



EN TIEMPOS DE HÉROES Y VILLANOS: LAS SÚPER INSTITUCIONES ARBITRALES

Autor:

Elizabeth Rosa Peralta Quispe

Recibido: 21/9/2021

Aceptado: 1/10/2021

EN TIEMPOS DE HÉROES Y VILLANOS: LAS SÚPER INSTITUCIONES ARBITRALES

IN TIMES OF HEROES AND VILLAINS: THE SUPER ARBITRATION INSTITUTIONS

Elizabeth Rosa Peralta Quispe¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Regulación Actual.
- III. Problemática Detectada.
- IV. Propuesta de Solución.
- V. Conclusiones.

Resumen.

En este artículo la autora analiza la regulación actual del arbitraje institucional en el Perú, evidenciando que, pese a ser considerado sustancialmente mejor frente a un arbitraje Ad Hoc, adolece de una grave ausencia de regulación que pone en riesgo sus principales características tales como: la confianza, seguridad y transparencia. También se evidencian casos concretos de problemáticas detectadas y se presenta una propuesta de solución.

Palabras Clave: Arbitraje, Arbitraje Institucional, Arbitraje Ad Hoc, regulación.

Abstract.

In this article, the author analyzes the current regulation of institutional arbitration in Peru, showing that, despite being considered substantially better compared to an Ad Hoc arbitration, it suffers from a serious lack of regulation that puts its main characteristics at risk, such as: trust, security and transparency. Also the author exposes specific cases of problems detected are also evidenced and a solution proposal is presented.

Key words: Arbitration, Institutional Arbitration, Ad Hoc Arbitration, regulation.

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Con estudios en curso de Maestría en Derecho Procesal. Con estudios de posgrado en Contrataciones con el Estado, Derecho Administrativo y Arbitraje. Especialista en Compliance. Forma parte del Área de Arbitrajes de Torres y Torres Lara Abogados. Email: eperalta@tytlcom.pe.

I. INTRODUCCIÓN.

El arbitraje es un método hetero compositivo de solución de conflictos consagrado en nuestra Constitución Política (artículo 139 inciso 1) como jurisdicción; si bien gran parte de los estudiados en la materia, entre los cuales me permito sumarme, consideramos que: en esencia este método no podría ser catalogado puramente como jurisdicción por adolecer de la ausencia de todos los elementos que constituyen y confieren esta calificación (coertio); finalmente, así lo ha contemplado nuestra norma madre.

El hecho de considerarse al arbitraje como jurisdicción permite a quienes requieran el acceso a la justicia poder recurrir válidamente, para recibir una decisión con carácter válido y oponible al Poder Judicial o al Arbitraje. Vemos entonces el peso y relevancia de esta característica; se pone al arbitraje a la misma altura que al Poder Judicial, y como solía decir un gran personaje de ficción: *"Un gran poder conlleva una gran responsabilidad"*. Es importante tener esto presente pues, como veremos más adelante se le ha dado una especial confianza y relevancia, particularmente, a un tipo de arbitraje que, realmente no tiene ninguna regulación pese a que, como ya hemos referido, este método de solución de conflictos es considerado como jurisdicción y se encuentra al mismo nivel que la vía ordinaria.

El Arbitraje puede dividirse de múltiples formas sea: a) nacional – internacional, b) público – privado, c) de derecho – de conciencia, d) comercial – potestativo – societario, e) ad hoc – institucional. A efectos del desarrollo del presente trabajo nos enfocaremos en el arbitraje dividido por el tipo de administración el cual puede ser: Ad Hoc o Institucional. Será Ad Hoc cuando la administración recaiga en el mismo Tribunal Arbitral e Institucional cuando repose en una institución arbitral.

En los últimos años, la vía arbitral ha estado en el ojo público al hacerse conocidas diversas denuncias (como el caso Orellana) en las cuales se evidenciaba que la corrupción, un mal que nos aqueja como sociedad, se había enquistado en los tribunales arbitrales; desde tal momento se consideró que las deficiencias de esta justicia privada residían en el Arbitraje Ad Hoc. Frente a ello, empezó a considerarse que la solución, el héroe que se requería para luchar contra las malas prácticas, era darle mayor relevancia al Arbitraje Institucional.

No pretendemos señalar que un Arbitraje Ad Hoc no pueda ser una excelente opción puesto que creemos que es factible conducir uno en óptimas condiciones; sin embargo, es sabido que, encargarle la administración de un proceso a un centro arbitral tiene las siguientes ventajas: a) reglamentos internos, b) cortes internas que definen problemas *prima facie*, c) transparencia, d) sistemas de seguimiento estandarizados, e) infraestructura especializada, f) nóminas de árbitros, entre otros.

Ahora bien, como se aprecia, las ventajas del arbitraje institucional recaen específicamente en quienes prestan el servicio de administración del proceso: las instituciones arbitrales; sin embargo, existe poca o ninguna regulación para las instituciones lo que nos lleva a reflexionar que, tal vez nos encontramos en un error al creer que, ser un proceso administrado por una institución arbitral, per se, resulta ser más seguro frente a uno ad hoc.

II. REGULACIÓN ACTUAL.

En la actualidad el arbitraje en el Perú se encuentra regulado, principalmente, por el Decreto Legislativo N° 1071; sin embargo, en este cuerpo normativo no se apreciaba ninguna mención a alguna Acreditación y/o Supervisión que debería tener una institución arbitral a efectos de que funcione como tal.

En efecto, los únicos requisitos que se han incorporado se encuentran en el numeral 2 del artículo 7 de la norma antes señalada:

“Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.

(...)

2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia”.

Resulta oportuno mencionar que esta situación se ha mantenido desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo antes señalado (2008²) hasta la emisión de la última modificatoria, esto es: el Decreto de Urgencia N° 020-2020 en enero de 2020 en el cual, se incorporó la siguiente Primera Disposición Complementaria Final:

“Primera.- Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje en territorio nacional

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - RENACE, el cual contiene la nómina de árbitros/as y de centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante respecto de sus actuaciones, así como el registro de las declaraciones juradas de intereses de los/as árbitros/as que participen en las controversias en los que es parte el Estado peruano. Se exceptúa de esta disposición el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil”.

Cabe destacar que este registro no genera ninguna autorización para el funcionamiento de los centros arbitrales ni supone la incorporación de exigencias para la prestación de los servicios, sino que constituye un mero registro informativo.

La situación descrita anteriormente (ausencia de regulación) resulta bastante peculiar, sustancialmente, por cuatro aspectos:

² E inclusive es el mismo texto que tenía la Ley 26572, Ley General de Arbitraje que fue publicada el 05 de enero de 1996

1. El arbitraje ha sido instaurado en el Perú en los años 90', es decir, han transcurrido cerca de 30 años para que se incorpore algún tipo de regulación sobre los Centros de Arbitraje.
2. Otro mecanismo de solución de controversias que, a diferencia del arbitraje, no es jurisdicción: "la conciliación" sí contiene requisitos para que los Centros que prestan estos servicios funcionen. En efecto, los Centros de Conciliación, para su funcionamiento requieren de una autorización que proporciona el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos³.
3. La poca regulación que se ha tenido para los Centros Arbitrales aplica únicamente en casos en los que el Estado es parte; entonces ¿cualquier empresa puede administrar un proceso en el que las partes sean privadas?
4. Nuestra normativa de contratación pública (Ley 30225 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF) consideran necesario que las disputas entre una Entidad y un Contratista sean sometidas a un arbitraje institucional, y solo en casos excepcionales a uno Ad Hoc.

Esta situación podría, a criterio de algunos, no suponer ningún tipo de contingencia para el desarrollo de un proceso arbitral; no obstante, considerando que una de las principales ventajas del arbitraje institucional es la seguridad que supone que un proceso sea administrado por una institución debidamente constituida, sí podemos aseverar que existen dudas justificadas sobre si realmente un arbitraje institucional es más beneficioso en la práctica respecto a un arbitraje Ad Hoc.

Recordemos que la acreditación, regulación o supervisión de Centros Arbitrales no son más que medidas para asegurar la correcta administración del proceso. Sobre el particular Guzmán-Barrón⁴ señala lo siguiente:

"(...) Los criterios de acreditación de los Centros de Arbitraje deben fomentar la transparencia del sistema arbitral y asegurar que estas instituciones cuenten con trayectoria y experiencia en materia arbitral probada, además de asegurar una garantía de permanencia en el tiempo (...)"

Debemos señalar que la necesidad de tener una acreditación es una realidad, tal es así que, inclusive, la Ley de Contrataciones con el Estado desde el año 2016 (Ley 30225) incorporó que las instituciones arbitrales a las que las partes sometieran sus disputas debían ser debidamente acreditadas, en ese orden de ideas, se tenía la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD5 "Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE".

Es decir, a nivel de las contrataciones públicas se reconocía la necesidad de contar con algún tipo de regulación sobre el tema.

³ <https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=3002>

⁴ Guzman – Barrón Sobrevilla, César y Zúñiga Maravi, Rigoberto (2015). Arbitraje Institucional en la Contratación Pública. Revista Derecho & Sociedad, N° 44. Perú.

⁵ Esta directiva estuvo vigente hasta el 04 de febrero de 2019.

Considerando lo anterior ¿Cómo podemos aseverar que el Arbitraje Institucional es el héroe que necesitaba este método de solución de conflictos para vencer la corrupción? Sobre este tipo de arbitraje, Natale Amprimo Pla⁶ señala lo siguiente:

“En buena cuenta, el arbitraje institucional se sostiene en tres pilares: institución arbitral, administración del arbitraje y normas reglamentarias”.

En efecto, el arbitraje institucional tiene como pilar, precisamente la institución arbitral, a raíz de ello nos preguntamos ¿Quién cuida que estas instituciones arbitrales cumplan a cabalidad con sus funciones? ¿Cuál es el estándar mínimo que debemos esperar? ¿Qué problema podría traernos el hecho de persistir en la situación actual?

III. PROBLEMÁTICA DETECTADA.

Considerando que hemos evidenciado la ausencia de regulación la problemática detectada es, quizás, la que enfrenta el arbitraje institucional ya que, como nos señala la doctora Pierina Guerinoni⁷, la responsabilidad recae en las propias instituciones arbitrales:

“Hemos dicho que en el arbitraje institucional, existe de por medio una institución arbitral que se encarga de organizar y administrar el arbitraje. La Ley de Arbitraje no exige mayores requisitos para su creación, únicamente exige que sean personas jurídicas con o sin fines de lucro.

Sin embargo, toda institución arbitral seria, que pretenda generar confianza en el mercado sobre la calidad de sus servicios, debe brindar seguridad y predictibilidad al proceso arbitral” (Énfasis agregado).

En efecto, la ausencia de exigencias normativas para un correcto desarrollo y prestación del servicio de arbitraje, no afecta a las más prestigiosas instituciones arbitrales en nuestro país las cuales -inclusive- ostentan certificaciones ISO de anticorrupción o calidad de servicio, sino a aquellas pequeñas o nuevas instituciones.

En el Perú, de acuerdo con el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje que maneja el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se encuentran inscritas 112 instituciones arbitrales, pero recordemos que estas solo son aquellas en los que se ventilan casos en los que una de las partes es el Estado, por lo que podrían existir muchas más cuyo nombre o paradero resulta desconocido.

Al no existir exigencias ni regulación en estricto para los centros de arbitraje que prestan el servicio de arbitraje institucional se genera, sustancialmente, una falta de seguridad jurídica. Prueba de lo descrito es precisamente el caso recaído en el Expediente N° 03547-2013-PA/TC

⁶ Amprimo Pla, Natale. “Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc” (2009) Revista Peruana de Arbitraje. N° 9 Perú.

⁷ Guerinoni Romero, Pierina Mariela. (2011) Arbitraje del Estado: ¿Ad Hoc o Institucional? Revista Arbitraje PUCP. Perú.

seguido contra el Tribunal de Arbitraje del Colegio Nacional de Conciliadores Extrajudicial del Perú (la cual es una institución arbitral).

En la Sentencia recaída en el referido expediente se aprecia la siguiente alegación de la parte demandante:

“(…) Recuerda que luego de ser notificados por el Centro (19 de noviembre de 2010), intentaron oponerse al inicio del arbitraje ante la incompetencia de este, pero que ello no fue posible porque cuando quisieron presentar su escrito estaba cerrado el local, de lo que existe constatación notarial (2 de diciembre de 2010). Expresa también que a pesar de ello, fueron notificados con la aceptación del cargo de árbitro por don Wilfredo Doroteo Vilcapoma Mateo, nombrado por GSL (15 de diciembre de 2010); y que posteriormente se les comunicó que dado que la recurrente no designó a un árbitro, por defecto se designó a don Eduardo Ronald Federico Villalobos Linares. Arguye la recurrente que por dicha razón quiso presentar un nuevo documento para que el Centro se abstuviera de continuar con el proceso arbitral, concurriendo el mismo día (15 de febrero de 2011), en dos oportunidades, pero que este se encontraba cerrado, de lo que hay constatación notarial, por lo que el día siguiente se volvieron a apersonar sin que nadie abriera la puerta, lo que fue constatado por el Notario Público presente.

Añade que estos hechos fueron puestos en conocimiento de los árbitros y de la otra parte; que sin embargo, el proceso continúa y el 1 de marzo de 2011 se hizo de su conocimiento que don Eduardo Ronald Federico Villalobos Linares habría aceptado el cargo de árbitro.

Por ello, considera que dicho Centro es incompetente para administrar cualquier controversia arbitral que surja entre GSL y OHL, pues en el contrato no se acordó que dicho Centro administre controversia alguna (...)”

En la cita antes consignada se aprecia un caso en el cual una institución arbitral, aparentemente, ejercía sus actividades sin ningún tipo de parámetro afectando gravemente la garantía constitucional al debido proceso, y es que, lamentablemente como ya hemos señalado anteriormente, la decisión de prestar un correcto servicio no tiene como respaldo la existencia de una norma básica o de una fiscalización, sino la voluntad de quienes prestan este tipo de servicios.

Teniendo presente nuestro modelo económico actual, esto es: economía social de mercado, el Estado tiene la facultad de intervenir en aquellos casos en los que, excepcionalmente se requiera su interferencia, así pues, consideramos el presente escenario amerita esta participación.

Como puede apreciarse, sí podemos aseverar que es necesario contar con alguna institución como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que supervise o lleve un registro de instituciones arbitrales y fiscalice la labor que prestan las mismas, de lo contrario ¿cómo podemos afirmar que un arbitraje institucional nos brinda tantas ventajas frente a uno Ad Hoc?

IV. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

A nuestro criterio, el Estado peruano bien podría seguir el ejemplo de Colombia quienes tienen integrados los Requisitos para la creación de Centros de Conciliación y Arbitraje (Resolución Colombiana N° 1342 de 2004).

En el caso de nuestro país hermano, el Registro lo lleva el Ministerio del Interior y de Justicia y establece como requisitos para incorporación de Centros de Arbitraje, los siguientes:

- Solicitud dirigida al Ministerio del Interior y de Justicia.
- Acreditación del representante legal que presenta la solicitud y de la existencia de la persona jurídica que solicita la autorización.
- Estudio de factibilidad que cumpla con criterios de conveniencia y oportunidad soportado en información verificable que contenga:
 - Ubicación del centro.
 - Tipología del conflicto.
 - Estimación de la demanda del servicio.
 - Organización administrativa del centro.
 - Estrategia de divulgación.
 - Sistema de evaluación y seguimiento.
 - Programa de educación continuada.
 - Recursos logísticos y físicos.
 - Recursos financieros.
 - Reglamento Interno.
 - Reglamento de Arbitraje Institucional.
 - Lista de Árbitros.
 - Identificación de otros servicios de administración de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que se presten.

Consideramos que los requisitos exigidos en Colombia resultan razonables y que, a todas luces un Centro de Arbitraje serio pudiera cumplir y si no pudiera hacerlo nos preguntamos ¿cómo podemos someter ante ellos nuestra litis? ¿qué garantía tenemos?.

Nuestra propuesta es que se tenga un registro fiscalizado de Centros de Arbitraje, pero que ello no se limite a aquellos que prestan servicios al Estado sino también a los Centros que administren todo tipo de litis y que este Registro sea administrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

V. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión, en primer lugar, debo destacar que, como hemos podido apreciar si bien el arbitraje institucional tiene diversas ventajas frente al Ad Hoc, lo cierto es que no podemos aseverar que, por su sola naturaleza resulta ser un superhéroe que va a combatir cabalmente la corrupción; un mal que ha sido muy vinculado a los arbitrajes Ad Hoc.

Si bien muchas instituciones arbitrales, a la fecha, cuentan con reglamentos, directivas, portales web, mecanismos de transparencia, entre otros, esto no aplica para la totalidad de centros arbitrales, es por ello que se requiere incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un mínimo de requisitos para el funcionamiento de las instituciones arbitrales y la fiscalización correspondiente, a fin de verificar que se estén siguiendo estándares mínimos.

La propuesta no resulta ser económicamente inviable, más aún si consideramos que, en el Perú ya existe regulación para centros de conciliación, por lo que, podríamos inclusive, ampliar el espectro de la regulación para ellos, a los centros arbitrales, de esta manera se revestiría de mayor seguridad a los particulares que someten sus discrepancias a un arbitraje institucional.

Recordemos que el arbitraje institucional está siendo considerado como la mejor alternativa para evitar actos impropios o poco íntegros en el desarrollo de un arbitraje, por lo que, debemos ser consecuentes y, darle la responsabilidad adecuada a quienes conferimos poder.

BIBLIOGRAFÍA.

- Amprimo Pla, Natale. Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc. Revista Peruana de Arbitraje. N° 9 (Perú: 2009).
- Guerinoni Romero, Pierina Mariela. Arbitraje del Estado: ¿Ad Hoc o Institucional? Revista Arbitraje PUCP (Perú: 2011).
- Guzman – Barrón Sobrevilla, César y Zúñiga Maravi, Rigoberto Arbitraje Institucional en la Contratación Pública (2015). Revista Derecho & Sociedad, N° 44 (Perú: 2015).