajes de «proteger» a sus centros de arbitraje y a sus árbitros de factores externos que puedan perturbar el normal desarrollo de sus actividades.

⁽³⁸⁾ Roca Martínez, en un criterio que compartimos plenamente, afirma que «... la intervención de una institución arbitral va a suponer un encarecimiento del arbitraje, debiendo las partes sufragar tanto los honorarios de los árbitros como los gastos originados por la administración del mismo. Aún así, las ventajas apuntadas creo que son lo suficientemente significativas como para valorar de forma muy positiva la utilización del arbitraje institucional, y considero lógica y comprensible la acogida favorable que la doctrina científica le ha dispensado...» (ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 184).

De alguna manera, las presiones externas son asumidas por la «institución madre», dentro de la cual el centro de arbitraje y los árbitros ejercen sus funciones, dejando a éstos enfocados exclusivamente en la problemática del caso arbitral.

Incluso, cuestiones trascendentes como la ejecución de laudos se ven fortalecidos con el «blindaje» que le ofrece la institución arbitral. Como dice Born «... an award rendered under the auspices of a leading arbitration institution may carry greater weight in national court enforcement proceedings than an ad hoc award. U.S., English, and other courts have commented favorably on various arbitration institutions in enforcing their awards»⁽³⁹⁾.

El soporte institucional funciona mejor cuanto más reconocido sea el prestigio y la experiencia de la institución que auspicia su centro. Esto último permite, además, que se decante un proceso de institucionalización, altamente positivo en toda esfera de la convivencia social. Adicionalmente, para seguir ese camino, la institución debe modernizarse y adaptarse a los nuevos tiempos, lo que termina, de manera colateral, modernizando y adaptando a su centro de arbitraje a las nuevas etapas de su vida institucional en función a los requerimientos sociales; siendo ello un fenómeno sumamente interesante que en un arbitraje ad hoc no se va a presentar.

IV. EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

1. Apuntes introductorios

La institución arbitral es una entidad especializada, cuya actividad es la prestación de servicios de organización y administración de arbitrajes. En tal sentido, está constituida por técnicos y profesionales conocedores del fenómeno arbitral, razón por la cual, las partes no requieren tener un conocimiento al detalle del arbitraje ni de sus normas reguladoras⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ BORN, Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer, Boston, 1999, p. 56.

⁽⁴⁰⁾ Roca Martínez, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 181.

