

CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS

Volumen 92 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Cláusulas arbitrales patológicas

Mario Castillo Freyre
Alonso Bedoya Denegri

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, abril 2021
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-05119

ISBN: 978-612-4400-40-7
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Palabras liminares	11
1. El cuidado en la redacción del convenio arbitral	15
2. La inconsistencia es lo único en que los hombres son consistentes	17
3. La inoperatividad	24
4. Incertidumbre	32
5. No por mucho madrugar se amanece más temprano	40
6. Más vale malo conocido, que bueno por conocer	48
7. A lo seguro, seguro	52
8. Informarse primero, escribir después	55

9. Uno más uno, dos	58
10. Lo que abunda, sí daña	61
11. Quien rompe, paga	66
12. La escalera al Cielo	69
13. ¿Arbitraje para todo el mundo?	79
14. Convenios arbitrales ómnibus	87
15. Materias técnicas versus materias jurídicas	94
16. ¿Una pericia puede ser un laudo?	98
17. Materias arbitrables y otras que no lo son	101
18. La existencia de dos jurisdicciones arbitrales diferentes	102
19. Sede arbitral poco aparente	104
20. Sometimiento optativo al arbitraje	105
21. Congelados en el tiempo	108

22. ¿Centro o reglamento?	112
23. Convenios arbitrales por referencia	114
24. Convenios arbitrales distintos para relaciones jurídicas casi idénticas	116
25. Sede del arbitraje impropia	118
26. Costos inciertos	120
27. Ejecución de laudo arbitral	121
28. Convenios arbitrales que hagan referencia a dos o más centros de arbitraje, más conocidos como cláusulas arbitrales híbridas	123
29. Remedios y mecanismos de protección ante una cláusula patológica	125

PALABRAS LIMINARES

Como sabemos, el elemento indispensable para poder activar el arbitraje luego de surgida una controversia, es la previa existencia de un convenio arbitral.

Los convenios arbitrales suelen formar parte de los contratos que rigen las relaciones obligacionales entre las partes; sin embargo, aunque poco frecuentes, también se presentan casos en los cuales el convenio arbitral constituye un documento independiente del contrato que rige esa relación entre ambas partes; o, incluso, hay casos en los cuales recién se celebra el convenio arbitral luego de surgida una controversia, sea que ésta se derive de una relación contractual o extracontractual.

Dentro de tal orden de ideas, si para ir a arbitraje se requiere de la necesaria celebración de un convenio arbitral, va implícito que, una vez surgida la controversia, la claridad del referido convenio será determinante a efectos de que tal controversia pueda dilucidarse sin la existencia de un conflicto procesal previo a la propia

controversia, el mismo que, probablemente se presentará cuando estemos ante una cláusula arbitral defectuosa.

Las cláusulas arbitrales defectuosas son aquellas que no reflejan un convenio arbitral lo suficientemente claro como para evitar más de una interpretación sobre el texto y alcances del propio convenio. La doctrina las conoce con el nombre de cláusulas arbitrales patológicas o convenios arbitrales patológicos y sobre ellos versa el presente trabajo, el Volumen 92 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

Dejamos constancia de que el título de la obra es “Cláusulas arbitrales patológicas” y no “Convenios arbitrales patológicos”, pues en muchos de ellos se identificarán elementos de jurisdicción arbitral, pero también judicial, situación que, configura, sin duda, una cláusula arbitral patológica, la misma que, incluso, podría no llegar a ser considerada, en estricto, como un convenio arbitral, si es que primara la jurisdicción judicial. En fin, sobre este tema la casuística es infinita. Finalmente, la costumbre ha hecho que el tema reciba la primera de las denominaciones y no la segunda. En ese sentido, hacemos honor a la tradición.

Lima, abril de 2021

Mario Castillo Freyre^{*}
Alonso Bedoya Denegri^{**}

^{*} Mario Castillo Freyre es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

^{**} Alonso Bedoya Denegri es abogado por la Universidad de Lima y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad Queen Mary de Londres en el programa especializado en arbitrajes comerciales internacionales y arbitrajes de inversiones (Comparative and International Dispute Resolution). En el año 2018, se desempeñó como abogado pasante en la firma internacional de arbitraje Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr (Wilmerhale), en Londres. Actualmente es socio del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados y catedrático del curso de Arbitraje en la Universidad San Martín de Porres.

CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS

1. EL CUIDADO EN LA REDACCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

A lo largo del presente estudio vamos a poder apreciar diversas situaciones en las que el convenio arbitral dificulta la labor de las partes en la resolución del conflicto y, especialmente, la labor de la parte demandante, que es, claro está, la que quiere hacer valer sus derechos ante el probable incumplimiento de la contraria.

En tal sentido, una primera recomendación es que cuando se redacte un convenio arbitral, quien lo haga no se limite a copiar y pegar los alcances de un convenio arbitral anterior que se tome como modelo. Esta recomendación, que se extiende en realidad a todas las cláusulas de un contrato, va a permitir que quien redacte el convenio arbitral medite acerca de su contenido y alcances, a efectos de que el convenio refleje todo aquello que ha querido incluir en él.

La experiencia vivida enseña que la poca o nula meditación de tales cláusulas hace que se derive infinidad

de problemas, algunos de los cuales serán analizados en las siguientes páginas.

El profesor Frédéric Eisemann¹ acuñó el término “cláusula patológica” en 1974. Según Eisemann, las cláusulas de arbitraje o convenio arbitral tienen cuatro elementos esenciales:

- i) Producir consecuencias obligatorias para las partes.
- ii) Excluir la intervención de los tribunales estatales (poder judicial) en la solución de las controversias, al menos antes de la emisión del laudo.
- iii) Otorgar poderes a los árbitros para resolver las controversias que puedan surgir entre las partes.
- iv) Permitir la puesta en marcha de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones de eficiencia y rapidez, a la emisión de un laudo susceptible de ejecución judicial.

¹ EISEMANN, Frédéric. “La clause d’arbitrage pathologique” in *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974.

La doctrina extranjera enseña que los principales defectos o patologías en las cláusulas arbitrales versan sobre inconsistencias, inoperabilidad e incertidumbre.

Estos vicios en la redacción del convenio arbitral pueden conllevar, en algunas oportunidades, a que el convenio arbitral sea inoperativo o incapaz de ser cumplido, tornando inútil el arbitraje y forzando a las partes a remitirse al poder judicial.

2. LA INCONSISTENCIA ES LO ÚNICO EN QUE LOS HOMBRES SON CONSISTENTES

Cuando hay alguna inconsistencia en el convenio arbitral, la corte nacional o poder judicial intentará dar un significado en orden de otorgar efecto a la real intención de las partes (lo cual es sustraerse de la jurisdicción ordinaria e irse al arbitraje).

El problema con este enfoque reside en que se pondrá a prueba el respeto del arbitraje por el poder judicial. En jurisdicciones más sofisticadas como la inglesa, la estadounidense o la suiza, las cortes nacionales (poder judicial) remiten la disputa a arbitraje, ya que se pretende ejecutar la real intención de las partes de arbitrar.

Después de todo, las cortes nacionales se encuentran obligadas en mérito de la Convención de Nueva York a “...reconocer el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas...”².

El problema radica cuando el poder judicial no tiene mayor conocimiento acerca de la Convención de Nueva York e ignora su obligación de ejecutar y reconocer el acuerdo de las partes, centrándose en vicios como la inconsistencia del convenio arbitral para adjudicarse la jurisdicción de la resolución en disputa y truncar el inicio o consecución del arbitraje.

Claro ejemplo de un convenio arbitral inconsistente es cuando, por ejemplo, se indica que la ley aplicable y jurisdicción serán la ley peruana y las disputas se resuelvan ante la jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales del Perú, pero más abajo se hace referencia a que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje, de acuerdo a las reglas de la Cámara de Comercio de Lima.

² Convención de Nueva York, Artículo II.1.

En este caso, nos podemos preguntar ¿cuál era la real intención de las partes? ¿Irse al Poder Judicial o al arbitraje?

Un conocido caso internacional sobre un convenio arbitral inconsistente, puede ser encontrado en el proceso *Braes of Doune Wind Farm vs. Alfred McAlpine*³. La cláusula relevante indicaba lo siguiente:

“20.2.2. (C) Este acuerdo de arbitraje está sujeto a la ley de Inglaterra y la sede del arbitraje será Glasgow, Escocia. Cualquier referencia al arbitraje se considerará una referencia al arbitraje de acuerdo a la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996 o cualquier nueva promulgación estatutaria”.

“En caso de controversias derivadas del Contrato [de Venta], las partes acuerdan que debe ser competencia del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Zürich en Lugano. El idioma del arbitraje será el italiano. La ley aplicable será la ley suiza.”

³ *Braes of Doune Wind Farm (Scotland) Ltd vs. Alfred McAlpine Business Services Ltd* [2008] EWHC 426 (TCC) per Akenhead J.

Otro proceso de relevancia es el ya tan conocido caso de Fiona Trust & Holding Corp vs. Privalov.⁴

Veamos el tenor del convenio arbitral:

“41. (a) Este acuerdo se interpretará y las relaciones entre las partes se determinarán de conformidad con las leyes de Inglaterra.

(b) Cualquier disputa que surja bajo este acuerdo será decidida por los tribunales ingleses a cuya jurisdicción las partes acuerdan por el presente.

(c) No obstante lo anterior, pero sin perjuicio del derecho de cualquiera de las partes de embargar o mantener el embargo de cualquier propiedad marítima, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación por escrito de la elección a la otra parte, optar por que se remita dicha disputa (...) a arbitraje en Londres, un árbitro será designado por los propietarios y el otro por los fletadores.

⁴ Fiona Trust & Holding Corp vs. Privalov [2007] UKHL 40. - House of Lords Judgment TDM 1 (2009), www.transnational-dispute-management.com.

El arbitraje tendrá lugar en Londres de acuerdo con la Asociación Marítima de Árbitros de Londres, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Arbitraje de 1950, o cualquier modificación estatutaria o nueva promulgación de la misma por el momento en vigor.

Cualquiera de las partes perderá su derecho a realizar tal elección sólo si:

- (a) recibe de la otra parte una notificación por escrito de la disputa que: (1) declara expresamente que ha surgido una disputa de esta carta; (2) especifica la naturaleza de la disputa; y (3) se refiere expresamente a esta cláusula 41
- (c) Y
- (b) no notifica la elección de someter la controversia a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de recepción de dicha notificación de controversia (...).”

La inconsistencia surgió cuando los demandantes (armadores) alegaron que ocho acuerdos de fletamento celebrados con los demandados (tres fletadores) se habían obtenido mediante soborno y afirmaron haber resuelto válidamente los acuerdos de fletamento sobre esa base.

Cada contrato de fletamento estaba sujeto a la ley inglesa y contenía una cláusula de arbitraje que estipulaba que cualquier disputa bajo la carta se decidía en los tribunales ingleses, pero que otorgaba a cualquiera de las partes el derecho a elegir que dicha disputa fuera arbitrada según las reglas de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres.

Por otro lado, los demandados iniciaron un arbitraje en Londres. Los demandantes respondieron iniciando acciones judiciales de conformidad con el artículo 72 de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, para restringir el procedimiento arbitral.

Esta solicitud se hizo sobre la base de que, al haberse resuelto los contratos de fletamento, los demandados también habían renunciado a los acuerdos de arbitraje contenidos en ellos y, por lo tanto, no podía haber arbitraje.

Los demandados solicitaron una suspensión de la acción judicial a favor del arbitraje, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Arbitraje.

En primera instancia, la suspensión fue denegada y el tribunal otorgó una orden judicial, restringiendo el pro-

ceso de arbitraje. Los demandados apelaron. El Tribunal de Apelación revocó la decisión de primera instancia.

La posición de partida, al considerar si esta disputa debe resolverse por referencia a una cláusula de resolución de disputas en particular, es la conocida presunción de “una parada”, formulada por primera vez por Lord Hoffman en el caso *Fiona Trust*:

“En mi opinión, la construcción de un convenio arbitral debe partir del supuesto de que las partes, como empresarios racionales, probablemente hayan tenido la intención de que cualquier disputa que surja de la relación que han entablado o que pretenden entablar sea decidida por el mismo tribunal.”⁵

En *Fiona Trust*, la Cámara de los Lores tuvo que considerar si una disputa relacionada con la rescisión de un acuerdo entraba dentro del alcance de una cláusula de arbitraje dentro de ese acuerdo.

Había claras inconsistencias en la redacción de la cláusula de arbitraje, incluso en cuanto a su alcance.

⁵ *Fiona Trust and Holding Corporation and Others vs. Yuri Privalov and Others under name of Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Others vs. Fili Shipping Co. Ltd. (14th Claimant) & Others* [2007] UKHL 40.

Pero gracias a la presunción de Lord Hoffman, la cláusula se interpretó de modo que incluyera la disputa.

Las partes habían elegido el arbitraje como el foro para las disputas que surjan en virtud de su acuerdo y la cláusula debe interpretarse en consecuencia, a menos que el lenguaje indique claramente que ciertas disputas estaban destinadas a ser tratadas de manera diferente.

La presunción de Fiona Trust se ha seguido, hasta cierto punto, en circunstancias en que las partes han celebrado dos o más acuerdos relacionados que contienen cláusulas de jurisdicción o competencia.

3. LA INOPERATIVIDAD

El artículo II.3 de la Convención de Nueva York señala a la letra que “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Como es sabido, el principio de separabilidad del convenio arbitral hace que la nulidad del contrato principal no acarree la invalidez del convenio arbitral.

En esa línea de pensamiento, para que un acuerdo de arbitraje sea considerado inoperativo, se deberá constatar que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable como, por ejemplo, en caso las partes que lo suscribieron hubiesen carecido de capacidad legal para suscribir el convenio arbitral o si se evidenció algún tipo de fraude en dicha cláusula.

Es necesario establecer las diferencias entre la cláusula inoperativa y la cláusula ineficaz o inaplicable.

La primera versa sobre cuándo la cláusula arbitral ha dejado de tener efectos legales, como bien lo plantean Redfern y Hunter, en caso las partes del convenio arbitral no cumplan con el tiempo límite establecido en la cláusula para remitirse a arbitraje o cuando las partes, por su consentimiento, han decidido revocar el convenio arbitral.

En cuanto a la inaplicabilidad del convenio arbitral, esto obedece a factores más prácticos, que suelen presentarse en la realidad como, por ejemplo, cuando se nombra una institución arbitral inexistente o se hace

referencia al nombramiento de un árbitro en el mismo convenio arbitral, cuando quizá ese árbitro ya falleció.

Para ilustrar mejor el tema de una cláusula arbitral inoperativa, tenemos el caso *Albion Energy Ltd. vs. Energy Investments Global BRL*⁶.

La disputa surgió de un Acuerdo de compraventa por la venta de acciones entre Albion Energy Ltd. (“Albion”) como vendedor y Energy Investments Global BRL (“EIGL”) como comprador.

El acuerdo dispuso que EIGL pagaría las acciones en cuotas. Además de Albion y EIGL, había otras cuatro partes en el acuerdo, incluido el propietario de Albion, un señor Buckingham. El acuerdo contenía una cláusula de jurisdicción judicial exclusiva, que disponía lo siguiente:

“Las Partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Inglaterra y Gales con respecto a cualquier reclamo, disputa o asunto (ya sea contractual o no contractual) que surja de o

⁶ *Albion Energy Ltd vs. Energy Investments Global BRL* [2020] EWHC 301 (Comm) (14 February 2020). Consultado en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/301.html>.

en conexión con este acuerdo (incluida su formación).”

EIGL pagó las dos primeras cuotas del acuerdo, pero se negó a pagar la tercera cuota de US\$33,3 millones. Alegó que tenía reclamaciones legales contra el señor Buckingham y Albion, lo cual le daba derecho a retener el pago en virtud del acuerdo de compraventa.

Tras la correspondencia de los abogados, Albion y EIGL acordaron que EIGL pagaría incondicionalmente 20 millones de dólares americanos a Albion y que los 13,3 millones de dólares restantes se mantendrían en depósito en garantía, de conformidad con un Acuerdo de depósito en garantía.

Las partes del Acuerdo de depósito en garantía fueron Albion, EIGL y el señor Buckingham (pero no las otras tres partes del contrato de compraventa).

El contrato de depósito en garantía estipulaba que las partes intercambiarían información, intentarían resolver la disputa y no iniciarían los procedimientos antes de una fecha específica.

El acuerdo de depósito en garantía estipulaba expresamente que el pago en depósito en garantía se realizaba

sin perjuicio de los derechos legales de las partes en virtud del contrato de compraventa.

La cláusula de resolución de disputas en el acuerdo de custodia estipulaba que:

“Cualquier disputa o diferencia (ya sea contractual o no contractual) que surja de o en conexión con el acuerdo de depósito en garantía (incluyendo sobre su existencia, validez, interpretación o terminación) será referida y finalmente resuelta por arbitraje [en Londres bajo las Reglas de la CCI]”.

Vemos pues, que el caso refiere a una demanda de sentencia sumaria en el Tribunal Superior de Inglaterra, presentada por el vendedor de acciones contra el comprador, por un pago pendiente adeudado en virtud del contrato de compraventa.

El contrato contenía una cláusula de jurisdicción exclusiva de los tribunales ingleses.

No obstante, después de que se ejecutó el acuerdo (y antes de que comenzara la demanda judicial), las partes acordaron retener el pago en disputa en custodia, para intentar resolver la disputa.

El contrato de custodia contenía una cláusula de arbitraje, que preveía el arbitraje de la CCI con sede en Londres.

La pregunta relevante ante el tribunal, era si el convenio arbitral en el contrato de cuenta en garantía, podía primar sobre la cláusula de jurisdicción del contrato de compraventa.

Si lo hiciera, la demanda judicial del vendedor se habría iniciado en violación del convenio arbitral y sería suspendida por el tribunal en virtud del artículo 9 de la Ley Inglesa de Arbitraje.

El tribunal determinó, después de analizar los documentos contractuales, que el convenio arbitral en el contrato de cuenta en garantía no reemplazaba la cláusula de jurisdicción en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, la corte inglesa se negó a suspender los procedimientos judiciales en virtud de la ley de arbitraje inglesa.

Por otro lado, tenemos una decisión distinta de la corte en Queensland:

El caso *Queensland en Bulkbuild Pty Ltd. vs. Fortuna Well Pty Ltd & Ors*,⁷ versa sobre la decisión de la Corte Suprema de Queensland en *Bulkbuild Pty Ltd. vs. Fortuna Well Pty Ltd & Ors* y brinda orientación sobre si un convenio arbitral es “incapaz de ejecutarse” en el contexto de la Ley de Arbitraje Comercial de 2013, de Australia.

El caso involucró un contrato de construcción de diseño y construcción, que incluía una cláusula de resolución de disputas en la que las partes acordaron someter las disputas a arbitraje.

El demandante (Bulkbuild) inició una acción en el Tribunal Supremo de Queensland contra, entre otros, el propietario, en virtud del contrato de construcción (Fortuna).

Por su lado, Fortuna solicitó una orden de suspensión del proceso entablado en su contra, sobre la base de que el contrato contenía un convenio arbitral válido.

El artículo 8 de la Ley establece que mientras exista un convenio arbitral que no sea nulo o sin efecto, ino-

⁷ *Bulkbuild Pty Ltd vs. Fortuna Well Pty Ltd. & Ors* [2019] QSC 173. Consultado en: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2019/173>

perante o incapaz de ejecutarse, el tribunal debe remitir a las partes a arbitraje.

Bulkbuild argumentó que el acuerdo era “incapaz de ser cumplido” a los efectos de la sección 8 de la Ley de Arbitraje. La reclamación de Bulkbuild contra Fortuna surgió de cuestiones de hecho similares a su reclamación contra un segundo y tercer demandado en el mismo procedimiento.

Como resultado, Bulkbuild sostuvo que habría un riesgo de diferentes determinaciones fácticas si su reclamo contra Fortuna fuera determinado por arbitraje, pero sus reclamos contra los otros acusados determinados por un tribunal judicial.

El juez Bowskill dio poca importancia a este argumento, encontrando que tener dos procedimientos separados que involucren circunstancias fácticas similares, sería un “mero inconveniente” que no haría que un convenio arbitral “no pudiera ser ejecutado”.

El juez también se refirió a las circunstancias en las que un convenio arbitral puede ser “incapaz de ejecutarse” según la sección 8 de la Ley, que refiere: cuando hay lenguaje contradictorio en el contrato que indica una intención de litigar (en lugar de arbitrar); si un árbitro

específico se indica en un contrato que en el momento de la disputa ha fallecido o no está disponible; y si el convenio arbitral es en sí mismo demasiado vago, confuso o contradictorio para ser ejecutado.

Este caso destaca que la perspectiva de conclusiones fácticas inconsistentes en diferentes foros de resolución de disputas no es suficiente para hacer que un convenio arbitral sea “incapaz de ejecutarse”.

4. INCERTIDUMBRE

Este tipo de patologías van por el extremo en el que no se puede evidenciar la real voluntad de las partes, puesto que la imprecisa redacción del convenio arbitral es susceptible de generar incertidumbre sobre lo que las partes realmente quisieron acordar.

Un ejemplo de esto se puede apreciar en el fraseo que, a título de ejemplo, citamos a continuación: “En el caso de cualquier disputa no resuelta, el asunto se remitirá a la Cámara de Comercio Internacional”.

El problema con la cláusula anterior es que no se hace referencia al mecanismo de resolución de disputa. ¿Podría ser arbitraje? O ¿quizá mediación?.

Otro ejemplo sería: “En caso de disputa, las partes se comprometen a someterse a arbitraje, pero en caso de litigio, el Tribunal de la Seine tendrá jurisdicción exclusiva”.⁸

El problema con todas las cláusulas o convenios arbitrales patológicos radica en que, dependiendo del vicio en la redacción de los mismas, en el peor escenario lo que podrá ocurrir es que la cláusula sea tan defectuosa que no pueda ser ejecutada como un convenio arbitral y, como consecuencia de ello, el único con jurisdicción será el poder judicial.

Como se mencionó anteriormente, todo dependerá de qué tan sofisticadas sean las cortes nacionales de cada país y el grado de una cultura proarbitraje.

A modo de ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha razonado en general que:

“la invalidez de una disposición dentro de un convenio arbitral no invalida necesariamente sus otras disposiciones (...) [No existe] vínculo máximo entre las disposiciones de arbitraje que evite que se separen entre sí; por tanto, en estos casos

⁸ Ver Craig, Park y Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3 ed., Oceana, 2000, p. 128.

sólo se procede a separar las disposiciones inválidas o patológicas del convenio arbitral y se ejecutan las demás provisiones.”⁹

Dentro de este tipo de patologías, también podemos considerar aquellas cláusulas o convenios que son calificadas como asimétricos.

Cuando ambas partes dentro de una relación contractual y arbitral tienen indiferentemente la potestad de iniciar un arbitraje, se puede considerar una cláusula simétrica, toda vez que ambas partes cuentan con un mismo derecho.

Pero no son pocas las veces en que los convenios arbitrales no son equitativos para ambas partes y, por el contrario, otorgan distintos beneficios y obligaciones para cada parte.

El caso clásico es donde sólo una de las partes tiene derecho a someter las disputas a arbitraje, pero la otra debe litigar.

Tales cláusulas asimétricas se utilizan con frecuencia en transacciones financieras, donde una parte desea ser

⁹ BORN, Gary, *Treatise*, p. 915.

demandada sólo en el foro de su elección (como su jurisdicción de origen), pero a la inversa desea la flexibilidad, para hacer cumplir la seguridad y perseguir activos contra la otra parte, siempre que sea posible.

Desde luego que la ejecución y el reconocimiento de cláusulas asimétricas ha probado ser un desafío continuo en diversas jurisdicciones.

En algunas jurisdicciones, existe la percepción de que se apartan del principio fundamental del acuerdo entre las partes. Por ejemplo, en China, tales cláusulas están prohibidas.

Sin duda, al elaborar una cláusula de este tipo hay que ser conscientes de las posibles dificultades y contingencias que se presentarían si se tratase de ejecutar o forzar un juicio o un arbitraje.

A continuación podemos apreciar distintos resultados para cláusulas similares, dependiendo de la jurisdicción:

El Tribunal de Apelación de Singapur confirmó, hace cuatro años, la validez de una cláusula asimétrica

en Dyna-Jet Pte Ltd. contra Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd.¹⁰

La cláusula disponía que en la elección de una de las partes (Dyna-Jet), ella tenía la potestad de remitirla a arbitraje.

Por lo tanto, la cláusula no sólo era asimétrica y “carecía de reciprocidad”, sino que era opcional, en el sentido de que dependía de una elección realizada por Dyna-Jet.

Esta fue la primera vez que el Tribunal de Apelación se pronunció sobre la validez de un convenio arbitral asimétrico, según la ley de Singapur.

Manteniendo la decisión del Tribunal Superior, el Tribunal de Apelación sostuvo que la cláusula de resolución de disputas era un convenio arbitral válido.

El tribunal sostuvo que, al establecer la validez del convenio arbitral, es “indiferente” que la cláusula de arbitraje sea asimétrica y que el arbitraje de una disputa futura sea completamente opcional, en lugar de impo-

¹⁰ Court of Appeal - Civil Appeal n.º 71 of 2016 (Suit n.º 1234 of 2015) Sundaresh Menon CJ, Judith Prakash JA, Steven Chong JA, 17 April 2017.

ner a las partes una obligación inmediata de arbitrar sus disputas.

De una manera similar, los tribunales ingleses tienen la posición de que las cláusulas asimétricas son ejecutables y totalmente válidas.

El caso NB Three Shipping contra Harebell Shipping,¹¹ se refería a una solicitud para suspender el procedimiento de arbitraje en virtud de una cláusula asimétrica.

El propietario del buque tenía derecho a recurrir al arbitraje, pero el fletador sólo podía recurrir a la jurisdicción judicial. Morison J. señaló que la cláusula otorgaba “mejores derechos” a los armadores, pero se negó a suspender el arbitraje.

En Francia ocurrió algo similar, en el caso Apple,¹² en el que la Corte de Casación aclaró su posición.

El tribunal dio efecto a una cláusula que ofrecía una elección bastante limitada al beneficiario de la opción, es decir, entre los tribunales irlandeses, el tribunal de la

¹¹ NB Three Shipping Ltd vs. Harebell Shipping Ltd. England and Wales High Court (Commercial Court) (13 October, 2004).

¹² Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 7 octobre 2015, 14-16.898, Publié au bulletin.

sede corporativa del revendedor (Francia) o “cualquier jurisdicción donde se produzca un daño [al revendedor]”.

El tribunal llegó a su conclusión sobre la base de que tal cláusula era previsible, ya que la opción permitía identificar las jurisdicciones ante las cuales se podía entablar la acción.

A la luz de esta última decisión, la mayoría de académicos y profesionales opinan que las cláusulas asimétricas son válidas según la ley francesa, siempre que la elección ofrecida al beneficiario de la opción sea objetivamente limitada y predecible.

En contrapartida, tenemos el caso de la India. La regla general en esta jurisdicción es que debe existir una reciprocidad en un acuerdo de arbitraje.

El Tribunal Superior de Nueva Delhi, sostuvo que una cláusula de arbitraje asimétrica no es válida (*Union of India contra Bharat Engineering Corporation ILR 1977 Delhi 57*).

No obstante, el Tribunal Superior de Calcuta confirmó posteriormente la validez de una cláusula de arbi-

traje asimétrica (New India Assurance Co. Ltd. contra Central Bank of India & Ors¹³).

El Tribunal Superior de Calcuta se negó expresamente a adoptar el razonamiento del Tribunal Superior de Nueva Delhi y sostuvo que una cláusula de arbitraje asimétrica constituye un convenio arbitral válido desde el principio, aunque sólo puede ser ejecutado por la parte con la opción de arbitrar.

Como se puede apreciar respecto de las cláusulas patológicas en general, su ejecución o validez variará de una jurisdicción a otra.

Es imposible aplicar un criterio unánime, pues mucho dependerá de qué tanta relevancia y autonomía tenga el arbitraje como jurisdicción autónoma en cada región.

Sin duda, legislaciones más sofisticadas y con una mayor cultura arbitral tenderán a validar y a respetar el acuerdo de las partes, aun cuando éste pudiera ser asimétrico. Pero en otras jurisdicciones más formalistas y con cierta reticencia a aceptar el arbitraje, lo más pro-

¹³ Calcutta High Court New India Assurance Co. Ltd. vs. Central Bank Of India And Ors. on 23 August, 1984.

bable es que este tipo de cláusulas no prosperen y terminen siendo declaradas inválidas.

Algunos tribunales, como los de India y China, se sienten incómodos con la propuesta de una falta de reciprocidad entre las partes o que una de las partes pueda estar en desventaja al elegir un foro de resolución de disputas.

Otros países como Inglaterra y Francia, suelen tener una visión más permisiva, dando a las partes más libertad para elegir cómo resolver sus disputas y estando más dispuestos a permitir la asimetría entre los derechos de las partes.¹⁴

5. NO POR MUCHO MADRUGAR SE AMANECE MÁS TEMPRANO

No cabe duda de que la vocación del arbitraje es que los procesos de esta naturaleza tengan una duración menor de aquélla que ostentan los procesos judiciales.

¹⁴ Petit, Sherina, Chung Katie, Panov Andrey, Robert Marc, Grant Benjamin, *Nosherwan H Vakil, Advocate, High Court Bombay, Norton Rose Fullbright* Asymmetric Arbitration Agreements. International Report 2017- Issue 9.

Es, precisamente, la rapidez uno de los puntos característicos y diferenciales del arbitraje con respecto a los casos de la jurisdicción ordinaria.

No obstante, es también sabido que en no pocos casos los procesos arbitrales prolongan más de lo previsto su duración en el tiempo.

Es así que en algunos casos tenemos en el Perú arbitrajes que duran cinco, seis o siete años, es decir, más o menos lo mismo que un proceso judicial. Es verdad que esto se está tratando de corregir sugiriendo a los tribunales que al comenzar el proceso establezcan un calendario de actuaciones.

¿Y cuáles son los factores que conducen a que se prolongue la duración de un proceso arbitral? Consideramos que la primera causa obedece a cuando la parte demandada asume una actitud hostil en el proceso.

Generalmente estas situaciones se presentan cuando el demandado necesita prolongar el proceso porque sabe que no le asiste la razón y, en tal sentido, echará mano de cuanto recurso o argumento tenga a su alcance. De esta forma, recusará infinita y sucesivamente a todos y cada uno de los árbitros e interpondrá recurso de recon-

sideración sobre cuanta resolución expida el tribunal arbitral.

Es evidente que en estos casos, la actitud hostil de una de las partes hará que el proceso tome una duración mucho más considerable de la debida.

Otra de las razones por las cuales los procesos arbitrales terminan durando más de la cuenta, se basa en el ofrecimiento de numerosos medios probatorios que no resultan de actuación inmediata, tales como declaraciones testimoniales, declaraciones de parte y, sobre todo, pericias.

La elaboración de las pericias requiere, por lo general, de lapsos bastante considerables, siendo usual que con respecto a una materia de orden técnico cada parte presente una pericia, a cuyo efecto deberá programarse la referida audiencia de sustentación de informes periciales, en la que los peritos, además de ser examinados por las partes y por el tribunal, procederán a debatir entre ellos.

Pero la materia pericial prolongará sobre todo la duración de los procesos arbitrales, cuando el tribunal se vea en la obligación de ordenar una pericia de oficio, lo que suele ocurrir cuando el colegiado no ha despejado

sus dudas y no ha hecho fe de alguna de las pericias ofrecidas y actuadas por las partes.

La sola ubicación y designación de un perito que no tenga conflicto de intereses con las partes, determinará el empleo de semanas y hasta meses.

Otro motivo fundamental que contribuye en muchos casos a la demora de los arbitrajes, es el débil compromiso de los árbitros que decidirán la disputa. No es inusual, una vez comenzado el arbitraje y llegada la hora de llevar a cabo las audiencias, encontrarnos con que uno de los árbitros no tiene disponibilidad de tiempo debido a una recargada agenda.

Que los tres árbitros, en caso estemos ante un tribunal arbitral colegiado, se pongan de acuerdo, suele ser una labor muy complicada. Más aún si los árbitros son de distintos países, lo cual implicará que deban comprar pasajes de avión, hacer reservas de hoteles y coordinar con mucha anticipación las diligencias. Pero es verdad que esto se ha aligerado mucho con las audiencias desarrolladas de manera virtual, fruto de la pandemia.

Adicionalmente, no han sido pocos los casos en que los árbitros demoren injustificadamente el progreso del proceso arbitral, y finalmente emitan un laudo en un

plazo desproporcionado. Felizmente, hoy en día la mayoría de instituciones arbitrales sancionan la inactividad de los árbitros.

Pero, en el ámbito de los arbitrajes ad-hoc, al no tener una institución que fiscalice la labor de los árbitros, resulta mucho más común la poca diligencia de algunos árbitros.

Ahora bien, este fenómeno de la duración desproporcionada de algunos arbitrajes, ha producido que existan abogados que opten por intentar solucionarlo de la manera menos positiva, estableciendo convenios arbitrales con plazo máximo de duración del proceso.

El plazo máximo, de por sí, conlleva a un riesgo muy grande, en la medida de que, si tenemos una parte hostil, ella podrá hacer todo lo posible para que el tribunal no logre laudar dentro del plazo y, por tanto, para que se configure una causal de anulación de laudo arbitral.

Y peores son los casos en los cuales en el convenio arbitral se establecen plazos máximos tan breves que resultan incompatibles con la aplicación del propio reglamento arbitral al que se someten las partes.

Por ejemplo, si las partes pactan un arbitraje institucional en la Cámara de Comercio de Lima y, por tanto, se aplicarán al mismo las normas del reglamento arbitral de dicha institución, lo primero que tendrán que hacer quienes redacten el contrato y el convenio arbitral, será fijarse en que si desean establecer un plazo máximo de duración para el arbitraje, éste deba calzar dentro de las normas del propio centro de arbitraje elegido.

En una oportunidad, a uno de los autores del presente trabajo, le correspondió ser árbitro en un proceso en el cual las partes habían convenido que el arbitraje tendría una duración máxima de noventa días calendario, incluida la notificación del laudo.

Pero las partes no se habían percatado de que, si consideraban los plazos del reglamento arbitral del centro de arbitraje escogido, la duración mínima del proceso se prolongaría a ciento cincuenta días hábiles.

Obviamente, el tema terminó con la recusación de los árbitros, por haber excedido el plazo de noventa días, negándose la parte demandada a aplicar el reglamento que las propias partes escogieron y que no establecía un plazo máximo de duración para el proceso.

En este caso, no nos cabe duda de que quienes redactaron el convenio arbitral no habían leído el reglamento de ese centro de arbitraje ni, mucho menos, habían realizado el cómputo de los plazos respectivos.

De lo contrario, no habrían redactado ese convenio arbitral patológico.

También suele ocurrir, en este tipo de convenios arbitrales, que se acuerden expectativas poco realistas en la redacción de los mismos, cuando el procedimiento se divide en una serie de etapas a las que se asigna un breve período de tiempo para su realización. Se trata de una cuestión doblemente preocupante, pues por un lado está el tiempo y, por otro, el desenvolvimiento de las etapas específicas.

Sabemos que el arbitraje a nivel mundial es considerado como el método de solución de controversias más rápido, sobre todo cuando se le compara con el litigio ordinario. Sin embargo, esto no significa que las partes obtendrán una resolución inmediata de su disputa.

Sólo en circunstancias especiales, como cuando se necesita medidas provisionales para proteger bienes o derechos intelectuales, y para evitar retrasos en los proyectos de construcción, se aceptan plazos estrechos.

Con respecto a aquellos acuerdos arbitrales que imponen etapas específicas a ser aplicadas al potencial proceso arbitral, es decir, aquellos con un cronograma estricto para presentar los escritos, formas de conducir la presentación de documentos, audiencias, etc., en diversas ocasiones tales convenios arbitrales se consideran contraproducentes; pues significaría que a los árbitros no se les permitirá usar su discreción mientras dirigen el proceso, tal como se indicó en el caso antes citado.

La siguiente es una muestra de una cláusula de arbitraje con expectativas poco realistas:

“El demandante nombrará a su árbitro cuando inicie el procedimiento. El demandado entonces nombrará a su árbitro dentro de los siete (7) días, y los dos así nombrados nombrarán al tercer árbitro, quien actuará como presidente, dentro de los siete (7) días de la selección del segundo árbitro. Las audiencias comenzarán dentro de los quince (15) días posteriores a la selección del tercer árbitro y no concluirán más de tres días después. El tribunal emitirá su laudo dentro de los siete (7) días posteriores a la conclusión de las audiencias.”¹⁵

¹⁵ TOWNSEND, John. “Arbitration clauses: Avoiding the seven deadly sins”. *Dispute Resolution Journal*. February/April 2003, Vol. 58, issue 1, p. 32.

Un potencial resultado de una cláusula patológica como aquella que acabamos de transcribir, puede terminar tornando inoperativo el acuerdo de arbitraje, considerando las ridículas expectativas de las partes al redactar el convenio arbitral. Lógicamente no habrá tribunal arbitral que sea capaz de cumplir con esos plazos vejatorios y lo más probable es que las partes terminen litigando ante el Poder Judicial.

6. MÁS VALE MALO CONOCIDO, QUE BUENO POR CONOCER

Cuando dos partes celebran un contrato que incluye un convenio arbitral, ellas se encuentran en perfecta armonía, pues, por lo general, están iniciando una relación contractual sobre la que han depositado sus mejores expectativas y, claro está, cada una de las partes tiene fe en el cumplimiento de las obligaciones de la contraria.

Dentro de ese espíritu de armonía, resulta frecuente que los contratantes decidan establecer en el convenio arbitral los nombres de las personas que, de producirse una controversia, eventualmente desempeñarían el cargo de árbitros.

De más está decir que escogerían de consenso a todos los miembros del tribunal y que, incluso, indicarían quién ejercería el cargo de presidente.

En tales casos, se aprecia también que, en algunos supuestos las partes no sólo designan a los miembros del futuro tribunal arbitral, sino que también acuerdan los nombres de quienes podrían suplirlos, si no se produjera su no aceptación.

No somos partidarios de este tipo de convenios arbitrales, debido a varias razones. La primera de ellas consiste en que necesariamente va a mediar un lapso entre la celebración del convenio arbitral y el surgimiento de la controversia (inicio del arbitraje), lo que determinará el riesgo latente de que alguno de los designados muera o resulte incapacitado o, claro está, la eventualidad de que no acepte desempeñar el cargo de árbitro.

Todas estas situaciones desequilibrarían la lógica de un convenio arbitral de estas características e, incluso, podrían llevar a la situación en que la lista de árbitros y sus eventuales suplentes, resulte incompleta.

Pero, además, las partes que celebran el convenio arbitral deberían ser conscientes de que la confianza y cercanía que tienen con quienes designan como árbitros de

manera preliminar, no necesariamente se va a mantener en el futuro, específicamente, al momento en que surja la controversia.

Podría ocurrir, en estos casos, que el tiempo haya distanciado la relación entre una de las partes y uno de los futuros árbitros o que, por el contrario, dicha relación se haya tornado mucho más cercana de lo debido.

Dentro de tal orden de ideas, nuestro consejo es que los convenios arbitrales no incluyan nombre alguno de los futuros árbitros que tendrán que resolver las controversias que surjan entre las partes.

Un importante caso que puede ilustrarnos sobre este tipo de patologías en el convenio arbitral, es el famoso proceso *Jivraj vs. Hashwani*. El mismo involucraba un acuerdo de joint venture, que estipulaba en su cláusula de arbitraje, que los árbitros debían ser miembros de la comunidad Ismaili.

Cuando surgieron disputas, el señor Hashwani notificó al señor Jivraj su intención de nombrar a un árbitro que no perteneciera a la comunidad Ismaili. Jivraj solicitó a la corte judicial inglesa que tal nombramiento debía declararse inválido, de acuerdo con los términos originales del convenio arbitral.

Luego, Hashwani solicitó una sentencia que validara el nombramiento sobre la base de que tal requisito, aunque legal en el momento en que se firmó el acuerdo, constituía discriminación religiosa, en el contexto de un empleador que determina a quién debe ofrecer empleo bajo la Ley de Igualdad en el Empleo.

La Corte Suprema inglesa decidió que los árbitros no eran empleados, a los efectos de la Ley de Igualdad en el Empleo y concluyó que los árbitros son proveedores independientes de servicios que no están en una relación de subordinación con la persona que recibe los servicios” y, como “adjudicadores cuasijudiciales”, el propósito es “la resolución imparcial de la disputa entre las partes de acuerdo con los términos del convenio”.

Por tanto, la cláusula arbitral, según la Corte Suprema inglesa, sí era considerada válida. Ahora bien, independientemente de los criterios que utilizó la Corte de Apelaciones y, finalmente, la Corte Suprema, es evidente que el limitar la elección de un árbitro a que necesariamente pertenezca a una religión en particular (que no tenga numerosos creyentes), es casi igual que el supuesto que ya hemos analizado, consistente en señalar en el convenio arbitral a un árbitro con nombre y apellido. Los efectos pueden ser igual de nocivos para el inicio de un arbitraje.

En el caso del que venimos tratando, de no haberse redactado una cláusula tan cerrada respecto a los requisitos y cualidades de los árbitros, no se hubiera perdido varios años ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Inglaterra.

7. A LO SEGURO, SEGURO

Uno de los aspectos más importantes que debe revestir el convenio arbitral, es el de decidir si el arbitraje será institucional o ad hoc.

Si fuese ad hoc, resultará claro que el proceso será administrado, probablemente, en las oficinas del presidente del tribunal arbitral o en algunas otras que puedan brindar este servicio, y que, para tal efecto, disponga el propio tribunal.

En caso se opte por el arbitraje institucional, lo recomendable es que las partes designen a una institución arbitral que tenga trayectoria en el tiempo y que ésta sea sólida y honesta.

Si bien nadie es dueño del futuro, resulta razonable pensar que centros de arbitraje de larga y seria trayectoria seguirán teniendo existencia en similares términos.

Obviamente podría ocurrir lo contrario, sea porque pongan fin a sus actividades o porque se tuerza el recto actuar de sus funcionarios.

No obstante, debemos asumir que una situación de estas características resultaría poco probable, pero no imposible.

En ese sentido, resultaría arriesgado colocar en un convenio arbitral institucional la mención de un centro de arbitraje recién creado, habida cuenta de que ello sería una completa apuesta al futuro; un salto al vacío, finalmente.

No son pocos los ejemplos de centros de arbitraje que se crean y desaparecen en pocos años o que sólo siguen existiendo en el aspecto meramente formal.

Del mismo modo, existen centros de arbitraje que han sido creados con las mejores buenas intenciones, pero donde la falta de una sólida institucionalidad ha hecho que devengan en organismos altamente contaminados por prácticas que deberían ser ajenas al arbitraje.

Lo anterior suele suceder mucho en el Perú, donde lamentablemente la proliferación de diversos centros de

arbitraje en los últimos años ha crecido de manera exponencial.

Esto no ocurre en el mundo de los arbitrajes internacionales, puesto que las instituciones arbitrales serias son pocas y además son reconocidas en cada región.

A modo de ejemplo, en Europa y Asia las principales instituciones arbitrales son la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, el Centro Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), entre otros pocos.

Vemos que cada país cuenta con un centro de arbitraje insignia, que representa a toda una región, pero en el Perú tenemos que por ciudad o región existen diversas instituciones arbitrales.

Un caso ilustrativo a este respecto ocurrió en Argentina. Las partes habían acordado arbitrar sus disputas bajo el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Cuando surgió una disputa, dicho centro se encontraba inoperativo y la institución se negó a arbitrar.

El tribunal judicial dictaminó que, dado que las partes habían elegido una institución arbitral (en el momento, inaccesible), el convenio arbitral no era ejecutable en absoluto y la disputa debía resolverse en la corte (poder judicial argentino).¹⁶

Una situación similar sería solucionada en el Perú, considerando que el arbitraje tendría naturaleza ad hoc. Ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7, inciso 3, de la Ley de Arbitraje. Pero para llegar a ese puerto, el camino puede resultar muy largo, tal como será analizado por nosotros en el siguiente acápite de este trabajo.

8. INFORMARSE PRIMERO, ESCRIBIR DESPUÉS

Aunque parezca mentira, una de las dificultades que hemos podido apreciar de manera reiterada en la práctica arbitral, es aquella donde quienes redactan el contrato y, específicamente el convenio arbitral, no tienen el menor cuidado de colocar de manera adecuada el nombre del centro de arbitraje escogido, ya sea porque lo tomaron de algún documento en donde estaba mal escrito, sea

¹⁶ Tribunal Civil de Apelaciones de Buenos Aires, 27 de agosto de 1999, “Fernández Gallardo vs. Morales”, publicado en Revista Jurisprudencia Argentina, 16 de agosto de 2000.

porque no tienen idea del tema o porque, simplemente, apelaron a la memoria y ella los traicionó.

Recordamos mucho un caso en el cual el convenio arbitral decía que las partes se sometían a las reglas y administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En un caso como éste, queda claro que no existe centro de arbitraje alguno con ese nombre, pues hay uno que es el de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), y hay varios pertenecientes a distintas Cámaras de Comercio.

En ese sentido, el referido convenio arbitral patológico ofrecía un grave problema para el inicio del arbitraje, pues la futura parte demandante nunca iba a poder solicitar el inicio del proceso a una institución que coincidiera con el nombre escogido por los contratantes; y queda claro que si la parte demandante escogía el centro de arbitraje de la PUCP, la parte demandada podría efectuar las articulaciones procesales administrativas correspondientes ante el mismo, para deducir su incompetencia.

Lo propio hubiera ocurrido si el demandante hubiese escogido el centro de arbitraje de alguna Cámara de Comercio.

Se podrá decir que en estos casos resultaría de aplicación la norma pertinente de la Ley de Arbitraje, que señala que en caso el centro de arbitraje escogido no exista, se entenderá que el arbitraje es ad-hoc.

Concretamente, el inciso 3 del artículo 7 establece que «En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes».

Pero, la aplicación de la citada norma legal, no se produciría de manera automática, pues, aunque así lo quisiese la futura parte demandante al solicitar el arbitraje, queda claro que la parte emplazada podrá recurrir a todas las articulaciones procesales del caso para dilatar lo más posible el inicio de un proceso que ella no ha iniciado y que, de seguro, no le conviene.

Dentro de tal orden de ideas, no sería raro que la demora causada al proceso arbitral por la cláusula patológica, pueda ser de varios meses o incluso años.

9. UNO MÁS UNO, DOS

En la vida profesional también hemos apreciado convenios arbitrales defectuosos en lo que respecta al número de árbitros indicado en ellos.

Como sabemos, lo más usual es que los convenios arbitrales señalen que el número de árbitros será de tres, estableciendo que cada una de las partes designará un árbitro y que los dos árbitros escogidos, elegirán al presidente del tribunal.

No obstante, aunque en menor medida, también hay convenios arbitrales que establecen tribunales arbitrales unipersonales, para lo cual ambas partes tendrían que ponerse de acuerdo en la designación del árbitro único o, en su defecto, el mismo será designado por el órgano administrativo de la correspondiente institución arbitral.

Pero todo ello no significa que deba darse como valor entendido el que los tribunales serán de tres árbitros

o de un árbitro, ya que la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que los tribunales estén compuestos por cualquier número de árbitros, incluidos los números pares.

Así, se nos viene a la memoria un convenio arbitral en el cual sólo se estableció que cada parte designaría a un árbitro, pero no se dijo más.

En ese sentido, la parte demandante consideraba que entre los dos árbitros deberían elegir al presidente y, por tanto, que se trataría de un tribunal de tres.

No obstante, la parte demandada sostenía que el tribunal debía ser sólo de dos árbitros, pues las partes no habían establecido la existencia de un tercer miembro del tribunal. Pero, el artículo 19 del decreto legislativo n.º 1071, establece que, a falta de acuerdo o en caso de duda, los tribunales serán de tres árbitros, norma que sería aplicable al caso.

Recordamos que, en el mencionado proceso, felizmente el problema no llegó a mayores, dado que los dos árbitros persuadieron a la futura parte demandada de la pertinencia de que el tribunal arbitral esté compuesto por tres árbitros, lo que finalmente ocurrió.

Ahora bien, claro está que las partes tienen toda la libertad de decidir que su tribunal estará compuesto por un número par de árbitros, lo que significa que bien podrían pactar que el futuro tribunal sólo tenga dos miembros.

Y ello estaría bien, pero deberían adoptar las previsiones para que ambos árbitros sean designados por una institución arbitral, de manera tal que la designación de los mismos no pase por las manos de cada una de las partes.

Decimos esto, en la medida de que, conforme a las reglas de la propia Ley de Arbitraje, uno de esos dos árbitros deberá ser el presidente del tribunal y, no olvidemos que conforme al artículo 52 de la propia ley, el presidente del tribunal tiene determinadas prerrogativas por sobre los demás miembros del tribunal, tales como que, en caso de empate, su voto puede definir el sentido del laudo, más allá de las facultades inherentes de dirección cotidiana del proceso que le otorga la propia ley.

En este sentido, resultaría necesario que de ser par el número de árbitros, ellos no sean designados directamente por las partes, pues en ese caso, necesariamente, uno de ellos sería el presidente, lo que significaría que una de las partes habría salido beneficiada indirecta-

mente —al menos en el terreno formal— con la conformación del tribunal arbitral.

10. LO QUE ABUNDA, SÍ DAÑA

A lo largo de los años hemos podido apreciar también que el celo de los abogados encargados de redactar los convenios arbitrales, se extiende a las calificaciones que deberán reunir los miembros del futuro tribunal arbitral.

En ese sentido, recordamos mucho un convenio arbitral que establecía lo siguiente:

«[...] Los miembros del tribunal arbitral deberán contar, necesariamente, con las siguientes calificaciones:

- Tener título de abogado;
- Ser doctor en derecho;
- Tener más de cuarenta y cinco años;
- Haber egresado de las universidades X,Y o Z;
- Ser conciliador acreditado por el Minjus; y
- Acreditar un conocimiento avanzando del idioma inglés».

No cabe duda de que en la redacción del convenio transcrito, los abogados de las partes se esmeraron en resaltar las calificaciones que, de manera conjuntiva deberían reunir los futuros miembros del tribunal, pero dudamos mucho de que hayan reflexionado seriamente sobre los alcances de su contenido.

En primer lugar, debemos decir que el referido arbitraje era nacional y de derecho; y ambas partes eran empresas constituidas en el Perú por socios peruanos.

Siendo un arbitraje comercial, nacional y de derecho, la propia Ley de Arbitraje establece que los árbitros deberán ser abogados, de manera tal que resultaba redundante señalar que los árbitros deberían tener el título de abogado, pero, si se quiere ser generoso, tampoco estaba mal efectuar dicha precisión.

El segundo requisito pactado era que los árbitros tuviesen el grado académico de doctor en Derecho, situación que, a nuestro entender innecesariamente, reducía de manera notable el ámbito de las personas que podían ser designadas árbitros. Ello, teniendo en cuenta que sólo una minoría de abogados ostenta el grado de doctor en Derecho. Pero el referido grado podrá ser muy importante para asuntos de orden académico, pero no

resulta necesario a efectos de resolver una controversia en arbitraje.

Así, las futuras partes litigantes desaprovecharán una magnífica oportunidad de escoger como árbitros a profesionales muy capaces y entendidos en la materia controvertida y que no tengan el grado de doctor en Derecho.

El tercer requisito, vale decir el de tener más de cuarenta y cinco años, puede haber sido colocado en razón de la experiencia vivida en la profesión, pero el tener determinada edad no significa que se haya ejercido de una manera más intensa o prolongada la profesión de abogado.

Podríamos tener a alguien de treinta años que ejerza la profesión hace seis, como a alguien de cuarenta y cinco que la ejerza hace uno o que nunca la haya ejercido.

En cuarto lugar, el convenio arbitral establecía que los árbitros deberían haber egresado de cualquiera de tres universidades, que se señalaba taxativamente.

Entendemos que se procedía de esta manera para distinguir a los profesionales egresados de esas casas de estudios, por tener determinado prestigio; sin embargo,

el prestigio de las universidades no garantiza, necesariamente, la idoneidad del profesional egresado de sus aulas.

Por lo demás, esa restricción ponía fuera del abanico de posibilidades a una serie de profesionales muy capaces y conocedores de la materia en controversia, a quienes nunca se les podría designar como árbitros por un requisito inútilmente incluido en el convenio arbitral.

En quinto lugar, el convenio arbitral exigía que los árbitros fueran conciliadores acreditados por el Ministerio de Justicia (hoy Justicia y Derechos Humanos), requisito evidentemente inútil, en la medida de que de lo que se trataba era de designar a tres árbitros y no a tres conciliadores. Lo que se iba a desarrollar era un arbitraje, no una conciliación.

El incluir este requisito ponía en evidencia que quienes redactaron el convenio arbitral, ni siquiera tenían clara la distinción entre un arbitraje y una conciliación.

Finalmente, como sexto requisito, el convenio arbitral establecía que los futuros árbitros deberían acreditar un conocimiento avanzado del idioma inglés.

No cabe duda de que este último requisito constituía un despropósito, por varias razones.

En primer lugar, porque ambas partes eran empresas peruanas, al igual que sus principales accionistas y directivos; en segundo lugar, porque se trataba de un arbitraje nacional y de Derecho, lo que implica que el proceso se desarrollará en idioma español; en tercer lugar, aun en el supuesto en que los árbitros designados supieran inglés, el convenio arbitral exigía que acreditaran el conocimiento avanzado de dicha lengua, preguntándonos de qué manera fehaciente se comprobaría el conocimiento avanzado del inglés, situación por demás ambigua.

Como podrá apreciarse fácilmente, el reunir de manera conjuntiva los seis requisitos establecidos en este convenio arbitral, determinaba que el universo de profesionales susceptibles de ser designados como árbitros fuese tan pequeño o incluso inexistente, que al final la parte interesada en llevar adelante el proceso tendrá, de seguro, serios inconvenientes para siquiera poder designar a su propio árbitro.

Tanta relevancia ha tomado el exceso de las calificaciones de los árbitros en el arbitraje, que en las directrices de la IBA para redactar una cláusula arbitral válida, se menciona que no es aconsejable especificar en dicha cláusula las calificaciones requeridas de los árbitros.

Por lo general, las partes están en una mejor posición en el momento de una disputa, para saber si se requiere experiencia y, de ser así, cuál; y cada una permanece libre en ese momento para nombrar un árbitro con las calificaciones deseadas.

La especificación de los requisitos de calificación en el convenio arbitral también puede reducir drásticamente el grupo de árbitros disponibles. Además, una parte que tenga la intención de retrasar el procedimiento podrá recusar a los árbitros sobre la base de los requisitos de calificación.

11. QUIEN ROMPE, PAGA

Resulta también frecuente apreciar en los convenios arbitrales determinadas especificaciones en relación a las costas y costos. Una de ellas está recogida en la siguiente cláusula:

«[...] quien solicite el inicio del arbitraje asumirá las costas y los costos del proceso».

El artículo 56, inciso 2 de la Ley de Arbitraje establece que «el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73».

Por su parte, el artículo 73 señala lo siguiente:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

La regla general es que las partes no pacten en el convenio arbitral algo relativo a la asunción de los gastos del proceso. Excepcionalmente, lo hacen y una de las formas en que se suele pactar es establecer que quien solicita el arbitraje pague todo; y nótese que pagar todos los gastos implica no sólo asumir el cien por ciento de los honorarios de los árbitros y del centro de arbitraje o secretario arbitral, sino también asumir la integridad de los honorarios profesionales de los abogados que defiendan a la parte contraria, además de los costos de las pericias y demás elementos a los que haya recurrido para su defensa.

Esta situación, si bien leonina, no es contraria a ley, dado que el propio artículo 73, antes citado, establece en su inciso 1 la regulación de los costos del arbitraje, señalando que tales disposiciones regirán a falta de acuerdo de las partes.

En ese sentido, el acuerdo de partes al respecto constituirá un elemento insalvable para el tribunal arbitral,

el mismo que no podría hacer otra cosa que respetar tal acuerdo, por más perjudicial que el mismo resulte con respecto a la parte demandante.

Incluso se llegaría al absurdo de que el demandante, una vez ganado el proceso, tenga que pagar al demandando los gastos en que incurrió, a pesar de que este demandado hubiese sido vencido en toda la línea.

Dentro de tal orden de ideas, recomendamos no celebrar convenios arbitrales de estas características, los mismos que, por razones obvias, son disuasivos a efectos de poder exigir el justo cumplimiento de los derechos que asisten a la parte fiel de un contrato.

12. LA ESCALERA AL CIELO

Cuando nos referimos a los convenios arbitrales, en verdad deberíamos hacer alusión a las cláusulas de solución de controversias, pues muchas de ellas no sólo regulan el tema de eventuales arbitrajes, sino también incluyen disposiciones relativas a otros medios de solución de controversias permitidos por la ley, como es el caso de las juntas de resolución de disputas, la conciliación y la denominada conciliación decisoria.

No nos vamos a referir de manera expresa a la junta de resolución de disputas (*dispute boards*), pues su inclusión en las leyes de contratación con el Estado data de hace pocos años y no ofrece inconvenientes con respecto al arbitraje.

En cambio, sí hemos podido ver los problemas ocasionados por algunas cláusulas de resolución de controversias que combinan, el trato directo, la conciliación, la conciliación decisoria y el arbitraje, como mecanismos escalonados de solución de controversias.

Para ilustrar el tema vamos a transcribir una de estas cláusulas:

«[...] En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria.

Si las partes no logran llegar a un acuerdo en trato directo dentro de un periodo de veinte días hábiles, deberá iniciar un proceso conciliatorio ante el Centro de Conciliación X.

En caso las partes no logren un acuerdo conciliatorio, deberán iniciar, en un plazo de veinte días hábiles, un procedimiento de conciliación decisoria ante el Centro de Arbitraje Y.

Si alguna de las partes no estuviese conforme con esta decisión, podrá recurrir a arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con su Reglamento Arbitral».

El primer aspecto que quisiéramos resaltar es el relativo a cuál es la necesidad de establecer mecanismos escalonados de solución de controversias.

Como dijimos al comienzo del análisis de este punto, nuestras consideraciones excluirán a los *dispute boards*, habida cuenta de que sí sería correcto, a la par que ineludible, que si se pacta la existencia de una junta de resolución de disputas para que solucione las controversias que se generen en la propia ejecución de la obra, si las partes tuvieran algún reclamo subsistente con respecto a lo resuelto por la referida junta, tal reclamo tendría que resolverse en arbitraje o, si se tratara de una obra privada y fuera el caso, en el propio Poder Judicial o en arbitraje, según disponga la cláusula de solución de controversias.

Decimos esto, porque las juntas de resolución de disputas no constituyen jurisdicción, dado que la Constitución Política del Perú, en su artículo 62 sólo establece que la jurisdicción será la ordinaria (judicial), la arbitral y la militar.

En ese sentido, lo resuelto por una junta siempre podrá ser recurrido ante el fuero ordinario o el arbitral, dependiendo de si existe o no convenio arbitral para tal efecto.

Dejando de lado las juntas de resolución de disputas, veamos los otros medios alternativos de solución de controversias a que nos hemos referido, concretamente, el trato directo, la conciliación y la denominada conciliación decisoria.

En materia comercial, cuando existe un conflicto, las partes suelen negociar directamente la posibilidad de solucionarlo, de modo tal que seguramente harán sus mejores esfuerzos en lograr ese objetivo, dentro del amplio marco que ofrece la posibilidad de tratar directamente fuera de un centro de conciliación.

Resulta evidente que, si una cláusula de solución de controversias contempla la necesidad de un trato directo, es muy probable que las partes ya hayan tenido ese

trato directo de manera informal, es decir, no habiendo invocado expresamente el trato directo contemplado en la cláusula de solución de controversias.

Con esto queremos decir que si las negociaciones fracasan y ellas llegan a un punto muerto en el cual una de las partes se siente insatisfecha con sus pretensiones económicas, probablemente recurra a invocar la etapa de trato directo en la solución de controversias, cuando en la práctica ya no hay nada más que conversar, pues en los tratos extracláusula las partes concluyeron que no se podía llegar a una solución directa.

En ese sentido, queda en evidencia que la etapa formal de trato directo contemplada en la cláusula de solución de controversias terminará siendo un saludo a la bandera, dado que los contratantes se limitarán al cumplimiento de las formalidades establecidas en la misma para poder pasar a la siguiente etapa.

Es así que cuando una cláusula de solución de controversias establece como primer escalón el trato directo, se genera un problema, pues resulta obvio que si las partes han llegado a un estado precontroversia, es porque, en verdad, han agotado las conversaciones.

De ahí que, en la inmensa mayoría de casos, resulta inútil el que se establezca que recurran, de manera obligatoria, a un trato directo.

Además, se obligará a la parte interesada en demandar, a seguir determinadas formalidades, como citar a su contraria por carta notarial, esperarla a una reunión a la que probablemente no va a asistir, delimitar aquellos puntos que serían materia de ese trato directo, a efectos de que ulteriormente no se cuestione la competencia, no sólo del futuro tribunal arbitral, sino de cualquier otro órgano que conozca previamente el caso, etc., etc., etc.

Una vez frustrado el mecanismo del trato directo, la parte interesada en demandar, todavía no lo podrá hacer, pues deberá subir a un segundo escalón de esa larga escalera. Así, tendrá que solicitar una conciliación.

Como sabemos, la conciliación, introducida en la legislación peruana en los primeros años de la década de 1990, no ha tenido el éxito que se esperaba.

Las estadísticas demuestran, que ella fundamentalmente, ha sido exitosa en temas de orden familiar, mas no así en controversias contractuales o comerciales.

Menos aún, en materia de contratación estatal, pues dada la situación de control a que están sujetos los funcionarios públicos, resulta muy difícil, o casi imposible para ellos conciliar los intereses del Estado con aquellos de sus contratistas.

Debemos decir que en todos los años de práctica arbitral sólo hemos apreciado un caso que se solucionó por conciliación, lo que ocurrió apenas instalado el tribunal.

Y la siguiente etapa contemplada en ese convenio arbitral patológico será la conciliación decisoria.

El mecanismo de conciliación decisoria no resulta muy frecuente en nuestro país, pero sí se encuentra contemplado en los reglamentos de uno de los más importantes centros de arbitraje de Lima y consiste en que el centro designa a una persona (generalmente abogado), que recibe el nombre de conciliador decisor, a quien las partes le alcanzarán una síntesis de sus pretensiones y argumentos, a la par que el material probatorio respectivo y, luego de escucharlas en audiencia única, el conciliador decisor tendrá un plazo de treinta días hábiles para emitir su decisión.

Se podría decir que el esquema de la conciliación decisoria es muy similar al del arbitraje, pero con un plazo absolutamente abreviado y con notorias limitaciones en cuanto al acervo probatorio, fundamentalmente en lo que respecta a las pruebas que no son de actuación inmediata.

Pero la decisión del conciliador decisor resulta impugnabile, por las mismas razones que se podría impugnar aquello que decida una junta de resolución de disputas.

Decimos esto, dado que la conciliación decisoria, al no ser en estricto un arbitraje, no constituye jurisdicción (argumento del citado artículo 62 de la Constitución Política del Perú).

Esto significa que la o las partes que no se sientan conformes con lo resuelto por el conciliador decisor, podrán solicitar un arbitraje para que allí se ventile su controversia.

Como hemos sostenido reiteradas veces en público y en privado, la combinación de conciliación decisoria y ulterior arbitraje es algo así como un arbitraje en dos instancias, pues al fin y al cabo el conciliador decisor va

a emitir una decisión que será recurrible a una especie de instancia superior (el tribunal arbitral).

Esto, en la práctica es así, pero teórica y formalmente no lo es, pues ambos son medios diferentes de solución de controversias, a pesar de que, en los hechos, es lo más parecido a una doble instancia arbitral. Sin duda, un tema para reflexionar.

Como se puede percibir de lo expuesto, estas cláusulas escalonadas terminan siendo bastante engorrosas para la parte que quiere concretar un reclamo frente a otra y tratar de buscar justicia.

En primer lugar, pues los plazos de cada procedimiento o etapa se extienden demasiado en el tiempo, de manera inútil, pues siempre se va a poder recurrir finalmente al arbitraje.

Por lo demás, hay que considerar que estas cláusulas escalonadas de solución de controversias encarecen notablemente la solución de la propia controversia y terminan siendo una especie de larga escalera innecesaria para buscarle solución.

En ese sentido, como partidarios de que las cláusulas de solución de controversias se limiten a contemplar

el arbitraje como único medio de solución de controversias, más allá de las juntas de resolución de disputas que, como hemos señalado, no constituyen un obstáculo práctico.

Además, estas cláusulas presentan otro problema muy grave, consistente en que por lo general ellas establecen plazos muy breves (de quince, veinte, treinta días) para pasar al medio siguiente previsto para la solución de la controversia.

Y aquí siempre se presentará la discusión relativa a si el no cumplimiento oportuno de tales plazos representa la caducidad del derecho.

Vieja y eterna discusión respecto a la naturaleza jurídica de tales plazos, vale decir si los mismos son resolutorios o de caducidad, ya que, si se tratara de este último supuesto, podría entenderse que colisionarían con lo dispuesto por el artículo 2004 de Código Civil, cuando señala que «Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario».

Y, por si fuera poco, en este último caso, surgirá la discusión relativa a si la norma transcrita en realidad lo que señala es que no hay otros plazos de caducidad sino aquellos previstos en la ley o si, lo que está señalando

es que los plazos de caducidad previstos por la ley no pueden ser modificados, interpretación esta última, que aceptaría la convivencia de los plazos de caducidad establecidos por la ley y de aquellos otros creados por las partes en defecto de establecimiento de caducidad legal.

En las cláusulas escalonadas de solución de controversias todos los días se presenta este tipo de problemas y las soluciones de los tribunales arbitrales son de lo más diversas, no existiendo tampoco un único criterio interpretativo en la doctrina y práctica arbitral peruanas, situación que empeora el tema.

Dentro de tal orden de ideas, pensamos, en base a todo lo expuesto, que las cláusulas escalonadas de solución de controversias deberían desaparecer, salvo en lo que respecta a las juntas de resolución de disputas.

13. ¿ARBITRAJE PARA TODO EL MUNDO?

Constituye práctica habitual en el mundo del arbitraje la de fomentar la inclusión de convenios arbitrales en todo el ámbito de la contratación.

En sede de contratación pública ello es así, en virtud de lo establecido por las sucesivas leyes de contratación

estatal que rigen en el Perú a partir del 1 de enero de 1998.

Y en materia comercial, no cabe duda de que el arbitraje ha penetrado en los más diversos sectores de la actividad empresarial.

En los últimos años, lo propio ha ocurrido en contratos más menudos, tales como la compraventa de un inmueble destinado a casa habitación o el arrendamiento del mismo.

Es precisamente sobre el arbitraje en los contratos de arrendamiento, que versarán las siguientes líneas.

En teoría no existe inconveniente alguno en pactar un convenio arbitral dentro de un contrato de arrendamiento, pues al mismo le serán de plena aplicación todas las consideraciones comunes a los convenios arbitrales y los contratos.

No obstante, los problemas se presentarán en la etapa de surgimiento de la controversia, pues si el arrendatario no abandona el inmueble en el plazo pactado para la finalización de la relación contractual, el arrendador deberá demandar en arbitraje dicha desocupación.

Y, como todos sabemos, conforme a las disposiciones relativas al convenio arbitral, contenidas en el artículo 13 de la ley de la materia, sólo serán partes en el proceso arbitral aquellas que hayan celebrado el convenio, razón por la cual tanto la solicitud de arbitraje como la demanda se deberán dirigir exclusivamente contra el arrendatario o sus herederos, si fuese el caso, pero no contra terceras personas que, eventualmente, pudieran estar ocupando el inmueble conjuntamente con el arrendatario o en vez del arrendatario.

Esta situación determina que en caso de resultar victorioso el arrendador en el referido proceso arbitral, el laudo tenga que ejecutarse única y exclusivamente contra la parte que ha perdido (el arrendatario).

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que el arrendatario, en la inmensa mayoría de casos, no desocupará voluntariamente el inmueble una vez conocido el laudo arbitral.

También resulta claro que no sería viable solicitar al tribunal arbitral que ejecute el laudo, en caso tuviere facultades para tal efecto.

Decimos esto, dado que ante la reticencia del arrendatario, el tribunal arbitral no podría ordenar el empleo

de alguna medida de fuerza, dado que los tribunales de esta naturaleza carecen de la *coertio* propia de los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Lamentablemente muchos de estos casos terminan ventilándose ante la autoridad judicial, al amparo de lo dispuesto en el Código Procesal Civil, como procesos sumarísimos, toda vez que el arbitraje no operará frente a aquellos terceros que están en posesión del inmueble arrendado.

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, la autonomía de las partes en el arbitraje es la razón más convincente para que las partes celebren un acuerdo de arbitraje, en lugar de optar por un litigio judicial.

No obstante, la utilidad del arbitraje puede verse obstaculizada por varios factores, uno de los cuales es el orden público.

La Convención de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (también conocida como la Convención de Nueva York), establece a la arbitrabilidad y el orden público como bases para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros para los estados signatarios, permitiendo así que los tribunales nacionales utilicen su pro-

pia discreción al determinar el alcance de estos laudos arbitrales extranjeros.

Dicho de otra manera, la arbitrabilidad choca o colisiona con el concepto de orden público, el cual puede ser definido, en términos muy generales, como todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas, y que actúa como límite a su libertad.

La arbitrabilidad separa los tipos de controversias que pueden resolverse mediante arbitraje y las que corresponden, en exclusiva, al dominio de los tribunales judiciales. Cuando pensamos en las cuestiones que no se pueden arbitrar, es posible que las partes no hayan acordado someter la disputa específica a arbitraje (fuera del alcance del acuerdo de arbitraje), o que el asunto no pueda someterse a arbitraje en absoluto.

Nos referimos a estos últimos, que se denominan asuntos “no arbitrables”. Las disputas no arbitrables han incluido disputas relacionadas con legislación de libre competencia, derecho de familia, derecho penal, propiedad intelectual, regulaciones de valores, derecho administrativo, etc.

Cuando se plantea el tema no arbitrable, estará involucrada la intervención del poder judicial, para que in-

tervenga y sea él quien tenga competencia y jurisdicción exclusiva de resolver la disputa, dado que esos asuntos están relacionados a un interés y orden público.

Un caso emblemático que refleja este problema en el arbitraje internacional, es el caso Mitsubishi Motors contra Soler Chrysler.¹⁷ En 1979, Soler se incorporó en San Juan, Puerto Rico, y se convirtió en distribuidor de la marca Chrysler-Plymouth, con negocios en el distrito de Pueblo Viejo del suburbio cercano de Guaynabo.

Chrysler y Mitsubishi Motors, constituyeron un *joint venture* y celebraron un contrato de distribución.

El contrato contenía cláusulas de arbitraje que requerían que cualquier disputa bajo el amparo de ellas fuera arbitrada en Japón, bajo las reglas de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial (JCAA).

El objetivo del acuerdo era introducir en el mercado puertorriqueño los autos pequeños que fabricaba Mitsubishi.

Al ver que otros fabricantes de automóviles japoneses permitían a sus concesionarios en Puerto Rico hacer

¹⁷ Mitsubishi Motors Corporation vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc, N.º 83-1569, 83-1733.

el transbordo del exceso de inventario a América Latina y los Estados Unidos de América, Soler Chrysler solicitó hacer lo mismo.

Mitsubishi se negó, diciendo que los vehículos estaban personalizados para el mercado puertorriqueño, carecían de calentadores y sus motores no podían funcionar con la gasolina con plomo de menor grado, que se vendía en muchos países latinoamericanos en ese momento.

Soler comenzó los procedimientos judiciales en los tribunales de los Estados Unidos de América, alegando que el acuerdo de distribución infringía la Ley Sherman de los Estados Unidos de América sobre las leyes de libre competencia.

Por otro lado, Mitsubishi solicitó la suspensión del procedimiento judicial en los Estados Unidos de América, sobre la base del acuerdo de arbitraje. Soler, por su parte, afirmó que se trata de normas obligatorias de los Estados Unidos de América, que no resultan aplicables, según la legislación suiza, en Japón (ley aplicable y sede del arbitraje).

Este caso planteó varias cuestiones a tratarse, pero a los efectos que interesan para este trabajo, se puso en

duda si la disputa respecto a libre competencia y anti-monopolio podía ser resuelta por un tribunal arbitral o si, en mérito de ser una disputa sobre orden público cuyo resultado era de interés general, debía ser resuelta por la corte nacional.

Como abogados, consideramos que siempre debemos estar seguros de que las materias puedan ser arbitrables bajo la jurisdicción en donde se planee ejecutar el contrato o donde la ejecución del futuro laudo pueda tener implicancias.

Por ejemplo, Código Civil francés en su artículo. 2060 indica que: “No se puede celebrar acuerdos de arbitraje en asuntos de estatus y capacidad de las personas, en aquellos relacionados con el divorcio y la separación judicial o en controversias relativas a organismos e instituciones públicas y, en general, en todos los asuntos relacionados con las políticas públicas”.

Con lo cual, resulta evidente que no sería aconsejable suscribir una cláusula arbitral sobre temas de familia bajo la legislación francesa, pues un posible convenio arbitral sobre dicha materia sería considerado patológico e inejecutable.

14. CONVENIOS ARBITRALES ÓMNIBUS

En la vida profesional hemos podido apreciar la existencia de convenios arbitrales verdaderamente extensos. Ahí donde lo normal es que un convenio arbitral tenga uno, dos o tres párrafos, a veces encontramos algunos convenios que tienen una, dos o tres páginas.

En una ocasión, un cliente nos formuló una consulta acerca de la interpretación de los alcances del convenio arbitral que había pactado con otra parte y, realmente, fue muy difícil desentrañar los límites, alcances y precisiones del mismo, dado que lo que ocurría era que en el afán de entrar a precisarlo todo, las partes comenzaron a repetir materias en el propio convenio arbitral, de manera que aquello que resultaba claro en el tercer párrafo del mismo, ya no lo era en el párrafo dieciocho.

Esto dejaba entrever que las partes se esmeraron en buscar una excesiva erudición y que, precisamente por no ser eruditas en la materia, se terminaron contradiciendo de manera flagrante.

El convenio arbitral debe ser lo más simple posible, para que no ofrezca problemas de interpretación o contradicción.

En este caso, lo que abunda sí puede dañar.

Por ello es que las principales instituciones arbitrales recomiendan usar su cláusula modelo, que suele ser de lo más simple, sin dejar de mencionar los puntos trascendentales del arbitraje. Veamos algunos ejemplos:

Cámara de Comercio de Lima: “Todas las controversias, derivadas o relacionadas con este contrato o convenio, serán resueltas de forma definitiva mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.”

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP): “Las partes acuerdan que todo litigio y controversia resultante de este contrato o relativo a éste, se resolverá mediante el arbitraje organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente,

señalando que el laudo que se emita en el proceso arbitral será inapelable y definitivo.”

Cámara de Comercio Peruano Americana (Am-Cham Perú): “Las controversias que se deriven de este acto jurídico o que tengan relación con él, incluidas las relativas a su existencia, validez, eficacia, ejecución o terminación, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, bajo la organización y administración del Centro de Arbitraje de AmCham Perú, conforme a su Estatuto y Reglamento, a los cuales las partes se someten incondicionalmente. El laudo será definitivo e inapelable.”

Colegio de Ingenieros de Perú: “Las controversias de cualquier índole o materia que surjan entre las partes derivadas, relacionadas o vinculadas con el contrato celebrado entre ellas o relacionadas con el acto jurídico que en él se contiene, incluyendo aquellas que surjan del convenio arbitral, serán resueltas mediante un proceso arbitral que se encontrará bajo la administración y organización del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, sometiéndose las partes en forma absoluta e

incondicional al Reglamento de Arbitraje de dicho Centro.”

Cláusula del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE): “Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.”

Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC): “Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC): “Cualquier disputa, controversia o reclamo que surja de o en conexión

con este contrato, o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, será finalmente resuelto por arbitraje de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.”

Centro Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA): “Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluidas las relativas respecto a su existencia, validez o terminación, será referida y finalmente resuelta por arbitraje bajo las Reglas de LCIA, las cuales se considerarán incorporadas por referencia en esta cláusula. El número de árbitros será [uno/tres]. La sede o el lugar legal del arbitraje será [Ciudad y/o País]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será []. La ley que regirá el contrato será la ley sustantiva de [].”

Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR): “Cualquier controversia o reclamo que surja de o esté relacionado con este contrato, o el incumplimiento del mismo, será determinado por arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de acuerdo con sus Reglas de Arbitraje Internacional.”

Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán: “Todas las disputas, incluidas las de naturaleza no contractual, que surjan de, o relacionadas con este acuerdo, se resolverán mediante arbitraje de conformidad con las Reglas de la Cámara de Arbitraje de Milán (las Reglas), por un árbitro único/tres árbitros, designados de conformidad con las Reglas, que se consideran incorporadas por referencia en esta cláusula.”

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) Centro de Arbitraje y Mediación: “Cualquier disputa, controversia o reclamo que surja de, o en relación con este contrato y cualquier enmienda subsecuente de este contrato, incluyendo, sin limitación, su formación, validez, efecto vinculante, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones contractuales, se remitirán y determinarán finalmente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará integrado por [un árbitro único] [tres árbitros]. El lugar del arbitraje será [especificar lugar]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [especificar el idioma]. La disputa, controversia o recla-

mación se decidirán de conformidad con la ley de [especificar jurisdicción].”

Centro Arbitral Internacional de Viena : “Todas las disputas o reclamaciones que surjan de o en conexión con este contrato, incluidas las disputas relacionadas con su validez, incumplimiento, terminación o nulidad, se resolverán finalmente de conformidad con las Reglas de Arbitraje (Reglas de Viena) del Centro Internacional de Arbitraje de Viena (VIAC) de la Cámara Económica Federal de Austria por uno o tres árbitros designados de conformidad con dicho Reglamento.”

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL): “Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de o esté relacionada con este contrato, o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.”

Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC): “Cualquier disputa, controversia, diferencia o reclamo que surja de o se relacione con este contrato, incluyendo la existencia, validez,

interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación del mismo o cualquier disputa sobre obligaciones extracontractuales que surjan de o estén relacionadas con él será referida y finalmente resuelta por arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) bajo las Reglas de Arbitraje Administradas de HKIAC vigentes cuando se envía el Aviso de Arbitraje. La ley de esta cláusula de arbitraje será [ley]. La sede del arbitraje será [Ciudad]. El número de árbitros será [uno/tres]. El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo en [idioma].”

En definitiva, al momento de redactar un convenio arbitral, pecar por exceso puede ser contraproducente y habrá que sopesar la calidad de la cláusula arbitral por sobre la cantidad y contenido de la misma. Como bien dice un viejo refrán, “a veces, menos es más”.

15. MATERIAS TÉCNICAS VERSUS MATERIAS JURÍDICAS

La Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que el arbitraje sea de derecho o de conciencia.

Es claro que el arbitraje de derecho tendrá que basarse en el ordenamiento jurídico, en tanto el arbitraje de

conciencia versará, fundamentalmente en el leal saber y entender del tribunal arbitral que conozca el caso.

Si bien es cierto, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo nº 1071), reduce notoriamente la importancia y tratamiento del arbitraje de conciencia, no deja de regularlo y es perfectamente factible que las partes pacten un arbitraje de estas características.

Dentro de tal orden de ideas, es necesario decir que la experiencia vivida nos enseña que en aquellos casos en los que se pacta arbitraje de conciencia, tal arbitraje no está circunscrito al leal saber y entender de un neófito, es decir de una persona que las partes hayan designado como árbitro, única y exclusivamente por la confianza que tienen en él.

El grueso de casos de arbitrajes de conciencia, está conformado por arbitrajes en los cuales las partes designan a un experto en la materia controvertida, es decir en la ciencia de aquello que resulta discutido en el proceso, de tal manera que el laudo arbitral, si bien será de conciencia, se basará fundamentalmente en temas de orden técnico, razón por la cual el laudo será un laudo de conciencia y no de derecho.

En ese sentido, es necesario precisar que los árbitros en estos casos casi nunca serán abogados, sino expertos en la materia técnica en controversia.

El tema aparentemente no ofrece dificultad, pero el mismo se complica cuando el convenio arbitral establece que para las controversias de orden técnico, se designará, por ejemplo, a un ingeniero especialista en energía eléctrica y que, para controversias en materia jurídica, se constituirá un tribunal arbitral compuesto por abogados.

En apariencia, el asunto no debería ofrecer mayores problemas.

No obstante, los inconvenientes se presentan cuando la materia controvertida no versa estrictamente sobre uno u otro rubro, sino sobre ambos componentes, es decir, sobre aspectos técnicos y también de orden jurídico.

En estos casos, son frecuentes las desavenencias entre las partes con respecto a la forma cómo se debe constituir el tribunal arbitral.

En ese sentido, la experiencia enseña el evitar convenios arbitrales de este tipo, de tal manera que éstos

deberían limitarse a establecer que la controversia se resuelva a través de un arbitraje de derecho, situación que solucionaría cualquier problema al respecto, en la medida de que el laudo sería redactado por abogados y se ajustaría al ordenamiento jurídico; y, por otra parte, para laudar, el tribunal arbitral tendría plenas facultades a efectos de ordenar la realización de pericias técnicas de oficio, elaboradas por especialistas en la materia técnica controvertida, más allá de aquellas pericias de ese orden que las propias partes pudieran aportar.

Lo que queremos decir es que no resulta adecuado dividir la naturaleza del proceso arbitral entre cuestiones técnicas y cuestiones netamente jurídicas, dado que esta división es de fantasía, en la medida de que resulta prácticamente imposible encontrarnos frente a controversias de orden técnico que no lleven acompañadas otras de naturaleza jurídica y viceversa.

Al igual que los ancianos tribales, los reyes y los primeros jueces, los árbitros de equidad pueden confiar en los principios de equidad, su experiencia y el buen sentido común para alcanzar un resultado que sea justo y razonable, sin atascarse en detalles que no son realmente parte de la disputa.

No obstante, resolver una disputa en base a la equidad o conciencia puede llegar a ser arbitrario, ya que el leal saber y entender de un árbitro que se separa de la interpretación de la ley, puede no tener límites e inclusive puede terminar laudando de manera desproporcionada, favoreciendo a una parte sobre otra, porque él así lo consideró.

En palabras de Fernando de Trazegnies, "...si hay desproporción, no hay justicia, si no hay justicia no hay equidad y si no hay equidad no hay razón"¹⁸.

16. ¿UNA PERICIA PUEDE SER UN LAUDO?

En una oportunidad, a uno de los coautores del presente trabajo le correspondió ser árbitro en una controversia en la cual la parte demandante pretendía que el tribunal arbitral de derecho dejara sin efecto una pericia que las partes habían encargado de común acuerdo a un experto extranjero.

¹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia, Ius et Veritas, 1996. La ponencia fue presentada el 24 de abril de 1996 en el Auditorio de la Cámara de Comercio de Lima, en el marco del seminario "Alcances y perspectivas de la nueva Ley General de Arbitraje", organizado por Ius et Veritas y el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

La parte demandada dedujo excepción de cosa juzgada, habida cuenta de que estimaba que la pericia había puesto punto final a la controversia técnica existente entre las partes.

En buena cuenta, el problema surgió a raíz de que no se había especificado en el acuerdo jurídico de las partes, la naturaleza de la pericia, lo que llevaba a la parte demandante, a sostener que ella tenía un mero carácter de opinión técnica, en tanto que la parte demandada sostenía que se trataba de un verdadero laudo arbitral.

Para mí fue muy claro el tema desde el principio, habida cuenta de que la décimo tercera disposición reglamentaria de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

«DÉCIMO TERCERA. Procedimiento pericial. Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario.»

Como puede apreciarse de la lectura de la Décimo Tercera Disposición Reglamentaria, antes citada, es claro que la Ley de Arbitraje otorga a la decisión de los peritos carácter vinculante; en razón de lo cual sólo cabe interpretar que la Ley de Arbitraje concede a estas decisiones el carácter de laudo, a pesar de no decirlo expresamente.

Esto es así, en razón de que de acuerdo a la Constitución Política del Perú, la jurisdicción sólo puede ser ordinaria, arbitral o militar, en razón de lo cual para que la decisión del perito revista carácter inmutable, sólo cabe interpretar que ella es considerada como un laudo arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que cuando las partes pacten que la decisión del perito pondrá fin a la controversia, establezcan expresamente que el procedimiento revestirá la naturaleza jurídica de un arbitraje de conciencia, a efectos de no generar discusión acerca de su naturaleza jurídica.

En el caso que comentamos, el laudo arbitral fue objeto de una demanda de anulación, quedando firme el laudo al declarar infundada la demanda la Corte Superior de Justicia de Lima, en interpretación correcta y ajustada plenamente a derecho.

17. MATERIAS ARBITRABLES Y OTRAS QUE NO LO SON

Existen convenios arbitrales que establecen de manera muy puntual determinadas materias que podrán ser objeto de procesos arbitrales y otras que necesariamente serán conocidas por la jurisdicción ordinaria.

En principio, tales cláusulas no deberían ofrecer mayor problema, siempre y cuando se establezca de manera clara el ámbito de unas y otras.

Un caso emblemático, por ejemplo, sería aquél en el cual se establezca en un contrato de arrendamiento, que todas las controversias se resolverán en arbitraje, salvo las relativas al desalojo del bien. Ahí el tema es claro, pero no lo es cuando las partes establecen ámbitos vagos para un supuesto y para otro, de tal manera que cuando surge el conflicto, las partes no tendrán la precisión del caso para proceder de manera adecuada.

No está de más decir que cláusulas de esta naturaleza pueden conllevar problemas muy serios que determinen que el inicio de la etapa judicial o arbitral se encuentre plagada de incidentes procesales que concluyan en el inútil alargamiento de la controversia.

También podemos encontrar dentro de estas cláusulas, aquellas que hacen referencia a una materia que no es arbitrable de acuerdo a la legislación aplicable de arbitraje. Partiendo de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 2, numeral 1, limita las materias arbitrables sólo a aquellas que versen sobre controversias en materias de libre disposición.

Es por ello que hay que tener especial cuidado cuando delimitamos la materia que será sujeta a arbitraje, puesto que, a modo de ejemplo, cualquier disputa que verse sobre casos penales, asuntos relacionados a la insolvencia y quiebra, algunos aspectos de derechos de propiedad intelectual, divorcio, entre otras materias, no podrían ventilarse en la vía arbitral y, por ende, ese tipo de disputas sólo podrían ser conocidas por el Poder Judicial (al menos, por ahora).

18. LA EXISTENCIA DE DOS JURISDICCIONES ARBITRALES DIFERENTES

Sobre todo en los arbitrajes celebrados por inversionistas extranjeros con el Estado peruano, las partes suelen pactar cláusulas arbitrales escalonadas, según el monto de la controversia.

Así, por ejemplo, suele pactarse que si la controversia versara sobre un reclamo menor a cinco millones de dólares, el proceso se tramitará como un arbitraje nacional y de derecho ante determinado centro de arbitraje peruano; en tanto que si el mismo versare sobre una suma igual o mayor a la cantidad señalada, el mismo se tramitará ante un centro de arbitraje extranjero.

En teoría, el referido convenio arbitral no debería ofrecer dificultad alguna, dado que las jurisdicciones estarían, en apariencia, adecuadamente definidas.

No obstante, los problemas son más frecuentes de lo pensado, dado que en muchas ocasiones los montos inicialmente controvertidos varían de manera notable durante el desarrollo de la controversia, de modo tal que fácilmente pueden superar los topes establecidos para un arbitraje nacional y, así, pasar a ser necesariamente objeto de una jurisdicción distinta, como es el caso del CIADI, en materia de arbitraje de inversión.

Como resulta evidente, el proceso podría tener algunas objeciones procedimentales por parte del demandado, las mismas que hagan que demore más de la cuenta por cuestiones de esta naturaleza.

19. SEDE ARBITRAL POCO APARENTE

Hemos podido apreciar, en materia de arbitraje en contratación pública, contratos en los cuales las partes pactan que la sede arbitral estará ubicada en la provincia donde tiene su sede la entidad contratante.

Es evidente que habrá casos en los cuales tal situación no ofrecerá problema alguno, ya que se tratará de plazas que ofrezcan un medio arbitral mediana o altamente desarrollado, con árbitros que tengan experiencia en la materia y que puedan ser nombrados y desempeñar tal función en el proceso.

Pero habrá otros casos en que la sede arbitral carecerá de todo lo mencionado, además de cualquier infraestructura aparente para el desarrollo del proceso arbitral.

En ese sentido, el problema se presenta porque generalmente los árbitros, en estos casos, serán personas que radiquen en otras ciudades y que no tengan siquiera dónde alojarse en la ciudad sede del arbitraje.

En estos supuestos, para poder cambiar la sede del proceso, se requerirá, no sólo del acuerdo de los árbitros, sino de las propias partes, razón por la cual no necesariamente será fácil convenir el cambio de sede.

Sin duda, se aconseja ante estas situaciones pactar de manera previa que en caso los árbitros radiquen en otras regiones, serán las partes o los árbitros quienes correrán con los viáticos de traslado y alojamiento. Resulta preferible fijar esto de antemano, ya que es posible que los árbitros no quieran correr con estos gastos (sobre todo cuando los honorarios arbitrales no son muy elevados) y, sin duda, se generaría mayores dilaciones y posibles renunciaciones o remociones del cargo.

Hemos apreciado que en materia de contratación pública esto suele ser algo recurrente y, como dice aquel adagio, «es mejor prevenir que lamentar».

Sin duda, esta constituye también, una cláusula arbitral patológica.

20. SOMETIMIENTO OPTATIVO AL ARBITRAJE

No cabe duda de que una de las principales y más antiguas cláusulas patológicas, es aquella cuya redacción puede dar a entender que el recurrir al arbitraje representa un camino, siendo el otro el de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, lo ideal es que un convenio arbitral establezca que ante el surgimiento de cualquier controversia entre las partes, ésta se solucionará en arbitraje, pues aquí no existirá la menor duda de que en tal eventualidad aquel que tenga un reclamo deberá acudir a la vía arbitral para solucionarlo.

No ocurre lo propio cuando los convenios arbitrales emplean la expresión “podrá recurrir a arbitraje”, la misma que resulta ambivalente, en la medida de que también sería susceptible de interpretarse como que podría no hacerlo, recurriendo a la jurisdicción ordinaria. Pero, para nosotros es claro que una cláusula de esta naturaleza no sería ambivalente, en la medida de que quedaría en evidencia que se estaría contemplando el arbitraje como medio de solución de controversias.

No obstante, tal claridad no se presentaría si el convenio arbitral empleara la expresión “en caso de controversia cualquiera de las partes podrá recurrir al arbitraje o al Poder Judicial”.

Pero, en estos casos, tampoco es que estemos frente a convenios arbitrales cuya redacción pueda terminar frustrando la solución de la controversia, en la medida de que quedará claro que el interesado podrá recurrir a una vía o a otra.

Pero una cláusula arbitral de estas características podrá conducir a que algunas de las controversias entre las partes se diluciden en arbitraje y otras en el Poder Judicial.

Justamente en estos escenarios es que puede ocurrir que la demandante recurra al arbitraje y la demandada se oponga o deduzca excepción de incompetencia. Lo propio podría ocurrir si el demandante no ha optado por el arbitraje sino por el Poder Judicial, caso en el cual el demandado podría deducir excepción de convenio arbitral. En ese caso, tenemos que dos asuntos relacionados, inclusive sobre la misma materia, podrían terminar ventilándose en vías diferentes.

Lo peligroso acá es que se utilice este tipo de cláusula para dilatar el avance del arbitraje o litigio judicial. En este supuesto se aplica aquella expresión relativa a «¿qué viene primero, el huevo o la gallina?».

Incluso, si la demanda se tramitara en la vía arbitral, las pretensiones de la contraparte, no necesariamente tendrían que tramitarse vía reconvención o, incluso, en un segundo proceso arbitral.

La alternativa brindada por la cláusula en mención, determinaría que las pretensiones de la contraparte se

puedan tramitar, incluso, en un proceso judicial, si es que ella decidiera recurrir a esta vía y no al arbitraje.

Esto determinará que las controversias entre los contratantes, seguramente, se dilucidarán en diversos procesos, tanto arbitrales, como judiciales, de manera tal que se podrían presentar, no sólo múltiples decisiones con respecto a los problemas surgidos entre ellas, sino también decisiones contradictorias; todo ello, fruto de una redacción, tal vez, inadvertidamente defectuosa del convenio arbitral.

21. CONGELADOS EN EL TIEMPO

De vez en cuando aparecen convenios arbitrales en los que las partes, por precisar las normas aplicables a un futuro eventual arbitraje, señalan las leyes o reglamentos que constituirán las normas sustantivas o procesales que las partes o árbitros deberán aplicar al proceso.

En el Perú tendríamos que hacer una apreciación dual sobre el particular.

Por un lado, en materia de contrataciones del Estado, tal práctica no solamente resulta usual, sino además pertinente, pues la referida legislación establece que los

procesos arbitrales se regirán por las normas legales que se encontraban en vigencia al momento del inicio del proceso de contratación pública que dio lugar a la celebración del contrato que es objeto de reclamo en arbitraje.

En ese sentido, se aplicarán a la controversia tales normas sustantivas y procesales, no existiendo la menor posibilidad de que las partes pacten en contrario, al tratarse de normas de carácter imperativo.

Situación distinta es la que se presenta en el arbitraje privado o comercial, ya que aquí habrá que distinguir entre normas sustantivas y procesales.

En materia sustantiva, es probable que para algunos casos se apliquen las normas vigentes al momento de la celebración del contrato, como podría ser el supuesto en que se demande la nulidad del propio contrato; en tanto para otros supuestos se podría aplicar la norma vigente al momento de la situación jurídica que motiva la pretensión procesal, como podría ser el caso en el que se reclame la resolución de un contrato por incumplimiento.

Por otra parte, en materia procesal, los diferentes centros de arbitraje suelen establecer en sus reglamentos, que a los arbitrajes serán de aplicación los reglamen-

tos arbitrales que se encuentren vigentes al momento en que se presente la solicitud de arbitraje.

Y esto tiene una razón de ser, pues los secretarios arbitrales y el propio centro se encuentran entrenados para la aplicación de los reglamentos vigentes y no para aplicar reglamentos ya derogados, salvo que se trate, obviamente, de procesos arbitrales en curso.

Además, la constante evolución de los reglamentos procesales y de las propias leyes de arbitraje, hacen que siempre sea más adecuada la aplicación de normas procesales nuevas y no de las antiguas, para lograr que tales procesos sean más eficientes.

No obstante, queda claro que si las partes hubiesen pactado que al futuro proceso arbitral se le aplicarán las normas vigentes al momento de la celebración del contrato, esos contratantes habrán hecho una especie de reserva de ley, lo que determinará que, en efecto, deban aplicarse las normas pactadas por las partes en el convenio arbitral.

Consideramos que esta sería la solución correcta dentro del marco de la libertad que tienen las partes en el arbitraje.

Más allá de la opinión que acabamos de formular y en honor a la transparencia, debemos decir que en la práctica se suelen presentar casos de conflicto sobre el particular, de manera tal que, si alguna recomendación podemos dar al respecto, diríamos que es mejor evitar hacer reserva de ley en los convenios arbitrales de los arbitrales comerciales.

Adicionalmente, cuando hablamos de arbitrajes internacionales, el asunto se complica aún más. Tengamos en cuenta que en el arbitraje internacional hay más de una ley que regirá el arbitraje. Por un lado, tenemos la *lex arbitri* que, en buena cuenta, hace referencia a todas las leyes procesales aplicables al arbitraje.

Por ejemplo, las reglas arbitrales de determinada institución arbitral, las normas imperativas y de orden público de la sede del arbitraje, lo cual significa el lugar jurídico donde el mismo se lleve a cabo y que involucra también la ley de arbitraje de la sede.

Adicionalmente tenemos la *lex causae*, que vendría a ser la ley aplicable a los méritos de la disputa, la cual puede ser otra que la *lex arbitri*, ya que dependerá de la elección de las partes en su convenio arbitral o, en su defecto, la ley elegida por el tribunal arbitral.

Por ello, es importante tener presentes estos conceptos al momento de elaborar el convenio arbitral y elegir la *lex arbitri* y *lex causae* adecuadamente.

22. ¿CENTRO O REGLAMENTO?

Ya en la actualidad este tema ofrece menos casos prácticos, pero los ofreció durante mucho tiempo, cuando en los convenios arbitrales se establecía que las partes se someterán a arbitraje y que para el mismo se aplicarán las reglas del centro de arbitraje X.

Nos ha correspondido ser abogados defensores en casos en los que se generaron incidentes de esta naturaleza, en donde alguna de las partes sostenía que el arbitraje debía ser de naturaleza ad hoc, con la aplicación de las reglas de ese centro de arbitraje; en tanto que la otra parte sostenía que debía tratarse de un arbitraje institucional, administrado por el propio centro de arbitraje.

No obstante, tal discusión se ha venido disipando con el paso de los años, en la medida de que los reglamentos de los centros de arbitraje han venido estableciendo que en caso se pacte un convenio arbitral de estas características, el mismo se entenderá como un arbitraje

institucional, es decir, administrado por el propio centro de arbitraje.

Pero a entender nuestro, aunque los reglamentos no hiciesen esta definición expresa, ella debería entenderse así, pues la aplicación de las reglas de un determinado centro de arbitraje implica su aplicación completa, vale decir, no sólo la del reglamento de arbitraje (lo que conlleva a que el arbitraje será uno administrado y no uno ad hoc), sino también la del reglamento de aranceles, código de ética y otros reglamentos del centro.

Todo ello conlleva la asignación de un secretario del centro para que asista al tribunal, la competencia del consejo o corte superior de arbitraje, para conocer los problemas relativos a recusaciones, nombramientos supletorios de árbitros, remoción de los mismos, aranceles para la administración del proceso y honorarios de los árbitros, etc., etc., etc.

La aplicación de los reglamentos incluye, obviamente, el de aranceles y tasas, lo que implica que los honorarios de los árbitros estarán sujetos por estos aranceles y los pagos del secretario deberán ser hechos por el respectivo centro de arbitraje, el cual cobrará directamente a las partes, las tasas administrativas y aranceles corres-

pondientes. En buena cuenta, el arbitraje será institucional y no ad hoc.

23. CONVENIOS ARBITRALES POR REFERENCIA

Como se sabe, en arbitraje es posible que se pacten convenios arbitrales por referencia, es decir que en un segundo contrato, de alguna manera vinculado al primero, no se establezca un convenio arbitral redactado de manera expresa, sino que se haga referencia a un convenio arbitral contenido en otro contrato.

Por ejemplo, podríamos pensar en un contrato celebrado entre dos empresas, el mismo que contenga un convenio arbitral perfectamente redactado; y que, luego, tales empresas celebren un segundo contrato que guarde relación con el primero.

Como es obvio, ese segundo contrato podría contener un convenio arbitral en toda forma, pero ocurre que las partes, para simplificar, establecen que cualquier controversia que se derive de la celebración o ejecución de ese segundo contrato, se regirá por el convenio arbitral contenido en el primer contrato.

En casos como éste, pensamos que no habría la menor duda de que el convenio arbitral primigenio regirá para cualquier controversia nacida, sea del primer contrato o del segundo.

Pero, el tema no será tan claro si es que en el segundo contrato se hubiese establecido, no un convenio arbitral por referencia, sino una cláusula que diga algo así como “para cualquier aspecto no regulado en el presente contrato, regirá lo dispuesto en el primer contrato”.

En un caso como éste, no quedaría claro que estemos frente a un convenio arbitral por referencia, en la medida de que la cláusula de remisión no ha hecho mención expresa del primer convenio arbitral y quedaría la duda de si tal convenio arbitral debería entenderse comprendido dentro de los alcances de tal remisión.

En un caso como éste se podría argumentar a favor de las dos posiciones, lo que haría que, en relación al segundo contrato, nos encontremos frente a un supuesto convenio arbitral de carácter patológico.

Pero peor sería el escenario si es que el segundo contrato estableciera, para la solución de eventuales futuras controversias, el recurrir al Poder Judicial; ello, en el entendido de que el primer y el segundo contrato, sean

contratos conexos, es decir, contratos que versen sobre relaciones jurídicas que mantengan una vinculación entre sí.

Una situación de estas características podría resultar caótica, en la medida de que, ante el eventual surgimiento de una controversia, las partes se encuentren en la mayor duda en torno a si deben recurrir al Poder Judicial o a la jurisdicción arbitral.

En otras palabras, probablemente habría controversia desde lo relativo a qué jurisdicción es la competente para solucionar la controversia.

Nos hemos limitado a señalar un ejemplo, pero como podrá comprender el lector, en el caso de convenios arbitrales por referencia y contratos conexos, así como en el caso de contratos principales y accesorios, el tema podría llegar a ser, a la par que caótico, de solución infinita en el tiempo.

24. CONVENIOS ARBITRALES DISTINTOS PARA RELACIONES JURÍDICAS CASI IDÉNTICAS

Otros convenios arbitrales patológicos son aquellos en que, para dos contratos independientes celebrados

entre dos partes idénticas y sobre objetos muy similares, recogen textos distintos.

Para ilustrar, nos referiremos a un caso real.

Se trata de un arrendador que arrienda a una empresa los pisos 1 al 5 de un edificio de su propiedad, a cuyo efecto incluye un convenio arbitral con tribunal arbitral ad hoc y de tres miembros; en tanto en un segundo contrato posterior, en el que las mismas partes arriendan los pisos 6 al 10 del mismo edificio, se incluye un convenio arbitral con tribunal arbitral institucional y unipersonal.

Partamos de la idea de que el segundo contrato debió haber contenido un convenio arbitral por referencia al del primer contrato; y, aun si eso no hubiese sido posible por una cuestión de orden normativo, debió contemplarse en el segundo contrato la existencia de un tribunal arbitral de tres miembros, al igual que se hizo en el primer contrato.

Ello hubiere permitido que las partes, si se tratase de un convenio arbitral por referencia, solucionaran todas sus controversias ante un único tribunal arbitral de tres miembros y, si no hubiese habido convenio arbitral por referencia, sino dos convenios arbitrales que contemplaran tribunales de tres árbitros, tales partes hubiesen po-

dido designar como árbitros, en ambos procesos, a las mismas personas, lo que hubiese conducido, probablemente, a que esos árbitros de parte designen, en ambos casos, a una misma persona como presidente de ambos tribunales arbitrales.

Hoy en día los reglamentos arbitrales de las instituciones permiten la consolidación de casos que involucren a las mismas partes y donde la materia controvertida esté directamente vinculada a la otra.

Claro está que ambas partes deberán confirmar su anuencia y aceptación a que ambos procesos arbitrales se consoliden en uno solo, y basta que una de las partes no esté de acuerdo para que esto no suceda. Es evidente que tampoco se podría recurrir a la figura de la acumulación en caso de fraude a la ley.

25. SEDE DEL ARBITRAJE IMPROPIA

En caso nos encontremos ante un arbitraje internacional, como es sabido, las partes pueden escoger el país en el que se desarrollará el arbitraje y cuya legislación procesal resultará aplicable al caso, incluido el tema de un eventual recurso de anulación del laudo arbitral.

Entonces, es evidente que sería una cláusula patológica aquella en virtud de la cual se establezca como sede del arbitraje un país cuyos tribunales tiendan, por lo general, a anular laudos arbitrales o cuyos porcentajes de anulación resulten considerablemente mayores a los de otros países que pudieron ser escogidos como sede del tribunal arbitral.

Aunque sea duro decirlo, en un caso como éste no resultaría conveniente escoger al Perú como sede de un arbitraje internacional, pues especialmente la Corte Superior de Justicia de Lima, en los últimos años, tiene una cada vez más acentuada tendencia a favor de la anulación de los laudos arbitrales.

Citando cifras oficiales del Poder Judicial y de una investigación llevada a cabo por el profesor Gustavo de Vinatea Bellatín, podemos decir que en el año 2017, el porcentaje de laudos anulados por la referida Corte Superior, era del 18%, habiendo tenido un aumento consistente promedio del uno por ciento por año; en tanto, por otra parte, los recursos de anulación entre el 2017 y 2018 habían aumentado en dicha Corte en un trescientos cincuenta por ciento; ambas cifras, verdaderamente alarmantes.

Pero más alarmante todavía, es que dos años después, el 2019, el porcentaje de laudos anulados por la referida Corte Superior, ascendió al 21%. Todo un récord.

El medio arbitral debe darse cuenta de que mientras estas cifras continúen vigentes o no mejoren de manera sustancial, el Perú no podrá ser atractivo como sede de arbitrajes internacionales.

26. COSTOS INCIERTOS

Como sabemos, cuando se trata de un arbitraje institucional, las partes, de una manera u otra, pueden prever a cuánto ascenderán los gastos arbitrales, en materia de honorarios arbitrales y de administración del arbitraje.

Decimos esto, en la medida de que los diferentes centros de arbitraje tienen reglamentos de aranceles, en donde las partes podrán hacer sus cálculos sobre lo que costará el arbitraje, excepción hecha, claro está, de lo referido a los honorarios profesionales de los abogados que defiendan la causa.

No obstante, no ocurrirá lo propio cuando las partes hayan pactado que su arbitraje sea ad hoc y hayan omi-

tido hacer referencia a la aplicación de cualquier tabla de aranceles de cualquier centro de arbitraje.

En estos casos, las partes se corren un riesgo, habida cuenta de que será el tribunal arbitral el único indicado para fijar los honorarios, tanto de los árbitros como del secretario arbitral y, en estos casos, como es natural presumir, tales honorarios serán más altos que si se tratara de un arbitraje institucional.

Esto era lo que ocurría en el Perú en materia de contratación pública antes de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) fijara, mediante las respectivas directivas, el monto de los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral, dependiendo de la cuantía de la controversia.

27. EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL

El Decreto Legislativo n.º 1071, actual Ley de Arbitraje, establece en su artículo 67 que las partes podrían convenir otorgar al tribunal arbitral facultades de ejecución de laudo.

Siendo evidente que tales facultades tendrán como límite la ausencia de *coertio*, prerrogativa propia de los

tribunales de la justicia ordinaria, será perfectamente posible que en el convenio arbitral, en el acta de instalación o en un momento posterior, las partes otorguen tales facultades al tribunal, las mismas que tendrían que someterse a la aceptación del propio colegiado.

Dentro de tal orden de ideas, si el reglamento arbitral del centro de la institución designada para la administración del arbitraje, ya estableciera esta facultad para los tribunales arbitrales, es evidente que las partes no tendrían que hacerlo de manera expresa.

Así, dentro de un marco legal como el peruano, podría considerarse como convenio arbitral patológico, aquél que, no siendo complementado por el reglamento de una institución arbitral en materia de ejecución de laudo, no establezca de manera expresa las facultades de ejecución de laudo por parte del tribunal arbitral.

Ello, pues, se estaría desperdiciando una valiosa oportunidad para intentar que la ejecución del laudo tenga una duración más corta de lo normal. Esto, naturalmente, si las partes lo hubieran querido, pues podría darse la situación contraria, caso en el cual el convenio no sería patológico.

28. CONVENIOS ARBITRALES QUE HAGAN REFERENCIA A DOS O MÁS CENTROS DE ARBITRAJE, MÁS CONOCIDOS COMO CLÁUSULAS ARBITRALES HÍBRIDAS

Como bien sabemos, el principio rector del arbitraje es la autonomía de las partes. Dicha autonomía está referida a la elección de las partes de sustraerse a la jurisdicción ordinaria e irse a la arbitral, así como también para elaborar un convenio arbitral a su medida.

Ahora bien, las cláusulas de arbitraje híbridas se basan en esta piedra angular o principio rector del arbitraje. En cierto tipo de cláusula de arbitraje híbrida, las partes colocan la administración del arbitraje en manos de una institución de arbitraje, utilizando las reglas de otra institución.

Por ejemplo, un arbitraje seguido ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pero aplicando el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima.

Más allá de que esta sería una situación jurídicamente imposible, en virtud de aquello que ya hemos expresado anteriormente, consideramos que el tema bajo tratamiento suele minimizar el hecho de que los reglamentos de arbitraje son producto de gran esfuerzo de

cada institución arbitral para brindar un servicio óptimo. Los diferentes centros de arbitraje están en constante búsqueda de las soluciones procesales más eficientes, y trabajan en sus reglas de arbitraje, tratando de adaptarlas a las necesidades de la industria y, así, reflejar los nuevos desarrollos en el campo del arbitraje.

Teniendo en cuenta este punto de vista, junto con los fondos que se invierten en el desarrollo de dichas reglas y, hasta cierto punto, el recelo de cada institución de arbitraje, tratando de demostrar al mundo arbitral que es la institución idónea para administrar un proceso, ello conduce a pensar que las instituciones arbitrales tienen un fuerte incentivo para reservar la aplicación de sus reglas sólo para su propia institución y, por consiguiente, rechazar la administración de un proceso arbitral al que se apliquen las reglas de otro centro de arbitraje. Esto, por lo menos en el Perú, resultaría insólito.

En la casuística del arbitraje internacional, tenemos el caso puntual de un arbitraje con una cláusula arbitral híbrida, que disponía que los procedimientos serían administrados por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“el SCC”), bajo las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje (“las Reglas de la CCI”).

Otro caso de relevancia, estuvo constituido por un arbitraje cuya convenio arbitral disponía que el arbitraje fuera administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Singapore (“SIAC”), bajo las Reglas de la CCI.

En ambos casos se trató de anular los laudos por contener cláusulas patológicas y, aunque en ambos casos se preservó el arbitraje y su laudo, esto no ocurrió sin dificultades. Se consideró importante el hacer cumplir la voluntad inicial de arbitraje de las partes, quienes estaban de acuerdo con el punto de vista pro arbitraje y un proceder de buena fe.

29. REMEDIOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN ANTE UNA CLÁUSULA PATOLÓGICA

29.1. Compétence Compétence y separabilidad del convenio arbitral

Una cláusula de arbitraje clara y bien redactada asegura, o al menos fomenta, una resolución de disputas eficiente y destaca la clara intención de las partes de someter a arbitraje cualquier disputa que surja o esté relacionada con el acuerdo. Es decir, resulta evidente que las partes han pactado sustraerse de la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial. De hecho, el propósito central

de una cláusula de arbitraje es comunicar claramente la intención de las partes de resolver todas las disputas finalmente a través del arbitraje sin recurrir a un tribunal de justicia sobre el fondo de la disputa.

Caso contrario, estaríamos ante un acuerdo de carácter patológico. Sin duda, nos podríamos pasar páginas de páginas tratando de identificar todas y cada una de las patologías que se han encontrado en las cláusulas arbitrales; pero creemos necesario incidir más en los remedios que en los defectos. Por ello, es mejor evitar estos defectos mediante una construcción cuidadosa antes de que surja una disputa o controversia.

Como resultado, cuando nos encontramos frente a una cláusula de arbitraje defectuosa o mal redactada, los tribunales judiciales deberán determinar, en última instancia (vía anulación de laudo), si las partes acordaron arbitrar la disputa a pesar de la mala redacción de la cláusula.

Enfatizamos el hecho de que son los tribunales nacionales quienes tendrán en última instancia esta potestad, por cuanto de forma previa compete al mismo tribunal arbitral o institución arbitral el determinar esto.

Recordemos que el principio de Competence-Competence que opera en el arbitraje, nos indica que será el árbitro o tribunal arbitral, el primer juez de su propia competencia. Es decir, será el mismo árbitro quien resolverá sobre su propia jurisdicción o conflictos derivados del convenio arbitral (incluidas las excepciones y oposiciones al arbitraje). En esa línea, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje del Perú indica lo siguiente:

“El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.”

Por ello, incidimos en que es el propio tribunal quien tiene competencia para revisar su propia competencia y esto incluye el aceptar jurisdicción o decidir si el convenio arbitral es operativo y ejecutable, a pesar de subsistir alguna patología.

Lógicamente, esto se debe tomar con pinzas, puesto que las patologías de los convenios arbitrales pueden ser

leves (al mencionar una institución arbitral errónea, por ejemplo) o pueden ser más serias, como sería el caso de no revocar la jurisdicción del Poder Judicial o tratar sobre una materia no arbitrable (por ejemplo, algún delito).

Por ello es que el tema se debe analizar caso por caso y no será posible generalizar o marcar una pauta para todos los supuestos.

Al referirnos al principio de *Compétence Compétence*, debemos recordar que el mismo tiene una perspectiva positiva y una negativa. La positiva va en línea con lo detallado en el párrafo anterior, en donde el árbitro decide sobre su propia competencia, pero no olvidemos la perspectiva negativa, que nos indica que el Poder Judicial o las cortes nacionales quedan inhibidos de pronunciarse sobre la propia competencia o jurisdicción del árbitro.

Nuestra Ley de Arbitraje también regula este tema en su artículo 16, al establecer que "... La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo (...). Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal

arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.”

Sumado a lo anterior, no olvidemos que es la misma ley, la que además de darle competencia a los propios árbitros para decidir sobre su competencia y jurisdicción, la que permite que los árbitros conozcan el convenio arbitral (aun con patologías), incluso si éste fuese nulo.

Recordemos que el convenio arbitral es autónomo e independiente del contrato principal, de modo tal que la nulidad del contrato principal no afectará la validez de la cláusula arbitral que será materia de evaluación y análisis por el propio árbitro.

En ese sentido, recordemos el texto del artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje del Perú: “La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.”¹⁹

¹⁹ Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo n.º 1071, artículo 41.2.

29.2. Interpretación de buena fe y Principio Pro Arbitraje

Como se mencionó anteriormente, los tribunales de la justicia ordinaria siempre tendrán la última palabra respecto de las cláusulas patológicas. Ya sea porque de manera equivocada asumieron competencia para pronunciarse sobre la misma, antes del propio tribunal arbitral; o al final del proceso arbitral, en donde ya se emitió un laudo arbitral y una de las partes (usualmente la perdedora) pretende anular el laudo invocando la inexistencia o patología del convenio arbitral.

En esta instancia serán los tribunales ordinarios los que deberán interpretar el convenio arbitral y analizar la real intención de las partes. Se colige que desde el momento en que las partes han pactado un convenio arbitral (con patologías incluidas), los tribunales del Poder Judicial deben interpretar la real voluntad de las partes de someterse a un mecanismo de solución de controversias distinto al ordinario.

Somos de la posición de que al momento de interpretar una cláusula patológica, los jueces de la justicia ordinaria deberán analizar y advertir aquel extremo útil del convenio arbitral, sobre aquel extremo que adolece de patologías, y si es posible cercenar lo patológico de la

cláusula, para que no invalide la verdadera intención de las partes.

En palabras de Fernández Rosas:

“No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual implica que deba moverse en muchas ocasiones en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza, en el otro se halla una eventual *déni de justice*”²⁰

Asimismo, es inevitable mencionar que según la Convención de Nueva York, en sus artículos II.2 y V.1.a, las formalidades necesarias para el convenio arbitral son las de constar por escrito, a cuyo análisis no ingresaremos, ya que la expresión “por escrito” ha sido ampliada

²⁰ FERNÁNDEZ, ROSAS, José Carlos. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 712.

por las diversas leyes contemporáneas (artículo 13 en el caso de la Ley de Arbitraje peruana); y, adicionalmente, que el convenio arbitral haya sido suscrito por personas capaces, de acuerdo a la ley a la que las partes se han sometido.

En resumidas cuentas, hay un requisito de validez formal: constar por escrito; y uno sustantivo: que haya sido suscrito por agentes capaces.

Adicionalmente, entran en juego el carácter de orden público y la arbitrabilidad, que son limitaciones a la validez del convenio arbitral; pero mayores requisitos con respecto a la validez del convenio arbitral no existen en el arbitraje internacional.

En esa línea de pensamiento, cuando nos encontremos frente a deficiencias en las voluntades de las partes y existan ciertas patologías en el convenio arbitral, se le debe tratar de interpretar de tal manera que sea capaz de surtir los efectos que las partes quisieron darle. En buena cuenta, recurrir a la vía arbitral y no a la judicial.

En esa línea de pensamiento, nuestro Código Civil en su artículo 168 recoge la interpretación objetiva, que no es otra que la de interpretar el acto jurídico siguiendo la buena fe:

Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

De igual manera, el artículo 1362 indica que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según la buena fe:

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ABRIL DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

