

RUIDO EN LA CALLE PRINCIPAL: LAS REGLAS DE JUEGO EN EL ARBITRAJE Y SUS PELIGROSAS DISTORSIONES

Roger Rubio Guerrero*

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos hoy en día utilizado frecuentemente y, principalmente, en aquellas disputas surgidas en el marco de grandes operaciones y donde la resolución de dicha controversia tiene importantes repercusiones, tanto económicas como a nivel social.

Tomando como punto de partida lo mencionado en el párrafo anterior, el autor desarrolla los principales aspectos del arbitraje, especialmente aquellos relacionados con el iter arbitral, entre los que se encuentra la aplicación supletoria de la normativa procesal, lo cual en gran medida es cuestionado por el autor, por la gran diferencia entre el origen y contenido de ambos mecanismos de resolución de conflictos, las facultades de las partes y de los árbitros al inicio y al final de la controversia, resaltando las de los últimos, quienes, en función a los caracteres de flexibilidad y discrecionalidad (no abusiva), tienen la posibilidad de interpretar lo dispuesto en el convenio arbitral y en las normas aplicables a la controversia, entre otros temas fundamentales cuyo conocimiento es de vital importancia para cualquier operador jurídico.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Comisión Técnica designada por Resolución Ministerial 027-2006-JUS para la revisión de la Ley General de Arbitraje.

SUMILLA: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN LEGAL. a) Las fuentes del arbitraje moderno. b) Autonomía del arbitraje frente al proceso civil. c) Roles normativos diversos. d) Judicialización del arbitraje. III. AUTONOMÍA DE LAS PARTES. a) *Ad hoc* versus institucional. b) Derecho versus conciencia. c) Composición del Tribunal Arbitral. d) Regulación del proceso. e) Costos arbitrales. IV. LAS REGLAS DEL ARBITRAJE. a) La determinación de las reglas. b) Pactos especiales. c) Las reglas frente a la ley. d) ¿Procedimiento supletorio legal? e) Mutabilidad y flexibilidad de las reglas. f) Flexibilidad e inflexibilidad de los plazos. g) Flexibilidad versus Preclusión. h) Flexibilidad en los honorarios y gastos arbitrales. V. DISCRECIONALIDAD DE LOS ÁRBITROS. a) Discrecionalidad para fijar las reglas del proceso. b) Discrecionalidad para conducir el proceso. c) Discrecionalidad para resolver sobre su propia competencia. d) Discrecionalidad para resolver vacíos y lagunas. e) Discrecionalidad para valorar los medios probatorios. f) Discrecionalidad para fijar los honorarios y gastos arbitrales. VI. EL CONTROL INSTITUCIONAL. a) Control prima facie. b) Control sobre la designación de los árbitros. c) Control sobre la imparcialidad de los árbitros. d) Control sobre las actuaciones arbitrales. e) Control sobre el laudo. f) Control sobre los honorarios y gastos arbitrales. VII. Checks & balances.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley General de Arbitraje de 1996 (Ley 26572) cerró el camino de reforma iniciado con la Ley General de Arbitraje de 1992 y abrió un nuevo capítulo en la regulación y en la práctica del arbitraje en nuestro país. La norma como núcleo propulsor permitió la reactivación y la creación de instituciones arbitrales, interés académico y profesional, y el desarrollo de un mercado arbitral en progresivo crecimiento. La actividad arbitral ha sido intensa en estos diez años, hemos experimentado una evolución significativa de una práctica cerrada y rudimentaria del arbitraje a una práctica de mercado con una amplia variedad de oferta de servicios de instituciones y árbitros y una demanda creciente de arbitrajes en diversos sectores. Sin embargo, el desarrollo actual del arbitraje todavía tiene mucho de esos rasgos rudimentarios propios de una cultura sin tradición arbitral, con fuertes íconos legales (como el proceso civil) que dificulta la autonomía y la consolidación de esta institución.

Pero, ¿cuáles son los indicadores o cuáles son las causas de este desarrollo arbitral con cánones

rudimentarios? Entre los indicadores podemos señalar, de un lado, la judicialización del arbitraje, en sus dos vertientes, mediante el traslado de la lógica del proceso civil a los procesos arbitrales y mediante la intervención judicial en los procesos arbitrales propiciada por los abogados de las partes y, de otro lado, los árbitros que no se conducen con independencia o imparcialidad o que no tienen condiciones para conducir un proceso y en ocasiones para resolver la materia controvertida, y las instituciones arbitrales que no cuentan con reglas eficientes de arbitraje y no toman decisiones neutrales. Entre las causas, tenemos la falta de información de los operadores sobre las reglas de juego del arbitraje y sobre sus propios roles y, como telón de fondo, la resistencia de la cultura legal a los paradigmas arbitrales.

El desarrollo autónomo de la institución abre nuevas compuertas, nuevas discusiones y nuevos principios que permiten ampliar las fronteras del arbitraje; un mercado más desarrollado y con mayor información, a su vez, permite mejorar la calidad del servicio y los precios por los servicios arbitrales. Es necesario, sin embargo, eliminar o neutralizar las distorsiones observadas para facilitar este tránsito; es necesario una ley arbitral eficiente y unas reglas arbitrales eficientes; es necesario que las partes, los árbitros y las instituciones conozcan sus roles y sus límites y que el sistema judicial cumpla con controlar y apoyar el desarrollo de la institución. En este trabajo nos aproximaremos a cada uno de estos vértices en la estructura arbitral, tratando de explicar su significado y su radio de acción, y advirtiendo de los riesgos y distorsiones de la práctica arbitral de nuestro medio.

II. LA REGULACIÓN LEGAL

La regulación arbitral, especialmente en países sin tradición arbitral como el nuestro, es uno de los factores que determina la práctica y el uso del arbitraje en un contexto determinado. Por ello, es sumamente importante tener una ley que sea favorable al desarrollo del arbitraje, que elimine las barreras de acceso al arbitraje, que garantice la ejecución del convenio arbitral como la ejecución del laudo, que reconozca la libre elección de los árbitros y que reduzca la intervención judicial en los procesos arbitrales. Pero ¿cuáles con los referentes o los estándares que debemos usar?

a) Las fuentes del arbitraje moderno

El arbitraje internacional ha experimentado un importante desarrollo, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, impulsado por la celebración y ratificación de instrumentos inter-

nacionales vinculantes y el rol protagónico de instituciones que han producido normas, reglas y principios convencionales y costumbres no escritas. La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (CIADI o Convención de Washington), la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1975 (Convención de Panamá), y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones de 1985 (MIGA o Convención de Seúl) constituyen el grupo de instrumentos multilaterales sobre la materia que ha venido extendiéndose en diversos contextos, así como también los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) y los Tratados de Libre Comercio (FTAs) que también incorporan disposiciones arbitrales para la solución de controversias.

Las tradiciones jurídicas del mundo confluyen, de otro lado, en instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, "CCI")¹, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, "LCIA")², la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante, "AAA")³ y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, "CIADI")⁴, desde donde se generan y producen decisiones, reglas, principios, usos y costumbres en la materia derivados de la organización y administración de los casos. De otro lado, instituciones como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁵, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁶, la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD)⁷, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)⁸ y la International Bar Association (IBA)⁹ producen documentos internacionales (*soft law*) que sirven de referencia

en la regulación y práctica del arbitraje en todo el mundo.

Estas son las fuentes principales del arbitraje moderno y que es necesario tener en cuenta al aproximarnos a una regulación eficiente del arbitraje. La Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 es uno de los estándares internacionales más aceptados y más usados en el mundo para regular estructuras arbitrales. La parte dramática, sin embargo, viene al hacer el "encuadre" de este estándar internacional a la legislación local, en particular en países en desarrollo; si el encuadre es inadecuado o excesivo, la estructura arbitral se puede tornar ineficiente; si, por el contrario, el encuadre es adecuado y no altera la estructura arbitral estandarizada, es probable que al menos la ley no sea un obstáculo para el desarrollo del arbitraje en esos países¹⁰. El legislador arbitral local debe adecuar, considero, los estándares internacionales cuando existe la necesidad específica de adecuar, debe evaluar la necesidad de incorporar soluciones de estándares arbitrales a problemas locales frecuentes en la práctica arbitral, y debe hacer un esfuerzo por mantener un equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad de los árbitros.

Un Derecho arbitral moderno de arbitraje, se ha señalado, depende de cuatro actores esenciales en el mundo internacional: los inversionistas internacionales, UNCITRAL, las instituciones arbitrales; y, los árbitros internacionales. Cada uno de estos actores clasifica los derechos arbitrales del mundo para: (i) escoger sedes arbitrales, en atención a criterios como una legislación favorable al arbitraje basada en la Ley Modelo UNCITRAL que garantice la eficacia del arbitraje y la ejecución del laudo; la ratificación de la Convención de Nueva York para asegurar que las cortes nacionales, por aplicación analógica del artículo V, no anulen el laudo arbitral por razones distintas de aquellas mencionadas en dicha norma; la actitud de las cortes nacionales frente al arbitraje para respetar los principios de

¹ Ver: www.iccwbo.org/court/arbitration/.

² Ver: www.lcia-arbitration.com.

³ Ver: www.adr.org.

⁴ Ver: www.worldbank.org/icsid/.

⁵ Ver: www.uncitral.org.

⁶ Ver: www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068.

⁷ Ver: www.oecd.org.

⁸ Ver: www.unidroit.org.

⁹ Ver: www.ibanet.org.

¹⁰ En América Latina hemos asistido, en los últimos años, a una reforma de las legislaciones arbitrales, como en el caso de México (1993), Guatemala (1995), Perú (1996), Brasil (1996), Bolivia (1997), Ecuador (1997), Costa Rica (1997), Venezuela (1998), Colombia (1998), Panamá (1999), Honduras (2000), Paraguay (2002), Chile (2004) y Nicaragua (2005). Sin embargo, son consideradas sólo como legislaciones arbitrales basadas en la Ley Modelo UNCITRAL las legislaciones de México, Guatemala, Perú, Paraguay, Chile y Nicaragua. Ver: www.uncitral.org.

autonomía del acuerdo arbitral y del *Kompetenz-Kompetenz*; y, (ii) no intervenir en los procesos arbitrales en curso. En líneas generales, cuando las disposiciones del Derecho Arbitral reconocen y desarrollan al máximo dos elementos esenciales de la definición del arbitraje, que el arbitraje proviene de un contrato y que los árbitros tiene la misión de dirimir la controversia¹¹.

La modernización de nuestro Derecho arbitral se inició con la ratificación de la Convención de Nueva York¹² y la Convención de Panamá¹³ a fines de los 80, continuó luego con la ratificación de la Convención de Seúl (MIGA)¹⁴ y la Convención de Washington (CIADI)¹⁵ a principios de los 90, y tomó un mayor impulso en 1996, con la Ley General de Arbitraje, Ley 26572 (en adelante, "LGA") que, inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, sentó las bases de un desarrollo moderno y autónomo del arbitraje. La práctica arbitral, sin embargo, está todavía lejos de los estándares arbitrales modernos; en líneas generales, no hay todavía un desarrollo máximo del potencial de la autonomía de la voluntad, no hay un ejercicio adecuado de la discrecionalidad de los árbitros y, en ocasiones, los jueces no terminan de entender su rol frente al arbitraje.

b) Autonomía del arbitraje frente al proceso civil

Una de las peligrosas distorsiones del arbitraje de hoy en nuestro medio es desconocer todo este legado y todo este desarrollo internacional del arbitraje y cambiarlo por una perspectiva eminentemente "procesal" del arbitraje que no se limita a buscar puentes, sino a trasladar abiertamente las normas e instituciones del Derecho Procesal Civil a los procesos arbitrales, sin tener en cuenta los principios, las reglas y la lógica propia de un arbitraje.

Esta suerte de "judicialización" del arbitraje en nuestro medio se activa por obra y gracia de la interpretación laxa de un dispositivo legal y una premisa teórica equivocada, ambas estrechamente vinculadas. La norma en cuestión es la primera disposición complementaria y final del Código

Procesal Civil, que literalmente expresa que "las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza". Los abogados en ejercicio en litigios civiles, y algunos árbitros también, formados en ejercicio en litigios civiles, han encontrado esta palanca perniciosa para trasladar toda la lógica procesal a los procesos arbitrales ante los vacíos y lagunas de la ley arbitral y de las reglas de arbitraje, sin reparar en los alcances y el sentido de esta supletoriedad¹⁶.

En efecto, la norma expresa que la supletoriedad funciona bajo dos supuestos: i) respecto de los "demás ordenamientos procesales"; y, ii) siempre que sean "compatibles con su naturaleza". La pregunta entonces salta a un doble nivel: de un lado, ¿es el arbitraje un *ordenamiento procesal*? y, de otro lado, ¿es la norma procesal civil *compatible* con la naturaleza del arbitraje? Es probable que no se haya reparado en estas condiciones para la aplicación supletoria de la norma, pero en caso se haya hecho el ejercicio, lo más probable es que la respuesta haya sido afirmativa porque hemos asumido como premisa teórica que el arbitraje es en esencia un "proceso" y que, como tal, funciona o puede funcionar con las mismas instituciones del proceso civil.

Sin asomarnos siquiera a la extensa discusión jurídica sobre las teorías del arbitraje y su intensidad en relación con determinada tradición jurídica, debemos decir que la realidad del proceso no alcanza ni explica *per se* la dimensión compleja del arbitraje. En términos latos, puede decirse que el arbitraje nace mediante el acuerdo de las partes y se despliega o discurre en un proceso arbitral, pero con esto sólo estamos saltando las puntas de los icebergs; detrás de esta reducción o simplificación existe una intensa correlación entre la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad de los árbitros mediante acuerdos y reglas arbitrales que estructuran una dinámica arbitral lejana a la lógica del proceso civil y de sus normas imperativas.

La constatación del despliegue de actividad procesal de las partes para alegar y probar su posición ante un Tribunal imparcial e independiente encargado

¹¹ Comparar: SILVA ROMERO, Eduardo. "Breves observaciones sobre la "modernidad" del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley Española de Arbitraje". En: Tribuna Abierta 9. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. 2004. pp. 12-14.

¹² Aprobado por Resolución Legislativa 24810 de 12/5/1988 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25/5/1988).

¹³ Aprobado por Resolución Legislativa 24924 de 25/10/1988 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10/11/1988).

¹⁴ Aprobado por Resolución Legislativa 25312 de 2/4/1991 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 3/4/1991).

¹⁵ Aprobado por Resolución Legislativa 26210 de 2/7/1993 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10/7/1993).

¹⁶ Una posición favorable a este corriente véase en LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Apuntes introductorios sobre la conveniencia de ciertas modificaciones a la Ley General de Arbitraje". En: Homenaje a Max Arias Schreiber. Academia Peruana de Derecho. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. pp. 221-227.

de conducir las actuaciones y de resolver la controversia, no convierte al proceso arbitral en un proceso que responda a la lógica y a la naturaleza de un proceso civil. Las mismas instituciones en cada proceso pueden, de hecho, tener un contenido y una aplicación diferente, y existen instituciones propias del arbitraje que no tienen aplicación en el proceso civil, como la autonomía del convenio arbitral o el principio del *Kompetenz-Kompetenz*, de manera que las coordenadas en cada caso son divergentes. Es probable que el arbitraje regulado en las codificaciones procesales decimonónicas como un “juicio arbitral”, con una fuerte intervención judicial y remisiones normativas a las reglas procesales generales, sea un arbitraje compatible con el proceso judicial o un ordenamiento o subordinamiento procesal sujeto al proceso civil¹⁷, pero el arbitraje de hoy responde al desarrollo del arbitraje internacional y, en nuestro caso, afortunadamente, tenemos una ley con vocación autónoma que tiene una fuerte influencia de estándares arbitrales internacionales como la Ley Modelo UNCITRAL. El arbitraje no es, entonces, puramente un “proceso” o un “ordenamiento procesal” o un proceso que sea “compatible” con el proceso civil; el arbitraje desborda estos parámetros, tiene sus propias reglas de juego y sus propias instituciones¹⁸.

c) Roles normativos diversos

La Ley General de Arbitraje como el Código Procesal Civil son dos estructuras diversas que funcionan en contextos diferentes y con reglas de juego distintas. Cuando, en ejercicio de su libertad contractual, las partes pactan un convenio arbitral, lo que están haciendo en buena cuenta es huir de la esfera judicial, de sus operadores y de sus normas para trasladarse a una esfera arbitral con otros actores y otras reglas de juego. De manera que es un contrasentido salir de la jurisdicción de los jueces para someternos

a la decisión de árbitros que actuarán con las mismas reglas de juego judiciales; esta es una grave distorsión en cualquier sistema arbitral y un camino seguro a la judicialización del arbitraje, con todas las consecuencias que ello supone.

Hay que entender, en este sentido, el rol de una ley de arbitraje y el rol de una ley procesal civil. En el primer caso, nos encontramos ante un marco legal que ofrece una estructura arbitral basada en la autonomía de las partes y en la discrecionalidad de los árbitros, y que les confiere la potestad de diseñar y controlar reglas del proceso acordes con las necesidades de cada conflicto en particular, con amplios márgenes de flexibilidad y garantizando la igualdad de las partes y el derecho de defensa; en el segundo caso, la ley procesal civil está estructurada, de manera general para todos los justiciables de la sociedad y para toda clase de procesos, en un sistema centralizado de resolución de conflictos donde las normas tienen el carácter de imperativas y garantistas del debido proceso. Estos diversos roles encuentran fundamento en la naturaleza de cada sistema de solución de controversias; en un caso estamos ante una esfera privada a la que se llega para resolver una controversia determinada por libre acuerdo de las partes, mientras que en el otro caso estamos ante la jurisdicción estática que tiene la función de impartir justicia por mandato constitucional a toda la sociedad.

Una ley arbitral no tiene por eso vocación para codificar todos los supuestos de la doctrina o de la práctica arbitral, es sólo un “marco” que las partes y los árbitros pueden utilizar para el desarrollo de cada arbitraje. Si no existe regulación específica para supuestos determinados en la ley arbitral, es necesario crear las reglas arbitrales para dichos supuestos o adoptarlas de otros instrumentos arbitrales o recogerlas de los usos y costumbres de la

¹⁷ Recordemos como, en su artículo 57, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 expresaba que los interesados someten sus diferencias a la decisión de los árbitros o facultándoles para que sustancien las causas con sujeción a este Código y las sentencien conforme a leyes (árbitros *iuris*) o para que, averiguada la verdad y guardando sólo la buena fe, determinen las cuestiones como amigables componedores (árbitros arbitrales); y luego como en el artículo 1567 expresaba que los árbitros *iuris* sustanciarán y resolverán las causas en las que son nombrados, por los trámites establecidos en este Código para el juicio ordinario. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, por su parte, expresaba en su artículo 560 que si el compromiso no contenía estipulaciones sobre el procedimiento, los árbitros al abrir el juicio establecían los términos y modo de proceder y, en lo que no estuviera establecido, se observarían las reglas del juicio ordinario. Esta concepción todavía se encontró en la Ley General de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley 25935) que, con desacierto, establecía en el inciso 6 del artículo 28 que los árbitros dictaban las reglas complementarias que fueran necesarias y que, si no lo hacían, en los arbitrajes de derecho se aplicaban supletoriamente las reglas correspondientes al proceso abreviado, con exclusión de las referidas a los medios impugnatorios. Afortunadamente, en la Ley General de Arbitraje de 1996 se eliminó toda aplicación supletoria de normas del proceso civil.

¹⁸ Para quienes de manera inadvertida pretendan tomar como ejemplos la ley austriaca (2005), ley alemana (1998), la ley belga (1998) y la ley holandesa de arbitraje (1986) como regulaciones arbitrales contenidas dentro de los respectivos códigos procesales de dichos estados, es necesario precisar que esta situación no supone en ningún caso una sujeción del arbitraje frente al proceso civil. Se trata de una cuestión de ubicación normativa que no afecta en nada los contenidos propios de un arbitraje moderno; de hecho, la ley austriaca y la ley alemana están basadas en la Ley Modelo UNCITRAL. Otras legislaciones recientes, por el contrario, optan por una regulación separada con la misma autonomía de contenido frente al proceso civil, como es el caso de la ley inglesa (1996), la ley irlandesa (1998), la ley sueca (1999), la ley española (2003), la ley noruega (2005) y la ley danesa de arbitraje (2005), todas ellas basadas en la Ley Modelo UNCITRAL. Ver: www.uncitral.org.

práctica arbitral o de documentos de estándares arbitrales internacionales o, en definitiva, de los principios generales del Derecho¹⁹. La norma procesal civil ofrece soluciones para un proceso civil, no para un proceso arbitral; peor aún, la norma procesal civil puede regular de manera deficiente determinada institución cuando en la doctrina, en la jurisprudencia o en la misma legislación procesal comparada pueden encontrarse soluciones que son más adecuadas para el supuesto en concreto, por lo que, en definitiva, la aplicación supletoria nos podría condenar a una solución unívoca, rígida e ineficiente.

d) Judicialización del arbitraje

La judicialización del arbitraje es un fenómeno que también se experimenta en el arbitraje internacional, producto del incremento en competitividad y diversidad de los negocios internacionales y de la confluencia de tradiciones y culturas jurídicas²⁰, y también en ámbitos nacionales frente al incremento de su uso y la creciente participación de los abogados²¹. En nuestro caso, la judicialización del arbitraje es una reacción de la cultura legal frente al desarrollo de una institución eficiente para resolver controversias, con la finalidad de “domesticarlo” o atraparlo bajo cánones o patrones “conocidos”. De un lado, se propicia el traslado irreflexivo de las instituciones procesales a un proceso arbitral con la finalidad de entrapar u obstruir el desarrollo del arbitraje o con el único ánimo de “usar” las únicas reglas de juego que se conocen para dilatar un proceso.

De otro lado, cuando las soluciones de la ley arbitral o las decisiones de los árbitros no satisfacen los intereses de las partes, se promueve una intervención judicial no prevista en la norma con la misma finalidad de entrapar u obstruir el arbitraje. Estas dos vertientes de la judicialización del arbitraje son la mayor amenaza a la funcionalidad del sistema.

Como se observa en la práctica arbitral, los abogados de las partes han extendido a diversos procesos arbitrales las normas del Código Procesal Civil sobre representación procesal, acumulación, intervención de terceros, notificaciones por edicto, nulidad de actos procesales, ofrecimiento y actuación de pruebas, cuestiones probatorias, desistimiento, excepciones, rebeldía, saneamiento procesal, saneamiento probatorio, fijación de puntos controvertidos y medidas cautelares. Cada una de estas situaciones procesales, o no tienen aplicación o no son necesarios en un arbitraje, o tienen un contenido o una aplicación diferente. Cuando estamos frente a árbitros experimentados o con conocimientos en la materia, el impacto de esta invasión procesal es adecuadamente controlada y neutralizada, pero cuando estamos frente a árbitros inexpertos o que tienen una aproximación procesal al arbitraje, este factor exógeno convierte al arbitraje en una secuencia amorfa, rígida y dilatada, donde los abogados de las partes reproducen en sede arbitral su actuación en los procesos civiles en perjuicio de un desarrollo eficiente de las actuaciones arbitrales.

¹⁹ En materia internacional, en la experiencia de CCI el camino de la autonomía se inició con el Reglamento de 1975. Como apuntan Derains y Schwartz: “Hace 30 años, los árbitros se remitían con frecuencia al derecho procesal nacional aplicable del lugar del arbitraje para abordar las cuestiones de procedimientos que podían surgir en el transcurso de éste. Así, antes de 1975, el Reglamento estipulaba que en los casos que no contemplara y siempre que las partes no hubieran escogido una “ley de procedimiento”, el árbitro debía acudir a “la ley del país en el que el árbitro realiza los procedimientos”. Sin embargo, en 1975, en la que fue calificada como una innovación revolucionaria, se revisó el Reglamento a fin de separar, en la medida de lo posible, el arbitraje de la ley de procedimiento local. Así, según el art. (sic) 11 del Reglamento adoptado en ese año, los árbitros fueron autorizados a decidir las cuestiones de procedimiento a su criterio y sin referencia a ninguna ley nacional o conjunto amplio de normas de procedimiento. Este principio fundamental todavía caracteriza el art. (sic) 15 (...)”. Ver: DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”. México-Oxford. 2001. pp. 255-256.

²⁰ Comparar: PLANTEY, Alain. “El arbitraje internacional en un mundo en cambio”. En: El Arbitraje Comercial Internacional. Suplemento Especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. 1995. pp. 19-20; CREMADES, Bernardo. “Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional”. En: Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima 1. Año 86. 1998. p. 80; VON MEHREN, Robert B. “An international arbitrator’s point of view”. En: American Review of International Arbitration 10. 1999. pp. 207-209; y, ROBERTS, Catherine A. “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”. En: Michigan Journal of International Law 23. Invierno 2002. pp. 350-354.

²¹ Particularmente, en Estados Unidos donde Carbonneau advierte: “On the other hand, increased recourse to arbitration in matters of civil litigation has enhanced lawyer participation in the arbitral process. Lawyer presence in arbitration has not engendered the conversion of litigators to a different religion of dispute resolution. Rather, the participation of lawyers has transformed arbitral proceedings into more formal and adversarialized procedures. The staples of trial practice –pre-trial discovery, depositions, interrogatories, the use of expert witnesses and of cross-examination, and evidentiary battles– have been transplanted and integrated into many domestic arbitrations. The “judicializing” of arbitration through lawyer participation in arbitral proceedings may allow due process protections to be incorporated into the “unofficial” court system for civil litigation, but it will also undermine arbitrations procedural efficiency and common sense approach to dispute resolution. There will be procedural due process, but arbitral justice will mirror the deficiencies of judicial justice.” Ver: CARBONNEAU, Tom. “Cases and Materials on Commercial Arbitration”. Adams & reese legal series. Volumen 1. 1997. p. 14. Por su lado, Phillips señala: “The criticism that arbitration is losing its allure because it mimics litigation is due largely to the increasing role lawyers play in the process. Because arbitration is a consensual process crafted by the parties, generally through their attorneys, they are in the drivers’s seat when it comes to the process that they get. If the seek continuances, file multiple motions, and seek extensive discovery, then the process will seem like a court proceeding. Arbitrators, whose role it is to manage the process, can encourage attorneys to curb their enthusiasm for litigation procedures, emphasize the need for efficiency, and issue rulings that will expedite the process while maintaining fairness. This is essential if arbitration is to remain a viable forum. However, in addition, attorneys need sound training in arbitration advocacy.” Ver: PHILLIPS, Gerald F. “Is creeping legalism infecting arbitration?” En: Dispute Resolution Journal. American Arbitration Association. Febrero-Abril 2003. p. 20.

Como se observa, también en la práctica arbitral se han producido diversas interferencias judiciales en los procesos arbitrales producto de acciones de amparo, acciones penales y medidas cautelares dirigidas a obstruir o paralizar el desarrollo de un arbitraje. Esta es, sin duda, la expresión más peligrosa de la judicialización del arbitraje, que no sólo depende de una regulación adecuada que defina y excluya supuestos de intervención judicial, sino sobre todo de la cultura legal de los mismos jueces; si de parte de los jueces existe información y conocimientos sobre el rol que deben cumplir en los procesos arbitrales, existen mayores probabilidades de que sean ellos mismos los que controlen su propia intervención en los supuestos previstos en la ley (autocontrol).

Frente a esta situación, debemos conservar y proteger la autonomía del arbitraje como institución, como disciplina y como instancia de resolución de conflictos ante la interferencia de las normas del proceso civil y las interferencias judiciales en el proceso arbitral. Los abogados de las partes deberían informarse y entrenarse en Derecho arbitral para ofrecer a sus clientes una más eficiente defensa de su caso y los árbitros, de otro lado, deberían ser más firmes y menos permisivos frente a tácticas dilatorias o procesales que perjudican una conducción eficiente del arbitraje²².

III. AUTONOMÍA DE LAS PARTES

La autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje; el acuerdo de las partes permite el

acceso al arbitraje y puede estructurar y orientar el desarrollo de un arbitraje²³. El convenio arbitral materializa estos acuerdos en distintos planos con la finalidad de asegurar la eficiencia del arbitraje. Pero, ¿cuáles son esos acuerdos que debe contener un convenio arbitral? En materia internacional, las cláusulas arbitrales deben considerar la elección de un arbitraje institucional, los requisitos, el número y la designación de los árbitros, la normativa aplicable, las reglas del proceso, el lugar del arbitraje, el idioma del arbitraje, provisiones para controlar la autoridad en el arbitraje, provisiones sobre la forma del laudo o sobre los estándares de revisión judicial de los mismos, entre otros pactos que deben considerarse según la experiencia y la práctica arbitral internacional²⁴. En un arbitraje doméstico, deben considerarse cinco aspectos básicos: a) la elección del tipo de arbitraje; b) la elección de la clase de arbitraje; c) la composición del Tribunal Arbitral; d) las reglas del proceso arbitral; y, e) los gastos arbitrales²⁵.

a) *Ad hoc* versus institucional

Una primera cuestión es el tema de elegir entre un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje institucional. La elección de uno u otro tipo de arbitraje dependerá del análisis costo beneficio que efectúen las partes en relación con la controversia²⁶. Si se decidiera por un arbitraje institucional, es posible tomar hasta tres caminos: i) adoptar el convenio arbitral tipo de una institución arbitral; ii) redactar un convenio arbitral de sometimiento a una institución arbitral; y, iii) adoptar el convenio arbitral tipo o redactar un convenio arbitral de sometimiento con pactos especiales.

²² En el mismo sentido, Phillips apunta: "Whether arbitration proceedings are becoming more protracted because larger cases are being arbitrated or for other reasons, arbitrators must dedicate themselves to containing the proceedings while allowing the parties to have a full and fair process. If arbitration is to remain a practical alternative to litigation in court, arbitrators must be more proactive and "hands on" in their management. (...). Lawyers who represent parties in arbitration must awaken to their responsibility to be arbitration advocates. They must learn the difference between arbitration and litigation and learn to employ the skills appropriate to the forum". Ver: PHILLIPS, Gerald F. Op. Cit. p. 38. Por su parte, Cremades expresa: "El arbitraje comercial internacional tiene hoy un marco de funcionamiento muy distinto al de otras épocas. Los abogados que participan en los procedimientos de arbitraje se inspiran en exceso en su actuar diario ante los tribunales estatales de justicia. En no pocos países, la cultura procesal lleva a sus protagonistas a dilatar al máximo en beneficio de su cliente los procedimientos. Las tácticas dilatorias utilizadas con relativa frecuencia en los procedimientos de arbitraje constituyen hoy su verdadero cáncer, ante el que los árbitros deben reaccionar de forma clara y rotunda. De entre los diferentes protagonistas que intervienen en el arbitraje, la figura del árbitro, y sobre todo la del presidente del Tribunal Arbitral, tiene la máxima relevancia en la prevención y lucha contra las tácticas dilatorias. El reticente a participar en un procedimiento de arbitraje efectúa a veces diferentes intentos que, si tiene éxito por la debilidad del árbitro, pueden llevar a naufragar el procedimiento arbitral. Por el contrario, cuando las partes ven que el tribunal, garantizándoles sus derechos de defensa, no permite abusos dilatorios, se convierten en más razonables y meditan mucho más de sus peticiones". Ver: CREMADES, Bernardo M. "Facultades del árbitro internacional en materia de prueba". En <http://www.aranzadi.es/online/publ...diario/activos/d301198/comment.html>. pp. 5-6. Ver también: CARBONNEAU, Tom. Op. Cit. p. 15.

²³ Carbonneau, en este sentido, sostiene: "A universal principle of contemporary arbitration law is that contract plays a vital role in the governance of arbitration. The vitality of that role vary by legal system, court, statute, or treaty. Nonetheless, party agreement often provides the most significant rules for regulating arbitrations and conducting arbitral proceedings". Ver: CARBONNEAU, Thomas E. "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements". En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen 36. 2003. pp. 1189-1190. Para una mayor acentuación de la autonomía de las partes en relación con la intervención judicial puede verse: DAVIS, Kenneth R. "A Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power". En: *Fordham Urban Law Journal*. Enero 1999. pp. 167-208.

²⁴ Comparar: CARBONNEAU, Thomas E. Op. Cit. pp. 1205-1231 y BOND, Stephen R. "Como redactar una cláusula compromisoria". En: *El Arbitraje Comercial Internacional*. Suplemento Especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. 1995. pp. 25-35.

²⁵ La elección del lugar del arbitraje, del derecho aplicable y del idioma del arbitraje son aspectos que también pueden tener relevancia en un arbitraje doméstico en países con diversas legislaciones federales o lenguas.

²⁶ Sobre las ventajas y desventajas de cada uno ver REDFERN, Alan y Martín HUNTER. "Law and Practice of International Commercial Arbitration". Segunda Edición. Londres: Sweet & Maxwell. 1991. pp. 53-57; AKSEN, Gerald. "Ad hoc versus Institucional Arbitration".

Si se adopta el convenio arbitral tipo de una institución arbitral, debe cuidarse que las reglas arbitrales sean eficientes y permeables a las particularidades del conflicto. La adopción de este convenio permite que se incorporen a la relación jurídica celebrada entre las partes todas las disposiciones del reglamento arbitral que regirán el arbitraje²⁷. Si, más bien, se redacta un convenio arbitral de sometimiento a una determinada institución, debe cuidarse que contenga estos dos elementos: 1) el encargo expreso de las partes a una institución determinada para la organización y administración del arbitraje; y, 2) el sometimiento expreso e incondicional de las partes a los estatutos y reglamentos de la institución elegida y a la decisión de sus órganos, con la finalidad de evitar cualquier tipo de cuestionamiento sobre la competencia institucional.²⁸ Si, por último, se decide incorporar pactos especiales al convenio arbitral tipo o al convenio arbitral de sometimiento institucional, hay que cerciorarse de que exista una disposición permisiva en el reglamento arbitral. En cualquier caso, como regla general, debe tenerse en cuenta que las disposiciones que suponen el ejercicio de un control o una intervención institucional no están sujetas a modificación²⁹.

Si se decidiera conducir el arbitraje de manera *ad hoc*, es posible también seguir tres caminos: i) adoptar un convenio arbitral modelo *ad hoc*; ii) redactar un convenio arbitral permitiendo la aplicación de un reglamento institucional; y, iii) redactar un convenio arbitral especial. En el primer caso, puede adoptarse el convenio arbitral modelo

de UNCITRAL que permite la aplicación del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL de 1976 a cualquier arbitraje, en cuyo caso debe tomarse la precaución de escoger la entidad nominadora de árbitros³⁰. En el segundo caso es posible que las reglas de una determinada institución sean eficientes para el desarrollo del arbitraje y las partes quieran usarlo, en cuyo caso debe tomarse la precaución de adaptar los supuestos de intervención institucional. En el tercer caso las partes pueden ocuparse directamente de diseñar reglas especiales para determinados aspectos del arbitraje, en cuyo caso es recomendable que se tomen las medidas necesarias para evitar la intervención judicial para la designación de una entidad nominadora de árbitros.

b) Derecho versus conciencia

Las partes también pueden elegir entre un arbitraje de Derecho o un arbitraje de conciencia, según su conveniencia. Si no efectúan una elección, en virtud del artículo 3 de la Ley General de Arbitraje, se entiende que el arbitraje es de conciencia. Sobre el particular, para tomar una decisión adecuada, es necesario tener en cuenta los alcances de cada clase de arbitraje. En líneas generales, puede decirse que un arbitraje de Derecho supone la aplicación de las normas legales imperativas y dispositivas en la solución del fondo de la controversia, mientras que un arbitraje de conciencia puede dejar de lado la aplicación de normas dispositivas o de términos contractuales injustos para el caso en concreto, con el límite de las normas imperativas o de orden público³¹.

En: ICC International Court of Arbitration Bulletin 1. Volumen 2. Junio 1991. pp. 65-71; SPENCER, Glen H. "Administered vs non administered arbitration". En: Dispute Resolution Journal Febrero 1999. pp. 42-49; CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Segunda edición. Buenos Aires: Ad hoc. 2000. pp. 67-71; DEMETER, Dalma. "Ad hoc versus Institutional Arbitration". Central European University. Abirf. 2004. En: http://www.personal.ceu.hu/students/03/Dalma_Demeter/Thesis.doc. Para una aproximación local ver: RUBIO GUERRERO, Roger. "Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú". Tesis de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 35-41 y 210-221.

²⁷ De ahí que la fuerza de sus estipulaciones sea eminentemente "contractual" y que su vinculación se sostenga en el principio *pacta sunt servanda*.

²⁸ Comparar: RUBIO GUERRERO, Roger. Op. Cit. pp. 58-59.

²⁹ Es ilustrativo, en este sentido, el artículo 1.1. del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL que permite las modificaciones que las partes puedan acordar por escrito y el artículo 1.1 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA que establece la prevalencia de las reglas particulares de las partes y permite las modificaciones de las reglas por acuerdo de las partes. Asimismo el artículo 3 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL admite la posibilidad de utilizar reglas distintas con aplicación supletoria del reglamento, sin renunciar a las disposiciones sobre costos del arbitraje y prohibiendo a las partes modificar, condicionar o reducir las funciones asignadas al Centro. El artículo 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, de otro lado, establece la prevalencia de las disposiciones del reglamento sobre el acuerdo de las partes.

³⁰ Ver artículos 6 y 7 del Reglamento.

³¹ Al respecto, Redfern y Hunter señalan: "*The distinctive difference between arbitrators and amiable compositeur is that the latter need not apply strict legal rules of interpretation to the obligations of the parties, contractual or otherwise, if a strict legalistic approach would lead to an inequitable result. (...) Nonetheless, the powers of amiable compositeur are not unlimited, nor indeed should they be; they must observe due process in giving equality of treatment to the parties, and they are bound by the public policy rules, and any mandatory provisions, of the lex arbitri.*" Ver: REDFERN, Alain y Martin HUNTER. Op. Cit. p. 36. A su vez, Reisman, Craig, Park y Paulsson expresan: "*A decision ex aequo et bono does not import an absolute conception of equity but simply an instruction to arbitrators to ignore the existing terms of a contract and/or those parts of the governing law which are dispositive and to refashion the contract in ways that appear to them to be appropriate.*" Ver: REISMAN, W. Michael; CRAIG, W. Laurence; PARK, William y Jan PAULSSON. "International Commercial Arbitration. Cases, materials and notes on the resolution of international business disputes". Westbury, New York: The Foundation Press, Inc. 1997. p. 196. Ver también: RUBINO-SANMARTANO, Mauro. "Amiable Compositeur (joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law)". En: Journal of International Arbitration 1. Volume 9. Marzo 1992. pp. 5-16; y, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia". En: Ius et Veritas 12. Año VII. 1996. pp. 115-124.

Desafortunadamente, en la práctica arbitral ni las partes ni los mismos árbitros entienden esta distinción en su real dimensión. En los arbitrajes de conciencia se observan dos reacciones diferentes, según que estemos ante árbitros que son abogados o que no son abogados. Cuando los árbitros son abogados, muchos árbitros resuelven con normas imperativas y dispositivas sin distinción y en aplicación estricta de los términos contractuales; no hay un ejercicio de equidad y los laudos pueden perfectamente considerarse como laudos de Derecho. Cuando los árbitros, en cambio, no son abogados, existe la tendencia a resolver la controversia según sus conocimientos técnicos y su *leal saber y entender* de manera privilegiada frente a las normas legales (sean dispositivas, imperativas o de orden público). No existe pues aún un equilibrio adecuado en estos arbitrajes.

Ahora bien, toda la responsabilidad no reposa únicamente sobre los árbitros; los abogados de las partes juegan muchas veces un papel gravitante en la orientación de la decisión de los árbitros de conciencia. Si los abogados no brindan a los árbitros los elementos necesarios para un fallo en equidad, es posible que los árbitros abogados muestren una tendencia a decidir mediante la aplicación estricta de la ley sin distinción de normas y que los árbitros no abogados decidan con sus conocimientos técnicos y sus criterios de equidad sin límites legales. Para una resolución más eficiente del conflicto es necesario que los abogados de las partes aporten criterios de equidad en la argumentación y la discusión del caso frente a árbitros que son abogados, mientras que, frente a árbitros que no son abogados, deben procurar centrar la argumentación y la discusión del caso en los aspectos técnicos, sin revestirlos de complejidad legal y advirtiéndolos sobre las normas imperativas o de orden público sólo cuando estén en juego. Para alcanzar estos fines, las partes podrían establecer estipulaciones de previsión o precisiones sobre los alcances y límites de los árbitros de conciencia.

c) Composición del Tribunal Arbitral

La composición del Tribunal Arbitral es otro de los contenidos del convenio arbitral que contribuye a la eficiencia del arbitraje. Las partes deben decidir el número de árbitros, los requisitos y condiciones

que deben reunir y la forma en que deben ser designados. En cuanto al número de árbitros, existe un límite a la autonomía de la voluntad por mandato legal; la composición debe ser, en todos los casos, una composición impar; sin embargo, si las partes pactan un número par de árbitros, esta estipulación no vicia el convenio arbitral, sino que obliga a los árbitros designados a designar un árbitro adicional³².

En cuanto a los requisitos convencionales, es una potestad que corresponde a las partes en atención a criterios como especialidad, experiencia, nacionalidad, domicilio, entre otros³³. En cuanto a la forma de designación de los árbitros, las partes son libres para escoger el procedimiento que les convenga, siempre que se respete el principio de igualdad en la designación³⁴. Es posible, además y con el fin de evitar la intervención judicial, que las partes faculten a una entidad nominadora para que cumpla con efectuar la designación ante supuestos de incumplimiento de designación a fin de evitar la intervención judicial³⁵.

d) Regulación del proceso

La regulación del proceso arbitral es otro aspecto librado a la voluntad de las partes que puede estar contenido en el convenio arbitral o en un acuerdo complementario y que debe responder a las necesidades de la controversia. Es importante destacar, en este sentido, que el artículo 33 de la LGA confiere a las partes la potestad de regular el proceso arbitral y, sólo ante la falta de acuerdo de las partes, traslada la determinación de las reglas a los árbitros.

Las partes suelen abordar este aspecto mediante la adopción de un convenio arbitral tipo o mediante la remisión a unas reglas de arbitraje predeterminadas. Cuando no existe esta remisión y la controversia no ha surgido todavía, no es usual que las partes se ocupen de negociar y diseñar cada una de las reglas del arbitraje, a lo sumo es posible encontrar pactos especiales (como el plazo para laudar), en tanto que cuando la controversia ya ha surgido es usual que las reglas del proceso sean libradas a los árbitros.

En cualquier caso, son las partes las que en armonía con la ley arbitral aplicable tienen la libertad de

³² Ver artículo 24 de la LGA.

³³ Ver artículo 28, inciso 1 de la LGA.

³⁴ Ver artículo 21 de la LGA.

³⁵ Ver artículo 20 de la LGA.

escoger las reglas del proceso que consideren apropiadas para su conflicto, teniendo como límites el trato equitativo a las partes y el orden público o las normas imperativas del lugar del arbitraje³⁶.

e) Costos arbitrales

Los gastos del arbitraje es otro aspecto que vale la pena tener en cuenta al momento de celebrar un convenio arbitral, en particular cuando no estamos frente a un arbitraje institucional que cuenta con criterios y aranceles preestablecidos. Las partes pueden establecer en el convenio criterios o pautas para la determinación de los honorarios de los árbitros, estipular la aplicación de una determinada Tabla de Gastos Arbitrales o señalar topes máximos. Un pacto de esta naturaleza puede delimitar los rangos de honorarios de los árbitros o puede ser un buen punto de partida para ponerse de acuerdo con ellos sobre el monto de sus honorarios al iniciar el arbitraje.

En cualquier caso, consideramos que las partes deben recoger los estándares del mercado en este aspecto para que no sea un obstáculo encontrar árbitros experimentados dispuestos a tomar el caso bajo esas condiciones. Los árbitros, por su parte, deben revisar el convenio arbitral y, si encuentran acuerdos sobre este aspecto que no comparten, deben al menos hacer una reserva al momento de su aceptación. Si los árbitros no estuvieran de acuerdo con los criterios para determinar honorarios y gastos del convenio arbitral y no sea posible la modificación de esos criterios de común acuerdo con las partes, están obligados a respetar esas condiciones, salvo que hayan hecho reserva específica a dicho pacto al momento de aceptar el cargo.

En estos aspectos revisados vemos como la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en el desarrollo del arbitraje, de manera que el acuerdo de voluntades no se agota con la celebración del convenio arbitral que somete la controversia a arbitraje; la autonomía de las partes se extiende aunque con diversa intensidad a todo el iter arbitral³⁷.

f) Cláusulas patológicas

Las cláusulas arbitrales patológicas son unas de las distorsiones generadas por la propia autonomía de las partes, por fallas de información que impiden que el acuerdo de arbitraje sea eficaz para desarrollar el arbitraje. Una cláusula patológica, se ha sostenido, supone, por una parte, la existencia al momento de su firma de la voluntad de las partes de someter sus litigios futuros y eventuales al arbitraje y, por otra, su ineficacia posterior en razón de una o más deficiencias de redacción, y suele manifestarse principalmente a dos niveles, en la designación de los árbitros y en la definición de la materia arbitral³⁸.

La fuente recurrente de cláusulas patológicas en materia internacional son los arbitrajes *ad hoc*, en los que las partes no se refieren a ningún reglamento de arbitraje preexistente y organizan directamente el arbitraje. En nuestro medio, algunos elementos patológicos que hemos encontrado son los siguientes: i) libre elección para una de las partes entre la sede judicial o la sede arbitral para sus reclamaciones y acceso restringido para la otra parte a la vía arbitral, sujeto a la voluntad de la primera; ii) fragmentación de materias de un mismo contrato para ser resueltas en sede judicial y en sede arbitral; iii) elección simultánea de un arbitraje de Derecho y un arbitraje de conciencia; iv) designación por defecto del árbitro que corresponde designar a una parte a cargo del árbitro designado por la otra parte; v) designación de dos árbitros por cada parte para resolver la controversia e intervención de un árbitro dirimente sólo ante la falta de acuerdo de los dos árbitros de parte; vi) designación de una institución para nombrar árbitros por defecto y designación de otra institución para organizar y administrar el arbitraje; vii) designación errónea de una institución; viii) previsión de una negociación o una conciliación con un arbitraje sin límite de duración del primero; y, ix) sanción de allanamiento de las pretensiones de la otra parte ante la falta de pago de los gastos arbitrales³⁹.

Si bien no todas tienen el mismo grado de complejidad, este tipo de acuerdos pueden entorpecer,

³⁶ Comparar: REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. Cit. pp. 292-293.

³⁷ Existen otros contenidos, como el idioma del arbitraje, la distribución de los gastos arbitrales, las garantías para el cumplimiento del laudo, las facultades de ejecución del laudo que también pueden ser incorporados en el convenio arbitral y que constituyen también la expresión de la voluntad de las partes.

³⁸ DERAINS, Yves. "Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas". En: El Contrato de Arbitraje, Eduardo Silva Romero (Director Académico) y Fabricio Mantilla Espinosa (Coordinador Académico). Bogotá: Legis. 2005. p. 192.

³⁹ Salvo el último caso que se trató de un arbitraje *ad hoc*, todos los demás casos se han suscitado en convenios arbitrales de casos sometidos al CCANI-CCL.

retrasar o incluso frustrar el inicio o el desarrollo del arbitraje; en cualquier caso, los remedios pueden ser proveídos por las instituciones arbitrales y por los propios árbitros al interpretar los alcances del convenio arbitral.

IV. LAS REGLAS DE ARBITRAJE

Las reglas del arbitraje constituyen otro de los factores elementales para la funcionalidad del arbitraje; son instrumentos que deben servir para encauzar la actuación de las partes y la actuación de los árbitros. No pueden entorpecer el desarrollo del arbitraje y no pueden perjudicar la discusión del fondo de la controversia. Por eso es importante escoger o diseñar unas reglas eficientes que sean flexibles a la autonomía de la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros. Pero, ¿cómo se pactan las reglas arbitrales? ¿es más conveniente unas reglas detalladas o unas reglas generales? ¿pueden las reglas ser variadas por los árbitros o por las partes? ¿las reglas prevalecen frente a las disposiciones legales? ¿pueden las reglas flexibilizar las normas de la ley? ¿pueden las reglas regular los vacíos de la ley?

a) La determinación de las reglas

Las reglas del arbitraje nacerán del acuerdo de voluntades de las partes si hubiesen sido establecidas en el convenio arbitral, en un acuerdo complementario o hubiesen surgido de la autoridad de los árbitros al inicio del arbitraje. En cualquier caso, la instalación del Tribunal Arbitral es un momento oportuno para revisar o adecuar reglas predeterminadas o concertar las reglas con las partes.

Si se trata de un arbitraje institucional, la variabilidad de las reglas institucionales en la instalación estará sujeta a la calidad del reglamento arbitral para el desarrollo del arbitraje y a la admisión de reglas particulares del propio reglamento arbitral. Si el reglamento arbitral tiene disposiciones deficientes o muchos vacíos, la necesidad de reglas correctivas o adicionales se incrementará; en cambio, si las reglas son eficientes y flexibles, la necesidad de

reglas particulares será menor y estará circunscrita a las exigencias de la controversia en concreto. Por cierto, cualquier cambio en las reglas de juego debe contar con el consentimiento de las partes.

Si se trata de un arbitraje *ad hoc* y las partes no han establecido las reglas y los árbitros determinarlas deben, la calidad de las reglas va a depender mucho de la calidad y la experiencia de los árbitros en materia arbitral. Si los árbitros tienen experiencia existe una mayor probabilidad de que las reglas que utilicen sean reglas más o menos estandarizadas en el mercado; si los árbitros no tienen mucha experiencia arbitral o son partidarios de reglas lacónicas, es posible que el curso de las actuaciones sea incierto y la actuación de las partes esté más propensa a orientarse con las normas del proceso civil.

b) Pactos especiales

Una cuestión importante, ya sea que nos encontremos frente a reglas predeterminadas o no, es la cuestión de los pactos especiales de las partes previstos en el convenio arbitral. Estos pactos constituyen condiciones particulares que las partes acuerdan para su arbitraje, de tal manera que, en líneas generales, deben ser respetados por los árbitros, salvo que se produzca un acuerdo expreso o tácito que los modifique. En arbitrajes institucionales es necesario revisar si el reglamento arbitral aplicable admite reglas particulares de las partes y las condiciones que éstas deben cumplir⁴⁰.

Son frecuentes los pactos referidos a la duración del arbitraje o al plazo para laudar, el problema es que, en ocasiones, los plazos previstos son plazos breves que no guardan correspondencia con las exigencias de la controversia. Entonces, ¿están obligados los árbitros a someterse a ese plazo? Considero que el plazo para laudar es una potestad de las partes, según el artículo 48 de la LGA, salvo que las partes hayan conferido esa prerrogativa a los árbitros o a la institución arbitral y, en tal sentido, sólo el acuerdo de las partes puede modificarlo.

⁴⁰ El artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA es ilustrativo al respecto: "14.1 Las partes podrán pactar –y así se recomienda– la instrucción de su arbitraje, respetando los principios generales que el Tribunal Arbitral deberá observar siempre: (i) tratar equitativa e imparcialmente a todas las partes, concediendo a cada una la oportunidad de ser oída; y, (ii) acordar procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios, con el fin de procurar medios equitativos y eficientes para resolver definitivamente la controversia existente entre las partes. Las partes adoptarán dichos acuerdos por escrito o, a su solicitud y con su autorización, se registrarán por escrito por el Tribunal Arbitral. 14.2 Salvo acuerdo por escrito de las partes en contrario al amparo del Artículo 14.1, el Tribunal Arbitral estará dotado de la más amplia discreción para el ejercicio de las funciones legalmente previstas por las leyes o normas que el Tribunal Arbitral estime aplicables. En todo caso, las partes harán lo posible para la equitativa, efectiva y rápida instrucción del procedimiento (...)"

¿Qué pueden entonces hacer los árbitros? Un árbitro debería, al momento de tomar una decisión sobre una designación, conocer el convenio arbitral así como el contrato suscrito por las partes y tener información preliminar sobre los términos de la controversia; si con esta información considera que el plazo para laudar previsto por las partes puede ser inconveniente, debe al menos hacer una reserva a su aceptación, sin perjuicio de alcanzar luego un acuerdo con las partes para modificar ese extremo. Si no hay reserva y no es posible el acuerdo de las partes, los árbitros deben sujetarse, en mi opinión, a los términos del convenio arbitral sin variaciones.

c) Las reglas frente a la ley

Las reglas del arbitraje constituyen el margen que la ley arbitral deja a la autonomía de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros para desarrollar un arbitraje. Las leyes arbitrales más liberales son las que reconocen ámbitos de autorregulación a las partes y, en su defecto, a los árbitros para estructurar el arbitraje. Nuestra ley arbitral tiene, en este sentido, una serie de espacios abiertos a la autonomía de la voluntad que privilegian el acuerdo de las partes a la aplicación de la norma legal.

Es decir, si ante una situación determinada tenemos un acuerdo directo de las partes o una regla aplicable por acuerdo de las partes, debemos descartar la solución de la ley que tiene más bien carácter supletorio frente a la autonomía de las partes; por ejemplo, cuando existe un plazo para laudar establecido por las partes en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral al cual se sometieron, no puede aplicarse el plazo de ley (artículo 48 de la LGA) porque se trata de un plazo supletorio a la voluntad de las partes.

Por el contrario, cuando se trata de una norma imperativa, donde no hay márgenes para el acuerdo de las partes, no es posible que un acuerdo o una regla que vaya en contra de esa norma surta efectos; por ejemplo, cuando se condiciona el *Kompetenz-Kompetenz* de los árbitros (artículo 39 de la LGA) o cuando se pacta la renuncia al recurso de anulación en un arbitraje nacional o cuando se restringe las causales⁴¹.

Las partes, y en su caso los árbitros, tienen una amplia libertad y discrecionalidad para el diseño de las reglas del proceso, debiendo observar el principio de igualdad entre las partes y respetar el derecho de defensa. Salvo estas “llaves maestras”, no existen límites al tipo de reglas que las partes o los árbitros establezcan; en este sentido, pueden flexibilizarse determinadas normas de la ley⁴² o llenarse los vacíos para un mejor desarrollo del proceso e incluso adoptarse o recogerse principios, usos y costumbres arbitrales.

d) ¿Procedimiento supletorio legal?

Si tenemos que el arbitraje es una estructura flexible a la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros, entonces ¿cuál es el sentido y el alcance del procedimiento supletorio del artículo 34 de la LGA? Considero que esta norma es incongruente con el espíritu de una ley arbitral moderna asentada en la autonomía de las partes y la discreción de los árbitros⁴³. Ninguna regulación arbitral moderna incorpora un “procedimiento supletorio” debido a que no es posible estandarizar en una ley reglas comunes para cualquier tipo de arbitraje; las reglas son dinámicas y cambiantes en la experiencia arbitral y, por eso, son libradas a las partes, a los árbitros o a las instituciones arbitrales.

De cualquier manera, el tenor de la norma nos obliga a reflexionar sobre sus alcances. La norma estipula “salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas”. Esta expresión sugiere dos interpretaciones. Una primera interpretación indica que estas normas supletorias sólo pueden aplicarse “en bloque” cuando no existan reglas acordadas por las partes o determinadas por los árbitros con arreglo al artículo 33 de la LGA; si ya existen reglas arbitrales, cualesquiera que estas sean, no tiene ningún sentido hacer uso de estas normas. Una segunda interpretación sugiere, en cambio, que estas normas pueden aplicarse de manera supletoria a cualquier proceso arbitral aun cuando existan reglas arbitrales acordadas por las partes o determinadas por los árbitros si no existe regulación expresa de un supuesto determinado en dichas reglas.

⁴¹ Según el artículo 126 de la LGA, sólo puede renunciarse al recurso de anulación en arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú.

⁴² Por ejemplo, las reglas pueden flexibilizar los artículos 40, 42, 43, 54, 55, 58 y 81 de la LGA.

⁴³ Esta norma, recordemos, se arrastra del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje de 1992 que fue, a su vez, recogida del artículo 52 del Proyecto de Normas sobre Arbitraje del Instituto Libertad y Democracia (1992), del artículo 31 del Anteproyecto de la Ley sobre Procedimientos Arbitrales (1989) y del artículo 30 del Anteproyecto de la Ley sobre Procedimientos Arbitrales (1987).

Considero que hay en esta última interpretación la intención, en principio, de aprovechar normas que pueden servir para cualquier proceso arbitral⁴⁴ pero que pueden generar también inconvenientes para el ejercicio de la discrecionalidad de los árbitros. Por ejemplo, es posible que en las reglas no se haya previsto la oportunidad en que los árbitros deben resolver, como cuestión previa, la excepción de incompetencia formulada por una de las partes, y la aplicación supletoria del inciso 4 en ese caso supone restringir la discrecionalidad de los árbitros para tomar una decisión sobre la oportunidad de resolver este asunto. Lo mismo puede suceder con el plazo de 15 días para la actuación de pruebas en audiencias. Una de las partes puede exigir la aplicación supletoria de esta norma ante la ausencia de una regla específica sobre el particular, aun cuando el caudal probatorio por actuarse exceda este plazo, con el ánimo de frustrar la actuación de medios probatorios. Me parece que la norma entonces debe aplicarse “en bloque” cuando no se tengan reglas del proceso; si existen esas reglas esta norma resulta inaplicable y, si encontramos vacíos en esas reglas, deberán ser resueltos por los árbitros a su discreción según las circunstancias del caso.

e) Mutabilidad y flexibilidad de las reglas

Otro aspecto importante con relación a las reglas del arbitraje es su “mutabilidad” en el transcurso de las actuaciones arbitrales. Si bien es cierto que las partes, al iniciar un arbitraje, conocen la materia controvertida y los árbitros pueden tener amplia experiencia arbitral, no es posible prever el curso de las actuaciones arbitrales y, por consiguiente, no es posible tener certeza sobre si las reglas que se están pactando son suficientes o son adecuadas.

La pregunta inevitable es, entonces, ¿es posible cambiar las reglas de juego en el camino o estamos condenados a las reglas establecidas al inicio del arbitraje? Si las reglas han sido establecidas por las

partes, ¿pueden éstas introducir libremente una modificación a dichas reglas y hacerlas prevalecer por encima de la voluntad de los árbitros? Si las reglas han sido determinadas por los árbitros, ¿pueden éstos variar una regla que consideran inconveniente sin necesidad del acuerdo de las partes?⁴⁵

Desde un punto de vista, las reglas deben ser claras y estables para una mayor seguridad en el desarrollo del arbitraje; desde otro punto de vista, las reglas son el instrumento que los árbitros necesitan para dirigir y conducir el proceso y deben servir a esa finalidad. Me inclino a pensar, en términos generales, que cuando tenemos reglas expresas (institucionales o *ad hoc*) y el proceso está en curso, para “variar” una regla debe contarse con el consentimiento de las partes y de los árbitros para que surta efecto (en ocasiones también de la institución). Sin embargo, frente a una regla que atenta contra la eficiencia del arbitraje (prevista con anterioridad o acordada por las partes con posterioridad), los árbitros, en su condición de directores del proceso, pueden en forma “excepcional” variar o desechar esa regla, debiendo en ambos casos expresar las razones de su decisión; de cualquier manera esta discreción debe ejercerse con ponderación y de manera restringida⁴⁶.

Nada de esto impide, desde luego, que entre en juego la flexibilidad de los árbitros en la aplicación de las reglas o su discrecionalidad para cubrir los vacíos de las mismas. En efecto, la flexibilidad que es inmanente al arbitraje y que es un principio no escrito permitirá siempre a los árbitros flexibilizar las reglas, es decir, relajar su exigencia ante las circunstancias particulares del caso sin vulnerarlas o cambiarlas. La discrecionalidad, de otro lado, permitirá a los árbitros enfrentar los vacíos y las deficiencias de las reglas y establecer incluso reglas complementarias ante las exigencias del desarrollo del proceso. En cualquier caso, es recomendable

⁴⁴ Los incisos 2 y 3 pudieron utilizarse, por ejemplo, en una norma de rebeldía arbitral o el inciso 7 pudo utilizarse como una “norma base” para las funciones de los árbitros en un proceso.

⁴⁵ Piénsese, en el primer caso, en la variación del voto decisivo del presidente del tribunal por un pacto de árbitro dirimente y, en el segundo caso, en la variación de las reglas de juego sobre la actuación de medios probatorios.

⁴⁶ La justificación se encuentra en la mejor posición que adquiere el Tribunal Arbitral con el desarrollo del proceso, como expresan Redfern y Hunter: *“In a well-conducted international commercial arbitration, control of the proceedings moves gradually from the parties themselves to the arbitral tribunal. At first it is the parties who are in full charge. They alone know the issues in dispute, how they intend to set about proving the facts upon which they place reliance and what arguments of law they propose to put forward. The case which is to be put to the arbitral tribunal is “their” case. Indeed, the arbitral tribunal owes its very existence to the parties; it is “their” arbitral tribunal. As the proceedings develop, however, the arbitral tribunal becomes increasingly familiar with the matters in dispute. It should begin to decide for itself what facts it regards as relevant and what questions of law it regards as important. It is in a position to start making known its views as to how the case should be presented within the framework of the particular rules which govern the proceedings, whether these are ad hoc or the rules of an arbitral institution. The balance of power, in effect, shifts from the parties to the arbitral tribunal. It is right that this should be so. It is the arbitrators and not the parties who are the final judges of the matters in dispute. However, this shift in the balance of power will only happen if the arbitrators themselves know when and how to take charge of the proceedings; and, in particular, if they understand the armoury of weapons which their position puts at their command”*. En: REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. Cit. p. 258.

que, al establecerse las reglas, se incorpore una previsión sobre todos estos aspectos que despeje dudas.

f) Flexibilidad e inflexibilidad de los plazos

Un aspecto vinculado a este tema es la cuestión de los plazos. La cultura legal también ha trasladado la lógica de los plazos del proceso civil y de las etapas procesales al arbitraje. En el proceso civil, cualquier cosa que se haga fuera de plazo constituye una violación de las normas imperativas de la norma procesal civil y puede acarrear serias consecuencias procesales. Es así como los plazos construyen una estructura rígida de la que no es posible escapar; los plazos son esenciales y determinantes para definir y garantizar los derechos de las partes en el proceso civil.

En el arbitraje hay que distinguir entre los plazos que corresponden a diferentes momentos del íter arbitral: (i) los plazos para la composición del Tribunal Arbitral; (ii) los plazos del proceso arbitral; (iii) el plazo para laudar; y, (iv) los plazos *post-laudo*. La intensidad de la flexibilidad baja conforme se avanza en esta escala, los plazos para la composición del Tribunal Arbitral pueden ser flexibilizados para alcanzar la finalidad de la designación de los árbitros, siempre que no cause un perjuicio a la otra parte⁴⁷.

Los plazos del proceso arbitral permiten ordenar las actuaciones arbitrales y contribuyen a una mejor organización del proceso; han sido establecidos para ser cumplidos y es una garantía de la igualdad de las partes en el proceso. Sin embargo, no pueden tener el mismo carácter que los plazos del proceso civil, los plazos deben servir a la eficiencia del arbitraje y deben ser flexibles a las circunstancias

particulares del caso. Si un plazo no es cumplido y no existe justificación adecuada de la parte incumplidora, ésta debe soportar todas las consecuencias del incumplimiento, porque no pueden utilizarse los plazos como mecanismos dilatorios o de mala fe pero tampoco pueden ser extremadamente rígidos ante circunstancias justificadas; en consecuencia, es la discrecionalidad de los árbitros la que debe evaluar y decidir estas situaciones en cada caso concreto⁴⁸.

Una regla de prórroga de los plazos en este sentido puede contribuir a un mejor manejo de los plazos, las partes pueden, antes del vencimiento del plazo, pedir que el Tribunal Arbitral prorrogue un plazo determinado atendiendo a las circunstancias invocadas. Los árbitros, al conceder una prórroga, deberán tomar las medidas necesarias para extender ese beneficio también a la otra parte, por ejemplo, si una parte pide una prórroga para la presentación de su demanda, el plazo adicional que se le concede debe también concederse a la otra parte para la contestación de la demanda; si es un plazo que es simultáneo para las partes, la prórroga debe beneficiar a ambas partes y, si estamos ante una prórroga que no supone una actuación contradictoria, el Tribunal deberá tener en cuenta esta circunstancia cuando la otra parte pida una prórroga.

El plazo para laudar, en cambio, es un plazo que no está sujeto a flexibilidad, debe respetarse de manera estricta porque su inobservancia puede acarrear la anulación del laudo. Los plazos para las correcciones, aclaraciones e integridades, de otro lado, en la medida que conciernen al laudo, deben también observarse de manera estricta por las partes y por los árbitros.

⁴⁷ Ciertamente, debe existir un límite que, en mi concepto, debe ubicarse en el momento en que la parte renuente a la designación es notificada con el inicio del mecanismo para la designación por defecto (sea un juez o un tercero), salvo acuerdo en contrario de las partes. No comparto, en este sentido, el criterio laxo del artículo 23 de la LGA que posibilita que la parte renuente efectúe su designación incluso en la audiencia ante el juez, considero que esta solución incentiva el incumplimiento en la designación de quien no le interesa iniciar el arbitraje. Algunos reglamentos arbitrales, sin embargo, pueden ser estrictos por razones de control aunque con márgenes adecuados de discrecionalidad; así, el artículo 7.2 de la LCIA expresa: "Por mucho que las partes hayan acordado que la Demandada o un tercero designe a un árbitro, si dicha designación no se produce dentro del plazo al efecto conferido, la Corte de la LCIA, a pesar de la ausencia de designación, puede nombrar un árbitro desentendiéndose de ulteriores designaciones. De igual forma, si las partes han acordado que la Demandante o un tercero designe a un árbitro y la solicitud carece de tal designación, la Corte de la LCIA, a pesar de la ausencia de designación, puede nombrar un árbitro desdeñando ulteriores designaciones".

⁴⁸ Es ilustrativa en este sentido la regla 26(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que expresa: "Toda actuación hecha después que haya vencido el plazo correspondiente se tendrá por no hecha, salvo que el Tribunal, en circunstancias especiales y después de dar a la otra parte una oportunidad para que haga presente su parecer, decida lo contrario". Ver también el artículo 4.7 de las Reglas de Arbitraje de la LCIA que confiere a los árbitros la potestad de prorrogar en cualquier momento (incluso en el supuesto de que el plazo haya vencido) o abreviar cualquier plazo previsto en el Reglamento o en el convenio arbitral para la instrucción del arbitraje, así como el artículo 3.4 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA. Sobre el particular, la nota 39.a de las notas de UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral señala: "Es aconsejable que el tribunal arbitral fije plazos, el tribunal quizá desee, por una parte, evitar que el proceso se prolongue indebidamente y reservarse, por otra, cierta discrecionalidad a fin de poder permitir la presentación de escritos fuera de plazo, si las circunstancias lo piden. En algunos casos, el tribunal arbitral puede preferir no planificar de antemano la presentación de escritos y decidir esas cuestiones, incluidos los plazos, a la luz de la evolución del proceso. En otros casos, puede desear determinar, al fijar los plazos para la presentación de escritos, el número de escritos posteriores".

g) Flexibilidad versus Preclusión

Vinculado al tema de los plazos se encuentra también el tema de las etapas procesales. En el proceso civil rige el principio de la preclusión como garantía de una secuencia ordenada del proceso. Se tiene una etapa para plantear pretensiones y ofrecer medios probatorios así como para deducir excepciones y formular cuestiones probatorias (postulatoria), se tiene una etapa de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos (saneamiento) y se tiene una etapa para actuar los medios probatorios (probatoria). Las fronteras en cada caso están delimitadas y no hay punto de retorno.

El proceso arbitral, por el contrario, está esencialmente regido por el principio de flexibilidad; en este sentido, si bien existe también una secuencia de actuaciones que ordenan el proceso, esto no impide que las partes puedan ofrecer nuevos medios probatorios en el transcurso de las actuaciones arbitrales o que, antes del cierre del periodo probatorio, puedan plantear incluso nuevas pretensiones⁴⁹. Se trata ciertamente de una prerrogativa que encuentra contrapeso en la discrecionalidad de los árbitros, quienes deben decidir estas cuestiones en atención a las circunstancias particulares del caso. Los árbitros tienen la misión de resolver el conflicto entre las partes y con esa finalidad están facultados para ser flexibles en la aplicación de las reglas del proceso.

h) Flexibilidad en los honorarios y gastos arbitrales

Los costos del arbitraje pueden convertirse en una situación crítica en perjuicio del desarrollo del arbitraje si no tenemos reglas eficientes para determinarlos y para exigir su pago. Una situación de incumplimiento en el pago de los costos arbitrales puede suspender el proceso por tiempos prolongados o, incluso, ocasionar el término de las actuaciones. Las reglas varían según las instituciones y los tribunales arbitrales *ad hoc*; sin embargo, cualquiera que sea la regla adoptada, debe tratarse el tema de honorarios y gastos arbitrales con flexibilidad, según las circunstancias del caso.

Existen, al menos, dos problemas críticos con el tema de los honorarios y gastos arbitrales, cuando son elevados para las partes y cuando una de las partes no cumple con su obligación de pago. Cuando los honorarios son elevados para la capacidad económica de las partes o cuando una de las partes debe asumir los honorarios que le corresponden a la otra parte, los árbitros, con criterio flexible, deben evaluar los pedidos de reducción, prórroga y fraccionamiento de las partes o de la parte que debe asumir todos los gastos y deben considerar la conveniencia de no perjudicar el desarrollo del proceso con suspensiones si existen las condiciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones.

V. DISCRECIONALIDAD DE LOS ÁRBITROS

La discrecionalidad de los árbitros es otro de los factores en juego en la dinámica de un arbitraje y que encuentra diversos ámbitos de actuación en el desarrollo del proceso. Así, los árbitros cuentan con discrecionalidad para fijar las reglas del proceso, para conducir el proceso, para resolver sobre su propia competencia, para resolver ante los vacíos de la ley y de las reglas, para interpretar la ley arbitral, para interpretar, modificar o flexibilizar las reglas, para valorar los medios probatorios y para fijar los honorarios y gastos arbitrales. Pero, ¿existe un límite a la discrecionalidad de los árbitros? ¿Cómo se conjuga la autonomía de las partes con la discrecionalidad de los árbitros? ¿Quién controla la autoridad de los árbitros?

a) Discrecionalidad para fijar las reglas del proceso

Las reglas del proceso, como hemos visto, están de cargo de las partes, en primer término. Si las partes no fijan las reglas, son los árbitros los llamados a determinarlas de conformidad con el artículo 33 de la LGA. Ahora bien, ¿quiénes están en mejor posición para determinar las reglas del arbitraje? En líneas generales, puede decirse que tanto las partes como los árbitros. En efecto, son las partes las que conocen la magnitud y los alcances de la controversia y están en condiciones de escoger las reglas adecuadas según sus intereses y las exigencias particulares del conflicto, pero, de otro lado, sin embargo, son los árbitros los que conducirán el proceso y resolverán la

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, los artículos 19, 20 (5) y 22 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el artículo 23 de la Ley Modelo UNCITRAL, el artículo 29 de la Ley Española de Arbitraje y el artículo 112 de la LGA. Por su parte, la Nota 49 de las Notas de la UNCITRAL, sobre la organización del proceso arbitral, expresa: "El tribunal arbitral quizá desee aclarar que, por regla general, no se admitirán las pruebas presentadas tardíamente. Sin embargo, tal vez desee también no excluir la posibilidad de aceptar alguna prueba tardía si la parte interesada demuestra que la demora está justificada".

controversia y sus conocimientos y su experiencia en materia arbitral puede llevarlos a escoger reglas eficientes para el desarrollo del proceso⁵⁰.

El camino más adecuado, entonces, es que las partes y los árbitros acuerden las reglas del arbitraje; si existen reglas predeterminadas por las partes (*ad hoc* o institucional) o pactos especiales en el convenio arbitral, los árbitros y las partes pueden concertar reglas complementarias o especiales o adecuar o modificar los pactos especiales. Si no existen reglas arbitrales o pactos especiales, es conveniente que los árbitros consulten con las partes las reglas del proceso y las adecuen a las necesidades de la controversia o de sus intereses⁵¹. Por ejemplo, las partes pueden desear un proceso acelerado (*fast track*) o puede que deseen restringir el universo de los medios probatorios, excluir la posibilidad de dictar medidas cautelares, que la decisión de la recusación esté en manos de una institución arbitral, condiciones especiales de confidencialidad, conferir facultades de ejecución a los árbitros, entre otros. El Tribunal Arbitral debe entonces considerar los requerimientos razonables de las partes para conducir el arbitraje⁵².

Pero regresando al supuesto anterior, ¿qué sucede cuando las partes en su momento establecieron unas reglas o unos pactos especiales que los árbitros consideran inconvenientes para un desarrollo

eficiente del arbitraje? En estos casos, los árbitros deben, en lo posible, respetar la voluntad de las partes y apartarse de ellas sólo cuando consideren que perjudica el desarrollo eficiente del arbitraje, debiendo expresar las razones para hacerlo, como ya hemos anotado⁵³. Como medida de previsión, entonces, es recomendable que los árbitros, al momento de aceptar una designación, revisen el convenio arbitral o las reglas pactadas por las partes y hagan una reserva respecto de pactos o reglas que, eventualmente, puedan ser perjudiciales para un desarrollo eficiente del arbitraje⁵⁴.

b) Discrecionalidad para conducir el proceso

Los árbitros tienen discrecionalidad para conducir el proceso en el marco de la ley arbitral y las reglas establecidas, respetando el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad. Quiere esto decir que los árbitros son los directores del proceso y los que resuelven todas las cuestiones subsidiarias y accesorias que se susciten en el curso del proceso. La autoridad de los árbitros es inalienable, independiente y autónoma; las partes deben someterse a sus decisiones y los árbitros deben dirigir el proceso, sin interferencias judiciales⁵⁵.

Una cuestión en la que se expresa con claridad esta discreción es en la decisión de correr traslado o resolver de plano un escrito que contiene un pedido

⁵⁰ Desde una perspectiva innovadora, Park plantea la necesidad de que las instituciones arbitrales adopten protocolos procesales más precisos que sirvan de marco estándar para la forma en que se debe conducir el arbitraje con la finalidad de neutralizar los riesgos de la discrecionalidad de los árbitros al escoger las reglas de desahogo de pruebas en arbitrajes internacionales. Ver: PARK, William W. "Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad". En: Revista Internacional de Arbitraje 2. Enero-Junio 2005. pp. 11-53.

⁵¹ Al respecto, véase la regla 20 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que faculta al presidente del Tribunal Arbitral para averiguar los puntos de vista de las partes sobre diversos aspectos del proceso.

⁵² Comparar: REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. Cit. p. 289. La importancia de la perspectiva de las partes en la conducción del proceso ha sido puesta de relieve por Von Mehren: "The arbitrator is in essence an *ad hoc* private judge appointed by the parties to decide a particular matter. His authority derives from the parties and both his authority and his tenure disappear when he renders his final award. The judge, on the other hand, derives his authority from the state, his tenure is not measured by the individual case and his rulings and decisions can be enforced by the power of the sovereign. These differences require, or at least strongly suggest, that arbitrators should not conduct arbitrations in the same manner as a judge would conduct a court case. For example, arbitrators should give considerable weight to the desires of the parties. (...) The judge's role is to conduct the trial in the traditional manner; the arbitrator's role is to conduct the proceeding in a manner compatible with the parties' wishes to the extent that their wishes are consistent with the applicable rules and the general objectives served by arbitration." En: VON MEHREN, Robert B. Op. Cit. p. 209.

⁵³ La cuestión no es pacífica en la doctrina. Así, desde un lado una postura defiende de manera acérrima el respeto a la voluntad de las partes mientras que otra postura sostiene que el Tribunal Arbitral posee poderes inherentes respecto a la organización del proceso que no pueden ser eliminados por las partes. Mustill y Boyd, desde la primera postura, opinan: "Si las partes han acordado un procedimiento antes o en el momento de la designación del árbitro, éste está obligado a seguirlo (...) El incumplimiento del acuerdo de las partes es una mala conducta que invalidaría el laudo. Un acuerdo sobre el procedimiento alcanzado por las partes después de que el árbitro ha acordado actuar tiene condiciones algo diferentes. En este caso no se puede decir que el cumplimiento del acuerdo es una condición de su nombramiento, y si las partes insistieran en un procedimiento que el árbitro consideró objetable, éste estaría en el derecho de renunciar. Como una cuestión de prudencia, así como de cortesía, las partes deben tratar de obtener la aprobación del árbitro en relación con el procedimiento acordado. El árbitro puede, y de hecho debe dar a conocer sus criterios si las partes proponen un modo de realizar el proceso que él considera que produciría confusiones, demoras o aumento de los gastos. No obstante, si las partes se niegan a seguir su consejo, el árbitro debe aceptar la voluntad de éstas. Después de todo, él no es más que el instrumento acordado por las partes. Si se produce un conflicto entre las partes, es probable que el árbitro que trate de complacerlas a ambas cometa un error. Pero si las partes están de acuerdo, debe hacer lo que éstas desean, pues es su dinero el que se gasta en el proceso". Citado por DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. p. 258.

⁵⁴ Cosa distinta son los pactos o las reglas inválidas o abusivas o el cuestionamiento del convenio arbitral por inexistencia, ineficacia o invalidez. Los árbitros tienen absoluta discreción para dejar de lado pactos o reglas inválidas o abusivas, de la misma manera como tienen absoluta competencia para resolver cualquier cuestionamiento de su competencia por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral en virtud del *Kompetenz-Kompetenz*.

⁵⁵ Ver artículos 33, 44 y 18 de la LGA.

o un recurso. Según la naturaleza y el alcance de lo que se pide o de lo que se impugna, el Tribunal Arbitral puede decidir si es conveniente escuchar a la otra parte antes de resolver o si es conveniente resolver directamente. Una interpretación extrema del primer párrafo del artículo 36 de la LGA podría cuestionar esta discrecionalidad de los árbitros, sin embargo, considero que esta norma debe ser interpretada por los árbitros según el caso en concreto.

Existen, evidentemente, situaciones en las que se justifica plenamente que se corra traslado a la otra parte de un escrito como situaciones menores en las que una decisión directa es lo más conveniente como la prórroga de un plazo, un pedido de reducción de honorarios, un pedido de postergación de una actuación o un recurso mismo de reconsideración en determinados casos. Se trata, en definitiva, de una prerrogativa de los árbitros como directores del proceso, pero que debe ejercerse con ponderado criterio para no perjudicar el derecho de contradicción de la otra parte cuando es conveniente escucharla⁵⁶.

c) Discrecionalidad para resolver sobre su propia competencia

Los árbitros tienen absoluta discrecionalidad para resolver sobre cualquier cuestionamiento a su competencia, sea que se considere que el convenio arbitral es inexistente, ineficaz o inválido o que se alegue que la materia no ha sido sometida a arbitraje o se trate de materia no susceptible de arbitraje. Este principio, según el cual los árbitros son los únicos competentes para resolver sobre su competencia, se conoce como el *Kompetenz-Kompetenz* y se encuentra recogido en el artículo 39 de la LGA⁵⁷.

Se trata de una norma de carácter imperativo que no es disponible ni para las partes ni para los árbitros; considero, sin embargo, que es posible extender sus alcances, sin abandonar la esfera de aplicación del principio, a dos situaciones que no han sido previstas por la norma expresamente y que pueden ser objeto de regulación en las reglas: una sustantiva y una de procedimiento. La sustantiva está referida al supuesto de una materia no susceptible de arbitraje y la de procedimiento está referida a que se pueda formular el cuestionamiento en la oportunidad en que se suscite una materia no sometida a arbitraje o no susceptible de arbitraje en el transcurso del proceso, situaciones que no han sido previstas de menara expresa en la norma.

d) Discrecionalidad para resolver vacíos y lagunas

En el transcurso de las actuaciones arbitrales pueden suscitarse situaciones no previstas en la ley o en la reglas del proceso y que deben resolverse. Si los abogados de las partes no tienen mucha experiencia en materia arbitral o tienen una aproximación procesal al arbitraje, es posible que planteen estas cuestiones según las normas del Código Procesal Civil. Esto, sin embargo, como ya hemos anotado, no obliga a los árbitros ni condiciona su decisión.

El tratamiento y la solución de un problema puede ser distinto en materia procesal civil y en materia arbitral, como, por ejemplo, en el caso de la intervención de terceros, la rebeldía o la acumulación, de manera que para situaciones arbitrales es conveniente encontrar soluciones en el campo arbitral desde la literatura y los principios, hasta los usos y costumbres en la materia. La doctrina y la práctica arbitral tienen un desarrollo propio y especializado que es necesario usar como fuente en los arbitrajes;

⁵⁶ En la misma línea se encuentra también de cargo de los árbitros la decisión sobre la celebración de audiencias y la fijación de puntos controvertidos. Sobre lo primero, Gonzales de Cossio expresa: "Las audiencias arbitrales constituyen un interesante y útil, mas no indispensable, paso en el procedimiento arbitral. No es inusual la ausencia de una audiencia en arbitrajes en los que la documentación disponible es suficiente para resolver la controversia. Por el contrario, en casos en los que existen circunstancias que militan a favor de la consecución de una audiencia (como, por ejemplo, cuando debe darse el desahogo de una prueba testimonial o pericial, o el tribunal desea beneficiarse de la retroalimentación que el enfrentamiento de las posturas -sean legales o fácticas- brinda), la misma puede ser un paso de crucial importancia en el procedimiento". Ver: GONZALES DE COSSÍO, Francisco. Op. Cit. p. 239. Sobre lo segundo, debe tenerse en cuenta la nota 43 de las notas de UNCITRAL: "Al considerar las alegaciones y argumentos de las partes, el Tribunal Arbitral puede considerar útil, para su propia labor o para las partes, preparar, con fines analíticos y a fin de facilitar el examen, una lista de los puntos controvertidos, en contraposición a los que no sean objeto de controversia. Si decide que las ventajas de trabajar sobre la base de esa lista son mayores que los inconvenientes, el tribunal elegirá la etapa apropiada del procedimiento para preparar una lista, teniendo en cuenta también que la evolución ulterior del proceso puede exigir una revisión de los puntos controvertidos. Esa determinación de los puntos controvertidos podría ayudar a centrar la atención de las partes sobre lo esencial de la controversia, facilitando una resolución concertada entre las partes de algunas de las cuestiones controvertidas, y la elección del procedimiento mejor y más económico para resolver la controversia. Sin embargo, cabe señalar, entre los inconvenientes de dicha lista, el riesgo de que su preparación ocasione demora, y de que esa lista reste flexibilidad al procedimiento o dé lugar a desacuerdos innecesarios respecto de si el tribunal ha resuelto todos los puntos controvertidos o de si el laudo se pronuncia sobre cuestiones no sometidas al tribunal. El mandato que se ha de dar al tribunal a tenor de algunos reglamentos de arbitraje, o de algunas cláusulas compromisorias, puede cumplir esta misma función de lista de referencia de los puntos controvertidos, antes descrita". El artículo 18 (1) (d) del Reglamento de Arbitraje lo ha contemplado como un requisito opcional del Acta de Misión sujeto a la discrecionalidad de los árbitros. Ver al respecto DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 286-288.

⁵⁷ Sobre el particular, ver BARCELÓ III, John J. "Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law. Volumen 36. 2003. pp. 1115-1136.

resulta un contrasentido resolver situaciones arbitrales con fuentes procesales, de la misma manera como resulta un contrasentido resolver situaciones procesales con fuentes arbitrales.

Los árbitros tienen entonces absoluta discreción para resolver los vacíos o las deficiencias de la ley o de las reglas arbitrales recurriendo a fuentes arbitrales, aunque no haya una previsión expresa en las reglas. Es recomendable, sin embargo, incorporar una regla que de manera clara reconozca esta prerrogativa de los árbitros y que sirva también de referencia para que las partes adecuen sus actuaciones a estándares arbitrales.

e) Discrecionalidad para interpretar, flexibilizar o modificar las reglas

Cuando las reglas han sido establecidas por las partes, son las partes las que de común acuerdo tienen la potestad de interpretarlas; si no hay acuerdo, son los árbitros los llamados a decidir. Si las reglas han sido determinadas sólo por los árbitros o de común acuerdo con las partes, la interpretación y aplicación corresponde exclusivamente a los árbitros. En cualquier caso, los árbitros tienen la potestad de flexibilizar las reglas ante circunstancias particulares o establecer reglas complementarias para un desarrollo eficiente del arbitraje, como ya hemos visto.

La discrecionalidad para modificar las reglas por una regla distinta o contrapuesta, sea que se trate de reglas establecidas por las partes, determinadas por los árbitros o acordadas por árbitros y partes es, en principio, restringida, como hemos también anotado, por lo que es recomendable que en las reglas se establezca una previsión en este sentido o, en todo caso, se procure el acuerdo de las partes y de los árbitros.

f) Discrecionalidad para valorar los medios probatorios

Los árbitros ejercen su autoridad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, para ordenar medios probatorios de oficio, para prescindir motivadamente de pruebas no actuadas si se consideran adecuadamente informados y pueden, en cualquier momento, pedir información complementaria a las partes según el artículo 37 de la LGA. Si, en ejercicio de su autonomía, las partes han pactado reglas especiales para la actuación de medios probatorios como restringir el universo de medios probatorios, distribuir la carga de la prueba, establecer reglas especiales para la declaración de testigos o establecer las condiciones técnicas que deben reunir los peritos, los árbitros deberán observar dichas reglas siempre que no restrinja su autoridad para decidir sobre su admisión y valoración.

En cualquier caso, estamos en un ámbito de mayor restricción a la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida que se trata del material probatorio que los árbitros requieren para poder laudar⁵⁸. Las reglas son más vulnerables a la mutabilidad en manos de los árbitros, teniendo como límites el trato equitativo de las partes y el orden público del lugar del arbitraje⁵⁹.

g) Discrecionalidad para fijar los honorarios y gastos arbitrales

Las partes pueden establecer en el convenio arbitral criterios y pautas para que los árbitros determinen sus honorarios y gastos, lo cual, como hemos apuntado, es recomendable, sin perjuicio de lo cual lo ideal es que estas condiciones sean tratadas con los árbitros en la medida que concierne directamente al trabajo que van a efectuar. Un acuerdo conjunto entre las partes y los árbitros sobre los

⁵⁸ Apunta Cremades, sobre la discrecionalidad de los árbitros en la conducción del periodo probatorio: "En el desarrollo de la audiencia para la prueba las partes tienen, en principio, una posición determinante para fijar de común acuerdo su forma de desarrollo. Sin embargo, el tribunal tiene facultades para, de acuerdo con su criterio, variar el orden de presentación de las pruebas y formular cuantas cuestiones considere oportunas en el momento que crea más apropiado". Ver: CREMADES, Bernardo M. "Facultades del árbitro internacional en materia de prueba". p. 3. Véase también el artículo 22.1 (f) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA que permite a los árbitros decidir la aplicación o inaplicación de determinadas reglas probatorias determinantes de la admisibilidad, importancia o valoración de cualquier material probatorio presentado por una parte en apoyo de cuestiones fácticas o que sea objeto de informe pericial.

⁵⁹ Para una guía sobre la actuación de pruebas, véase las notas de UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral y la Reglas IBA sobre desahogo de pruebas en el arbitraje comercial internacional, en www.ibanet.org. Este sea quizás uno de los terrenos más propensos a la judicialización del arbitraje. Al respecto, Gonzales de Cossío apunta: "Si bien es jurídicamente posible hacer aplicable el derecho procesal de alguna jurisdicción como el régimen de las pruebas en un procedimiento arbitral, es inconveniente. Las legislaciones estatales procesales están poco adecuadas para utilizarse en un arbitraje comercial, y más uno internacional. De desear establecer un régimen – quitándole dicha discreción al tribunal –, pueden adoptarse las reglas de la IBA (...) Las Reglas de la IBA pueden ser adoptadas por las partes en el acuerdo arbitral, en el acta de misión, o con posterioridad en cualquier momento, a menos que el procedimiento esté demasiado adelantado. De no ser adoptadas, pueden ser utilizadas como lineamientos por el tribunal arbitral". Ver: Gonzales de Cossío, Francisco. Op. Cit. pp. 244-245.

honorarios y su forma de pago es lo más apropiado para evitar tensiones sobre este aspecto.

En un arbitraje institucional, estas cuestiones quedan libradas a la institución arbitral pues las partes conocen de antemano las reglas y los costos; en un arbitraje *ad hoc*, en cambio, si no existen criterios en el convenio arbitral y si no es posible un acuerdo de las partes y de los árbitros, los honorarios quedan librados a la determinación de los árbitros de acuerdo a las reglas del mercado. Los árbitros tienen en estos casos discrecionalidad para decidir sobre los honorarios y gastos arbitrales, estando obligados a revelar los criterios utilizados para su determinación así como para decidir sobre eventuales reajustes, prórrogas y fraccionamientos, según las circunstancias del caso.

En nuestro medio, es preciso señalar que existe una tendencia marcada a utilizar en los arbitrajes *ad hoc* la Tabla de Gastos Arbitrales del CCANI-CCL para la determinación de los honorarios, con criterios complementarios como la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales, de manera que existen parámetros más o menos definidos en el mercado arbitral para determinar honorarios y gastos de los árbitros.

VI. EL CONTROL INSTITUCIONAL

Una de las ventajas comparativas del arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc* es la previsibilidad de las reglas y los costos arbitrales. La adopción de un convenio arbitral tipo o la remisión a un reglamento arbitral puede reducir los costos de transacción de celebrar un convenio arbitral si estamos ante reglas de arbitraje eficientes. Un reglamento arbitral es eficiente cuando su estructura es flexible a la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros; sin embargo, es necesario también que en ocasiones las instituciones intervengan para controlar diversos aspectos del desarrollo del arbitraje.

a) Control *prima facie*

Una primera intervención de las instituciones que es crucial para el impulso del arbitraje es cuando se suscitan excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral antes de la com-

posición del Tribunal Arbitral. En estos casos, es necesario que exista un filtro preliminar de la institución arbitral que decida sobre la continuación o no del arbitraje. Si la institución estuviere convencida *prima facie* de la posible existencia de un convenio arbitral decidirá que prosiga el arbitraje y que se componga el Tribunal Arbitral para que sea éste el que se pronuncie sobre su competencia. Si, por el contrario, no estuviere convencida de la existencia de un convenio arbitral, notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir, sin perjuicio del derecho que tienen las partes de acudir a los tribunales para que determinen la existencia del convenio arbitral⁶⁰.

Este es el modelo implantado en el artículo 6(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI. El artículo 20 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL, por su parte, ha regulado este control mediante la oposición a la petición de arbitraje por inexistencia del convenio arbitral o por un convenio arbitral sin sometimiento institucional, dejando en manos del Consejo Superior de Arbitraje la decisión sobre este aspecto. Aunque el ámbito de aplicación de la regla sólo se ha limitado a dos supuestos, parece que no tiene la calidad de un pronunciamiento preliminar sino un pronunciamiento definitivo, porque no se ha previsto que estos temas puedan ser sometidos luego al Tribunal Arbitral, quien es el llamado a pronunciarse sobre estas cuestiones en definitiva. En cualquier caso, considero que no está restringida la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre estos aspectos.

b) Control sobre la designación de los árbitros

Las instituciones arbitrales tienen como instrumentos para ejercer sus funciones y reglas procesales, una estructura de costos y una lista de árbitros. Esta lista es de suma utilidad para cumplir con los encargos de designación externos o para suplir la falta de designación en sus propios arbitrajes, de manera que su elaboración supone un control sobre la calidad profesional de las personas que potencialmente pueden ejercer el cargo de árbitros. Cuando corresponde designar a un árbitro, el control se materializa, a su vez, en la elección de la persona idónea por razones de especialidad, experiencia, nacionalidad, domicilio, disponibilidad y otros factores.

⁶⁰ Par una mayor aproximación de este mecanismo en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, ver: DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 96-126.

La mayor parte de las instituciones reconocen una amplia libertad a las partes para escoger su procedimiento de designación y para escoger a sus árbitros. Existen, sin embargo, instituciones que pueden establecer controles estrictos sobre la forma de designación. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece un sistema de confirmaciones de los árbitros designados por las partes o en virtud de lo acordado por éstas, exigiendo una declaración de independencia o la revelación de hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. El Secretario General tiene la facultad de confirmar a los árbitros que hayan suscrito una declaración de independencia sin reservas o cuya declaración con reservas no haya provocado objeción alguna de las partes. Pero puede considerar también que un árbitro no debe ser confirmado, en cuyo caso el asunto deberá someterse a la decisión de la Corte⁶¹.

El Reglamento de Arbitraje de la LCIA, por su parte, establece que sólo la Corte está facultada para nombrar a los árbitros, de conformidad con cualquier criterio o método de selección convenido por las partes mediante acuerdo por escrito. Para esto, antes del nombramiento, cada árbitro debe remitir al Secretario un resumen de su actividad profesional, aceptar los honorarios previstos por el arancel, firmar una declaración de independencia e imparcialidad y comprometerse a revelar cualquier circunstancia sobrevenida susceptible de producir duda razonable sobre su imparcialidad e independencia. Sólo si se cumple con estos requisitos, el candidato puede ser nombrado por la Corte. Si estima que el candidato no se ajusta a las exigencias requeridas o no es independiente o no es imparcial, la Corte puede rechazar su nombramiento. Tratándose de un Tribunal con tres miembros, la Corte nombrará su presidente⁶².

Otras instituciones pueden exigir por su especialidad que los árbitros sean sólo designados de su lista de árbitros⁶³ o permitir la designación de los árbitros por las partes y exigir que el presidente del Tribunal sea elegido de la lista de árbitros de la institución⁶⁴.

c) Control sobre la imparcialidad de los árbitros

El control institucional sobre la imparcialidad supone tomar las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros mediante reglas adecuadas sobre la obligación de informar de éstos, sobre las causales y el trámite de recusación y, en especial, supone que las decisiones sean neutrales. A diferencia de lo que sucede en los arbitrajes *ad hoc* en que la decisión se queda en la esfera de decisión de los árbitros (salvo cuando es unipersonal), en el arbitraje institucional cualquier cuestionamiento a la independencia e imparcialidad de los árbitros es decidida por la institución arbitral, quien tiene quizás una mejor posición para resolver las recusaciones.

Ahora bien, ¿cuáles son los estándares para evaluar la imparcialidad e independencia de los árbitros? Por lo general, las instituciones suelen utilizar la fórmula general del artículo 12 de la Ley Modelo Uncitral y que es recogida también en las legislaciones locales y que permite a las partes recusar a los árbitros ante circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia⁶⁵, lo que supone una evaluación caso por caso. Sin embargo, es posible que existan reglas éticas especiales que los árbitros deben observar, como en el caso del Código de Ética para Árbitros en disputas comerciales de la AAA⁶⁶. O incluso puede tomarse como referencia la Guía de la Internacional Bar Association sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional, que contiene estándares generales y estándares específicos (lista roja no renunciante, lista roja renunciante, lista naranja y lista verde)⁶⁷.

En cuanto a la calidad de las decisiones, si la institución arbitral toma buenas decisiones enviará mensajes de neutralidad al mercado y los usuarios incrementarán su confianza en el sistema porque filtra a los árbitros que no deben participar en un arbitraje. En cambio, si esa decisión no es transparente y es tomada sobre la base de intereses particulares, el men-

⁶¹ Ver artículos 8 y 9 del Reglamento de Arbitraje CCI.

⁶² Ver artículos 5.3, 5.5, 5.6 y 7.1 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Véase también el artículo 12.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI y el artículo 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA que deja en manos de la institución la decisión sobre el uso del procedimiento de designación inicialmente previsto en caso de sustitución de un árbitro.

⁶³ En nuestro medio ver, por ejemplo, el artículo 9 del Reglamento del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo.

⁶⁴ Éste es el modelo adoptado por el Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL, ver artículo 23. La norma además establece una restricción para las designaciones de árbitros a cargo de las partes que se encuentren separados o suspendidos del Registro de Árbitros.

⁶⁵ Fórmula recogida también en el inciso 3 del artículo 28 de la LGA.

⁶⁶ Ver: www.adr.org.

⁶⁷ Ver texto en: www.ibanet.org.

saje para el mercado arbitral es que los mecanismos institucionales no funcionan con neutralidad y no son seguros y confiables para filtrar a los árbitros que no deben participar en un arbitraje y, en consecuencia, es posible que se acuda a la intervención judicial para que revise o controle esta decisión. El control sobre la imparcialidad es uno de los controles más delicados que debe ejercer una institución arbitral; si no hay transparencia en estas decisiones, la institución arbitral, en definitiva, perderá credibilidad y, dependiendo de su posición el mercado o de la envergadura de la controversia, puede incluso tener un impacto negativo en el desarrollo del arbitraje en la sociedad.

d) Control sobre las actuaciones arbitrales

Las instituciones están encargadas de la organización y administración del arbitraje y ejercen un control sobre el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias. En tal sentido, pueden advertir a los tribunales sobre la conveniencia de adecuar los pactos especiales de las partes al reglamento arbitral o sobre la inobservancia de las disposiciones reglamentarias y sus posibles consecuencias o sobre la potencial violación al derecho de defensa de las partes o la vulneración del debido proceso, así como sobre cualquier otro aspecto del desarrollo de las actuaciones que consideren conveniente para una conducción eficiente del proceso.

Desde luego, este es un control de “segundo piso”, la autoridad de los árbitros es inalienable y son ellos los que tienen la discreción para recoger o descartar recomendaciones de la institución, según su criterio⁶⁸. Este control de baja intensidad puede, sin embargo, tener mayor importancia cuando se trata de instituciones de mucha experiencia y prestigio o, en general, cuando el Tribunal Arbitral está conformado por árbitros que no son abogados o que no tienen mucha experiencia arbitral. En

cualquier caso, la misión de la institución arbitral es velar por el cumplimiento de las reglas de arbitraje de la institución y las reglas complementarias correspondientes con la finalidad de evitar eventuales cuestionamientos posteriores.

e) Control sobre el laudo

El control sobre el laudo tiene una doble dimensión: la primera está referida al control sobre la expedición del laudo dentro del plazo fijado y la segunda está referida al examen previo del laudo por la institución. El control sobre el plazo para laudar puede ser ejercido cuando la disposición del plazo para laudar es de cargo de la institución arbitral; en cambio, cuando la disposición del plazo para laudar depende de las partes o de los árbitros, su intervención se reduce a una recomendación a los árbitros y a las partes para que tomen las medidas de previsión necesarias⁶⁹. Es preciso anotar que, en muchas legislaciones como la nuestra, el plazo para laudar es una causal de anulación del laudo arbitral, por lo que es importante vigilar que el laudo sea expedido dentro del plazo previsto en las reglas o establecido por las partes o por los árbitros.

El control previo del laudo es una característica de los arbitrajes CCI y tiene dos propósitos: el primero es identificar los posibles defectos de “forma”, mientras que el segundo es llamar la atención de los árbitros hacia los puntos “relacionados con el fondo de la controversia”. Como se ha advertido, la diferencia entre fondo y forma es esencial en la medida que la Corte puede exigir al Tribunal Arbitral incorporar en sus laudos modificaciones de forma, mientras que el Tribunal Arbitral es libre de desestimar cualquier asunto sobre el que la Corte puede llamar su atención respecto al fondo. De cualquier manera, la Corte sólo aprueba el laudo en cuanto a su forma; el fondo es responsabilidad única del Tribunal Arbitral⁷⁰.

⁶⁸ El artículo 10.2 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, sin embargo, introduce un control directo que puede incluso apartar al árbitro del cargo: “10.2 Si un árbitro contraviene deliberadamente las disposiciones del convenio arbitral (incluido este Reglamento) o si actúa con falta de equidad o con parcialidad en su relación con las partes o si no instruye el arbitraje con la diligencia debida, evitando retrasos o gastos innecesarios, ese árbitro puede ser declarado por la Corte de la LCIA incapaz para el desarrollo de la función que le ha sido encomendada”.

⁶⁹ El artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que la Corte puede, en virtud de la solicitud motivada del Tribunal Arbitral o, si lo estima necesario, de oficio, prorrogar el plazo para dictar el laudo de 6 meses. Para una mayor aproximación ver DERAÏNS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 345-346.

⁷⁰ Comparar: DERAÏNS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 353-354. Sobre los defectos de forma estos autores señalan: “los defectos de forma son errores tipográficos o de cálculo, falta de elementos que deban ser incluidos en el laudo, según la ley de la sede del arbitraje, falta de motivación o bien violación del mandato del Tribunal Arbitral, en aquellos casos en que el laudo es infra o ultrapetita. La Corte revisa estos puntos para reforzar la probabilidad de que el laudo esté en condiciones de ejecutarse y que contenga defectos que pudieran causar su anulación. Respecto de las cuestiones de fondo a su vez apuntan: “la Corte puede llamar la atención de los árbitros sobre aspectos de fondo de su laudo que considere confusos, insuficientemente razonados, incoherentes o contrarios a las disposiciones de la ley aplicable. La preocupación de la Corte al hacer estos comentarios es ayudar a los árbitros a emitir un laudo que sea de la mayor calidad y que, como resultado, las partes probablemente estarán más dispuestas a aceptar y cumplir voluntariamente”. Ver: DERAÏNS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. p. 354.

f) Control sobre los honorarios y gastos arbitrales

El control sobre los costos del arbitraje (honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la institución) se manifiesta en las reglas de determinación y en las reglas de pago contenidas en los reglamentos de la institución. En cuanto a la determinación de los honorarios y gastos, muchas instituciones como la CCI toman como referencia el monto de la controversia y le aplican la Tabla de Aranceles; en otros casos, como sucede con la AAA, las partes y cada uno de los árbitros pueden ponerse de acuerdo en una tarifa razonable por día o por hora según la dimensión y la complejidad del caso.

El Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL contempla la aplicación de la Tabla de Aranceles de Gastos Administrativos y Honorarios Arbitrales en atención a la cuantía de la controversia, fijando un tope máximo en cada caso sujeto a un tope extra con autorización del Consejo Superior de Arbitraje. El Reglamento de Aranceles, por su parte, establece que para los procesos cuya cuantía sea superior a los US \$ 5'000,000.00 o no tengan cuantía determinada, los honorarios y gastos serán fijados por el Consejo Superior de Arbitraje, atendiendo a la complejidad, duración y otros criterios pertinentes del caso.

En cuanto a la forma de pago, la mayor parte de las instituciones exige que las partes depositen una provisión para cubrir los honorarios y gastos del arbitraje y deja abierta la posibilidad para que pueda pedirse provisiones adicionales en cualquier momento durante el arbitraje. La Corte de la LCIA va más allá porque se constituye en depositaria de las provisiones y, según el desarrollo del proceso, puede eventualmente abonar cantidades a su discreción a los árbitros, a los peritos nombrados por el Tribunal y a la propia LCIA⁷¹.

El Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL tiene un mecanismo similar en el artículo 29, el cual establece que una vez depositados los honorarios por las partes, la institución entregará a los árbitros el 30% de la liquidación de honorarios luego de la instalación, un 30% adicional al cierre de la etapa probatoria y el saldo, así como cualquier otra suma

adicional liquidada, luego de entregado oportunamente el laudo. Sin duda esto responde a la experiencia institucional particular y pone de relieve la importancia del control de las instituciones sobre estos temas.

VII. CHECKS & BALANCES

La dinámica del arbitraje es compleja, autónoma y cambiante, discurre por diversas dimensiones, depende de sus propias estructuras y roles y se construye y se deconstruye en cada caso. Las reglas de juego en el arbitraje son eficientes cuando existe un adecuado *checks and balances* entre la autonomía de las partes, la discrecionalidad de los árbitros y el control de las instituciones arbitrales. Pero estos roles deben funcionar de manera sinérgica, las partes deben ejercer su autonomía para moldear un arbitraje según sus intereses y sus necesidades, los árbitros deben ejercer su discrecionalidad para favorecer el desarrollo del proceso y las instituciones deben controlar de manera adecuada la actuación de las partes y de los árbitros.

La globalización del arbitraje es una onda expansiva que viene uniformizando legislaciones y viene consolidando principios, usos y costumbres en todo el mundo. Se trata de una nueva *pax romana* para la solución de controversias internacionales, donde confluyen y se cruzan diversas tradiciones jurídicas pero bajo una misma fuente, bajo una misma aldea, bajo un mismo espíritu; esa *pax arbitri* está en todos los foros, trasciende las jurisdicciones nacionales y se expande hacia nuevos campos y en nuevas direcciones. La cultura legal local muestra todavía, después de todos estos años de desarrollo arbitral –o quizás a propósito de este desarrollo–, resistencia a la consolidación de una cultura arbitral en nuestra sociedad. Existen fuertes íconos legales (como la jurisdicción y el proceso civil) que promueven una práctica arbitral sujeta a cánones procesales y sobrecontroles judiciales. Si estos íconos legales ceden a las costumbres arbitrales, viviremos en un mundo arbitral con costumbres arbitrales; en caso contrario, viviremos en un mundo arbitral con costumbres judiciales hasta que ese mundo no sea más arbitral. La elección espera en cada arbitraje.