

EL DOMINIO CONTRACTUAL EN EL ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre*
Ricardo Vásquez Kunze**

Presentación del problema: un contrato difícil de nombrar.- Arqueología doctrinaria: la cláusula compromisoria o la impotencia de contratar un arbitraje.- Breve estudio de un fósil.- El entierro legislativo y teórico de la cláusula compromisoria.- Un contrato de arbitraje: la cláusula arbitral.- Naturaleza accesoria de la cláusula arbitral.- Su objeto.- Condición para la exigencia de su obligación.- Extinción de la cláusula arbitral: casos.- Un tema inédito: la relación de las partes con «terceros jurisdiccionales».- Contratos sucesivos y accesorios a la contratación del arbitraje: locación de servicios y mandato.- Formalización de la relación entre partes y terceros: el acta de instalación del tribunal arbitral.- Otras modalidades menos frecuentes de contratación de arbitraje.- El contrato de arbitraje sobre controversia producida.- Diferencias con la cláusula arbitral.- Un homenaje a la teoría: el contrato universal de arbitraje.- Justificación de estas innovaciones nominativas.- Breve crítica a una doctrina de eufemismos.- Reivindicación del contrato y de la realidad.

A simple vista, no parecería haber mayor problema en llegar a un arbitraje. Porque en materia de Derecho Civil, una vez permitido éste por la ley, la celebración de un contrato que lo acuerde, debería ser, en teoría, la cosa más fácil del mundo. En teoría, no lo olvidemos, dos particulares que pretenden resolver un conflicto de intereses conviene sustraerse a la jurisdicción del Estado y llevar su pendencia ante uno o varios árbitros que ellos mismos han designado para poner punto final al litigio. El problema es que lo que en la teoría del sentido común es tan simple como éste, en la doctrina tradicional del arbitraje no. Aquí, la complejidad es el denominador común y la simpleza la excepción. Baste con decir que el «contrato de arbitraje», esto es, el acuerdo de voluntades para celebrar un arbitraje, en puridad sólo existe por el momento en el reino de la teoría.¹ Y en este caso, literalmente, tanto en la del sentido común como en la tradicional del arbitraje. Y esto, paradójicamente, porque tanto en la doctrina internacional como nacional, nadie se atreve a llamar por su nombre de contrato de arbitraje al contrato de arbitraje. En otras palabras: por el momento, un «contrato de arbitraje» así nominado no existe en el mundo real. Pero si este contrato no existe, ¿entonces qué contrato es el que da

* Mario Castillo Freyre, Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Ricardo Vásquez Kunze, abogado, socio consultor del Estudio Mario Castillo Freyre.

¹ Uno de los objetivos del presente trabajo es poner punto final a los eufemismos doctrinarios que se niegan a llamar a las cosas por su nombre. Uno de nuestros intereses es rescatar para la doctrina al *contrato de arbitraje* en todas sus manifestaciones.

vida al arbitraje? ¿Cómo llamarlo? ¿Cuándo se celebra? ¿Dónde se formaliza? Estas preguntas son el objeto del presente trabajo. Nos abocaremos pues a darles satisfactoria respuesta.

Si hubiera que ponerlo literariamente, el alumbramiento de un arbitraje viene precedido de un embarazo complejo. Es más, y siempre en términos literarios, la concepción misma del futuro arbitraje no está atada a la naturaleza de un solo método. Es más de un camino el que lleva al arbitraje, lo que es lo mismo a decir que, ya en términos contractuales, no existe una sola forma de contratar un arbitraje. Así pues, antes que responder a la interrogante de qué contrato es el que origina jurídicamente un arbitraje, es preferible subrayar primero qué no lo genera jamás, es decir, qué acuerdo de voluntades no engendra por sí mismo un arbitraje.

Creemos que un contrato que no genera nunca por sí mismo un arbitraje es el que en la doctrina se conoce como *cláusula compromisoria*. Aunque ríos de tinta han corrido en la doctrina sobre aquélla, nosotros consideramos que en el mundo de nuestros días, esto es el siglo XXI, esta modalidad contractual por la que se pretende llegar a un arbitraje es una antigualla cuyo lugar, si lo hubiere, sólo podría ser un museo de lo jurídico. Por lo tanto y sólo como rareza en la historia contractual del arbitraje es que será aquí tratada, dejando constancia de nuestro deseo de que en el futuro, quienes tomen la posta en sus indagaciones sobre el arbitraje la desaparezcan para siempre de su reflexión pues, invocarla aún a modo de curiosidad histórica es perpetuar una memoria que no tiene ningún sentido.

Seremos pues breves. La esencia para entender lo que es la cláusula compromisoria está en saber que mediante ella nunca jamás se concierta o celebra un arbitraje. ¿Qué es pues lo que, como en todo contrato, se concierta o celebra entonces? En términos muy simples, se contrata que en un futuro se contratará a su vez un arbitraje. En efecto. En un contrato que por lo general es el contrato principal,² las

² Con respecto al carácter accesorio de la cláusula compromisoria, hay discrepancias en la doctrina. Tomás Oyagar señala por ejemplo que «Si bien el origen práctico de esta preparación del arbitraje fue la estipulación accesorio que se insertaba en el contrato principal, al generalizarse se le hizo objeto, en muchas ocasiones de un pacto autónomo, por lo que la denominación de 'cláusula compromisoria' perdía ya toda propiedad y era, en cambio, la de un contrato preliminar o preparatorio la más adecuada y consecuente con la esencia de la institución [...]». OYAGAR, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, pp. 117 y 118. Sobre esto habría que decir que el carácter accesorio de la cláusula compromisoria no le quita su carácter contractual. La cláusula compromisoria es un contrato dentro del contrato principal y por lo tanto es un contrato accesorio. Es más, es accesorio y preliminar o preparatorio a la contratación de un arbitraje. Discrepamos pues con Oyagar cuando pretende que en razón de la generalización de la cláusula compromisoria dentro de los contratos principales, ésta se convierte en una suerte de pacto autónomo. Nada tiene que ver la generalización con la autonomía. La única hipótesis para que la autonomía se produzca en el caso de la cláusula compromisoria es que ésta deje de ser cláusula referida a un contrato principal y devenga ella misma en contrato principal, lo que significa que sea preliminar y preparatorio a la contratación de un arbitraje no para los

partes, a través de una cláusula compromisoria, acuerdan que para resolver cualquier conflicto –o determinado conflicto– que se suscite del contrato principal, se acordará a su vez un arbitraje. Así, pues, en la cláusula compromisoria el arbitraje no ha sido acordado, no ha sido celebrado y por tanto no ha sido contratado. Lo que ha sido acordado, celebrado y contratado es un compromiso a, en su momento, contratar un arbitraje.

Nótese lo absurdo, por inútil, de este procedimiento.³ Porque, ¿no sería acaso más eficiente que comprometerse a contratar en el futuro un arbitraje, contratarlo ya?⁴ Es decir, ¿no sería mejor que en el contrato principal, en vez de una dilatoria cláusula compromisoria, se acordara, celebrara y contratara un arbitraje *mondo y lirondo* para los futuros conflictos que se pudieran derivar del contrato principal?⁵ ¿Para qué si desde Europa se quiere llegar lo más rápido posible a las Indias Orientales, habría que hacer la ruta del Cabo si se puede hacer la del Canal de Suez?⁶

problemas que pudiesen suscitarse de un contrato determinado, sino de cualquier contrato que celebren en un futuro las partes de este contrato preparatorio.

³ Lohmann afirma que «La doctrina se ha preguntado sobre la verdadera utilidad de la cláusula compromisoria. Se considera que no es imprescindible y que su lugar podría ser ocupado por un compromiso arbitral firme –contratar el arbitraje– sobre toda controversia futura, al que sólo le faltaría integrarse con la indicación de la materia controvertida y los árbitros, si no se hubiesen designado de antemano». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, pp. 80 y 81.

⁴ «Realmente, nada obsta que la cláusula compromisoria, acuerdo pre-arbitral o como quiera denominarse, tenga el mismo contenido que el compromiso –contratar el arbitraje–, con la salvedad de la indicación de la materia controvertida. De ser así, ya no sería necesario otro convenio adicional, pues suscitado el conflicto cualquiera de las partes solicitaría de la otra y de los árbitros la suscripción de un documento que, a la par de detallar las cuestiones litigiosas, constituye acta de misión de los árbitros». *Idem*.

⁵ Sobre este despropósito comenta Fernando de Trazegnies que «llegado el día del problema, las partes no pueden acudir directamente al árbitro, aun cuando éste se encontrara ya nombrado desde el inicio de la cláusula compromisoria y las reglas del arbitraje hubiesen sido igualmente determinadas de antemano. Previamente, las partes deben suscribir un nuevo acuerdo –*el compromiso arbitral*– en el que precisan los alcances de su controversia y la colocan expresamente en manos del árbitro». DE TRAZEGNIES, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubklowky. Lima: Editorial Cuzco, p. 549.

⁶ Sin embargo, hay algunos autores que justifican esta «ruta decimonónica» de la cláusula compromisoria. Humberto Briseño sostiene que la cláusula compromisoria tendría su razón de ser en –y por increíble que parezca– ¡la facilitación del arbitraje! Y esto porque, según él, es el momento más adecuado para que converjan voluntades a favor del arbitraje y se evite así ahuyentar a las partes con la determinación detallada de todos los requisitos y circunstancias que son necesarios cumplir para que éste se configure en la realidad. BRISEÑO, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubklowky. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 43. Por supuesto que no compartimos las justificaciones de Briseño para con la pertinencia de la cláusula compromisoria. No vemos qué dificultad puede haber en, si se quiere realmente que los problemas derivados de un contrato determinado se resuelvan por un arbitraje, contratar en el mismo contrato principal la

Fue, precisamente, en razón de esta inutilidad manifiesta que la cláusula compromisoria, junto con todos y cada uno de los artículos referidos al tema arbitral, fue derogada del Código Civil de 1984 a sólo ocho años de su vigencia⁷. La realidad demostró muy pronto el extravío jurídico –por seguir a pie juntillas los puntos y comas de una doctrina obsoleta– que significaba consagrar, para llegar al arbitraje, el desvío de la cláusula compromisoria.

Un asunto que dentro del anacronismo de la cláusula compromisoria como objeto de estudio merece un comentario, es el tremendo error de un sector de la doctrina que le atribuye a esta cláusula el efecto más importante cuando de contratar un arbitraje se trata: la sustracción de la jurisdicción estatal. El arbitraje es el contrato por el cual las partes de una relación jurídica se sustraen de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia para someterse a una privada creada o designada por ellas. Varios autores señalan sin embargo que esta característica propia del arbitraje, esto es, del acuerdo de voluntades que le da vida jurídica, es también propia de la cláusula compromisoria.⁸

sustracción a la jurisdicción estatal y especificar la jurisdicción arbitral a la que se someterá el hipotético conflicto, así como el procedimiento por el cual se designarán los árbitros, que son básicamente los requisitos necesarios para contratar un arbitraje. Es más, muy por el contrario de facilitar un arbitraje como sostiene Briseño, la cláusula compromisoria lo aleja. De Trazegnies explica por qué: «[...] como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral –contratar el arbitraje–, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, [...] No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia [...] hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje [...]. De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario». DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. cit.*, p. 549.

⁷ Todo el Título XI del Código Civil –Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral, artículos 1906 a 1922– fue derogado por la Primera Disposición Final de la Ley General de Arbitraje (Decreto Ley N° 25935, promulgada el día 7 de noviembre de 1992 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 10 de diciembre de 1992). Posteriormente, el Decreto Ley N° 25935 fue derogado por la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572, promulgada el día 3 de enero de 1996 y publicada por el Diario Oficial El Peruano el día 5 de enero de 1996). Simplemente para la cultura jurídica del lector, decía el artículo 1906:

Artículo 1906.- «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesorio, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

⁸ Lohmann señala por ejemplo que «La cláusula compromisoria –conocida también como convenio preliminar– puede, pues, conceptuarse como acuerdo o estipulación autónoma por la cual dos o más partes interesadas en una relación jurídica existente y determinada, deciden someter a arbitraje sus posibles diferencias futuras que surjan de tal relación. Esto supone, en primer lugar, que el convenio estatuye sobre previsiones que pueden o no realizarse. En segundo lugar, implícitamente equivale a decir que si la hipótesis se presenta, las partes se sustraen de la jurisdicción estatal». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 79 y 80. Dante Barrios escribe en el mismo sentido aduciendo que la cláusula compromisoria determina la necesidad del arbitraje, ya que las partes no tienen la

Como resulta obvio, si la cláusula compromisoria tuviera el efecto de sustraer a las partes de una relación jurídica de la jurisdicción estatal, estaríamos frente a un puro y simple acuerdo de arbitraje. Es más, el arbitraje quedaría constituido allí mismo de pleno derecho, y por ende, no se necesitaría de un contrato posterior para constituirlo, lo que significaría un contrasentido, toda vez que la cláusula compromisoria es doctrinariamente el contrato preparatorio o preliminar para la celebración de aquél con el que se da vida al arbitraje, esto es, a la sustracción de la jurisdicción estatal a efectos de resolver un conflicto de intereses que normalmente se resolvería en la Judicatura.

Así pues, el hecho de un contrato preliminar cuyas características y efectos serán los mismos que los del contrato final, es un completo sinsentido.

Un sinsentido es también que la cláusula compromisoria pueda ir contra el objeto mismo del arbitraje, a saber, solucionar un conflicto jurídico fuera del dominio del Poder Judicial. Y tal situación puede llegar a producirse. Metafóricamente podríamos resumirla así. *Señor juez: Nos, una de las partes de este contrato principal, hemos acordado en su momento con la otra, a través de una cláusula compromisoria, nuestro deseo de jamás pisar este juzgado. Pero el incumplimiento de este deseo por mi contraparte nos obliga a hacer lo que no queríamos hacer. Exigimos pues a usted, su señoría, sentencie a mi contraparte a cumplir su compromiso de desear conmigo no pisar esta sala para cuyo efecto deberá contratar un arbitraje. Por ser de justicia que espero alcanzar. Firmado. La parte burlada.* Cuarto años después, con mucha suerte, puede que el juez sentencie a favor de *Parte burlada*, y obligue a la otra a celebrar un arbitraje. Pero si el objeto de éste era precisamente no perder el tiempo en un largo proceso judicial, a todas luces aquí hay un contrasentido. Pues a lo que demora un arbitraje habrá que sumarle lo que demora el proceso judicial que ordene su celebración. Sin duda, la peor de las soluciones posibles.

Suficiente hasta aquí con la devaluada doctrina de la cláusula compromisoria que, como hemos visto, es el contrato que por sí mismo no genera jurídicamente jamás un arbitraje, aunque sea éste su más vivo deseo.

libertad para recurrir ante los tribunales, en el supuesto que surja un conflicto entre ellas; así, «en principio deben comprometer; o sea que están bajo la imposición de acudir al arbitraje». BARRIOS DE ANGELES, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1956, p. 36. En este mismo error caen Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú cuando, deduciendo las características de la cláusula compromisoria afirman que: «a) En primer lugar, es un pacto por el cual las partes acuerdan sustraerse de la intervención del Poder Judicial», para luego decir lo mismo del compromiso arbitral –contratar el arbitraje–, del que afirman que «a) En primer lugar, es un pacto mediante el cual las partes acuerdan sustraerse del Poder Judicial». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ ÍZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, pp. 113 y 114.

¿Qué contrato pues da vida al arbitraje? En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como *cláusula arbitral*. Esta cláusula es pues un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica⁹ existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte. De ahí lo de «cláusula» que en tanto estipulación de un contrato principal, siempre accesoria.

El objeto de la cláusula arbitral es pues, según esto, la solución de un hecho que en tanto probable se encuentra en el dominio del futuro y la incertidumbre: la controversia. Las partes la prevén pero no la desean, aunque su ocurrencia puede producirse por la misma voluntad de las partes.¹⁰ Así pues, en tanto es la controversia un hecho probable de incierta ocurrencia en el futuro no puede haber en la celebración de la cláusula arbitral alcance alguno sobre la materia controvertida. No existe materia controvertida en este tipo de contratación arbitral pues la controversia no ha surgido. Sí puede, por el contrario, haber materia arbitrable que no será otra que la que las partes señalen sobre el contrato principal. Así, todo el contrato principal puede ser materia arbitrable, es decir, todos los conflictos que puedan suscitarse de éste. Pero también puede ser materia arbitrable sólo alguna o algunas estipulaciones del contrato principal, o lo que es lo mismo a decir, los conflictos resultantes de alguna o algunas estipulaciones del contrato principal.

Ahora bien. Si ha quedado perfectamente claro que la cláusula arbitral implica la celebración de un contrato en toda regla, esto es, que el arbitraje ha sido contratado, no menos cierto es que para que la obligación de ese contrato sea exigible –dar solución a un conflicto de intereses entre las partes de un contrato principal a través

⁹ Silvia Gaspar precisa que, por relación jurídica se debe entender una situación de poder y deber concretos en la que resultan vinculados determinados sujetos. Esto implica que alguno de ellos se halle facultado por el ordenamiento jurídico a exigir a otro una conducta que deberá cumplir este último. Comentando la legislación española, Gaspar sostiene que las relaciones jurídicas pueden ser contractuales o no, por lo que no sólo los conflictos surgidos como consecuencia de los contratos son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, sino también las controversias que se produzcan respecto de las obligaciones que tienen su fuente en la ley, los cuasicontratos, o el ilícito penal o civil. Ver: GASPAN, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 62.

Nuestra Ley General de Arbitraje en su artículo noveno adopta la posición de que las relaciones jurídicas arbitrables pueden ser contractuales o no.

¹⁰ Hemos sido cautos en no calificar como hecho *futuro e incierto* a la controversia que deberá ser objeto de solución. Y esto porque para la doctrina de los contratos un hecho *futuro e incierto* es aquel cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes. Por el contrario, la controversia no necesariamente es excéntrica a esta voluntad, lo que no quita que en la contratación arbitral expresada en la cláusula, su ocurrencia tenga características futuras – porque no se ha producido en el pasado ni en el presente– e inciertas –porque nadie puede tener la certeza de que se produzca–.

del arbitraje– tiene que producirse ese conflicto de intereses. En otras palabras, la controversia es la condición suspensiva para que el contrato llamado *cláusula arbitral* se cumpla.

Así pues, aunque celebrado el contrato, si la condición no se cumple la obligación no es exigible. Si no hay conflicto de intereses, si no hay materia controvertida, no hay nada que arbitrar aunque el arbitraje esté contratado.

En este orden de ideas es pertinente preguntarse cuándo se extingue el arbitraje contratado a través de la cláusula arbitral. En primer término se extinguirá cuando, de no haberse producido ninguna controversia, se extinga el contrato principal del que el arbitral es accesorio. También, si la cláusula tuviera alguna estipulación de plazo para su cumplimiento, esto es, que el arbitraje contratado estuviera sometido a un determinado plazo antes del cual o después del cual no sea posible recurrir al arbitraje. Se extinguirá contractualmente entonces el arbitraje contratado cuando se extinga el plazo acordado para su imperio. Finalmente, cuando de haberse producido la materia controvertida o controvertidas, sea o sean éstas resueltas a través del arbitraje contratado en la cláusula arbitral. Es decir cuando la obligación de resolver una controversia por jurisdicción ajena a la del Poder Judicial sea satisfecha. Y aquí cabe hacer una digresión. A lo largo de este trabajo hemos hablado de contratar *el arbitraje*. Porque, lo que en efecto se contrata es la obligación de que dos o más sujetos de Derecho se sustraigan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado para resolver a través de una jurisdicción privada los conflictos de intereses nacidos de una relación jurídica determinada. Así pues, el arbitraje en términos contractuales no termina necesariamente con la solución de *una* controversia resuelta a través de *un arbitraje* o *proceso arbitral*. Pues controversias pueden haber varias en el marco de un contrato principal con cláusula arbitral. Por tanto, varios pueden ser también los procesos arbitrales que les den solución dentro del arbitraje contratado en la cláusula. Y que uno de los arbitrajes fenezca por haber cumplido su fin, no implica que se extinga la obligación contratada en la cláusula arbitral.

Contratado pues el arbitraje a través de la cláusula arbitral y cumplida la condición para que la obligación sea exigible, es decir, producida la controversia que impele a las partes a resolverla arbitralmente, se suceden en el tiempo una serie de contratos en estrecha relación con el arbitral y cuyos propósitos son, precisamente, que la obligación asumida por las partes en la cláusula arbitral quede satisfecha. En otras palabras, para que el arbitraje contratado se materialice, se revele en los hechos, son necesarios otros contratos accesorios a su vez al celebrado en la cláusula arbitral.

Así pues, ¿cómo se contratan los árbitros? ¿Cómo al eventual presidente del tribunal de justicia privada? ¿Cómo las reglas que regirán el proceso? Ciertamente no a través del contrato arbitral celebrado en la cláusula como muchas veces, sin hacer distinción alguna, se confunde. Porque una cosa es la relación contractual entre las partes de la que sólo puede derivar el contrato arbitral, y otra muy distinta la relación

contractual de las partes con terceros que, eventualmente, contribuirán ejerciendo una función jurisdiccional para que ese contrato arbitral celebrado exclusivamente entre las partes se cumpla.

La relación entre las partes y los terceros que tendrán participación jurisdiccional en el proceso arbitral se manifiesta, en nuestro criterio, a través de dos modalidades contractuales nominadas: la locación de servicios y el mandato. La primera, necesaria. La segunda, no.

En efecto. Surgida la controversia, las obligaciones derivadas del arbitraje contratado deben cumplirse. Así, para que se cumpla con el objeto del arbitraje que no es otro que dar solución a una controversia de Derecho por medios privados, se hace necesario el árbitro, pues no hay arbitraje posible sin árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia ya determinada sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.

Ahora bien, el reseñado es el caso de un arbitraje simple ejercido por una sola persona. Pero puede que las partes quieran, para mayor seguridad, que su controversia sea resuelta por un tribunal arbitral que, en nuestro medio, lo constituyen por lo general tres árbitros: un presidente y otros dos miembros.¹¹ Tres son pues los árbitros que deben ser contratados para brindar el servicio de arbitraje y ejercer la función arbitral. Sin embargo, en nuestra tradición arbitral la designación de uno de ellos, el presidente, implicará además un contrato de mandato.

Y aquí cabe una aclaración. Mucho se ha escrito en la doctrina sobre la naturaleza contractual del arbitraje definiéndola como un mandato. Los árbitros, se dice, tienen un mandato otorgado por las partes a través del convenio que da vida al arbitraje para poder juzgar una controversia determinada.¹² Esto no es así. Y no lo es porque el mandato es en el Derecho Civil el contrato en virtud del cual una parte denominada mandante le encarga a otra, el mandatario, la celebración de actos

¹¹ Sobre este particular dicen Cantuarias y Aramburú que: «[...] En caso de no existir pacto, las leyes suelen establecer que el número de árbitros será impar, normalmente tres. [...] A falta de acuerdo entre las partes, la Ley suele establecer mecanismos supletorios de nombramiento, siendo el más común aquél por el cual cada parte nombra un árbitro y estos dos designan al tercero que presidirá el Tribunal Arbitral». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ ÍZAGA. *Op. cit.*, pp. 132 y 133.

¹² En esa línea están Garsonnet y Cézar-Bru que consideran que los poderes de los árbitros sólo pueden deducirse de un contrato de mandato. Merlin sostiene lo mismo, a saber, que la actividad de los árbitros deriva del ejercicio de un mandato otorgado a través de un compromiso. VARGAS, Fernando. «Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil». Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 36.

jurídicos por su cuenta e interés. El asunto es que la labor judicial de los árbitros no es un acto jurídico porque ninguna función jurisdiccional puede serlo.

Ahora bien. En el caso que nos ocupa, esto es, el de la constitución de un tribunal arbitral, sí existe un mandato. Pero no para juzgar una controversia, sino para que aquellos dos árbitros que ya han celebrado con las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y representación de esas partes, invistan a su vez a un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral. Las partes, pues, mandan a sus respectivos árbitros para que éstos busquen y nombren a un tercero que los presidirá. He ahí, aparejado con la locación del servicio de arbitraje, el contrato de mandato. Concluido el nombramiento del presidente del tribunal arbitral, concluye también el mandato otorgado a los otros dos árbitros. Si acepta el encargo de éstos, el designado presidente podrá entonces a su vez celebrar su contrato de locación de servicios con las partes.

Hemos dicho hasta aquí que la relación jurídica entre las partes y los árbitros está constituida por contratos sucesivos y accesorios a la contratación del arbitraje en la cláusula arbitral. No ha sido necesario aclarar que dichos contratos sucesivos y accesorios, a saber, la locación de servicios y en su caso el mandato, se celebran con el solo consentimiento. Sí es pertinente, sin embargo, determinar dónde se formaliza dicho consentimiento. Lo habitual sería que éste se hiciera en un instrumento específico donde se contratara la locación de servicios y en otro similar el mandato. Sin embargo, para el caso del arbitraje, en nuestra tradición arbitral y jurídica, esto no es así. No existe un documento independiente donde conste la celebración de ambos contratos.

¿Dónde pues se celebran éstos? ¿Dónde quedan formalizadas las aceptaciones de la locación de servicios y el mandato? ¿Dónde las condiciones para la prestación del servicio? ¿Dónde las remuneraciones de los árbitros? ¿Dónde –finalmente– las reglas mínimas que habrán de regir el proceso arbitral que se avecina?

Es precisamente con la absolución de estas preguntas en donde se manifiesta en toda su plenitud la compleja naturaleza dual del arbitraje, a saber, la contractual y la procesal. Pues es en un instrumento absolutamente *sui generis* donde, paradójicamente, los contratos que ocupan nuestra atención quedan sancionados con toda formalidad. En efecto, es en el *acta de instalación* del tribunal arbitral donde quedan formalizados todos los contratos sucesivos y accesorios al de la cláusula arbitral. Es allí donde consta que los árbitros aceptan prestar sus servicios personalísimos para dirimir privadamente una controversia. Es allí donde se verifica el cumplimiento del mandato otorgado por las partes a quienes debían encontrar y nombrar a un árbitro presidente del tribunal que allí mismo se está constituyendo. Es allí que quedan formalizados los honorarios de los miembros del tribunal en cierne. Es allí donde quedan establecidas las reglas que regirán el futuro proceso. Es allí, en ese instrumento legal donde se confunden naturaleza contractual y jurisdiccional –pues allí no sólo se formalizan contratos sino que también se instala

un tribunal, acto que es en sí mismo parte de toda función jurisdiccional– donde, en un mismo tiempo, termina el dominio contractual y empieza el jurisdiccional.

Con lo dicho terminamos el estudio de la contratación arbitral más común que es, en nuestra realidad y en muchas otras, la cláusula arbitral. Empero existen otras modalidades para contratar el arbitraje. Real la una, teórica la otra, pero minoritarias ambas. Son pues dos.

La primera, que le roba a la teoría algunos casos concretos, es aquella que se celebra para resolver, a través de una jurisdicción privada, una controversia derivada de una relación jurídica generalmente contractual en la que no se previó para esa hipótesis una cláusula arbitral.

En otras palabras. Existe un contrato en que las partes no suscribieron accesoriamente la contratación de un arbitraje a través de una cláusula arbitral. Por ende, las controversias que de ese contrato X pudieran derivarse, deberán ser resueltas directamente por las partes o en su defecto en el Poder Judicial. Obvio en tanto que en el contrato X las partes no se han sustraído a través de una cláusula arbitral a la jurisdicción de los tribunales de justicia del Estado.

Sin embargo, ocurrida la controversia, esa sustracción que no se previó en el contrato X, puede producirse en otro contrato absolutamente independiente de aquél del que da origen a la controversia. De este modo, las mismas partes que celebraron el contrato X, celebran otro contrato en el cual acuerdan un arbitraje cuya materia es la controversia surgida del contrato X. Ese pacto, convenio o acuerdo es un contrato principal de arbitraje en toda regla. No vemos ninguna razón pues para no denominarlo por la especificidad de su nombre, a saber, *contrato de arbitraje sobre controversia producida*.¹³

Es cierto que la cláusula arbitral también es un contrato de arbitraje, pero su especificidad nominativa es de cláusula cuyo sino es lo accesorio. Y aquí, no está de más recordarlo, la diferencia con el contrato de arbitraje sobre controversia producida es que mientras en éste la controversia existe porque pertenece a la certera dimensión del presente, en la cláusula la controversia es aún inexistente y su probabilidad, una mera concesión al futuro y la incertidumbre¹⁴.

Una segunda modalidad de contratación arbitral ajena a la de la cláusula es aquella en que dos o más sujetos de Derecho celebran un contrato por el cual se obligan a

¹³ Hemos utilizado el ejemplo de una controversia surgida de una relación jurídica contractual por ser ésta la más común de las que se arbitran. Empero, nada obsta para que el contrato de arbitraje sobre controversia producida se refiera a la controversia de una relación jurídica no contractual.

¹⁴ Una excepción a esta regla es la poco frecuente posibilidad de que una vez producida una controversia en una relación jurídica contractual en la que no se previó cláusula arbitral alguna, las partes inserten en el contrato principal una cláusula arbitral contratando así un arbitraje para una controversia en curso.

someter a arbitraje cualquier conflicto que pudiera sobrevenir de todas o algunas de sus relaciones jurídicas, tanto existentes como futuras. Esto es fundamentalmente teoría y sin embargo es posible. Lo que aquí sucede es una sustracción generalizada a la jurisdicción estatal de las relaciones jurídicas entre dos sujetos de Derecho determinados. En otras palabras, las partes contratan que los tribunales ordinarios no son competentes para dirimir conflictos derivados de la universalidad de sus relaciones jurídicas en la medida de que la ley lo permita.

Característica de esta modalidad contractual es su autonomía, esto es, su calidad de contrato principal. En efecto, el arbitraje así contratado no es accesorio a ninguna relación jurídica entre las partes, toda vez que incluso es posible que las relaciones jurídicas entre las partes no se hayan producido. La otra característica esencial es su universalidad, en la medida de que son todas o casi todas las relaciones jurídicas entre las partes contratantes del arbitraje, las que serán materia arbitrable.

Somos pues de la opinión que este es un *contrato universal de arbitraje* y así hemos dado en llamarle.

En lo que atañe a la relación contractual entre las partes con los terceros que ejercerán la función jurisdiccional, tanto en el contrato de arbitraje sobre controversia producida como en el contrato universal de arbitraje, aquélla es la misma que como hemos visto para la cláusula arbitral, se formaliza, llegado el momento, en el acta de instalación del tribunal arbitral.

En síntesis, podemos afirmar que dos son las modalidades para contratar un arbitraje que se pueden aprehender en mayor medida de la realidad: La cláusula arbitral, que es el pan de todos los días en el tema de arbitraje; y el contrato de arbitraje sobre controversia producida, cuyos casos son menos comunes. La tercera modalidad, a saber, el contrato universal de arbitraje pertenece al reino de lo posible aunque básicamente no de los hechos.

Consideramos que el mérito de esta propuesta está, si alguno tiene, en que se le llama al pan, pan y al vino, vino. Y esto porque la doctrina, a veces enredada prisionera de conceptos que no se siguen de la realidad ni de los usos y costumbres que son su magma, se niega a llamar por su nombre a un arbitraje que se contrata a través de una cláusula (cláusula arbitral), y lo que es peor, se niega a utilizar para todos los efectos el término «contrato de arbitraje» cuando debe hacerlo.

En efecto, todo parece indicar que para la doctrina tradicional, el término *contrato* está proscrito en el tema arbitral, aún para ese sector de la doctrina que suscribe la naturaleza contractual del arbitraje. Acuerdo, pacto, convenio, compromiso, todo menos contrato.¹⁵

¹⁵ El tratadista Dunshee, por ejemplo, utiliza como sinónimos acuerdo arbitral, pacto arbitral o convenio arbitral, a los que califica como género de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, que son las especies. La palabra *contrato* no figura para nada y poco

En lo que respecta a nuestra historia arbitral cuyo origen data del Código Civil de 1984, como hemos dicho, el «contrato de arbitraje» estaba edulcorado con el nombre de compromiso arbitral que se celebraba cuando la controversia entre las partes ya se había producido.¹⁶ Esto, en nuestro lenguaje nacido del sentido común de la realidad no es otra cosa que un contrato de arbitraje sobre controversia producida.

Derogadas las normas sobre arbitraje del Código Civil, tanto en la antigua Ley General de Arbitraje (Decreto Ley N 25935) como en la Ley General de Arbitraje vigente (Ley N° 26572), se acuña el concepto de *convenio arbitral*. Este convenio arbitral viene a sustituir, para todos los efectos, los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral legislados en los artículos 1906 y 1909 del Código Civil. La Ley General de Arbitraje lo define así en su artículo nueve: «Artículo 9.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».¹⁷ Y el artículo diez de la misma Ley esboza tímidamente la modalidad que puede adoptar el convenio arbitral afirmando que: Artículo 10.- [...] «Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. [...]».

El hecho es que el así llamado acuerdo arbitral nada nos dice a quienes estamos imbuidos en el quehacer cotidiano de los arbitrajes. El convenio arbitral, conforme a la doctrina y la legislación expuesta no es más que un contrato de arbitraje en toda regla al que, para variar, se le escamotea el nombre de contrato de arbitraje. Cuando éste «adopta la forma de una cláusula incluida en un contrato» no estamos más que en presencia de una cláusula arbitral a través de la cual se contrata un arbitraje. Cuando el susodicho convenio se expresa mediante un «acuerdo independiente», bien podemos estar ante un contrato de arbitraje sobre controversia producida en el caso de un conflicto de intereses *ex ante* el contrato de arbitraje, o bien ante un

sabemos con esta clasificación cuáles de todos estos eufemismos son contratos de arbitraje, o si se prefiere, a través de cuál se contrata un arbitraje. Ver: DUNSHEE, C. «El acuerdo arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, pp. 7 y 8.

¹⁶ Cantuarias y Aramburú, comentando el artículo 1909 del Código Civil de 1984, sostienen que entre las características del compromiso arbitral está: «b) En segundo término, este acuerdo debe celebrarse necesariamente una vez haya surgido un conflicto entre las partes. Como consecuencia de esto, la ley exige que se precisen los términos exactos de la controversia». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ ÍZAGA. *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

¹⁷ Cantuarias y Aramburú señalan que «En muy simples palabras el término 'convenio arbitral' no hace más que reconocer que la suscripción de un acuerdo de arbitraje celebrado tanto antes como después de que surja la controversia, es suficiente para que las partes puedan recurrir al arbitraje directamente sin necesidad de otorgar ningún otro contrato». *Idem*, p. 128.

hipotético contrato universal de arbitraje. Las cosas pues por su nombre, o al menos, por el que mejor exprese su realidad.

Con esto damos fin a este trabajo en el cual hemos tratado de develar el complejo dominio contractual del arbitraje, exorcizando una vieja doctrina plagada de entelequias a través de la claridad de las posibilidades que nos señala el mundo real.

Lima, abril de 2006