

EL ARBITRAJE COMO EFICAZ MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

César Aníbal Fernández Fernández*

SUMARIO:

1. ¿Cuáles son las características del arbitraje? • 2. ¿Cuál es el objetivo del arbitraje? • 3. ¿Qué teorías existen en cuanto a su naturaleza jurídica? • 4. ¿Cómo se clasifica el arbitraje? • 5. ¿Por qué es importante el arbitraje? • 6. ¿Cuáles son los efectos que produce el convenio arbitral? • 7. ¿Es realmente eficaz el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias?

Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) son aquellos procedimientos que sirven como alternativas para la solución de controversias, que, generalmente, involucran la intersección y asistencia de una tercera persona neutral que ayuda a facilitar dicha solución.

Sin duda, el elemento esencial y fundamental sobre el cual recaen los mencionados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, es la Autonomía de la Voluntad de las Partes.

A su vez, estos medios alternativos se clasifican en:

- a) Conciliación;
- b) Negociación;

- c) Mediación; y
- d) Arbitraje.

Los tres primeros revisten la forma de autocomposición, por cuanto permiten que las partes puedan conducir directamente el proceso, y ellas mismas puedan, a su vez, acordar las soluciones que les sean más convenientes y favorables a sus respectivos intereses.

Sin embargo, el último de los nombrados, es decir, el arbitraje, es una figura jurídica de heterocomposición, en que la solución de la controversia estará a cargo de un tercero denominado «árbitro».

El arbitraje, a diferencia de la conciliación, negociación y mediación,

el denominado «tercero neutral» —entiéndase árbitro— no colabora ni sugiere a las partes, determinadas propuestas para que sean éstas, precisamente, quienes finalmente lleguen a un acuerdo satisfactorio, solucionando así su conflicto, sino que les impone, ese tercero, una solución, dirimiendo y resolviendo la controversia, mediante la expedición de un «laudo» denominado *laudo arbitral*, que tiene los mismos efectos de una sentencia judicial.

El arbitraje, según Díez-Picazo,¹ es «Aquella institución consistente en que dos o más personas pacten entre sí que un tercero resuelva un litigio ya surgido o que pueda surgir entre ellas, excluyendo que los tribunales conozcan del mismo».

* Abogado Consultor, Doctorando en Derecho. Magíster en Derecho Civil, egresado e integrante de la Primera Promoción de la Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático Universitario del curso de Contratos de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón «UNIFÉ» y de los cursos Obligaciones y Contratos en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Catedrático de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega en la Maestría de Derecho Civil y Comercial. Catedrático de la Escuela Post-Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal en la Maestría de Derecho Empresarial. Miembro de las Comisiones Consultivas de Obligaciones, Contratos y de la Actividad Empresarial del Estado del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Expositor en diversos diplomados, seminarios y foros, organizados por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Árbitro del Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Presidente del Instituto de Investigación Jurídica IURISLEX PERÚ.

¹ Díez-Picazo Jiménez, Ignacio. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 574.

Para Gómez Colomer² arbitraje «[...] Es una institución jurídica heterocompositiva, en virtud del cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediando convenio, resuelve en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídico, en caso de ser la materia susceptible de disposición por las personas afectadas por la discrepancia».

La «American Arbitration Association», define al arbitraje como: «La remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria».³

Para Jean Robert el arbitraje significa: «Instituir una jurisdicción pública, a efectos de ser resueltos por personas investidas, para un caso determinado, con los poderes para juzgar tal litigio».⁴

Mongalvy lo considera como «una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias siempre que no sean de aquéllos que por su naturaleza no puedan someterse a compromiso».⁵

Shonke señala que: «En el procedimiento arbitral se resuelve por Jueces privados (árbitros) acerca de cuestiones civiles, que en otro caso habrían de ser decididas por tribu-

nales públicos. El tribunal arbitral puede constar de uno o varios jueces árbitros y la exclusión de la jurisdicción ordinaria otorgando la competencia al tribunal arbitral se efectúa mediante un convenio entre las partes llamado contrato arbitral o compromiso».⁶

Gaspar Lera, concibe el arbitraje como una institución, y es que con el término «institución» se hace referencia, en sentido abstracto, al conjunto de normas o disposiciones del Derecho que regulan cordialmente las relaciones jurídicas de una clase determinada. Sobre esta base es evidente que procede hablar de una institución arbitral. Ello, por cuanto ésta comprende: en primer lugar, las concretas relaciones entre las partes que acuerdan someterse a uno o varios árbitros. En segundo lugar, las relaciones entre aquéllas con los árbitros. Y por último, las de unas y otros con la jurisdicción estatal.

El arbitraje, como la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica, someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que, con ocasión de dicha relación, se suscitan sobre derechos arbitrales.

Téngase en cuenta que no cabe someter a arbitraje cualquier conflicto ni cualquier derecho; que los árbi-

tros pueden ser nombrados expresamente por las partes o venir designados por una institución, y que el carácter vinculante del laudo no impide, sin embargo, su impugnación.⁷

De Trazegnies Granda nos explica que «El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el Derecho liberal clásico). Es post-moderna porque se presenta como una reacción contra ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología jurídica moderna o liberal. La congestión de las causas en los tribunales y la ineficacia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio de proporcionar seguridad para la vida comercial».⁸

Cantuarias Salaverry y otro, «El Arbitraje es un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión».⁹

² GÓMEZ COLOMER, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1995, vol. II, p. 843.

³ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. «A businessman's Guide to Commercial Arbitration», p. 3.

⁴ JEAN, Robert. *Arbitrage civil et commercial en droit interne et international prive*. París: Ed. Dalloz, 1967, Cuarta Edición, p. 9.

⁵ Citado por Patricio Aylwin. *El Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1958, p. 21.

⁶ SHONKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Ed. Bosh, 1950, Quinta Edición, p. 373.

⁷ GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del Arbitraje*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1998, p. 52.

⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los Conceptos y las Cosas, Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Libro homenaje a Lubwick Kos Rabcewitz. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1989, p. 543.

⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y otro. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Lima: Cultural Cuzco, 1997, p. 39.

Lohmann Luca de Tena, señala «Es arbitraje la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la resolución de un cierto conflicto de derecho privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades».¹⁰

Para nosotros, el arbitraje «Es un medio alternativo de solución de controversias patrimoniales mediante la intervención de un tercero denominado árbitro a cuya decisión se han sometido previa y contractualmente las partes sobre determinadas materias que puedan libremente disponer, renunciando expresa y formalmente a la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Justicia».

Cabe precisar que la sustancial diferencia que existe entre el arbitraje y el proceso judicial, es que en el primero de los nombrados el «tercero» es elegido por común acuerdo entre las partes, es decir, vía acuerdo voluntario y consensual, a efectos de resolver extrajudicialmente la controversia.

1. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE?

Las características más relevantes del arbitraje son:

- a. Las partes, voluntaria y libremente, acuerdan renunciar a la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Justicia y se someten a la decisión de un tercero denominado «árbitro», a fin de resolver extrajudicialmente sus controversias.
- b. Sólo pueden ser materia de arbitraje aquéllas que tengan, en esencia, una finalidad patrimonial, y de las cuales las partes pueden libremente disponer.
- c. Es necesario e indispensable que exista previamente un convenio arbitral, mediante el cual las partes renuncian a la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Justicia, y se someten en forma expresa y legítima, a la intervención de un tercero denominado árbitro, quien finalmente resolverá la controversia mediante la expedición de un Laudo Arbitral.

2. ¿CUÁL ES EL OBJETIVO DEL ARBITRAJE?

Todo acto jurídico tiene un objetivo. En el procedimiento arbitral, en el cual dos partes suscriben un contrato y acuerdan la sumisión de sus conflictos actuales o futuros al conocimiento de los árbitros, según Fernando Cantuarias,¹¹ los interesados esperan tres cosas básicamente:

- a) Que surgida la controversia, el acuerdo de arbitraje pueda ser ejecutado y, por tanto, el conflicto no termine en manos del Poder Judicial;

b) Que el procedimiento arbitral se rija en el acuerdo de las partes o que, en todo caso, la ley que lo regule sea lo suficientemente flexible como para que se acomode a sus necesidades; y

c) Que el laudo arbitral pueda ser ejecutado contra el perdedor, en caso de incumplimiento.

De nada servirá si las partes pactaron someterse a un arbitraje, si por diversas razones, como una limitación de que sólo se vean las controversias en el Poder Judicial o porque las disposiciones que rigen para el procedimiento arbitral no hagan sencillo su desarrollo, de acuerdo a lo anhelado por las partes contratantes, o que una vez dictado el laudo arbitral, no pueda ser ejecutado contra el perdedor, en caso de incumplimiento.

3. ¿QUÉ TEORÍAS EXISTEN EN CUANTO A SU NATURALEZA JURÍDICA?

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, podemos señalar que doctrinariamente existen tres teorías; éstas, a saber, son:

- a) La Teoría Contractualista;
- b) La Teoría Jurisdiccionalista; y
- c) La Teoría Mixta.

La primera teoría denominada Contractualista, considera que el arbitraje, al nacer de la voluntad de las partes, tiene un origen eminentemente consensual, lo cual permite que surja esta institución jurídica y, por tanto, llegue a desarrollarse.

¹⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *El Arbitraje*. Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. V., 1988, p. 41.

¹¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y otro. *El Arbitraje en el Perú, Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Cultural Cuzco, Lima- Perú. 1997. p. 59.

Asimismo, considera que en el arbitraje no existe, de manera alguna, ejercicio de función jurisdiccional. Ello, por cuanto los árbitros en sí, no disponen de dicha potestad, y que única y exclusivamente, aquélla es una característica exclusiva de los Tribunales de Justicia.

Sin duda, los árbitros, al momento de emitir su fallo denominado Laudo Arbitral, están administrando justicia; sin embargo, dicho laudo puede ser revocado posteriormente por un Tribunal.

En cuanto a la segunda teoría; es decir, la Jurisdiccionalista, considera que el arbitraje es en sí una institución de naturaleza jurisdiccional, debido a que, si bien es cierto, los árbitros ejercen su función como tal porque las partes así lo han expresamente convenido en la cláusula arbitral, no menos cierto es que ejercen dicha función jurisdiccional porque así lo establece la ley y, por tanto, es la propia ley la que le confiere al laudo arbitral, los mismos efectos de una sentencia emitida por un Tribunal de Justicia.

Finalmente, tenemos la Teoría Mixta, la cual considera al arbitraje como una institución jurídica en su origen de naturaleza contractual y consensual; sin embargo, eminentemente jurisdiccional en sus efectos. Es por ello que se sostiene que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional.

Coincidimos con esta última teoría, por cuanto ha quedado en evidencia el origen contractual del convenio arbitral (nace en mérito al consentimiento, a la común voluntad de las partes de renunciar a la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Justicia y someterse en forma expresa y legítima a la inter-

vención de un tercero denominado árbitro, quien finalmente resolverá la controversia mediante la expedición de un Laudo Arbitral); sin embargo, al someterse a las normas que regulan el proceso arbitral, también concurren otras normas de naturaleza procesal relativas a la eficacia del laudo y su correspondiente ejecución en la vía judicial, tal como así lo dispone el inciso 2 del artículo 713, relativo a los Títulos de Ejecución en los Procesos de Ejecución.

De lo expuesto, es pertinente precisar que los árbitros, en una resolución o sentencia colegiada, llamada laudo arbitral, pronuncian su fallo sobre todas las pretensiones litigiosas sometidas a su decisión. La resolución final emitida en el proceso arbitral se denomina «Laudo Arbitral», constituyendo el acto decisorio de los árbitros a través del cual dan solución al litigio que se les sometió.

Con acertada razón, Lohmann Luca de Tena refiere que la etapa más delicada de la misión arbitral es, sin duda, la de deliberación y pronunciamiento de la decisión sobre el tema controvertido. La expresión final de esta decisión se denomina laudo, como equivalente arbitral de sentencia.

De otro lado, cabe señalar que, tal como lo hemos expresado en líneas precedentes, para que las partes puedan resolver sus controversias a través de un arbitraje, necesariamente debe de existir el denominado «convenio arbitral» el cual, a su vez, se caracteriza por su libertad formal; es decir, las partes libremente podrán determinar en el convenio arbitral, la clase de arbitraje que desean que rija, el cual podrá ser de derecho o de concien-

cia y éste, a su vez, si será institucional o *ad-hoc*.

Es importante precisar que, de conformidad con el primer párrafo del artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, el convenio arbitral deberá celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad. En consecuencia, es *ad solemnitatem*, caso contrario, el referido convenio sería nulo.

Al respecto, el artículo 9 de la Ley General de Arbitraje establece que: «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...».

Las partes, en el mencionado convenio arbitral, deberán expresar la clase de arbitraje al cual deciden voluntariamente someterse.

4. ¿CÓMO SE CLASIFICA EL ARBITRAJE?

Éstos, a su vez, se clasifican en:

- a) Arbitraje de Derecho; y
- b) Arbitraje de Conciencia.

La sustancial diferencia entre uno y otro, radica en que en el arbitraje de derecho, el laudo arbitral deberá fundamentarse necesariamente en las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico material sustantivo; es decir, se deberán aplicar las fuentes del derecho, tales como la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre, conforme se emiten los fallos en los Tribunales de Justicia. Por tanto, los árbitros deberán ser obligatoriamente abogados colegiados.

Cabe precisar que en el arbitraje de derecho, las partes, si no están conformes con el Laudo Arbitral, pueden, si así lo estiman conveniente, interponer recurso de apelación, a efectos de que el fondo de la controversia sea finalmente resuelta por una segunda instancia, la que podrá ser la misma entidad arbitral o, en su defecto, si no la tuviere, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia.

En cambio, en el arbitraje de conciencia o de equidad, los árbitros laudan de conformidad con su «leal saber y entender», no siendo necesario, por tanto, que éstos sean abogados. Es preciso resaltar que contra dicho fallo arbitral, no procede recurso de apelación alguno, el cual sólo es procedente cuando se trata de laudos arbitrales de derecho. Al respecto, en la última parte del artículo 60 de la Ley General de Arbitraje, claramente se estipula que: «Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».

También existe otra clasificación:

- a) Arbitraje *Ad-hoc*, y
- b) Arbitraje Institucional.

Será arbitraje *Ad-hoc*, cuando, si bien es cierto, las partes en el convenio arbitral han decidido renunciar a la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Justicia para resolver sus controversias y se someten expresamente a un proceso arbitral, éstas no han especificado qué institución o en qué sede arbitral será ventilado el proceso. En estos casos, son las mismas partes quienes designan cada una a su ár-

bitro –en mérito a sus cualidades personales y profesionales– y éstos a su vez, designan al tercer árbitro, quien finalmente asumirá la presidencia de la terna arbitral.

Será considerado arbitraje institucional cuando son las propias partes quienes libre y voluntariamente consignan en el mismo convenio arbitral la institución a la cual se someten en competencia para que ésta resuelva en arbitraje sus controversias. Citamos como ejemplo: El Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Lima, la Cámara de Comercio de Lima, entre otros.

5. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL ARBITRAJE?

No sólo en el Perú, sino en muchos países de Latinoamérica, existe una justicia en crisis, saturada de expedientes, con una sobrecarga procesal, con normas procesales que originan desgaste a los abogados, funcionarios y partes; siendo además una justicia cara y lenta.¹²

Todo ello lleva a que, en ocasiones, los que tienen problemas litigiosos no acudan a la justicia u opten por no hacerlo. En ambos casos, el resultado es la insatisfacción de los usuarios ante la insuficiencia del Sistema Judicial de cada Estado.

Ésta es una situación real y difícil de solucionar a pesar de que se está buscando, como es el caso de nuestro país, una reestructuración y reorganización del Poder Judicial.

Es ante esta realidad que surge el arbitraje como una forma de solución de controversias.

Las ventajas que ofrece un procedimiento arbitral, son:

- Justicia accesible y rápida.
- Justicia a menor costo o a un costo previsible.
- Inmediación.
- Idoneidad.
- Confiabilidad.

Por tanto, el arbitraje es una institución sólida en el plano nacional o internacional donde se revaloriza la «autonomía de la voluntad».

Podemos concluir que la existencia de una forma paralela a la justicia estatal para lograr la solución de controversias, disputas, diferencias; es una alternativa que, como otras, busca profundizar la armonía y la paz social; es decir, el fin del Derecho.

6. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS QUE PRODUCE EL CONVENIO ARBITRAL?

El convenio arbitral obliga a las partes a lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación y, en su momento, a someterse al laudo que dictan los árbitros.

Las partes van a ser quienes designen a las personas que van a componer el tribunal arbitral –sea éste institucional o *ad hoc*– es por ello que quedan sometidas a las decisiones que éste emita como consecuencia del uso de su razón y criterio, y en algunos casos, del Derecho; en tal sentido, la voluntad de un tercero, facultado para ello, va a dar solución a las controversias existentes.

¹² FELDESTAIN DE CÁRDENAS, Sara L. y otro. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Ed. Abeledo - Perrot, 1998, p. 1.

Impide a los jueces y tribunales de justicia conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.¹³

Acertadamente sostienen algunos juristas que, en cuanto a los efectos del convenio arbitral, se distingue una doble eficacia: una positiva, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas, a la decisión de uno o más árbitros; y la eficacia negativa, que viene a ser la consecuencia de la primera de las nombradas; es decir, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales de justicia.

7. ¿ES REALMENTE EFICAZ EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

Para dar una respuesta a ello, tomaremos como muestra para el análisis el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

Según información proporcionada por Paolo del Águila, en su condición de Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje, la referida institución inició sus opera-

ciones en diciembre de 1993, constituyéndose como una respuesta a los retos que presenta una economía de mercado globalizada, en la cual las partes involucradas buscan solucionar con eficiencia sus controversias.

A la fecha han cumplido 11 años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales, que se ve reflejado en el desarrollo de más de 1,000 casos tramitados ante dicha entidad.

Para tales efectos, dentro de su organización, el aludido Centro cuenta con un Consejo Superior de Arbitraje, órgano administrativo no jurisdiccional, así como con una Secretaría General en materia arbitral.

Agrega Del Águila que los laudos, en su gran mayoría, son de derecho (aproximadamente el 70%), los cuales, de acuerdo al Reglamento Interno del Centro, son definitivos e inapelables.

Asimismo, añade que es preciso destacar que a través de 11 años de funcionamiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tan sólo 3 ó 4 laudos arbitrales han sido materia de impugnación vía recurso de anulación.

(Como bien sabemos, la Ley General de Arbitraje permite a las partes impugnar el laudo arbitral ante el Poder Judicial, pero evitando que a través de dicha impugnación se pueda producir una plena revisión del fondo. El recurso de anulación tiene por finalidad velar por el cumplimiento del procedimiento arbitral, pero de ninguna manera a revisar el fondo del asunto ni la decisión de los árbitros).

Finalmente, Del Águila refiere que a partir del 2 de enero del año en curso se encuentran vigentes los modernos Reglamentos del Centro (Estatuto, Código de Ética, Reglamento Procesal y Reglamento de Aranceles), los cuales han sido elaborados considerando los años de experiencia que le han permitido a la Cámara de Comercio de Lima, concentrar el 90% de los arbitrajes administrados en el ámbito nacional.

Los números, sin duda, nos dan un alto porcentaje de eficiencia en relación a que las partes que se han sometido a arbitraje y, en forma específica, a una determinada entidad, como lo es la Cámara de Comercio de Lima, han solucionado sus conflictos de una manera inmediata, idónea y confiable.

¹³ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Ed. José María Bosch S.A., 1994, vol. II, tomo II, p. 399.