



LA IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

Autor:

Fernando Nakaya Vargas Machuca

Recibido: 27/09/2021

Aceptado: 15/10/2021

LA IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

THE IMPORTANCE OF THE SUPLEESS IN THE ARBITRATION

Fernando Nakaya Vargas Machuca¹

SUMARIO:

- I. Antecedentes – Origen del Arbitraje.
- II. El arbitraje en el Perú.
- III. La flexibilidad como una de las principales características del arbitraje
- IV. La flexibilidad como diferencia entre el arbitraje y el proceso judicial.
- V. Marco general del arbitraje y aplicación de figuras procesales.
- VI. Consideraciones finales
- VII. Bibliografía

Resumen.

El presente trabajo analiza la flexibilidad en el arbitraje como una cualidad y ventaja que le permite adecuarse ante ciertas situaciones particulares, de manera tal, que se logre cumplir con el objetivo previsto, superando posibles imprevistos que la rigidez no lo permitiría.

En ese sentido, cuidando siempre mantener las formas básicas para garantizar el desarrollo adecuado de las actuaciones arbitrales y sobre todo el derecho al debido proceso y el derecho de defensa de las partes, la flexibilidad se destaca como una característica importante para que el arbitraje cumpla con su finalidad como mecanismo alternativo de solución de controversias; sin embargo, pese a su relevancia hemos podido observar cómo en algunos casos nos olvidamos de este aspecto tan importante optando por asemejarlo con el proceso judicial, desnaturalizándolo con ello dicho atributo.

Palabras clave: Jurisdicción, flexibilidad, arbitraje.

Abstract.

This work analyzes flexibility in arbitration as a quality and advantage that allows it to adapt to certain particular situations, in such a way that the intended objective is achieved, overcoming possible unforeseen events that rigidity would not allow.

In that sense, always taking care to maintain the basic forms to guarantee the adequate development of the arbitration proceedings and above all the right to due process and the right of defense of the parties, flexibility stands out as an important characteristic for the

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Arbitral y Contrataciones con el Estado. Jefe del Área Arbitral de Torres y Torres Lara Abogados. fnakaya@tytl.com.pe

arbitration to comply with its purpose as an alternative dispute resolution mechanism; However, despite its relevance, we have been able to observe how in some cases we forget this very important aspect, opting to resemble it with the judicial process, thereby denaturing this attribute.

Key words: *Jurisdiction, flexibility, arbitration clause.*

I. ANTECEDENTES – ORIGEN DEL ARBITRAJE.

La presencia de conflictos o controversias entre las personas resulta ser inherente al desarrollo de las relaciones humanas, así pues, se dice que *"el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad"*.²

Esta situación se presenta, pues existen aspectos donde las interrelaciones humanas generan que los derechos y/o expectativas de una persona o grupo de personas colisionan con los derechos y/o expectativas de otros, y es ahí donde surge la necesidad de contar con un mecanismo de solución de conflictos válido y eficaz; y en donde, el heterocompositivo resulta el más idóneo para evitar que dichas partes recurran a la autotutela o uso de la fuerza para imponer su posición, recurriendo a un tercero para que sea este quien dirima entre las partes.

Pero es importante tener en cuenta que no siempre el Estado, tal como lo conocemos en la actualidad, tuvo a su cargo esta función, ya que el camino para que la función jurisdiccional se concentre en el Estado es resultado de años de evolución en las relaciones humanas y la experiencia acumulada. En efecto, son las personas quienes a través de su propia acción y necesidades fueron buscando y creando formas de organización, formando inicialmente parte de grupos con intereses comunes sujetos a reglas básicas que cada vez se hicieron más complejas conforme se fue haciendo más grande el grupo. Así pues, tenemos cómo las familias fueron dejando su núcleo para integrarse con otras familias (como clanes y luego tribus), identificadas por un tema sanguíneo o de afinidad, ya sea territorial o similar, para luego ir ampliando su entorno de relaciones pasando a formar parte de un grupo mayor de personas, vinculadas por una factor de conciencia basado en la supervivencia y poder, dando paso a la época de los imperios, la época feudal y de los reinados, donde el aspecto territorial y económico, sumado a la conquista y la sumisión de pueblos, resultaban ser predominantes para determinar la autoridad al interior de estos; en esta etapa era la fuerza por la fuerza misma la que determinaba no solo el principio de autoridad, sino también la importancia de ser parte de un grupo y de encontrarse protegido por este quedando obligado a respetar sus reglas.

Posteriormente, con la evolución de la idea de nación surgen como factor de integración otros aspectos como los culturales, históricos, económicos, raciales, territoriales, religiosos, etc., que crean la convicción en los distintos grupos de personas de ser parte de un conjunto mayor, asentado en un determinado territorio surgiendo la necesidad de contar con una organización más estable y funcional, en donde la fuerza cede paso, a la voluntad de las personas y en donde se determina en otorgar al Estado -como administrador de dicha

² Zappala, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje ». Vniversitas, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.

organización- el monopolio de la administración de justicia, en lo que conocemos como jurisdicción.

En este breve resumen se busca explicar cómo es que las partes fueron quienes -luego de pasar por mecanismos de autotutela o autocomposición-, descubrieron la necesidad natural de que un tercero con la autoridad y poder suficiente (para garantizar el cumplimiento de su decisión) estuviera a cargo de resolver el conflicto, es así que, surge la figura el jefe del clan, cargo que recaía en el *paterfamilias* o el miembro de mayor edad o el jefe de la tribu, el emperador, el dueño de las tierras o señor feudal, reyes o sus representantes locales, quienes ostentaban esta facultad y cuya decisión era la que ponía fin al conflicto. En muchos casos esta decisión no se consideró correcta por alguna de las partes, lo cual motivó que no fuera respetada, dando lugar a que, en ejercicio del poder se aplicara algún tipo de sanción moral, económica o física a quien no acatará su decisión, creándose así, con el paso del tiempo, la conciencia y costumbre de respetar este orden que permitía superar de una manera racional los conflictos y continuar con el desarrollo de las sociedades.

Es así que, desde sus orígenes podemos apreciar que las partes sometían sus controversias a una persona elegida por ellos para que los resolviera, y quien, ante la falta de leyes generales escritas debía tomar una decisión basada en conocimiento y su criterio de justicia, lo cual con el tiempo se fue volviendo más complejo en tanto más complejas se volvían las relaciones personales y comerciales.

En resumen, podemos señalar que el arbitraje en su esencia y concepto es anterior al nacimiento de los estados, nació como un mecanismo autónomo y natural ante la necesidad de contar con una resolución de conflictos de manera pacífica y neutral.

De este modo, es fácil comprender que el arbitraje no siempre haya estado al alcance de todas las personas, así pues, en sus inicios y luego de su presencia casi natural durante el desarrollo de la humanidad, encontrando en el derecho romano los primeros indicios de su regulación, sin embargo, el punto de partida de esta institución la encontramos en el año 1821, cuando este es adoptado por los comerciantes de dicha época, quienes aplicando las leyes y costumbres comerciales, se organizaron e implementaron un mecanismo de solución rápida de sus conflictos privados, lo cual fue evolucionando y desarrollándose de manera tal que se extendió hacia otras actividades, generalizándose su aplicación, contando en la actualidad con un mecanismo de solución de controversias de carácter privado, mediante el cual las partes delegan de manera voluntaria una determinada, la jurisdicción a un tercero imparcial, otorgándole el poder y autoridad suficiente para aplicar una solución definitiva del conflicto y que se encuentra reconocido en la mayoría de los ordenamientos legales.

En palabras de Roque J. Caivano (Caivano, 1998), el arbitraje comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual en sus efectos a una sentencia judicial. Por cierto, que tiene innumerables ventajas respecto del litigio judicial: por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro; por otro lado, es más informal, más confidencial, más flexible, más rápido.

II. EL ARBITRAJE EN EL PERÚ.

La Constitución de 1979 y posteriormente la de 1993, reconocen expresamente al arbitraje dentro de nuestro ordenamiento legal, como una alternativa ante la jurisdicción a cargo del Estado; lo cual es consecuencia, de que el arbitraje como creación privada de los comerciantes fue ganando poco a poco terreno mostrando sus virtudes, hasta lograr su aceptación a nivel normativo por parte de los estados, pues su eficiencia en la resolución de los conflictos en el mundo comercial representaba un claro ejemplo de un mecanismo eficaz al alcance de las personas y la sociedad hasta lograr su aceptación general.

Sin embargo, recién en el Código Civil de 1984 desarrolla la denominada “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral” siendo este el primer gran paso para el desarrollo del arbitraje en el Perú. A diferencia de lo que lo que conocemos como convenio arbitral, el Código Civil de 1984 regulaba la posibilidad de obligarse anticipadamente a celebrar un compromiso arbitral cuando surja un conflicto, es decir, se trataba de un acuerdo previo para posteriormente formalizar dicha obligación, en la cual se daba una intervención directa y relevante por parte del Poder Judicial, pues era este el encargado de ejecutar e implementar dicho acuerdo, siendo necesario contar con el acuerdo de las partes respecto de las pretensiones para poder disponer el inicio del arbitraje, encargándose además, de designar a los árbitros y resolver las recusaciones contra éstos, situación que originaba demoras excesivas en su tramitación.

La primera Ley de Arbitraje en el Perú se dio con la ley N°15935, publicada el 9 de diciembre de 1992, estableciéndose de ese modo las primeras disposiciones específicas referidas al arbitraje, esta normativa fue derogada por la Ley de Arbitraje N° 26572, vigente del 5 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto del 2008, la cual, si bien representaba un avance en un desarrollo más adecuado del arbitraje, mantenía aún una dependencia al sistema anterior, al contemplarse el recurso de apelación del laudo (de derecho) ante el Poder Judicial o una segunda instancia arbitral, desnaturalizando el arbitraje como instancia independiente y alternativa a la Judicial, situación que fue corregida con la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071.

Es innegable que con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 1 de setiembre del 2008, se ha dado un paso importante en el desarrollo del Arbitraje en nuestro país, pues se implementó una normativa que respetó los principales principios y características que rigen el arbitraje, situando al Perú como uno de los países a la vanguardia en esta materia, al contarse con una ley moderna y con reglas definidas que garantizan un desarrollo adecuado del arbitraje, tanto nacional como internacional.

Son muchos los aciertos que se pueden destacar de la Ley de Arbitraje vigente, como por ejemplo: la desvinculación del Poder Judicial respecto a las actuaciones arbitrales, la incorporación del Tercero No Signatario, la eliminación de la segunda instancia o recurso de apelación, etc., pero tal vez, uno de los más destacados es el reconocer la importancia de la flexibilidad del proceso arbitral, la cual no se encuentra recogida en una norma específica que seguramente limitaría su aplicación, sino que se encuentra como eje de dicha normativa, permitiendo a las partes y árbitros fijar las reglas y adecuar las actuaciones que se den durante el proceso para su adecuado desarrollo.

Como se ha señalado, todo proceso arbitral, por lo general, tiene su origen en el acuerdo de las partes, voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral que permite ante la existencia de una determinada controversia activar dicho mecanismo de solución de conflicto, a través de una comunicación denominada "solicitud de arbitraje", la cual, luego de su contestación o sin ella, se pasa al procedimiento de designación de los árbitros, una vez constituido el Tribunal Arbitral, se fijan las reglas que regirán el arbitraje, para finalmente pasar a lo que es propiamente el proceso, con la presentación de la demanda y sus respectivas pruebas, contestación de demanda (reconvención si la parte demandada lo estimaba pertinente), escritos con peticiones de forma y de fondo, realización de audiencias y la emisión del laudo que pone fin al conflicto.

El D.L. N° 1071, ha determinado acertadamente, que el laudo arbitral solo podrá ser objeto de recurso de anulación ante el Poder Judicial por causales expresamente previstas en la ley, las cuales no permiten revisar el fondo de la decisión adoptada en la instancia arbitral, sino tan solo aspectos formales en garantía del debido proceso, respetándose de ese modo la autonomía de la institución del arbitraje.

Todos los actos descritos previamente, se basan en la autonomía de la voluntad de las partes y libertad de regulación de actuaciones de los árbitros, quienes dentro del margen que la Ley de Arbitraje establece, les permiten materializar esa flexibilización que caracteriza y diferencia al arbitraje frente a su alternativa judicial.

En la actualidad, la mayoría de las actividades y relaciones humanas han sufrido una transformación impulsada por una situación impensada e imprevista, como lo es la pandemia del COVID, que paralizó, sobre todo, el trámite de los diferentes procesos en curso, así como, el inicio de nuevos procesos, situación que se ha visto poco a poco superada teniendo como base a la flexibilidad como un atributo importante, que ha permitido al arbitraje adecuarse rápidamente al nuevo contexto, recuperando un dinamismo a través del empleo de la tecnología, que está y estuvo hace mucho tiempo al alcance de los actores en el arbitraje, pero que no era utilizada en su real dimensión; algunas veces como consecuencia de mantener antiguas costumbres y otras por un excesivo cuidado de las formas.

III. LA FLEXIBILIDAD COMO UNA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE.

El arbitraje se ha convertido en una alternativa cada vez más utilizada y aceptada por las partes para resolver sus controversias, pues se ha ido consolidando como un mecanismo eficaz dadas las características particulares de su institución; sin embargo, se debe tener presente que, si bien el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, existen algunos casos previstos por la ley, en los cuales este mecanismo resulta de concurrencia obligatoria, como sucede por ejemplo en los contratos celebrados bajo el marco legal de la Ley de Contrataciones del Estado o el arbitraje estatutario. Así pues, tenemos que dentro del desarrollo del arbitraje también existe un factor normativo que ha contribuido a su acogida, sobre todo en el marco de las contrataciones públicas donde la imparcialidad e independencia deben ser garantía para la solución de conflictos entre las partes, no siendo recomendable que dicha solución esté en manos del Estado a través del Poder Judicial, pues podría presentarse un doble rol del Estado en dichas relaciones: la de ser juez y parte.

No desarrollaremos todas las características del arbitraje, en primer lugar, porque no es objeto del presente artículo y además, porque existe cuantiosa doctrina sobre este aspecto, por ello, destacaremos tres elementos que resultan útiles para efectos del presente artículo y que son intrínsecos con la naturaleza del arbitraje; dichos elementos son: la especialidad, la rapidez y la flexibilidad.

Estos tres aspectos, tienen especial incidencia al momento de resolver las pretensiones que se resuelven en la vía arbitral y que, comparado con la demora y rigidez de un proceso judicial, resulta ser una gran ventaja para las partes.

La Especialidad: Implica el conocimiento específico sobre una materia, tema o aspecto que otorga la capacidad para desarrollar una actividad determinada. En ese sentido, la ventaja que otorga esta característica al arbitraje radica en que las partes pueden y deberían poner en manos de especialistas la solución de lo que es materia de la controversia, lo cual se puede lograr, ya sea porque establecieron en el convenio arbitral las características del árbitro a ser designado o porque a través de su nombramiento optan por un profesional con los conocimientos y experiencia que garanticen una decisión idónea, incluso aun cuando la designación del árbitro sea efectuada por una institución arbitral; éstas, por lo general, cuentan con una relación de profesionales que han sido evaluados e identificados de acuerdo a sus especialidades para las designaciones teniendo en cuenta lo que se formulen como pretensiones en los casos que administran.

La Rapidez: Esta característica vinculada directamente con el tiempo que toma cierta acción o decisión, es otro aspecto que caracteriza al arbitraje frente a la alternativa judicial, y que está estrechamente ligada a otro factor que influye en calificar a las actuaciones arbitrales desde su inicio hasta su culminación como un proceso rápido. Este factor adicional se encuentra vinculado a la ecuación Carga/Disponibilidad, en donde la excesiva carga procesal que soporta el Poder Judicial influye directamente y negativamente en la cantidad de tiempo con la que cuentan los jueces para resolver las causas que procesan; a diferencia de los árbitros quienes son nombrados para casos puntuales, asegurando de ese modo una solución pronta ante las posiciones de las partes.

Hasta este momento y de acuerdo a las características antes mencionadas cabe reflexionar, sobre la importancia de velar por el cumplimiento de estas dos características, pues la especialidad permitirá que los casos que se tramiten en la vía arbitral sean resueltos de la manera más idónea, con conocimiento y un análisis adecuado de los hechos y la normativa aplicable, asegurando con ello que la decisión que se adopte sea aceptada por las partes en el arbitraje; en tanto, que la rapidez garantizará una decisión en un tiempo que deberá ser el razonable de acuerdo a la complejidad de las pretensiones que se formulen, evitando de ese modo decisiones que por la demora en adoptarse puedan devenir en ineficaces; para ello, además de la independencia e imparcialidad que todo árbitro debe garantizar, debe asegurarse la disponibilidad para atender dichos procesos de manera directa.

La Flexibilidad: Como se señaló al inicio del presente artículo, representa una cualidad que permite adecuarse a ciertas situaciones particulares, de manera tal, que se superen los posibles escenarios imprevistos que se presenten con el fin de lograr cumplir con el objetivo previsto. Sin embargo, esta flexibilidad debe siempre, en el caso del arbitraje, observar un límite establecido que consiste en garantizar el desarrollo adecuado y equitativo de las actuaciones arbitrales y la observancia del derecho al debido proceso y derecho de defensa

de las partes, aspecto que es recogido en el fundamento 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente STC 6167-2005-PHC/TC, que señala:

“la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

La flexibilidad se destaca como una característica importante y particular para que el arbitraje cumpla con su finalidad como mecanismo alternativo de solución de controversias, pues frente a la rigidez que caracteriza a la mayoría de procedimientos y procesos originada por la observancia obligatoria de normas que los regulan y que, no permiten adecuarse a situaciones particulares, impidiendo a sus operadores que puedan hacer prevalecer el fondo sobre la forma, representa sin duda alguna una ventaja que le permite adaptar o adoptar reglas específicas, que en otro caso no sería posible. Sin embargo, un peligro que podría afectar esta cualidad lo constituye la excesiva cautela o minuciosidad por cuidar la forma poniéndola por encima del fondo, lo cual puede llevar inconscientemente a tratar de asemejar al arbitraje con el proceso judicial, desnaturalizando con ello dicho atributo.

Tal como lo indica Jose *MARIA ROJI*³:

“... la flexibilidad no constituye un fin en sí misma, sino un medio a nuestra disposición para alcanzar con mayor eficiencia la verdad en el procedimiento arbitral que sirva para dictar un Laudo que en derecho o equidad resuelva con justicia la controversia entre las partes. Si la flexibilidad pierde ese objetivo, se prostituye, y cuando los letrados la utilizamos para dinamitar un procedimiento al que voluntariamente se sometieron las partes, buscando el beneficio de una de ellas, estamos haciendo flaco favor al arbitraje y siendo infieles a nuestro compromiso con la justicia y con la verdad”.

IV. LA FLEXIBILIDAD COMO DIFERENCIA ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JUDICIAL.

Siendo el arbitraje una vía alternativa para la solución de controversias, que nace del acuerdo de las partes, son ellas quienes en principio determinan los alcances de dicho convenio, donde pueden pactar libremente el tipo de pretensiones que se resolverán por esta vía, el tipo de arbitraje, el número de árbitros, los plazos, el procedimiento para su designación, el requisito para interponer recurso de anulación, entre otros, y en donde la confianza resulta relevante para tal decisión, así pues podemos apreciar que ésta interviene en dos momentos de especial significancia. El primero: al acogerse a este medio de solución apartándose de la jurisdicción del poder judicial, confiando en el arbitraje y poniendo en manos de privados (árbitros) la decisión que ponga fin a las pretensiones; y el segundo: al momento de designar a los árbitros que tendrán a cargo esa función, ya sea que estemos

³ MARIA ROJI, Jose Arbitraje: Flexibilidad y Verdad. En: <https://cms.law/en/content/download/360571>
Consulta: 21 de setiembre de 2021.

ante un árbitro único o un tribunal arbitral, es aquí donde nuevamente interviene la confianza para determinar si las partes están conformes con la designación o si por el contrario cuestionan la misma (recusación), situación que no se presenta ante un proceso judicial, donde las partes al presentar sus posiciones no tienen la oportunidad de elegir a la persona (juez) que resolverá las pretensiones de la demanda, ni las características del mismo, ni aspectos de forma del proceso, debiendo seguir y cumplir con las normas procesales establecidas.

En cuanto, al marco normativo que regula el arbitraje y los procesos judiciales, encontramos otra sustancial diferencia que consiste en que mientras que para el segundo las etapas, plazos y actuaciones se encuentran definidas y reguladas de manera detallada, reduciendo al mínimo su ámbito de adecuación a posibles situaciones particulares que se pueden dar en el devenir de dichos procesos, en el caso del arbitraje sucede todo lo contrario; no existe una regulación al detalle, sino más bien un marco general establecido dentro del cual, se permite a las partes como actores principales del proceso y a los árbitros como directores de dichos procesos, establecer reglas particulares de acuerdo a la complejidad y naturaleza de las pretensiones, lo cual no es más que una expresión más de la flexibilidad que permite el arbitraje.

En palabras de Mario Castillo Freyre⁴ al comentar sobre el Principio de Flexibilidad en el Arbitraje, señala que:

“... consideramos que la flexibilidad del arbitraje se conceptualiza, en primer término, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de los procesos de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales.

Como se recuerda, el Código Procesal Civil peruano y, en general, los códigos de procedimientos civiles en el mundo, establecen términos y procedimientos cuyas normas tienen carácter de orden público, es decir, que, salvo casos absolutamente excepcionales, las partes no pueden disponer algo distinto con respecto a tales disposiciones.

Por el contrario, la Ley de Arbitraje del Perú y, en general, las leyes arbitrales del mundo, si bien contienen grupos de normas de carácter imperativo, como por ejemplo, las relativas a la materia arbitrable, también comprenden otras muchas de carácter dispositivo, con respecto a las cuales las partes pueden establecer disposiciones particulares, incluso apartándose del texto de la propia ley.

La idea general en el arbitraje, es que las partes puedan establecer las normas que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses.

Tratándose de una justicia privada, va implícito en el concepto del arbitraje esa libertad que tienen las partes para autorregular el proceso, de la manera que consideren más conveniente para resolver sus conflictos.

⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Editorial Palestra Editores. Págs. 95 – 96
En: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/\\$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf) Consulta: 21 de setiembre de 2021

En síntesis, la primera aproximación a la flexibilidad en el arbitraje, se da por oposición a los procesos de la justicia ordinaria”.

V. MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE Y APLICACIÓN DE FIGURAS PROCESALES.

El marco general que regula el arbitraje y la no regulación de situaciones específicas, que sí se encuentran recogidas en los diversos códigos procesales, ha ocasionado que, atendiendo a que la finalidad del arbitraje es similar a la del proceso judicial (resolver un conflicto suscitado entre dos partes: demandante y demandado), se opte por recurrir de manera referencial a la normativa procesal, para dar trámite y resolver dichas situaciones, lo cual, si bien reconocemos puede representar un punto de partida para afrontar aquellos aspectos no regulados, consideramos importante evitar caer en la tentación del facilismo de aplicar dichas disposiciones sin una adecuación y evaluación particular de la actuación arbitral que se plantea, así por ejemplo: No existe una regulación en la normativa arbitral respecto a las excepciones que se pueden proponer en el proceso, lo cual si encontramos en el Código Procesal Civil, por tanto resulta lógico que los árbitros se remitan a dicho cuerpo normativo para recoger los aspectos básicos de esta figura jurídica adecuándola a la naturaleza y características propias del arbitraje, así pues para poner un ejemplo planteamos el siguiente caso:

“Se formula una excepción de incompetencia señalando que el Tribunal Arbitral no puede avocarse al conocimiento de las pretensiones reclamadas por el demandante, pues este no ha cumplido con el trámite previo pactado referido al cumplimiento de la etapa de trato directo obligatorio previo al arbitraje, requisito sin el cual, no se puede instaurar o acudir a esta vía”.

Para resolver este tipo de excepción, es importante tener en cuenta que:

- a) La Ley de Arbitraje en su artículo 41° señala que “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje (...) Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
- b) El mismo artículo 41° dispone que “las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación ...”
- c) Las excepciones no cuentan a nivel arbitral con una regulación como sí sucede en el código procesal civil (artículos 446° al 457°), ello nos lleva a que se tenga que acudir a dicho cuerpo normativo y a la doctrina para poder comprender su naturaleza y características.

En tal sentido, teniendo presente lo señalado y ante una excepción como la planteada en el ejemplo, cabe la interrogante ¿cómo resolver dicho caso? De manera muy breve, consideramos que fundamentalmente, tenemos dos alternativas, ambas viables, pero con efectos significativamente opuestos:

- La primera alternativa, consiste en aplicar los efectos previstos en la norma procesal, es decir, estando ante una excepción de incompetencia y, de verificarse los fundamentos de la misma, se deberá optar por anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso.

- La segunda alternativa, responde a un análisis del caso en particular, la naturaleza del arbitraje, la voluntad de las partes y la flexibilidad que permite el arbitraje, así pues, habiéndose observado el incumplimiento de una etapa previa para el inicio del arbitraje, queda claro que (i) las partes aceptaron esta vía como mecanismo de solución de sus controversias (ii) Existe una condición que no se ha cumplido, (iii) Existen controversias pendientes entre las partes, (iv) Las partes han invertido tiempo y recursos para el inicio del arbitraje, por lo que de ser posible, se podría disponer la suspensión de las actuaciones arbitrales, dando oportunidad a las partes para que cumplan con el trato directo (en el caso del ejemplo planteado) y de no concretarse ningún acuerdo, retomar con el arbitraje.

En el caso de la primera alternativa, si bien recoge la consecuencia directa de una excepción de incompetencia, tiene como efectos que el arbitraje concluya, dando lugar a que las partes tengan que iniciar el trato directo previsto, en el cual si no se llega a un acuerdo, tengan nuevamente que verse inmersas en un arbitraje presentando una nueva solicitud (si los plazos se lo permiten), además del procedimiento de designación de árbitros, lo cual implicaría nuevamente gasto de recursos para las partes. En cambio, en la segunda alternativa, se da la oportunidad a las partes para que subsanen la omisión incurrida, para que en el caso que no lleguen a ningún acuerdo, se pueda retomar las actuaciones arbitrales ya iniciadas, evitando de ese modo, que el tiempo y gestiones invertidas se pierdan.

Hay que hacer presente, que dichas alternativas son posibles en la medida que la flexibilidad del arbitraje le permite adecuarse a situaciones particulares, sin embargo, dicha adecuación no siempre será viable, pues si el cuestionamiento de la competencia se diera por causas que no resultan subsanables, los árbitros tendrían que declararse incompetentes y ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.

El ejemplo planteado, busca mostrar la importancia de la flexibilidad en el arbitraje y cómo los actores en el proceso, sobre todo los árbitros, deben tener presente dicha característica a efectos de adecuar las actuaciones dentro de los márgenes que les permite la ley, en búsqueda de lograr el objetivo que las partes le han encomendado que consiste en resolver las controversias planteadas.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Pocas veces encontramos que los procesos permiten dentro de su estructura o normativa que los regulan, la posibilidad de adecuar sus reglas a la complejidad o situaciones que se pueden presentar durante su desarrollo, sin embargo, ello sí es posible en el arbitraje, dada la flexibilidad que lo caracteriza.

Esta flexibilidad como característica del arbitraje, la encontramos presente en la mayoría de las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje y que recogidas en todos los reglamentos de las instituciones arbitrales que administran estos procesos, y que permiten a las partes y árbitros son fijar las reglas, plazos y disposiciones que regularan sus actuaciones.

Es pues la flexibilidad una ventaja que debe ser bien utilizada en favor de seguir desarrollando el arbitraje, debiendo romper aquella costumbre de quererlo equiparar con

el proceso judicial, pues si bien, ambos cumplen una función similar, su origen y características son diferentes, no debiendo darle al arbitraje, por tanto, la rigidez que caracteriza al proceso judicial.

Finalmente, la flexibilidad debe ser usada procurando que el arbitraje cumpla con su objetivo principal, que reiteramos, es resolver el conflicto entre las partes, dando la oportunidad a estas que puedan poner a disposición de los árbitros todos los elementos necesarios para que tomen conocimiento de los hechos y cuenten con todas las herramientas para emitir su decisión, siempre garantizando el debido proceso y el derecho de acción y defensa de las partes asegurando el trato igualitario a lo largo de todas las actuaciones arbitrales.

BIBLIOGRAFÍA.

- CASTILLO FREYRE, Mario. El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Editorial Palestra Editores. Págs. 95 – 96
En: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/\\$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf) Consulta: 21 de setiembre de 2021
- MARIA ROJI, Jose Arbitraje: Flexibilidad y Verdad.
En: <https://cms.law/en/content/download/360571> Consulta: 21 de setiembre de 2021
- ZAPPALA, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje». *Vniversitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.