

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

N°
616

LITIGACIÓN ARBITRAL

Estrategias y costos ante controversias complejas

Págs. 4 y 5 Esteban Carbonell O'Brien



Págs. 2-3

NECESARIA PRECISIÓN.

La rebaja de las remuneraciones en la jurisprudencia y su impacto sobre los trabajadores. **Germán Serkovic González**

Págs. 6-7

EFICACIA Y DESARROLLO.

Del management empresarial a la gestión por resultados en las contrataciones del Estado. **Jesús Córdova Schaefer**

Pág. 8

MARKETING JURÍDICO.

Apuntes sobre la gestión del negocio legal en firmas internacionales y las nuevas tecnologías. **Rafael Suárez de Lezo (España)**



ESTEBAN
CARBONELL
O'BRIEN

Doctor en
Derecho. Catedrático
universitario. Árbitro.

A medida que la humanidad avanza ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta en la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, mediante un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.

Tal como la manifiesta Díez Picazo en su obra *Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho*: “Las funciones de pacificación y de satisfacción imponen la creación de lo que podemos llamar vías de composición de los conflictos”. Estas vías son diferentes según traten de cumplir predominantemente una función de pacificación, una función de satisfacción o que traten de lograr equilibradamente una y otra. Una función de satisfacción puede llevarse a cabo mediante la utilización por las personas o grupos titulares de los intereses, de un sistema de violencia o de fuerza. La segunda vía, que es fundamentalmente una vía de pacificación, es la de negociación y del arreglo; en la tercera vía confluyen tanto la función de pacificación como la función de satisfacción, se produce mediante lo que pueden llamarse las formas de heterocomposición de conflictos.

En ese sentido, la enorme trascendencia del proceso no debe hacernos olvidar el hecho de que solo uno de los remedios posibles para la resolución de controversias. Junto a él están la autotutela, la autocomposición y otros mecanismos de heterocomposición.

Legislación

A la fecha, el Decreto Legislativo N° 1071 define el convenio arbitral así: “El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

El convenio arbitral, de igual modo, se extiende aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se amplía también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

Por otro lado, al celebrar el convenio arbitral, son las propias partes las que deciden si se someten a arbitraje “todas las controversias” o solo “ciertas controversias” que puedan surgir entre ellas (controversias futuras) respecto a una determinada relación jurídica contractual (aun si esta ya se hubiera extinguido). Así, las propias partes pueden limitar el ámbito de operatividad del convenio arbitral, limitando su aplicación solo a ciertas controversias o excluyendo en forma expresa aquellas controversias que, siendo susceptibles de arbitraje, no desean someter a la competencia arbitral.

“LAS PARTES EN UN ARBITRAJE TIENEN LA FACULTAD DE ADOPTAR, YA SEA DIRECTAMENTE O POR REFERENCIA A REGLAMENTOS ARBITRALES LAS REGLAS RELATIVAS A ESTOS COSTOS”

Prácticas más frecuentes

Uno de los métodos más frecuentes utilizados para la constitución del Tribunal Arbitral, consiste en que cada una de las partes de la controversia designe un árbitro, llamado árbitro de parte; y que las partes, los árbitros o un tercero designen al restante árbitro, llamado árbitro tercero. Es preciso subrayar que el árbitro de parte es un árbitro que debe satisfacer todas las condiciones, que, en

lo esencial, consisten en ser independiente e imparcial, y mantenerse como tal. De todos modos, en la práctica del arbitraje es común usar la expresión árbitro de parte o referirse a este como su árbitro, aunque tal práctica haya sido calificada de deplorable. En la práctica del arbitraje en EE. UU. se tiene el denominado non-neutral arbitrador, llamado en francés arbitre-partisan,

arbitre-partie o arbitre non-neutre. Se trata de un árbitro que no es independiente de la parte que lo designa y así es exteriorizado y aceptado por la otra parte que, naturalmente, designa también un árbitro no neutral. También está el árbitro dirimemente llamado a aquel que se limita a resolver las cuestiones en las cuales los otros árbitros no se han puesto de acuerdo.

UNA APROXIMACIÓN A LOS COSTOS

Arbitraje, co y litigación



nvenio

Los árbitros

El árbitro es la persona designada para resolver el conflicto sometido del arbitraje. Puede tratarse de un árbitro unipersonal o de un Tribunal Arbitral compuesto por más de un árbitro. Por lo general, el tribunal está compuesto por tres árbitros, pero esa no es una regla inflexible y existen modalidades (3).

■ El nombramiento varía según el tipo de arbitraje

adoptado: ad hoc institucional; en función del carácter unipersonal o plural de los árbitros; de su inserción o no en el “acuerdo arbitral”, de su elección según lista de árbitros o su remisión a los integrantes de los tribunales institucionales con árbitros permanentes, o en la designación en caso de número plural del tercer árbitro por los ya designados por las partes,

o por sorteo dentro de determinada nómina.

■ La aceptación del cargo por parte del árbitro, salvo en los casos de tribunales con miembros permanentes, en el paso previo necesario para el dictado de la resolución por la cual se tiene por formalmente constituido el tribunal, con las personas designadas y por radicado el proceso de que se trata (4).

Que sean ciertas controversias, y no todas, significa que las partes pueden restringir las que serán sometidas al arbitraje; así, por ejemplo, podría acordarse que solo lo sean las controversias relativas a la resolución del contrato.

El artículo 14 de la Ley establece que los efectos del convenio arbitral se extienden a los no signatarios, es decir, a aquellos que sin celebrar o suscribir el convenio expresaron de una u otra manera su conformidad con el sometimiento al arbitraje o de las partes que indirectamente están vinculadas al contrato principal que contiene el convenio arbitral. Hay supuestos en que se admiten que partes que no han suscrito ni celebrado el convenio arbitral sean obligados a intervenir en un proceso arbitral, se trata de personas que “tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón se pueden considerar «asimilados a las partes» (1).

Ahora bien, las partes en un arbitraje tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, las reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, de acuerdo con el artículo 69 de la Ley de Arbitraje, promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071. El artículo siguiente, sin embargo, dispone que “el tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje” que, por lo demás, comprenden todos los honorarios y gastos del tribunal, del secretario, de la institución si hubiere alguna, de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida y “los gastos razonables incurridos por las partes en su defensa”, así como “los demás gastos razonables originados por las actuaciones arbitrales.”

En relación con los costos del arbitraje, por lo tanto, las partes pueden adoptar las reglas que estimen pertinentes y si no las adoptan, lo hace el tribunal. Pero eso son las reglas. La fijación de los montos que corresponden a tales costos ya no es facultad de las partes, sino del tribunal y lo hace en el laudo, “[teniendo] en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima

“EL TRIBUNAL ARBITRAL PODRÁ DISTRIBUIR Y PRORRATEAR ESTOS COSTOS ENTRE LAS PARTES, SI ESTIMA QUE EL PRORRATEO ES RAZONABLE, TENIENDO EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO...”

que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”, según lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 73 de la misma ley.

Respecto a las reglas está claro que no es competencia de las partes fijar, por ejemplo, los honorarios del tribunal ni muchos menos los de sus abogados. Pueden sí establecer las reglas que se aplicarán para el eventual reconocimiento de esos honorarios o poner algunos parámetros iniciales. En definitiva, será el propio tribunal el que decida sobre los suyos, “de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso”, tal como lo precisa el artículo 71 de la Ley de Arbitraje. El doctor Sergio Tafur, árbitro de amplia experiencia, comentó recientemente en el Cusco que entre las reglas que pueden fijar las partes está una que se está haciendo frecuente, al menos en una entidad del Estado, en cuya virtud los honorarios arbitrales serán siempre de cargo del contratista, fórmula que se ha perfeccionado, para aparecer más limpia, indicándose que lo serán “de la parte que solicita el arbitraje”, que es lo mismo, a juzgar por la evidencia que, en contrataciones públicas, en el 95% de los casos, el contratista es el demandante, como se puede advertir en el estudio de laudos realizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos

de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si esa estipulación se incluye en las bases, y en el contrato que se suscribe, no hay forma de eludirla porque se ajusta a la norma pese a que sabe a abuso. Hay desde luego la forma de sacarle la vuelta, pero eso es tarea de cada defensa.

Otra práctica es la que incorpora dentro de las pretensiones de la demanda unos costos arbitrales que no guardan proporción con el monto en disputa o con la dimensión y complejidad del caso. Por ejemplo, que incluyan un honorario del abogado que comprenda una suma fija y un honorario de éxito equivalente al 40% del monto que finalmente se le reconozca. La cuantía del arbitraje, en esas circunstancias, se incrementa considerablemente y aumenta también los honorarios arbitrales que se calculan, como se sabe, con base en ella.

¿Cómo fijar esos “gastos razonables incurridos por las partes para su defensa” con una demanda así concebida? Los árbitros fijan esos gastos razonables en función de lo que se les acredita, por ejemplo, con copia de los contratos suscritos para el patrocinio y en algunas ocasiones con la acreditación del pago de los impuestos subsecuentes, de ser el caso. ¿Y el honorario de éxito, cómo puede acreditarse si se pagará una vez terminado el proceso? Pues, no hay fórmula mágica. Algunos tribunales se limitan a reconocer por este concepto, si no les parece razonable lo pedido, lo que establecen las tablas de honorarios mínimos de los colegios profesionales de las respectivas jurisdicciones. Pero hay que admitir que es perfectamente válido conceder un monto mayor.

Distribución y prorrateo

En lo que toca a la distribución de los costos, si bien el artículo 73 refiere que el tribunal tendrá en cuenta el acuerdo de las partes, dice a continuación que, a falta de acuerdo, estos serán de cargo de la parte vencida. Luego agrega: “Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

Lo que no queda claro es si esta excepción se aplica cuando no hay acuerdo y el tribunal debe no solo fijar los costos arbitrales, sino también definir quiénes y cómo los asumen, o si esta excepción se aplica también cuando las partes tienen un acuerdo sobre el particular que, a juicio del tribunal, debe modificarse. Si podría aplicarse a ambos casos, y no hay por qué interpretar lo contrario, aquí podría estar una nueva fórmula para dejar de aplicar la obligación de que quien solicita el arbitraje tenga necesariamente que cargar con sus costos que se incluyen en algunos contratos(2).■

[1] FRANCISKOVIC INGUNZA, BEATRIZ “Alcances subjetivos del convenio arbitral” Visto: 26/08/16, véase: http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_3/articulos/ALCANCES_SUBJETIVOS_DEL_CONVENIO_ARBITRAL_Beatriz_Franciskovic_Ingunza.pdf. [2] GANDOLFO CORTÉS, Ricardo. Visto: 29/08/16. Véase: <http://edicionespropuesta.blogspot.pe/2014/08/los-costos-arbitrales.html>. (3) RIVERA, Julio Cesar “Arbitraje Comercial, Internacional Y Domestico” pag 309. (4) ROBILOLO, Jorge Alberto. “Derecho Arbitral” pag. 22.