

Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104.

LUCES Y SOMBRAS DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES *

The Lighths and Shadows of Institutional Arbitration in Transnational Litigation

Por

José Carlos Fernández Rozas **

Catedrático de Derecho internacional
privado de la Universidad Complutense
de Madrid

SUMARIO: I. INGREDIENTES DE LA OPCIÓN ENTRE ARBITRAJE *AD HOC* Y ARBITRAJE INSTITUCIONAL. 1. Caracterización de ambas modalidades. 2. Manifestaciones de la tendencia corporativa. II. PROMOCIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL. 1. Distintivos característicos. 2. Voluntad de las partes para que un tercero administre el arbitraje. 3. Ámbito de la libertad de creación de instituciones administradoras del arbitraje. III. ESTATUTO DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL. 1. Requisitos estructurales. 2. Reglamento de arbitraje. 3. Incompatibilidades sus miembros. 4. Confidencialidad. IV. FUNCIONES DEL CENTRO DE ARBITRAJE. 1. Administración del arbitraje y actividades complementarias. 2. Verificación previa de la conformidad del convenio arbitral. 3. Nombramiento, recusación y sustitución de los árbitros. 4. Gestión de los costes del arbitraje. 5. Supervisión y control del laudo V. CONSIDERACIONES FINALES.

* Este estudio está elaborado a partir de una Ponencia presentada en el "Seminario sobre contratación y arbitraje internacionales" organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México (29 de enero a 1 de febrero de 2008). Un mayor desarrollo se incluye en los apartados II, III y IV del Capítulo V ("Sede del arbitraje e instituciones administradoras") de mi *Tratado de arbitraje comercial de América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, nºs 274 ss.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

I. INGREDIENTES DE LA OPCIÓN ENTRE ARBITRAJE *AD HOC* Y ARBITRAJE INSTITUCIONAL

1. Caracterización de ambas modalidades

1. Entre las definiciones que se insertan en el art. 2.a) de la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (LMU), dentro del término “arbitraje” se incluye cualquier modalidad arbitral “con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”; asimismo, las “reglas de interpretación” del art. 4 LA/2003 establecen que cuando una disposición de esta ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esta facultad incluirá “la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esta decisión, excepto en el caso previsto en el art. 34” (“Normas aplicables al fondo de la controversia”). Puede entenderse por arbitraje administrado, también llamado “arbitraje institucional”¹, aquél acreditado por la intervención de una institución especializada de carácter permanente a la que las partes con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad acuden encomendándole la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje, que sus propias normas reguladoras prevén y que podrían resumirse en la facilitación de los medios necesarios para el desarrollo del mismo. Dichas funciones no incluyen, y esta es la esencia de esta modalidad de arreglo de controversias, la decisión o resolución de la controversia; tal actividad es exclusiva del árbitro o árbitros pues las instituciones arbitrales no pueden actuar como árbitros y, en consecuencia, no solucionan el conflicto planteado, sino que se limitan a facilitar los mecanismos y medios necesarios para que se desarrolle el arbitraje y los árbitros puedan practicar su actividad decisoria.

Frente al arbitraje institucional, la modalidad del arbitraje *ad hoc* se configura de forma expresa en cada caso por las propias partes o, de manera genérica, por las normas legales supletorias, si bien es cada vez más frecuente que se utilice un reglamento modelo no vinculado con ningún centro de arbitraje². En segundo término, al carecer de los servicios de una institución de apoyo los actos de administración, gestión u organización del arbitraje forman parte del entramado de obligaciones del propio árbitro, por lo que semejante administración se vincula directamente a la propia actuación del árbitro y a ésta deberá responder cuando finalice su actuación. En tercer lugar, se nos repite por doquier que para evitar problemas a la hora de la designación de árbitros se individualice a los árbitros en el propio convenio arbitral³. Por último, e íntimamente relacionado con lo anterior, el árbitro tras aceptar el encargo, deberá no sólo resolver el litigio, sino que habrá de utilizar el personal y los medios que estén a su alcance y sean precisos para emitir el laudo. Dado esto por sentado, sólo puede hablarse de administración del arbitraje en sentido propio, esto es, con entidad jurídica separada, en el caso del arbitraje

¹ Expresión muy criticada en la doctrina española por V. Fairén Guillén, “El llamado ‘arbitraje institucional’ y la ley de arbitraje vigente (Ley 36/1988, de 5 de diciembre) en España”, *Riv. arb.*, vol. VIII, 1998, pp. 411-439, esp. p. 425.

² P. Romano Martínez, “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragen voluntária *ad hoc*”, *Estudos em memória do professor doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 827-841.

³ C.A. Matheus López, “Estatuto y función del árbitro en el Derecho peruano”, *Riv. arb.*, vol. XVI, nº 1, 2006, pp. 2.

institucional, cuya característica esencial es la intervención de una institución que administra u organiza el arbitraje, intervención que, en el arbitraje *ad hoc*, incumbe en su caso el propio árbitro⁴ o, con carácter general, al presidente del tribunal arbitral o persona que éste designe de conformidad con los otros árbitros si se trata de un arbitraje colegiado.

Cabe también la posibilidad de encomendar algunos de esos servicios a las partes, o a alguna de ellas, si éstas no tienen inconveniente; incluso puede acudir al apoyo administrativo de ciertas instituciones arbitrales que aseguran sus servicios para arbitrajes que no se rijan por su propio reglamento.

2. El arbitraje *ad hoc* garantiza en mayor medida la confidencialidad pues únicamente conocen de la controversia las partes y el árbitro o el tribunal arbitral y hay menos posibilidades de filtraciones indeseadas. Consigue resultar más barato al permitir ajustar el precio de los honorarios al margen de las tarifas que establecen las instituciones administradoras y ahorrarse los costes inherentes a la administración del arbitraje. También puede ser mucho más rápido al evitar prórrogas inconvenientes propiciadas por la propia institución administradora y establecidas al margen de los eventuales intereses de las partes con la única finalidad de “blindar” a los árbitros ante una eventual nulidad por haber dictado el laudo fuera de plazo (art. 24.2º Regl. CCI “La Corte puede, a petición motivada del tribunal arbitral, o en su caso de oficio, prolongar este plazo, si lo estima necesario”). Ofrece, además, una mayor flexibilidad en los casos donde estén involucradas cuestiones de soberanía estatal, lo cual es particularmente ventajoso en el arbitraje de inversiones. Por último, permite obviar una peligrosa práctica que se registra en determinadas instituciones administradoras de nombrar a los árbitros, o al presidente del tribunal arbitral, a partir de una serie de criterios preestablecidos, como su pertenencia a un despacho de abogados de determinadas características⁵, su trayectoria profesional favorable a una determinada concepción de la justicia, su adscripción preferente a un determinado modelo procesal, etc.⁶: el hecho de que el eventual árbitro haya sido elegido en múltiples ocasiones como presidente de un tribunal arbitral por el centro no es por sí mismo sinónimo de la concurrencia en dicho árbitro de las necesarias cualidades de imparcialidad e independencia.

En la práctica, la individualización nominal de los árbitros suele darse con mayor frecuencia en el arbitraje *ad hoc*, pues en el institucional es el propio reglamento el que prevé las pautas a seguir para el caso en que las partes no se pongan de acuerdo con él al respecto. Es claro que las partes prefieren tener un amplio margen de libertad en la elección de los árbitros que es una de las ventajas que ofrece el arbitraje *ad hoc*, pues debe reconocerse que los reglamentos de las instituciones de arbitraje limitan a menudo la libertad de las partes y que no siempre eligen el árbitro más adecuado, debilitando la relación de confianza personal que debería existir entre las partes y los árbitros, por lo que no cuentan con una confianza generalizada

⁴ H.L. Arkin, “International ad hoc Arbitration: A practical Alternative”, *Int'l Bus. Law.*, vol. 15, 1987, pp. 5-12; G. Aksen, “Ad hoc versus institutional Arbitration”, *ICC ICarb. Bull.*, vol. 2, nº 1, 1991, pp. 8-14.

⁵ Vid. las reticencias al respecto en B. Audit, “L'arbitrage transnational et les contrats d'État: bilan et perspectives”, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, La Haya, Académie de Droit International de La Haye, Nijhoff, 1987, pp. 23-76, esp. p. 29; asimismo, J.F. Merino Merchán y J.Mª Chillón Medina, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2006, pp. 856-857.

⁶ P. Lalive, “Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc*”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, Litec, pp. 301 ss, esp. pp. 309-312.

en este concreto cometido⁷. La designación directa suele justificarse en las concretas circunstancias que pueden concurrir en el árbitro elegido aunque debe realizarse con total precisión de la persona para evitar errores posteriores en su identificación. Presenta, sin embargo, un triple inconveniente, en primer lugar, que no puede ser sustituido salvo que se produzca un nuevo acuerdo novatorio entre las mismas partes; en segundo término, que si dicha persona se niega a aceptar el cargo el convenio arbitral deviene ineficaz; por último, se pierde una buena dosis de “continuidad” en la función arbitral pues en el arbitraje administrado los árbitros son más conscientes del valor de los laudos arbitrales anteriores, especialmente de aquellos que han dejado cierta huella, así como de usos y costumbres probados o conocidos porque otros árbitros los acogieron en sus decisiones, de modo semejante a cuanto sucede en la jurisprudencia de los tribunales de justicia⁸.

2. Manifestaciones de la tendencia corporativa

3. Durante un periodo que aún no ha finalizado se asistió a un tránsito del arbitraje *ad hoc* hacia un arbitraje institucionalizado, basado en una cláusula compromisoria, suscrita en previsión de un litigio futuro en el cual la designación de los árbitros era delegada al centro de arbitraje, que procedería de acuerdo con su Reglamento⁹. El hecho de que algunos organismos internacionales incluyan cláusulas de mediación y arbitraje en los contratos de obras y servicios públicos de sus proyectos, ejecutados generalmente por los gobiernos, genera una clara oportunidad para estas entidades. Se registra, además, una cierta predisposición corporativa en algunas Leyes de arbitraje¹⁰, que propicia la entrada a diversas corporaciones y asociaciones admitiendo que las partes en una controversia puedan remitirse al reglamento arbitral de dichas instituciones para que éstas la administren convenientemente.

Con ello han ido adquiriendo un protagonismo sucesivo las Cámaras de Comercio y otros centros especializados con reglamentos de arbitraje singularizados con el consiguiente encarecimiento de los servicios ofrecidos por la institución arbitral y la necesaria competencia entre centros de arbitraje. Existen razones poderosas para ello. En primer lugar, que en los Reglamentos de ciertos centros, por el momento no excesivamente numerosos, se ha condensado una larga experiencia de práctica arbitral; de ahí que, en función del prestigio ganado, unos desempeñen una amplia labor o otros se contenten, por el momento, con impartir cursos de formación de árbitros u otras actividades ajenas a la función arbitral propiamente dicha. En segundo lugar que, en ocasiones, dichos centros están en disposición de suministrar a los árbitros una cierta asistencia, en sentido muy amplio y, en algunos casos, un prestigio ganado tras una meritoria trayectoria profesional. Por último, no puede negarse que en el seno de determinados centros de arbitraje se irradia una determinada cultura arbitral particular que pretende generalizarse a través de

⁷ E. Robine, “Le choix des arbitres”, *Rev. arb.*, 1990., 1990, pp. 316; Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p.561.

⁸ E. Verdera y Tuells, “El *perce the veil* arbitral de Yves Derains”, prólogo a la obra de Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Corte Española de Arbitraje, 1985, p. 31.

⁹ E. Verdera y Tuells, “Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial”, *RCEA*, vol. X, 1994, pp. 137-177, esp. p. 174.

¹⁰ Como muestra la reforma italiana de 2006 del *c.p.c.* que dedica un nuevo capítulo al arbitraje institucional.

modernos sistemas de comunicación¹¹, con los materiales que les aportan los abogados de las partes, con los informes y dictámenes de los expertos, y con el concurso de toda una serie de publicaciones y de cursos de formación que intentan elevar a dogma lo que no es otra cosa que una manera de concebir el juicio de árbitros en un determinado círculo de operadores jurídicos, al que se suma un grupo de aspirantes que pretende introducirse en este reducido reducto admitiendo dicho dogma con la fe del neófito.

II. PROMOCIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

1. Distintivos característicos

4. Las notas inherentes a los centros arbitrales son la permanencia, la habitualidad y la profesionalidad. No se crean para un arbitraje en particular y desarrollan sus funciones con un nivel de profesionalidad que debe proyectarse en el conocimiento de la normativa arbitral, tanto la emanada del propio centro como la del país donde desarrolla, *prima facie*, su actividad. Dicho conocimiento se proyecta directamente en la supervisión del convenio arbitral y en la actividad del árbitro en lo que concierne al procedimiento. El centro arbitral tiene la obligación *ex lege* de administrar diligentemente los arbitrajes previa verificación de su competencia, como requisito de procedibilidad, constituyendo tal actividad un deber inexcusable. La inadmisión de una solicitud de arbitraje sin justa causa puede ser susceptible de impugnación y de generar responsabilidad aquiliana por los eventuales daños causados. El centro arbitral no manifiesta si quiere administrar un arbitraje sino que, en caso de ser competente, habrá de administrarlo *ex lege*¹².

En el arbitraje institucional se determina la participación de una entidad que administra y organiza el trámite y presta, a su vez, una serie de servicios para que la contienda sea resuelta con mayor eficacia; bien entendido que la cuestión litigiosa concreta es resuelta por árbitros escogidos, en principio, por las partes: la entidad se limita a prestar tareas de apoyo a las partes y a los árbitros, pero no participa en la decisión del caso. Habitualmente cuentan con listas de árbitros, un reglamento de procedimiento y diversos modelos de acuerdo arbitral, lo que facilita a las partes el sometimiento a arbitraje. Sus principales ventajas frente al arbitraje *ad hoc* estriban en que simplifica el contenido del convenio arbitral, lo que evita la propagación de las denominadas "cláusulas patológicas". Las instituciones arbitrales cuentan con reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia, bastando la simple referencia al reglamento de la institución sin necesidad de que las partes deban acordar los detalles del procedimiento; en caso contrario, el convenio de arbitraje debe contener una serie de precisiones y algunos otros difíciles de prever al redactar la cláusula arbitral.

Debe distinguirse, sin embargo, entre aquellas entidades que se limitan a realizar una mera función designadora de árbitros (*appointing authority*) y las que cumplen

¹¹ Vid. v.gr. las concepciones diversas de la CCI y de la IBA en B. Hanotiau, "L'arbitre, garant du respect des valeurs de l'arbitrage", *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, París, ICC Publishing, 2005, pp. 365 ss, esp. pp. 368-369.

¹² Cf. F. Munné Catarina, *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2002, p. 68.

una verdadera función administradora en el sentido de que ejercen una función tutelar, de mayor o menor alcance, a lo largo del proceso arbitral llegando incluso a intervenir en la redacción, sin entrar en el fondo, por desdoblamiento, de los laudos arbitrales.

5. El elemento característico del arbitraje institucional es, pues, la intervención de un centro que administra y organiza el arbitraje y si tal opción ha sido efectuada por las partes, al margen de la difusión de cláusulas tipo que conducen dicho resultado, no puede desconocerse que existe un afán de seguridad jurídica por las eventuales garantías que puede ofrecer un determinado centro de arbitraje. En efecto, el arbitraje institucional brinda diversas ventajas que evidentemente coadyuvan al eficaz desenvolvimiento del proceso arbitral, aunque deben de considerarse en un contexto más objetivo que el que proporcionan las instituciones de arbitraje en la promoción de sus servicios.

Como punto de partida el arbitraje *ad hoc* presenta problemas muy serios en el caso que una de las partes no quiera constituir el tribunal e ir a arbitraje. Parece obvio que, en términos generales, los arbitrajes institucionales facilitan el camino a las partes, no sólo en el momento de decidirse por tal opción, a partir del empleo de las cláusulas-tipo, sino también durante el proceso, ya que cuentan con reglamentos que determinan el procedimiento y se ocupan de la designación, recusación y sustitución de los árbitros. Y también por contar con profesionales cualificados para actuar como árbitros. La presencia de un centro de prestación de servicios arbitrales contribuirá, a partir de esos factores, a facilitar la regulación y los medios, tanto personales como materiales, necesarios para el avance del procedimiento arbitral, llevando a cabo una actividad de control en su desarrollo que favorecerá la no producción de la nulidad de los laudos en un momento ulterior. No en vano, la seguridad jurídica y la existencia de mecanismos eficaces y confiables para la resolución de controversias son elementos claves para mejorar la competitividad de las economías.

6. Los defensores del dogma de la inequívoca virtud del arbitraje administrado afirman sin rubor alguno que, en primer lugar, disponer de un centro de arbitraje para dirimir los conflictos, es contar con una institución con soporte profesional y especializado, con una experiencia en la delicada tarea de selección de árbitros, contando con una planta de expertos para proceder a su designación¹³; ello es cierto si el centro goza de tales cualidades, lo que no siempre ocurre. En segundo lugar, que el centro proporciona a las partes un cuerpo de normas procesales que regulan el proceso arbitral, y donde los costos y honorarios están calculados sobre criterios razonables fijados previamente por el centro de arbitraje; mas dicha razonabilidad suele ponerse seriamente en duda cuando nos hallamos ante instituciones arbitrales de escasa experiencia. Por último, se alude a que los servicios administrativos dan la seguridad necesaria garantizando la buena marcha del proceso arbitral, ya que por medio de ellos, se hacen las notificaciones, las audiencias, se consignan documentos, entre otras cosas.

¹³ D.E. McLaren, "Party-Appointed vs List-Appointed Arbitrators. A Comparison", *J. Int'l Arb.*, vol. 20, nº 3, 2003, pp. 233-245.

No obstante, la eficacia de dichos servicios no es tan satisfactoria como se pretende inculcar y cada vez es más habitual las reclamaciones contra los empleados de los centros por una deficiente gestión en sus funciones (nombramiento de árbitros, olvido o notificaciones fuera de plazo, ausencia injustificada del centro, descuido a la hora de cobrar a las partes la provisión de fondos para el arbitraje, etc..) o por favorecer en dicha gestión a una de las partes, por ejemplo, dilatar una comunicación para que no se reciba en pleno periodo vacacional. Y ello sin entrar en las críticas señaladas en su día desde la sociología jurídica acerca de la conquista del "mercado del arbitraje internacional" por las grandes firmas de abogados a partir de su presencia en ciertas cortes de arbitraje y sus maniobras de carácter desleal realizadas en su seno¹⁴.

Ciertamente todas esas malas prácticas son susceptibles de subsanación. El método más sencillo es que el acceso de los funcionarios de los centros a grandes firmas de abogados, que suele producirse tras un corto periodo de actividad en ellos, por ejemplo de dos o tres años, no pueda desarrollarse en varios años en el desempeño de la actividad arbitral propiamente dicha. Con ello se evita la tentación de tales funcionarios a favorecer, en la esfera de su actividad a eventuales firmas en las que pudieran practicar su actividad en un futuro inmediato.

7. La utilidad de los centros de arbitraje procede directamente de la experiencia adquirida en los Colegios de Abogados o en las propias Cámaras de Comercio y en la confianza que dichas instituciones ejercen en los operadores de las transacciones mercantiles internacionales. El prestigio del árbitro o de los árbitros, que constituye la esencia del arbitraje *ad hoc* se desplaza por entero hacia el centro arbitral que deberá por ello de cuidar de manera escrupulosa su actuación para obtener el reconocimiento de sus cualidades por parte de los operadores jurídicos. Dentro de esta atención figura en un primer plano la individualización de todas las circunstancias identificadoras que se conozcan del centro arbitral a fin de evitar la ineficacia o la nulidad del convenio arbitral y una posible alteración unilateral de la voluntad de las partes. Más allá de la forma directa o indirecta con la que se designe al árbitro, en el arbitraje institucional el centro deberá tener muy en cuenta la presencia de una voluntad en las partes de encargar a éste de manera inequívoca la administración del arbitraje mediante una cláusula compromisoria. La práctica aconseja que esa voluntad inequívoca se extienda también a la admisión en su integridad de su reglamento. De ello se infiere que la administración del arbitraje es un elemento consustancial del arbitraje institucional.

2. Voluntad de las partes para que un tercero administre el arbitraje

8. El arbitraje institucional es, pues, el que se efectúa a través de los centros de arbitraje a los cuales se refieren la LMU y las distintas Leyes de Arbitraje estatales como, por ejemplo, el art. 14 LA/2003. A este respecto dentro de las definiciones contenidas en el art. 2 LMU se establece que:

¹⁴ Y. Dezalay y B.G. Garth, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, pp. 33 ss y 100 ss.

"d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el art. 28 [normas aplicables al fondo del litigio], deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado".

De por sí la voluntad de las partes puede diferir la administración del arbitraje a una institución arbitral incluyendo el reglamento que ella tenga establecido con la única excepción en cuanto a las reglas que regirán el fondo de la controversia; con ello se suprimen situaciones, como la que se generó en España hasta el año 1981, abiertamente hostiles a la presencia de un tercero en la gestión del arbitraje¹⁵.

La calificación de un arbitraje como institucional viene dada por la circunstancia de que las partes convengan, al momento de redactar la cláusula o acuerdo arbitral, en dirimir sus conflictos ante instituciones especializadas, con profesionalidad y experiencia que organizan y administran el trámite del arbitraje, y prestan una serie de servicios para que la controversia pueda ser resuelta con mayor eficacia. Estamos ante un arbitraje institucional cuando este es supervisado o controlado por alguna institución, normalmente privada, que administra y promueve el arbitraje y participa en el procedimiento arbitral; por tanto, en caso de elegir esta modalidad de arbitraje las partes deberán seleccionar con cuidado cuál es el centro de arbitraje que mejor se acomoda a su concreto litigio utilizando para ello la cláusula arbitral correspondiente que en la generalidad de los casos viene facilitada por la propia institución.

3. Ámbito de la libertad de creación de instituciones administradoras del arbitraje

9. La regla de base del sistema es la libertad de creación de los centros de arbitraje. Dicha libertad produce inevitablemente el nacimiento de multitud de centros de arbitraje cuyas funciones se desarrollan con mayor o menor amplitud en función de la confianza que las partes depositan en ellos para someter sus controversias. Una proliferación que es más formal que real porque la práctica va consolidando unas instituciones y relegando al olvido otras, dentro de un complejo proceso de *marketing arbitral*; no obstante la publicidad del arbitraje, sobre todo del internacional, y de las bondades de determinadas instituciones de arbitraje que se registra en numerosas publicaciones y otras actividades de fomento debe ser valorada con extrema cautela pues una proporción nada desdeñable de las revistas de la especialidad, no tiene otra justificación que la "autopromoción publicitaria"¹⁶ y ello se extiende a ciertos textos supuestamente prácticos y a ciertos seminarios y coloquios "*ou l'on entend des praticiens en quête de notoriété enfoncer des portes ouvertes ou aligner des vérités premières!*"¹⁷

¹⁵ Vid., por todos, B. Cremades, *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, M. Pons, 1977, 240 pp.; *id.*, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Extecom, 1981, 160 pp.

¹⁶ B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Puf, 1998, pp. 10 ss.

¹⁷ Cf. P. Lalive, "Sur une 'commercialisation' de l'arbitrage international", *Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2004, p. 171.

Pero aún así es manifiesta la pluralidad de centros llamados para resolver un asunto, como evidente es la existencia de una sana competencia entre ellos, lo que no excluye la realización de acciones que tienden a reforzar objetivos comunes de dos o más instituciones arbitrales, la mejora de un reglamento de arbitraje o la elaboración de unos determinados Códigos de ética arbitral¹⁸. Asimismo son frecuentes los acuerdos en los que una institución arbitral consolidada establece una estrecha colaboración con un centro de arbitraje que inicia su actividad.

Más junto a las acciones de cooperación se suscitan frecuentes problemas de competencia entre los otros centros establecidos en un mismo país que ofrecen idénticos servicios de resolución de controversias, con la consiguiente merma de prestigio de la institución arbitral. Como solución se apunta a la fusión de centros o a la armonización de los mismos que ha sido adoptada por ejemplo, en Argentina¹⁹. El empleo de las mismas normas de procedimiento y de iniciativas encaminadas a crear una imagen de “marca común” mejoraron el prestigio de todos sus centros, nacionales e internacionales.

10. La libertad apuntada está sometida a ciertas limitaciones provenientes de los sistemas estatales: los Reglamentos de los centros deben respetar, en todo caso, los principios rectores del proceso arbitral que por su naturaleza y fines son de obligatoria observancia tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad hoc*. La práctica consigna algunas variantes, pero, al margen de esta heterogeneidad, en un centro de arbitraje deben respetarse dos requisitos mínimos. De un lado, adoptar una determinada forma jurídica, sea una entidad de Derecho público o una asociación o una sociedad de naturaleza privada, en cuyos estatutos figure de manera inequívoca la facultad de administrar procedimientos arbitrales y la obligación de cumplir fehacientemente el encargo que le encomienden las partes en caso de ser aceptado. Y, de otro lado, contar con un reglamento que determine el contenido de la referida facultad con una actitud de permanencia que se acomode a las normas rectoras del arbitraje en un determinado sistema estatal.

La práctica desarrollada en torno al arbitraje apunta una nueva función de las instituciones de arbitraje cual es la de intervenir como *amicus curiae*, tal y como lo han venido practicando otras entidades no administradoras como el Comité Venezolano de Arbitraje en el asunto *Todosabor, C.A. /Haagen Dazs International Shoppe Inc*, que presentó por este cauce un escrito con la finalidad de facilitar la labor del Juzgado Superior en el estudio del caso²⁰. El término *amicus curiae*, de corte genuinamente anglosajón, significa se aplica precisamente a personas que no forman parte del proceso pero que de manera voluntaria suministran información jurídica o de hecho que puede ayudar al procedimiento. En nuestro caso brinda la oportunidad a estas instituciones de entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan contribuir a que el tribunal estatal realice una evaluación más precisa de los alegatos y argumentos de las partes contendientes. El ejemplo

¹⁸ R. Thirgood, “International Arbitration: The Justice Business”, *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 4, 2004, pp. 342-344.

¹⁹ J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial...*, op. cit., n° 300 ter.

²⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de febrero de 2006. Vid. las observaciones de A. de Jesús O, *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*, n° 15, 2006.

ofrecido por las Cámaras de Arbitraje brasileñas constituye una buena muestra de esta tendencia²¹.

III. ESTATUTO DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

1. Requisitos estructurales

11. Los centros de arbitraje son entidades normalmente adscritas a una Cámara de Comercio o a un Colegio de Abogados cuya función es asegurar que en la administración del arbitraje se facilite el desarrollo del procedimiento arbitral con arreglo a unas disposiciones fijadas en un reglamento: en consecuencia ni resuelven directamente las controversias ni pronuncian laudos arbitrales. Dichos centros poseen unas características esenciales ya que los distintos sistemas arbitrales suelen establecer una serie de requisitos estructurales para que pueda desempeñar su función, si bien no todos poseen un carácter constitutivo. La dificultad en su determinación estriba en las escasas referencias de los tratados internacionales y de las legislaciones internas a la hora de establecer los elementos estructurales para que pueda ejercer sus funciones una institución de este tipo.

Sea como fuere, es indudable que sobre estas entidades debe de estar presente una nota de continuidad en su función, pues su objetivo no es administrar un determinado arbitraje, sino que han de desempeñar una actividad permanente. Ello presupone la necesaria nota de profesionalidad en su personal y un conocimiento de las normas arbitrales, tanto del propio sistema donde el centro se ha constituido como de los estatutos y del reglamento arbitral de dicho centro. Una profesionalidad que comporta la presunción del buen conocimiento y de la habitualidad en la aplicación de las normas relativas al arbitraje (la ley de arbitraje, el reglamento arbitral de aplicación y la costumbre del lugar de aplicación). Algo que, por lo general, no podrá exigirse a los árbitros designados por la institución que, en principio, no son empleados de la misma aunque figuren en una lista, y que actúan de manera esporádica al margen de las notas habitualidad, dedicación y permanencia del personal del centro.

Los estatutos o las normas reguladoras de la asociación o la corporación deben tomar en consideración dentro del objeto social, de forma exclusiva o cumulativa, la administración de "funciones arbitrales" por parte de la corporación o asociación; esto es, todo aquello que coopere en el arbitraje. Junto a esto resulta aconsejable que las instituciones arbitrales hagan públicas informaciones lineales acerca de su estatuto jurídico, de su régimen interno, de las características, naturaleza y alcance de sus servicios y de sus fuentes principales de financiación. Asimismo es conveniente la publicidad: de su lista de árbitros, si es que cuenta con ella, y de los criterios de selección y el procedimiento establecido para integrarse; de la eventual especialización de sus servicios en los distintos sectores jurídicos (*v.gr.* arbitraje marítimo, arbitraje minero...) y, de sus derechos de administración y, si los hubiere,

²¹ C.A. Guimarães Pereira, "A participação das Câmaras de Arbitragem como *amicus curiae* em Processos do Tribunal de Contas da União Relativos a Processos Arbitrais", *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 12, 2007, pp. 43-50.

de admisión, así como los honorarios de los árbitros y los costes de otros servicios asociados al procedimiento arbitral.

2. Reglamento de arbitraje

13. Con la difusión de su reglamento de arbitraje, la institución administradora ofrece sus servicios con carácter permanente y *erga omnes*, en los términos que en él se detallan. El panorama comparado registra notables diferencias entre los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones arbitrales dedicadas tanto al arbitraje interno como al arbitraje internacional²². No obstante, suele existir un denominador común centrado en las siguientes notas: mínimo formalismo del convenio arbitral, amplio respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y máxima protección del laudo arbitral. Dicho denominador común tiende a ampliarse pues las instituciones arbitrales más destacadas han procedido a modificar sus reglamentos con una predisposición hacia la armonización teniendo como objetivos fundamentales promover el efectivo control institucional sobre el arbitraje, acelerar el procedimiento arbitral, enfatizar la autonomía de las partes y reconocer el carácter transnacional del arbitraje internacional²³.

La redacción de un Reglamento de arbitraje es una labor muy complicada que no puede realizarse a la ligera pues todo aquello que no es tomado en consideración por el mismo no vincula a las partes y ello es extensivo a las normas de índole complementaria que elabore el centro incluyendo modificación un reglamento anterior. Cada institución arbitral redacta sus propios reglamentos de arbitraje para determinar, de forma más o menos detallada, el procedimiento de arbitraje, incluidos el comienzo del arbitraje, el establecimiento del tribunal arbitral, la recusación de árbitros y la sustitución de un árbitro, la presentación de los alegatos de las partes, las pruebas, las audiencias, la toma de decisiones por el tribunal y la forma y notificación de los laudos. Es muy frecuente que el centro de arbitraje decida tomar como referencia un reglamento ya elaborado que haya demostrado su eficacia a lo largo de los años. Si elige esta opción lo aconsejable es que adopte el texto en bloque; con ello se preserva el interés de las partes de saber a ciencia cierta qué procedimiento va a regir su controversia futura. Pero si esto no es factible no existe inconveniente en que el texto adaptado del modelo patrón incluya disposiciones específicas acerca de los diversos medios o procedimientos relacionados con los servicios administrativos o sobre cuestiones concretas, como las tablas de honorarios²⁴.

Concurre una opinión generalizada en los medios arbitrales de que al igual que los buenos acuerdos de arbitraje, los buenos reglamentos, no deben incluir excesivas reglas dejando substanciales cuestiones a la decisión de los árbitros, quienes así pueden decidir cada caso, según sus circunstancias y las legítimas expectativas de las partes. Esta tendencia a limitar el *fureur réglementaire*²⁵ no

²² H. Smit y V. Pechota, *International Commercial Arbitration Rules*, Yonkers (N.Y.), Juris Publishing, 1998.

²³ J.L. Greenblatt y P. Griffin, "Towards the Harmonization of International Arbitration Rules: Comparative Analysis of the Rules of the ICC, AAA, LCIA and CIET", *Arb. Intl.*, vol. 17, nº 1, 2001, pp. 101-110.

²⁴ En relación con el RAU *vid.* "Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi aprobado por la Comisión en el 15º Periodo de Sesiones", *Anuario Cnudmi*, vol. XIII, 1982, p. 428.

²⁵ P. Lalive, "De la *fureur réglementaire*", *Bull. ASA*, nº 2, 1994, pp. 213 ss.

excluye la necesidad de incluir ciertos los límites a una actuación absolutamente discrecional por parte de los árbitros. Una cosa es que éstos cuenten con instrumentos suficientes para dirigir el procedimiento, con la flexibilidad inherente al arbitraje y despojados de rígidos formalismos, y otra cosa es que dejen de lado los principios esenciales del procedimiento arbitral como son el de igualdad, audiencia y contradicción. En cualquier caso, el tribunal arbitral a partir del Reglamento está habilitado para dirigir el arbitraje de la manera que considere más pertinente, siempre que se trate a las partes con igualdad en cada etapa del procedimiento y se les conceda plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

14. Este peculiar modo de arbitrar tiene a su disposición una serie de “Reglamentos modelo”, frecuentemente renovados²⁶, que a veces figuran en la cláusula compromisoria y otras son elegidos por los árbitros para clarificar su labor. Referente obligado es el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral (RAU), aprobado por la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976. Con independencia de su envejecimiento tras más de treinta años de vigencia, la acogida de este arquetipo ha sido muy apreciable tanto en el orden interno como en el internacional²⁷, siendo habitualmente utilizado en todos los continentes. El campo de aplicación del Reglamento no está limitado a los arbitrajes *ad hoc*, sino que es frecuentemente utilizado en los arbitrajes de inversiones²⁸ y en los arbitrajes administrados al ser el texto modelo de muchas instituciones arbitrales²⁹ y a su lado se encuentra el Reglamento de conciliación de la Uncitral de 1980 por medio del cual cuando las partes en una controversia comercial deseen solucionarla amistosamente, podrán acordar que este Reglamento rija el procedimiento de conciliación. La razón de ser de tal aceptación reside en que aporta un régimen procesal completo, al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje: contiene una cláusula compromisoria modelo (“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral, tal como se encuentra en vigor”) y regula la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto y la interpretación del laudo. La remisión en una cláusula de solución de controversias al RAU significa que las partes convienen en que las controversias actuales o futuras se resuelvan en actuaciones arbitrales sustanciadas de conformidad con dicho Reglamento.

Es un hecho incontrovertido que los operadores de las transacciones mercantiles internacionales se refieren a él cada vez con mayor frecuencia en sus cláusulas compromisorias o en los acuerdos de arbitraje y un número considerable de instituciones arbitrales ha aceptado o adoptado el Reglamento de diversas formas³⁰.

²⁶ J. Beechey, “International Commercial Arbitration. A Process Under Review and Change”, *Disp. Res. J.*, vol. 55, nº 3, 2000.

²⁷ K.H. Böckstiegel, “Applying the Uncitral Rules. The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal”, *International Tax and Business Lawyer*, vol. 4, 1986, pp. 266 ss.

²⁸ G. Sacerdoti, “Investment Arbitration Under ICSID and Uncitral Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ICSID Review*, vol. 19, nº 1, 2004, pp. 1-48.

²⁹ D.S.A. Idid, “Use of the Uncitral Arbitration Rules at Arbitral Institutions. The Case of Malaysia”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, nº 1, 2007, pp. 37-48.

³⁰ En el contexto de la labor realizada por la Uncitral en orden al arbitraje comercial internacional *Vid.* E.E. Bergstein, “The Contribution of the Uncitral Arbitration Rules to International Commercial Arbitration”, *Liber*

Baste referirse al Regl. de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial o al Reglamento del Centro de Solución de Controversias de la Agencia Internacional de Energía, de 1980 que han incorporado el texto del RAU en su totalidad o en parte. Junto a esto un gran número de Centro de arbitraje que cuentan con Reglamento propio han aceptado en mayor o menor medida las disposiciones del RAU, siendo paradigmático el Regl. LCIA de 1981. Como instrumento genuinamente latinoamericano, destaca el referido Reglamento de la (CIAC); a él se remite expresamente la Ley Uniforme del Mercosur en cuyo art. 12.2º b) dispone que “si las partes o el presente Acuerdo nada hubiesen previsto, se aplicarán las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) – conforme a lo establecido en el art. 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975– vigentes al momento de celebrarse la convención arbitral”. Y, para despejar cualquier duda en torno a la modalidad de arbitraje elegida el art. 25 establece que la aplicación de estas normas reglamentarias “no implicará que el arbitraje se considere institucional”.

15. Las instituciones arbitrales acostumbran a contar con Reglamentos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia por lo que es suficiente la simple referencia al reglamento de la institución sin necesidad de que las partes acuerden los detalles a este respecto. Con ello se evita que el convenio de arbitraje incluya una serie de precisiones tales como la forma de designación de los árbitros, los plazos para las alegaciones y pruebas, si el arbitraje debe ser de Derecho o de equidad, las reglas aplicables al fondo del asunto, el plazo para dictar el laudo... incluyendo algunos extremos difíciles de prever al redactar la cláusula arbitral y propiciando la patología del propio convenio.

La práctica arbitral suscita el interrogante del ámbito de sujeción de las partes al Reglamento de la institución arbitral que ha sido designada para administrar su controversia. Más concretamente, si las partes pueden apartarse y en qué medida del Reglamento o si, a la inversa, sus reglas tienen carácter imperativo. Este es un tema en el cual las instituciones de arbitraje han adoptado posiciones diferentes y algunas disposiciones reglamentarias consideran expresamente su posible modificación por las partes. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association* establece en su art. 1.1º que sus reglas estarán sujetas “a cualesquiera modificaciones que las partes adopten por escrito”. Sin embargo, en el Reglamento de la CCI nunca se ha incluido una disposición semejante y la CCI ha rechazado administrar arbitrajes en los que las partes hayan realizado modificaciones no previstas expresamente en el Reglamento³¹.

16. Cada institución arbitral cuenta con un conjunto sistematizado de reglas que desarrollan el conjunto de potestades de la misma siempre, *prima facie*, dentro del marco de un sistema estatal de arbitraje determinado: el reglamento arbitral. A ello

Memorialis Petar Šarčević, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2006, pp.389-400. Diversas instituciones internacionales como los *Regional Centres for Arbitration* de Kuala Lumpur y el Cairo, la *Inter-American Commercial Arbitration Commission* y el *Iran-United States Claims Tribunal*, han utilizado el Reglamento para proyectar sus propias reglas. Otras, como la *Euro-Arab Chambers of Commerce* lo usan como alternativa de sus propias reglas si las partes así lo disponen.

³¹ Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, Oxford University Press, 2001, p. 18.

responde que el Reglamento no pueda ser contrario a la respectiva Ley de arbitraje o a otras disposiciones aplicables al litigio como, según parece, un arbitraje al amparo del Convenio de las NU 1978 (“Reglas de Hamburgo”) por el talante imperativo de las previsiones contenidas en su art. 22. Por tanto los Reglamentos de arbitraje regirán la controversia a menos cuando una de sus normas entre en conflicto con una disposición de Derecho imperativo que las partes no puedan derogar³². La práctica aconseja que los centros cuenten con un reglamento único prescindiendo de que éste pueda incluir diversos procedimientos en razón, fundamentalmente de la materia y de la cuantía. Es habitual la presencia de “procesos abreviados” para litigios de escasa cuantía. Si el centro carece de Reglamento es difícil que pueda desempeñar las funciones habituales de una institución administradora aunque se apuntan soluciones tendentes a la aplicación de las normas supletoria legales, lo cual no resulta plenamente satisfactorio. Podría, eso sí, actuar el centro como una entidad nominadora de árbitros desarrollándose el procedimiento por las reglas del arbitraje *ad hoc*.

El Reglamento deriva, pues, de un acto de voluntad unilateral del centro arbitral, que desarrolla las normas legales sobre administración de arbitrajes, esto es, un conjunto de disposiciones de carácter privado cuya eficacia es exclusivamente inter partes; esto es, sólo desplegarán sus efectos respecto de aquéllos que se sometan al concreto centro de arbitraje solicitando el arreglo de su controversia³³. Por la razón expuesta los Reglamentos no constituyen normas de alcance general, limitándose a regular las relaciones de los particulares que se han sometido a los mismos. En aquellos supuestos en los que el centro arbitral, a pesar de estar legalmente constituido, no tenga un reglamento arbitral, la ausencia del mismo no puede afectar a la validez del convenio arbitral, puesto que no es un requisito constitutivo, sino funcional. En este caso, al igual que en los arbitrajes *ad hoc*, se aplicarían las normas supletorias legales respecto de la configuración del arbitraje, mientras que la facultad de administrarlo, que procede de la propia Ley, debería llevarse a cabo siguiendo exclusivamente el principio del fiel cumplimiento del encargo. No es una situación excepcional, pues muchas corporaciones como Cámaras de comercio o Colegios de abogados pueden considerar en sus estatutos funciones arbitrales y todavía no hayan elaborado su específico Reglamento de arbitraje³⁴.

Las legislaciones estatales pueden intervenir condicionando el contenido del reglamento arbitral que establezca un centro de arbitraje autorizado para ejercer funciones de administración del arbitraje. Según esto, en el reglamento arbitral se regulan esencialmente los actos necesarios para dar inicio a la intervención del centro arbitral, para designar a los árbitros, para configurar los elementos potestativos del arbitraje y el contenido de la administración del arbitraje; y, potestativamente, las reglas de desarrollo del procedimiento arbitral y cualquier otra actuación del centro arbitral previa, coetánea o posterior a la intervención de los árbitros.

³² Este es, por ejemplo, el tenor del art. 1.3º Regl. Canaco.

³³ A ello se refiere concretamente el art. 4.1º a) Convenio de Ginebra de 1961 al determinar que las partes “podrán”, según su libre criterio, prever “que sus controversias o diferencias sean sometidas para su resolución a una institución arbitral permanente; en este caso, el procedimiento arbitral se desarrollará conforme al Reglamento de la institución designada”.

³⁴ F. Munné Catarina, *La administración del arbitraje*, *op. cit.*, p. 44.

3. Incompatibilidades sus miembros

17. La complejidad de las funciones que competen a la institución administradora obliga a cuestionarse muy seriamente acerca de lo que debe hacerse en el caso de que un miembro integrante de un centro de arbitraje sea parte litigante en el arbitraje que administra frente a otra parte que no tenga ningún tipo de relación con aquella. En tal caso es indudable que concurre una posición de privilegio respecto al nombramiento de los árbitros poniéndose en duda la imparcialidad necesaria en todo arbitraje. Por esa razón los centros de arbitraje más consolidados dan una respuesta tajante a esta cuestión impidiendo que sus funcionarios ejerzan funciones arbitrales en las causas que se tramitan ante ese centro. A este respecto el art. 2 del apéndice II Regl. CCI ("Reglamento interno") parte de la incompatibilidad absoluta, aunque admite ciertas inflexiones, mostrando una cierta protección corporativa. Según este precepto

"1. El Presidente y los miembros de la Secretaría de la Corte no podrán intervenir como árbitro o asesor de parte en asuntos sometidos a arbitraje CCI.

2. Los Vicepresidentes y los demás miembros de la Corte no podrán ser nombrados directamente como árbitros por la Corte. Sin embargo, pueden ser propuestos, para desempeñar tal función, por una o varias partes o conforme a cualquier otro procedimiento de designación convenido por las partes, sujeto a confirmación.

3. Cuando el Presidente, alguno de los Vicepresidentes o cualquier otro miembro de la Corte o de la Secretaría estén involucrados, a cualquier título, en un proceso pendiente ante la Corte, debe así manifestarlo al Secretario General de la Corte desde el momento en que tenga conocimiento de tal situación.

4. Dicha persona deberá abstenerse de toda participación en los debates o en la toma de decisiones de la Corte relacionados con el mencionado proceso y deberá ausentarse de la sesión de la Corte cuando dicho proceso le sea sometido.

5. La persona involucrada no recibirá documentación ni información alguna relacionada con dicho proceso".

Esta misma incompatibilidad se está introduciendo en algunos sistemas arbitrales como muestra en Italia el art. 832 *c.p.c.* al regular los arbitrajes que se desarrollan de conformidad con un reglamento preconstituído y que puede afectar a los arbitrajes internacionales que eligen Italia como sede del arbitraje³⁵. Desde el punto de vista deontológico, también se producirá una incompatibilidad manifiesta cuando un miembro de una institución arbitral actúe como asesor en la redacción del documento que incorpora el convenio arbitral, puesto que puede tener interés en la validez de dicho convenio o, incluso, de forma indirecta en favorecer los intereses que, en su momento, defendió por cuenta de la parte a la que asesoró. Y la misma situación acontecerá cuando un miembro del centro arbitral intervenga durante el

³⁵ De acuerdo con el art. 832.3º "*Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionale non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi*". Cf. A. Briguglio, "La dimensione transnazionale dell'arbitrato", *Riv. arb.*, vol. 15, 2005, pp. 679-709, esp. p. 699.

arbitraje como asesor de una de las partes en litigio, pues cabe la posibilidad de su participación bien en las decisiones prearbitrales que condicionan la intervención del árbitro, o bien en el control de la actuación de los árbitros que es inherente a la administración del arbitraje.

Algunos Códigos éticos no suelen ser especialmente estrictos en este sentido limitándose a advertir a las instituciones arbitrales que se abstengan de designar como árbitros a personas que desempeñen cargos de administración, dirección o gestión, sean miembros de sus órganos de gobierno, o formen parte de su personal empleado, salvo que las partes de mutuo acuerdo las nombren o el Reglamento lo permita. Prescribiendo que en tales supuestos las designaciones deberán limitarse al puesto de árbitro único o presidente del tribunal.

4. Confidencialidad

18. Resulta un lugar común abundar en que la confidencialidad es uno de los rasgos más útiles del arbitraje³⁶, pero la práctica conduce a plantearnos si estamos más ante una ficción que a una realidad³⁷. Una perspectiva estatal registra que no todos los sistemas de arbitraje dan la misma respuesta a la cuestión de saber en qué medida los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso³⁸. Por esa razón una de las ventajas del arbitraje institucional es permitir que las partes elijan un centro que cuente con un Reglamento que sea expresamente riguroso en torno a la cuestión de la confidencialidad extendiendo esta última a cuestiones tales como la documentación o información utilizada en el arbitraje, por ejemplo, elementos de prueba, alegaciones escritas y orales, etc...

Para garantizar la confidencialidad las instituciones arbitrales se esfuerzan para guardar la más absoluta discreción acerca de la identidad de las partes y el fondo de los asuntos que administran, estableciendo mecanismos que aseguren la privacidad de los documentos e informaciones aportados al procedimiento, conservando por un periodo razonable la documentación del procedimiento y, salvo que las partes pidan a su costa la devolución de documentos, procederán a su destrucción, previa comunicación por escrito a las partes.

Esta preocupación por mantener el control de la documentación arbitral, necesario para garantizar la reserva ha sido una preocupación constante de la CCI que ha introducido, al efecto, sucesivas modificaciones a su Estatuto, que subraya, con especial insistencia, el carácter confidencial de las actividades de la Corte, declarándola de obligado cumplimiento para quien participe en ellas a cualquier título. Para ello, la Corte deberá determinar expresamente las condiciones bajo las cuales "las personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a los documentos presentados a la Corte y a su Secretaría" (art. 6). Dicha determinación se regula de manera minuciosa en el art. 1 del Apéndice II Regl. CCI.

³⁶ E. Loquin, "Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage", *Rev. arb.*, 2006, pp. 323.352.

³⁷ A. Edwards, "Confidentiality in Arbitration, Fact or Fiction?", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 3, 2001, pp. 94-95.

³⁸ Baste atender a la jurisprudencia inglesa. *Vid.* L. Burger, "La confidentialité dans l'arbitrage, a propos de d'affaire Ali Shipping", *Rev. arb.*, 1998, pp. 579 ss.

En términos generales lo que importa es que los miembros de una institución de arbitraje no deben tener conocimiento alguno sobre los asuntos que les llegan para que sean sometidos a arbitraje. Aquí desempeña una función esencial la Secretaría General, que ha de limitarse a suministrar la información mínima pertinente para que la referida institución pueda ejercer sus funciones de conformidad con su Reglamento, funciones que también tienen el carácter de confidenciales. Dicha información debe, pues, reducirse a extremos tales como el nombre de las partes, la cláusula de arbitraje pactada, la descripción general de la naturaleza de la controversia y el monto de la misma. En caso de que la institución arbitral o la comisión que en su seno se encargue del asunto concreto, requiera de más información, la recabará de la Secretaría que la suministrará teniendo buen cuidado en no facilitar indicaciones acerca de la controversia o sobre el laudo. Únicamente si se procede así los operadores que recurran al arbitraje administrado tendrán la certeza de que está asegurada la confidencialidad de su controversia³⁹.

IV. FUNCIONES DEL CENTRO DE ARBITRAJE

1. Administración del arbitraje y actividades complementarias

19. Las instituciones a las que las partes se remiten para que intervengan en un futuro arbitraje cumplen un cometido esencial. Muchas veces dichas instituciones adoptan el apelativo de "Corte" pero debe dejarse bien sentado que no debe utilizarse la expresión en sentido estricto, cuyo equivalente judicial sería un órgano dedicado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Más bien existe un órgano administrativo encargado de una serie de funciones, en íntima conexión con los arbitrajes que se tramiten de acuerdo con su Reglamento, fundamentalmente la de puesta en contacto entre las partes en el litigio y el tribunal arbitral y la de supervisar, dentro de unos términos muy estrictos, el procedimiento arbitral. Las más de las veces, los árbitros y las partes tienen un contacto mínimo con la institución arbitral mientras se desarrolla el procedimiento y ese contacto se efectúa con el concurso de la Secretaría de la corte. Concurrén, sin embargo, ciertas particularidades que atañen a ciertos centros de arbitraje y aunque no todas las cortes de arbitraje desempeñen las mismas funciones puede sostenerse que, con carácter general, una corte está encargada de supervisar la totalidad del procedimiento arbitral, desde la demanda inicial hasta el laudo final.

Entre los posibles servicios administrativos que puede desempeñar un centro arbitral pueden detallarse los siguientes: transmitir comunicaciones escritas de las partes o de los árbitros; prestar asistencia al tribunal arbitral en la fijación de la fecha, hora y lugar de las audiencias y su notificación anticipada a las partes (*v.gr.*, art. 25.1º RAU); proporcionar, o conseguir, salas de reunión para las audiencias o deliberaciones del tribunal arbitral; disponer lo necesario para la transcripción taquigráfica de las audiencias; prestar asistencia en el archivo o registro de laudos arbitrales en los países donde la ley exija esos trámites; y, en todo caso, proporcionar servicios administrativos o de secretaría en otros aspectos. Es conveniente que en los procedimientos administrativos de la institución se distinga

³⁹ S. Gómez Ruano, "Confidentiality in International Arbitration", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2002, pp. 14-17.

claramente entre las funciones de autoridad nominadora y otras formas de asistencia administrativa de índole técnico y de secretaría; por eso el centro de arbitraje debe advertir a los usuarios del mismo si ofrece ambos tipos de servicios o sólo uno de ellos.

Al lado de las funciones directamente relacionadas con la administración del arbitraje muchos centros establecen una serie de actividades de naturaleza complementaria; como, por ejemplo: promover y divulgar el arbitraje y la mediación, como alternativas para la solución de conflictos, llevar los archivos estadísticos que permitan conocer cualitativa y cuantitativamente la concreta actividad del centro, organizar actividades de capacitación sobre la utilización de los MASC, elaborar estudios e informes de cuestiones relativas al arbitraje y la mediación, tanto en el ámbito nacional como internacional, desempeñar las funciones y representaciones en nombre del centro, mantener, fomentar y celebrar acuerdos tendientes a estrechar relaciones con organismos e instituciones, tanto nacionales como internacionales, interesadas en el arbitraje y la mediación, prestar asesoría en materia de arbitraje y mediación, entre otras muchas (*v.gr.*, art. 3 Estatuto de funcionamiento Corte Española de Arbitraje).

Existen otras funciones de contenido auxiliar que no dejan de tener interés, como es establecimiento de los criterios interpretativo del Reglamento; según el art. 10 Regl. Corte Española de Arbitraje esta función incumbe a la Corte "con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, e igualdad, sea de oficio o a instancia de parte".

20. La administración del arbitraje hace referencia a las potestades del centro arbitral, tanto durante los actos prearbitrales realizados por las partes frente al mismo centro arbitral, antes de la intervención del árbitro, como de los actos materializados durante el procedimiento arbitral que las partes siguen frente al árbitro; e incluso, los posibles actos postarbitrales, posteriores a la terminación de la intervención del árbitro. Cabe presumir a partir de aquí como "administración del arbitraje" el conjunto de potestades del centro arbitral que se ejercer en dos momentos distintos. En primer lugar, durante la denominada etapa pre-arbitral, que tiene como protagonistas a las partes, de un lado, y a la institución arbitral, de otro: después de que se suscribe un convenio arbitral, sus otorgantes están obligados a aceptar la competencia del centro arbitral y a proceder en la forma prevista en su reglamento; es cierto que las partes son libres de someterse a arbitraje y de escoger la institución arbitral que en su caso habrá de administrarlo, pero después de que cualquiera de las partes lo solicite, incluso en contra de la voluntad de la otra, carecen de facultades para determinar las reglas, que son establecidas por el propio el centro; el sometimiento confiere a éste último competencia para intervenir en la administración del arbitraje, estando obligado a pronunciarse, con carácter previo, sobre su competencia y a realizar los trámites oportunos para la tarea que se le ha encomendado. En segundo lugar, durante el desarrollo del procedimiento arbitral y que se puede extender a eventuales actos postarbitrales, posteriores a la terminación de la intervención del árbitro⁴⁰.

El centro de arbitraje está llamado a prestar una eficaz función asistencial, por ejemplo, facilitando a sus árbitros ciertos precedentes pues con ello puede contribuir

⁴⁰ Cf. F. Munné Catarina, *La administración del arbitraje...*, *op. cit.*, p. 32.

al mayor rigor y perfección técnica de los laudos, a la construcción de una línea jurisprudencial propia del centro y a una cierta estabilidad a la tarea de los árbitros operantes en el ámbito de la misma entidad⁴¹. También es factible que la institución arbitral facilite diversos servicios administrativos (v.gr., salas para las vistas o servicios de secretaría) para que el tribunal arbitral consiga desempeñar sus funciones. La institución puede facilitar el apoyo administrativo requerido por el tribunal arbitral si este arbitraje administrado tiene lugar en la sede de la institución. Esta actividad, sin desplazar a la autonomía de la voluntad inherente al arbitraje, aporta indudablemente un mayor grado de seguridad jurídica; y lo hace por intermedio de una reglamentación objetiva de naturaleza procesal cuya misión es solucionar los problemas de actividad e incidentales que puedan plantearse a los que acuden a su concurso para resolver sus controversias. Por último, en orden a las medidas cautelares y asociado al recurso a la jurisdicción estatal la práctica arbitral ha ensayado otras fórmulas, como el concurso directo de la institución arbitral caso de que el arbitraje sea administrado⁴².

La mayor o menor eficacia del arbitraje desarrollado en el seno de una institución arbitral depende, en primer lugar, de que los reglamentos arbitrales estén lo suficientemente bien redactados para que no existan dudas acerca de su obligación para administrar el arbitraje y que el arbitraje pueda desarrollarse sin ingerencias externas; y en ellos se establecerán el código y reglas de procedimiento hasta laudo. Desde luego que la intervención de las instituciones permanentes de arbitraje en la designación de tribunales arbitrales es la pieza clave sobre la que bascula toda la organización, y a ello prestaremos una especial atención.

2. Verificación previa de la conformidad del convenio arbitral

21. La verificación previa por la institución arbitral de la existencia o inexistencia del convenio arbitral o de la procedencia a improcedencia de las excepciones que pueda interponer la otra parte plantea un interés esencial. Bien entendido que el parecer de la institución no prejuzga la admisibilidad o el fundamento de la excepción o excepciones que se hayan podido exponer, pero sí funciona como un primer filtro que, *prima facie*, lleva a cabo una institución y que inexorablemente impone una actividad "prearbitral"; tiene la virtud de abrir paso al arbitraje mismo o bien cerrar la posibilidad de la vía arbitral, con lo que el árbitro siquiera llegaría a participar. En el primer caso incumbe propiamente a los árbitros resolver acerca de las excepciones planteadas y sobre su propia competencia, pero en el segundo caso parece evidente la relevancia de una eventual decisión de signo negativo que impida el arbitraje de plano. Por esa razón se ha suscitado la polémica de cómo la parte perjudicada puede alegar vulneración de su derecho de defensa ante la institución arbitral por medio de un cauce en el que no existe respeto al principio de contradicción, ni cumplimiento del derecho al árbitro, para muchos equivalente al juez natural en ese supuesto concreto⁴³.

No es frecuente que una parte presente una solicitud de arbitraje ante el centro sin hacer una alusión expresa al acuerdo de arbitraje en donde conste que las partes

⁴¹ E. Verdura y Tuells, "El pierce the veil...", *loc. cit.*, p. 31.

⁴² Vid. J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y justicia cautelar", *RCEA*, vol. XXII, 2007, nº 16.

⁴³ B. Cremades Sanz-Pastor, "Nuevas reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", *Derecho de los negocios*, nº 85, 1997, pp. 1-10.

se remiten expresamente al mismo. Por lo general la referencia expresa a la cláusula tipo no suele plantear problemas cuando ésta se ha introducido en el contrato siguiendo el modelo y las instrucciones aportados por el propio centro. Sin embargo, en ocasiones la cláusula puede plantear problemas por una serie de circunstancias y en tal caso el centro debe proceder a un estudio previo que permita entender que incluye de manera inequívoca la remisión de la administración del arbitraje a dicha institución.

22. La práctica de las instituciones de arbitraje en tal estado de cosas no es similar, si bien demuestra que los centros tienden a interpretar de un modo muy liberal el contenido de la remisión. Según parece, la CCI si bien no es muy estricta en cuanto a la exigencia de que el acuerdo arbitral tenga forma escrita verifica con detalle si el acuerdo existe⁴⁴, aceptando poner en marcha arbitrajes con fundamento en cláusulas de arbitraje contenidas en contratos en los que las partes discrepan en cuanto a si se han aceptado las condiciones en cuestión; asimismo ha permitido que se inicie un arbitraje cuando el único documento relevante aportado era un proyecto de contrato inicializado por las partes aunque nunca llegó a firmarse un contrato final; por último, en ciertos casos la CCI ha permitido que se proceda a un arbitraje con la afirmación de que los acuerdos se han derivado del intercambio de cartas, télex o comunicaciones similares⁴⁵. Siguiendo con la tradición de antiguas versiones de su reglamento el vigente de 1998 determina en su art. 6.2º un completo mecanismo donde se entremezclan el principio de la competencia-competencia y el principio de la separabilidad de la cláusula del contrato principal y que combina la intervención del Tribunal arbitral con la de la Corte que actúa, en definitiva, como interventora en el control de la validez de la cláusula:

“Si la Demandada no contesta a la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al Tribunal Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue”.

Junto a lo anterior las instituciones de arbitraje suelen circunscribir el objeto del arbitraje a relaciones comerciales con carácter exclusivo. Es una opción que encuentra, indudablemente, una clara justificación por soler orientarse su cometido profesional al “arbitraje comercial internacional” y que se reflejaba, por ejemplo, en el art. 1 de la anterior versión del Regl. CCI, centrado en las desavenencias de orden comercial que tuviesen, a su vez un contenido internacional. Ello originó ciertos

⁴⁴ En el asunto *Ceskolovenska Obchodni Banca A.S. / CCI* la CCI había aplicado el art. 7º del antiguo negándose a reconocer un acuerdo de arbitraje y ante tal proceder el demandante presentó una demanda ante *Tribunal de grande instance* pidiendo que la CCI fuera obligada a iniciar el arbitraje. El Tribunal en su fallo de 8 de octubre de 1986 consideró, sin embargo, que la CCI no había cometido ninguna falta pues se había limitado a aplicar su propio Reglamento, que reconocía tácitamente los poderes discrecionales de que goza la Corte de la CCI en cuanto a decidir si se inicia o no un arbitraje (*Rev. arb.*, 1987, pp. 367-369).

⁴⁵ Cf. Y. Derains y E.S. Schwartz, *op. cit.*, 96-113.

problemas que no han dejado de enquistarse a la hora del control de los laudos arbitrales por parte de la jurisdicción estatal⁴⁶. Por esta razón el art. 1.1º, del vigente reglamento de 1998 posee un talante más genérico al determinar que es función de la corte, el arbitraje para “proveer la solución mediante arbitraje de las controversias de carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios”.

3. Nombramiento, recusación y sustitución de los árbitros

23. Estas circunstancias obligan a las instituciones arbitrales a velar por el mantenimiento de un minucioso patrón ético y profesional, con el objeto de que el procedimiento arbitral no quede afectado por la existencia de dudas en los momentos críticos del procedimiento, señaladamente en lo que concierne a la neutralidad de sus actuaciones, *v.gr.*, la designación árbitros, la selección de la sede arbitral o la ampliación del plazo para dictar el laudo.

Una característica fundamental que debe adornar la función del árbitro es la disponibilidad de la que ha de cerciorarse de una manera muy estricta la institución administradora si se opta por un arbitraje administrado; este última debe, en efecto, garantizar que los árbitros estén en posibilidad material de analizar y valorar de forma razonable todas las alegaciones de las partes evitando en todo momento el nombramiento de árbitros con excesiva carga de trabajo. Precisamente uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la práctica seguida en determinados círculos de arbitraje es el de la escasa atención de los árbitros a los asuntos sometidos a su consideración por la saturación de los encargos⁴⁷. Una voz tan poco sospechosa como la del árbitro suizo P. Lalive llama la atención sobre el particular:

“Une critique analogue est adressée à certains arbitres, pourtant dignes d'estime par ailleurs, mais réputés ne pas rédiger eux-mêmes leurs décisions, sans doute par sur occupation. La critique nous a paru peu crédible à priori, tant il est vrai que l'acte de juger ne se réalise vraiment qu'au moment et dans la rédaction de la décision - forme et fond étant inséparables. Mais le seul fait que ces critiques soient possibles et que ces rumeurs circulent est en soi inquiétant, et nuisible pour l'ensemble de la communauté des usagers et des arbitres”

Un árbitro puede ser excelente pero debe tener tiempo para dedicarlo al litigio que se le encomienda y a veces no resultar el adecuado para resolver el asunto en un plazo prudencial y la práctica demuestra que los árbitros codiciados por sus cualidades prolongan en demasía el resultado de la litis con el consiguiente perjuicio para las partes proponentes⁴⁸. Es una situación, la de la disponibilidad, que debería quedar reflejada en los reglamentos de arbitraje y acompañar a la declaración de independencia. Algunos centros de arbitraje se hacen eco de esta circunstancia; por ejemplo el parágrafo único del art. 40 Regl. del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC) exige en procedimiento de designación de árbitros “su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje” y en la misma dirección se pronuncia el art. 8 Regl. del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara

⁴⁶ Vid. Ph. Fouchard, “Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente)”, *Rev. arb.*, 1987, pp. 225-274.

⁴⁷ Cf. P. Lalive, “Dérives arbitrales (I)”, *Bull. ASA*, nº 23, nº 4, 2005, p. 590.

⁴⁸ Ch.J. Moxley, “Selecting the Ideal Arbitrator”, *Disp. Res. J.*, vol. 60, nº 3, 2005.

Argentina de Comercio (Cemarc) el cual, junto a los deberes de imparcialidad y de independencia, exige a los árbitros “disponer de tiempo suficiente para atender el arbitraje de forma adecuada”. Asimismo, los Códigos éticos insisten en esta cuestión. Baste atender al Canon IV del Código AAA-ABA, que determina que un árbitro debe cumplir con sus obligaciones en forma diligente y concluir el caso a la mayor brevedad posible conforme lo permitan las circunstancias del caso; y con el mismo tenor se sitúa el art. 5 del Código Cemarc, que incluso eleva el requisito de la celeridad a la categoría de “principio fundamental del arbitraje” y que, en el respeto a los plazos establecidos en el Reglamento de arbitraje, obliga a todos los participantes en el mismo a cumplir los trámites a la mayor brevedad posible, afirmando que la “celeridad no es incompatible con el tiempo necesario para alcanzar una decisión justa”.

Como apuntamos, quienes se dedican en un determinado centro a la administración del arbitraje no deben ejercer funciones de árbitros cuando las partes se han sometido a dicha institución. Ello no resta importancia en modo alguno a la actividad de la institución administradora. Debe abundarse en que la independencia del árbitro ha de predicarse no sólo en relación a las partes sino también con sus representantes, con los demás árbitros o a la institución arbitral. Según parece, las veces que ha sido nominado árbitro o presidente del tribunal arbitral por el centro de arbitraje van en relación inversa a la presunción de independencia.

24. La constitución del tribunal de arbitral es uno de los pasos más importantes en un arbitraje, de ahí que la destreza y los requisitos de los árbitros y el número de miembros que lo integran posean una destacada repercusión sobre el desarrollo del proceso arbitral y, en última instancia, sobre el propio laudo. Por eso el papel de un tercero en esta función resulta esencial. Debe distinguirse claramente entre las funciones de asistencia administrativa de contenido técnico de la institución administradora de aquellas que se limitan al mero nombramiento de los árbitros y que no comprenden las anteriores. Si se ofrecen ambos tipos de servicios tal oferta debe quedar suficientemente especificada. No olvidemos que la institución puede actuar exclusivamente como autoridad nominadora de conformidad, *v.gr.*, con el RAU⁴⁹.

Es habitual que los Centros de arbitraje ofrezcan un sistema de listas de árbitros si bien concurren ciertos ejemplos, absolutamente cuestionables. En primer lugar, las listas cerradas, apuntando la práctica hacia un mecanismo de índole opcional, esto es, que la institución sólo prestará ese apoyo a las partes si ellas lo solicitan; conservando éstas un necesario margen de actuación en una tarea tan delicada por ejemplo si, en su cláusula de arbitraje, acuerdan la designación de un árbitro, respectivamente, correspondiendo a la institución arbitral o a la autoridad nominadora, la designación o designaciones siguiendo el sistema de lista; entre ambos modelos existen, no obstante, situaciones intermedias. En segundo lugar, otra práctica reprochable es la no publicidad de las listas aludiendo ciertos expertos al hecho sorprendente de que la Corte de Arbitraje de la CCI no publique la lista de los árbitros designados por los Comités nacionales⁵⁰.

⁴⁹ “Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi aprobado por la Comisión en el 15º Período de Sesiones”, *Anuario Cnudmi*, vol. XIII, 1982, p. 427.

⁵⁰ E. Robine, “Le choix des arbitres”, *loc. cit.*, p. 330.

La lista suele estar integrada por profesionales que a propuesta del órgano correspondiente del centro de arbitraje presenten su solicitud y por lo general es renovable periódicamente. Con este instrumento la institución proporciona a las partes una relación de candidatos, normalmente acompañada de un breve *curriculum*, para que efectúen la elección a través de procedimientos diversos⁵¹. En concreto, puede indicarse que tachen los nombres de los que rechacen y digan el orden de preferencia de los que acepten; cuando los nombres coinciden, aunque formalmente la designación es a cargo del tercero, cuenta con la participación de las partes. Bien entendido que la práctica conviene en que las partes no deben quedar obligadas a nombrar árbitro único o tercer árbitro de la lista que suministre la institución arbitral por ser un procedimiento que carece de la necesaria flexibilidad y, nuevamente, por no respetar suficientemente el punto de partida, esto es, la voluntad de las partes. Ha de tenerse en cuenta que cuando la designación se realice por una institución arbitral, por haberse sometido a ella expresamente las partes en el convenio arbitral, la igualdad debe estar objetivamente garantizada en los estatutos y reglamentos internos de la institución; y ello, sin perjuicio de la acción recusatoria que a las partes les asiste. La esencia del sistema sigue siendo la autonomía de la voluntad de suerte que la labor del centro ha de ser un complemento de ésta en la medida en que no esté debidamente explicitada, no resultando aconsejable que sustituya a la misma. La posibilidad de que sistema de lista sea opcional no contraría en modo alguno la necesaria flexibilidad que debe presidir esta fundamental etapa del arbitraje. Únicamente si las partes acceden pueden elegir al árbitro o al presidente del tribunal entre las personas que figuren en la relación. Y sólo intervendrá el centro, eso sí, a partir de la lista si las partes no llegan a un acuerdo.

25. La remisión del nombramiento o procedimiento a seguir en la designación, recusación y sustitución de los árbitros a las normas internas de las instituciones permanentes no excluye la necesidad de que deban de respetarse una serie de cautelas; algunas establecidas por las normativas internas sobre arbitraje y otras derivadas de la propia práctica arbitral. La primera de ellas apunta a la estabilidad en la designación de los árbitros, a su capacidad y a su idoneidad profesional, sobre todo en el ámbito internacional⁵². La segunda concierne en puridad a los árbitros propuestos por la institución en el sentido de que no recaiga sobre ellos ninguna tacha profesional y práctica de la actividad arbitral, tales como que no hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales. La tercera apunta a que el criterio de selección y designación de árbitros lo sea efectivamente en personas independientes⁵³; este es uno de los factores determinantes de la elección de determinadas instituciones arbitrales, señaladamente aquellas cuyas normas prevén la designación, sin intervención de las partes más allá de la ratificación de los propuestos, eligiendo a éstos de entre personas especialmente reputadas, que además acrecientan en cada procedimiento las razones de su nombramiento; contra este postulado cabe deplorar que de la

⁵¹ R. Ríos Álvarez, "Sociedades complejas y arbitraje organizacional", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 100.

⁵² W. Miles, "International Arbitrator Appointment", *Disp. Res. J.*, vol. 57, nº 2, 2002.

⁵³ S.R. Bond, "The Selection of ICC Arbitrators and the Requirement of Independence", *Arb. Int'l*, vol. 4, 1988, pp. 300-310.

lectura de la lista de candidatos elegibles como árbitros en algunas instituciones, o de la repetición de quienes son nombrados, se llegue a la sospecha de que los criterios de selección no resultan claros, sobre todo cuando se observa que la repetición del nombramiento de un árbitro obedezca a que las pretensiones controvertidas sean de gran cuantía.

Establecidas esas cautelas, la designación del árbitro o árbitros se produce siguiendo las normas estatutarias o reglamentarias de la entidad arbitral, y en este capítulo instituciones como la Corte de arbitraje de la CCI o la AAA cuentan con una experiencia muy extensa⁵⁴ que es seguida por otras instituciones administradoras. La designación deberá comunicarse a cada uno de los árbitros para su aceptación, quienes deberán manifestarse por escrito sobre su aceptación o rechazo.

Los Reglamentos de arbitraje acostumbran a regular minuciosamente esta cuestión, aunque no existe una unanimidad en cuanto al mecanismo utilizado. Unos optan por que el centro de arbitraje asuma por entero la decisión (art. 9 Regl. AAA, art. 11.3º Regl. CCI o art. 10.4º Regl. LCIA), otros prefieren dejar la decisión a los árbitros (art. 16.1º Regl. CEA), existiendo variantes si la decisión sobre la recusación se ha dejado a los árbitros si son varios y a la institución en caso de árbitro único. De conformidad con el art. 11 Regl. CCI:

“1. La demanda de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de independencia o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha demanda.

2. Para que sea admisible, la demanda de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su demanda, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación.

3. La Corte debe pronunciarse sobre la admisibilidad y, al mismo tiempo y si hubiere lugar a ello, sobre el fondo de la demanda de recusación, después que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, la(s) otra(s) parte(s) y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros”.

Con ciertas diferencias, señaladamente plazos más breves, esta fórmula se recoge en el art. 17 Regl. del Centro de Arbitraje de México (CAM), en el art. 15 Regl. del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco) o en el art. 11 Regl. Cemarc.

26. En caso de que un árbitro no cumpla con sus funciones o esté imposibilitado de Derecho o de hecho para ejercerlas, podrá recurrirse, conforme al art. 13.2º RAU,

⁵⁴ Vid. un examen de los distintos criterios que adoptan los principales Centros de arbitraje al efecto en S.R. Bond, “The Selection of Arbitrators: the Experience of the ICC in the Confirmation/Appointment Stage of an Arbitration: l'expérience de la CCI dans la confirmation/nomination des arbitres”, *The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators / La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres*, Paris, CCI, 1991, pp. 9-16; M.F. Hoellering, “The Selection of Arbitrator: the Experience of the American Arbitration Association (AAA) in the Selection and Appointment of Arbitrators: l'expérience de l'AAA dans la confirmation / nomination des arbitres”, *ibid.*, pp. 3-7; Ch. Koch, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators”, *J. Int'l Arb.*, vol. 20, nº 4, 2003, pp. 325-353.

a la autoridad nominadora para que decida si se justifica la sustitución; la misma autoridad podrá participar en el nombramiento de un árbitro sustituto. Las consideraciones que antes realizamos en torno a la recusación de árbitros son también aplicables a los casos de sustitución. No obstante, la situación es diferente en lo que respecta a los supuestos de que trata el art. 13.1º, pues en caso de muerte o renuncia de un árbitro durante el procedimiento arbitral, la única función que puede encomendarse a la autoridad denominadora es nombrar un árbitro sustituto.

Si se trata de arbitraje administrado el centro deberá ser prudente a la hora de permitir o impedir nombrar el sustituto del árbitro a la parte que nombró al que debe ser reemplazado para no vulnerar el principio de igualdad. Los Reglamentos de arbitraje se inclinan a dar una respuesta a esta situación dejando la decisión en manos del tribunal o prescribiendo una intervención de la institución administradora. Por ejemplo, el art. 11.b) Regl. AAA determina que: "Si un árbitro es nombrado en sustitución de otro (...), el tribunal determinará a su entera discreción si todas o parte de las audiencias anteriores deberán repetirse". Por su parte, el art. 12.4º Regl. CCI dispone que "En caso de sustitución de un árbitro, la Corte decidirá, de manera discrecional, si sigue o no el procedimiento original de designación. Una vez reconstituido, el Tribunal Arbitral resolverá, después de haber invitado a las partes a presentar sus observaciones, si y en qué medida se repetirán las actuaciones anteriores". La justificación de tan tajante disposición radica en corregir eventuales abusos cuando el árbitro deba sustituirse por razones que conocía quien lo nombró al tiempo de hacerlo. De aquí se sigue que el art. 12.4º puede tener el efecto de que no se produzcan actuaciones claramente reprobables en tal sentido. En América Latina esta fórmula está incorporada al art. 18 Regl. CAM; en otros casos, las soluciones a la sustitución establecidas en los Reglamentos de arbitraje suelen ser más escuetas. Según el art. 12 Regl. Cemar, "Cuando un árbitro cese en su cargo, bien por haber prosperado la recusación, o en los casos de renuncia o muerte, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que el árbitro sustituido haya sido originalmente designado" y en una dirección se pronuncian otros Reglamentos: art. 40 Regl. de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz de la Sierra (Canaco) o el art. 30 Regl. del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (CCANI).

En la hipótesis de que se incorpore un nuevo árbitro en sustitución de otro anterior, la regla general es que se volverán a practicar todas las pruebas que se hubieren realizado con anterioridad, salvo si el nuevo árbitro se considera suficientemente informado por la lectura de las actuaciones. En tal estado de cosas, los árbitros deberán oír a las partes antes de tomar la decisión de si ha lugar o no a la repetición de actuaciones (art. 19 Regl. Canaco), lo que permite estar de nuevo a la intención de las partes sin necesidad de volver a complejas actuaciones y a la consiguiente prolongación del plazo del procedimiento arbitral. En consecuencia debe estarse a la invalidez de la prueba en que no han intervenido todos los árbitros en su práctica aunque hay casos claros que justifican la excepción, como sería una prueba pericial, usualmente presentada por escrito, en que no es necesario volver a practicar la ratificación, si el árbitro sustituto de otro anterior no desea solicitar aclaración alguna acerca del peritaje. En cambio, en la prueba testifical, no cabe duda de que, con la presencia en su práctica de todos los que han de resolver la cuestión litigiosa, se aumentan las garantías de un mejor acierto a la hora de dictar

el laudo, al ser objeto de deliberación la credibilidad que los testigos ofrezcan a cada uno de los componentes del colegio arbitral.

4. Gestión de los costes del arbitraje

27. En el arbitraje administrado el Centro suele determinar en función de una estimación de las costas el procedimiento, la suma que deberá depositarse como anticipo para sufragar las costas del arbitraje. La provisión de fondos así precisada tiene como función garantizar que el arbitraje pueda llevarse a cabo con normalidad después de que los gastos de administración y los honorarios de los árbitros vayan cubriéndose progresivamente. Esto no acontece en el arbitraje *ad hoc* donde esta cuestión debe resolverse directamente por los árbitros aunque éstos suelen delegar esta función en el presidente del tribunal arbitral, si nos hallamos ante un arbitraje colegiado, y es habitual que tras la pertinente estimación se solicite un depósito⁵⁵. Dicha estimación abarca por lo general los gastos de viaje y de otra índole de los árbitros, los gastos de la asistencia administrativa que precise el tribunal arbitral y los honorarios de los árbitros, mas no puede descartarse que los servicios del centro incluyan la gestión y contabilidad del dinero depositado. Al efecto el centro deberá facilitar los datos de la cuenta bancaria en que se ingresará el dinero y la forma de administrar esa suma. Si durante el proceso se ve que las costas serán superiores a lo previsto, pudiera ser preciso depositar sumas complementarias.

En general compete a los reglamentos de arbitraje dedicar una atención especial a este apartado determinando si el depósito deberá hacerse por ambas partes, o por todas las partes en un caso multilateral, o únicamente por el demandante. De acuerdo a los tres primeros apartados del art. 33 Regl. AAA

"a) Cuando una parte presente una demanda, el administrador podrá requerir al demandante que deposite una suma apropiada por anticipada de las costas previstas en el artículo 31, párrafos (a), (b) y (c).

b) En el curso de las actuaciones, el tribunal podrá requerir depósitos adicionales de las partes.

c) Si los depósitos no son pagados en su totalidad dentro los treinta días siguientes al recibo de la solicitud, la administrador informará a las partes para que una de ellas realice el pago solicitado. Si tales pagos no son hechos, el tribunal podrá ordenar la suspensión o terminación del proceso.

d) Una vez dictado el laudo, el administrador entregará a las partes un estado de cuenta de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado".

Por su parte la CCI distingue, a este respecto, entre las costas que deben de abonarse a modo previo para que la demanda sea tramitada por la Corte y que tienen un efecto intimidatorio para que no sirvan como mera excusa para forzar una negociación, en los supuestos en que la parte actora no tenga un interés sincero en someterse al arbitraje; con posterioridad se toma en consideración el pago de una cantidad en concepto de avance sobre la provisión de fondos que oscila entre el

⁵⁵ C. Conejero Roos, "Los costos en el arbitraje internacional", *El contrato de arbitraje*, F. Mantilla Espinoza (coord), Bogotá, Legis Editores, 2005, pp. 731 ss.

25% al 35% de dicha provisión y, por último, el pago de la provisión definitiva⁵⁶. Existen ciertas variables en función del centro considerado. Así el CACC al margen del pago de un anticipo no reembolsable que debe acompañar a la solicitud de arbitraje exige que la parte demandante “deberá consignar el remanente del cincuenta por ciento (50%) de la Tarifa Administrativa y el cincuenta por ciento (50%) de los Honorarios de los Árbitros, en el momento en que le sea requerido por la Dirección Ejecutiva” (art. 31.1º Regl.) y que la parte demandada “consignará el cincuenta por ciento (50%) restante de la Tarifa Administrativa y Honorarios de los Árbitros, dentro del plazo previsto para la Contestación” (art. 35) estableciéndose un cauce para el caso de que una de las partes omita tal requisito.

La decisión del centro arbitral de establecer el monto de la provisión de fondos habrá de ajustarse a lo que establezca su reglamento y, en su defecto, ser conforme a las normas orientadoras de honorarios para actuar como árbitro en los diversos colegios profesionales, adoptando la media de las respectivas tarifas y tomando como base la cuantía litigiosa. Una provisión de fondos excesiva podría dar lugar en su caso a la correspondiente impugnación, como impugnación de un acto prearbitral.

Como regla general la provisión precisada por la institución arbitral deberá ser pagada en partes iguales por la demandante y la demandada. Pero, a la vez, cualquiera de las partes podrá pagar la totalidad de la provisión que corresponda a una demanda principal o reconvenzional si la otra parte no hace el pago que le incumbe (art. 33.c Regl. AAA, art. 30.3º Regl. CCI)⁵⁷.

Los Reglamentos de arbitraje acostumbran a ocuparse de la cuestión de la liquidación de los gastos a cargo del centro de manera más o menos detallada. Según dispone el art. 33.d) Regl. AAA “Una vez dictado el laudo, el administrador entregará a las partes un estado de cuenta de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado”. Por su parte, el art. 18 Regl. del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC) dispone que: “A más tardar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de proferido el laudo, el Presidente deberá rendir a las partes cuenta detallada de las erogaciones realizadas por concepto de la suma precisada para los gastos de funcionamiento del Tribunal y reintegrar los excedentes si los hubiere”.

28. Con independencia de que a la larga el arbitraje pueda ser más económico que acudir a la justicia estatal llama la atención que una de sus características esenciales sea su onerosidad, que afecta fundamentalmente a los gastos que ocasione los servicios prestados por la institución administradora. Y si la institución lo toma en consideración en su reglamento, también ella podrá establecer los honorarios del árbitro; en caso contrario, éste podrá exigir a las partes la provisión de fondos que estime necesaria para atender a sus propios honorarios, salvo que en el momento de notificarle la designación, y por tanto antes de aceptar, se le advierta que sus honorarios serán preestablecidos, ajustados a unas determinadas tarifas⁵⁸.

⁵⁶ I. Fadlallah, “Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage CCI: de l'obligation des parties entre elles”, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 14, nº 1, 2003.

⁵⁷ J. Rouche, “Le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage: simple faculté ou obligation contractuelle?”, *Rev. arb.*, 2002, pp. 841-855.

⁵⁸ J. Carey Tagle y G. Fernández Ruiz, “Los costos en el arbitraje”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, op. cit., pp. 211-235.

Resulta práctica común y, al menos, aconsejable, que el escrito de designación haga referencia a las remuneraciones de los árbitros con indicación de arancel de honorarios que suelen figurar en los reglamentos de arbitraje y con indicación de que será el centro quien determine de manera exclusiva los honorarios y gastos del árbitro y que no resulta de recibo cualquier acuerdo separado entre las partes y los árbitros relativo a la remuneración de estos últimos (art. 2.4º y Apéndice III Regl. CCI)⁵⁹. Tal fijación de honorarios suele realizarse al final del procedimiento arbitral; sin embargo, el centro podrá atender a los gastos en que incurran los árbitros y a los eventuales anticipos acordados cuando se hayan acabado etapas concretas en el procedimiento arbitral, *v.gr.*, la redacción del Acta de Misión o la emisión de un laudo interlocutorio o parcial.

De conformidad con el RAU, el tribunal arbitral señala sus honorarios, que serán de un monto razonable, teniendo en cuenta la cuantía del litigio, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. En esta tarea, los tribunales arbitrales pueden ser auxiliados por las autoridades designadoras de tres maneras diferentes. En primer lugar, si la autoridad nominadora ha publicado un arancel de honorarios de árbitros en los casos que administre, el tribunal arbitral, al fijar sus honorarios, tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso (art. 39.2º); en segundo término, a falta de ese arancel de honorarios, la autoridad nominadora podrá formular, a petición de cualquiera de las partes, una declaración sentando las bases sobre las cuales habitualmente se determinan los honorarios en los casos en que la autoridad nombra árbitros (art. 39.3º); por último en los casos anteriores, cuando una parte lo pida y la autoridad nominadora consienta en desempeñar esta función, el tribunal arbitral fijará sus honorarios solamente previa consulta a la autoridad nominadora, la cual podrá formularle las observaciones que considere apropiadas respecto de los honorarios (art. 39.4º).

29. Los aranceles, derechos y costes de las instituciones arbitrales corresponderán a criterios de moderación ajustándose estrictamente a la cuantía y complejidad de los asuntos. Los criterios de fijación de honorarios varían extraordinariamente de una a otra institución de arbitraje. Ciertos centros siguen el sistema de remuneración por hora o por día de trabajo, otros Reglamentos se basan en las normas sobre honorarios que determinan instituciones como el Colegio de Abogados y, por fin, otros establecen un arancel basado en la cuantía reclamada por medio de un sistema que partiendo de unos costes mínimos se va aumentando a partir de un mecanismo proporcional⁶⁰.

La remuneración por hora o por día de trabajo, como criterio determinante de los honorarios de los árbitros, se recoge, por ejemplo, en el art. 32 Regl. AAA:

“Los árbitros serán remunerados conforme a su servicio, tomando en cuenta la tasa de remuneración por ellos establecida, y la dimensión y la complejidad del caso. El administrador, teniendo en cuenta dichas consideraciones, establecerá junto con las partes y con cada uno de los árbitros, una tarifa

⁵⁹ M. Ferrante, “Spese d'arbitrato e anticipo a carico delle parti”, *Nuovo Regolamento di Arbitrato CCI 1998, a cura di CCI-Italia*, Milán, 1998, 25-32.

⁶⁰ Vid. el calculador de las costas y honorarios administrativos de la CCI en <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4088/index.html>.

razonable por hora o por día, lo más pronto que sea factible después del inicio del arbitraje. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre los términos de la remuneración, el administrador establecerá una tarifa apropiada y la comunicará por escrito a las partes”.

Y también figura, respecto del arbitraje en materia de inversiones en la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

Este modelo suele plantear problemas cuando los honorarios establecidos por algunos centros de arbitraje son muy inferiores a los que percibe un abogado adscrito a un despacho de “gran superficie” situado en ciertos Estados. En este caso el árbitro designado deberá manifestar esta situación al centro y éste resolver acerca del eventual aumento de honorarios con consulta previa a las partes que deben consentir a modo previo. En el supuesto de acordar el aumento de honorario solicitado por uno de los árbitros dicho incremento deberá repercutir por igual en los demás árbitros.

Al margen de la alternativas apuntada, y la del recurso a los aranceles fijados por los Colegios de Abogados, en el arbitraje institucional los honorarios de los árbitros se gestionan en la mayor parte de los casos por el propio centro de arbitraje y se determinan con arreglo a unas tablas previamente establecidas y que las partes deben conocer antes de suscribir la cláusula arbitral; dichas tablas toman como referente principal la cuantía del litigio, si bien acostumbran a precisar unos costes máximos, medios y mínimos que el centro determina en atención a la complejidad del litigio (art. 33.2º Regl. CCI); los honorarios se suelen multiplicar por el número de árbitros sin que ello supere el triple de los honorarios previstos para un árbitro único; si del expediente no puede inferirse una cantidad determinada el montante del litigio lo determinará el centro discrecionalmente. Cuando el Tribunal está compuesto por tres miembros la Corte suele fijar los honorarios del Presidente en un 40 % y en un 30 % para cada uno de los co-árbitros, salvo que los árbitros determinen una distribución diferente del total de sus honorarios; no obstante tal distribución debe ser conocida y autorizada expresamente por el centro. Junto a los honorarios se suelen añadir los gastos en que puedan incurrir los árbitros, por desplazamiento, hotel, dietas y gastos de teléfono, correo o de alquiler de locales para desarrollar las audiencias. Los centros acostumbran a abonar estos gastos a medida en que ve desarrollando el arbitraje aunque, en ocasiones, procederá a su pago una vez que haya concluido el procedimiento arbitral⁶¹.

Inseparablemente a esta gestión, el centro arbitral percibe también una cuota derivada de la administración del arbitraje que en la fase inicial no suelen ser objeto de devolución en caso de que el arbitraje no tenga lugar, por ejemplo, porque las partes han llegado a un acuerdo. Por ejemplo, de acuerdo con el Regl. AAA (“Cuotas”)

“Cuando se presenta una demanda, reconvencción, o demanda adicional, la parte demandante estará sujeta al pago de una cuota no reembolsable. Los casos que procedan a su primera audiencia serán cargados con una cuota de servicio. Esta cuota será pagada por anticipado al momento de la programación de la primera audiencia y será reembolsada a la conclusión del caso si no hubo lugar a ninguna audiencia.

⁶¹ J.Y. Gotanda, “Award Cost and Attorney's Fees in International Commercial Arbitration”, *Michigan J. Int'l L.*, vol. 21, 1999-2000, pp. 1-50.

Sin embargo, si la Asociación no es notificada con una anticipación mínima de 24 horas a la audiencia programada, esta cuota de servicio permanecerá como débito y no será reembolsada".

Las costas se determinan también conforme a una tabla que suele estar también en función de la cuantía del litigio a partir de un mínimo previamente establecido. Los criterios suelen variar de un centro a otro en lo que concierne al abono de los gastos de los peritos que pueda designar el tribunal arbitral, cuya gestión puede corresponder a este último tras solicitar el pago a las partes o encomendarse a la institución arbitral. *V.gr.*, el art. 28.1º LCIA entiende que

"Las costas del arbitraje (distintas de los honorarios profesionales de asistencia letrada o de cualesquiera otros gastos en que las partes hayan incurrido por su cuenta) se fijarán por la Corte de la LCIA, de conformidad con el arancel. Las partes son mancomunada y solidariamente responsables del pago de las costas del arbitraje al Tribunal Arbitral y a la LCIA".

5. Supervisión y control del laudo

30. Algunos centros de arbitraje prevén mecanismos de "vigilancia" del laudo, aunque no tienen directamente el derecho de pedir al árbitro de reconsiderar en caso de *infra* y *ultra petita*. Se limitan a dar la alerta al árbitro de eventuales errores⁶². Al efecto el art. 27 Regl. CCI determina que ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte; ésta podrá también y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, llamar la atención sobre algunos puntos relacionados con el fondo de la controversia. Los seguidores del arbitraje CCI afirman que este examen constituye un elemento clave puesto que garantiza la calidad de los laudos y reduce el riesgo de que éstos sean anulados por tribunales nacionales y añaden que confiere a las partes un grado complementario de protección superior al de otras instituciones administradoras (la inmensa mayoría de ellas no contempla un mecanismo de este tenor) toda vez que, con carácter general, los laudos arbitrales no son susceptibles de apelación⁶³. Los críticos a este control insisten en el peligro de que a través de esta "llamada de atención" a los árbitros la CCI pueda entrar en cuestiones de fondo. Ciertamente no hay un riesgo para el centro de arbitraje cuando éste se limite a apuntar cuestiones de índole *infra petita* que puedan evidenciarse objetivamente; el argumento es muy distinto en materia de *ultra petita*, entre otros, para las cuestiones que pueden ser vistas como accesorias a las demandas⁶⁴. Los reglamentos de arbitraje de América Latina no suelen abundar en esta cuestión, incluso un reglamento tan parejo al de CCI como el Regl. CAM permite esta suerte de supervisión "salvo pacto en contrario de las partes".

⁶² P. Bowman Rutledge, "On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors", *J. Int'l Arb.*, vol. 19, nº 2, 2002, pp. 81-116.

⁶³ D.T. McGovern, "L'approbation de la sentence par la Cour", *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 5, nº 1, 1994.

⁶⁴ R. Lobo, "La noción de *omnia petita*", *Revista Latinoamericana de Medición y Arbitraje*, vol. III, 2003, nº4, pp. 38-39.

V. CONSIDERACIONES FINALES

31. Determinados medios arbitrales profesan el dogma de las axiomáticas virtudes del arbitraje administrado, por eso, desde posiciones claramente proclives al arbitraje institucional, es habitual oír una afirmación falaz según la cual el arbitraje *ad hoc* es preferido en los supuestos estructuralmente simples, caracterizados por un número de partes predeterminado y por la unidad del supuesto arbitral, mientras que el arbitraje administrado es, con frecuencia, utilizado en los supuestos más complejos, que las partes no pueden prever en sus últimos desarrollos⁶⁵. Frente a este augurio siguen produciéndose muchos contenciosos en los que se descarta de plano la intervención de una institución administradora y, en todo caso, no puede mantenerse en los sistemas estatales de arbitraje, individualmente considerados, un denominador común⁶⁶ que permita sustentar la posición expresada. Las bondades y los inconvenientes del arbitraje *ad hoc* o del arbitraje institucional aparecen en función de circunstancias coyunturales: el arbitraje institucional a veces se ve entorpecido por la maquinaria burocrática de las entidades administradoras o por límites temporales impuestos a través de reglas poco realistas y breves para que el demandante presente sus argumentos, no ocurriendo lo propio con el demandado, situación frecuente, por ejemplo, en litigios relativos a contratos internacionales de construcción, que cuentan con voluminosos documentos y en muchos casos con una variedad de cuestiones complejas poco relacionadas. Esta última particularidad se agrava cuando en estos contratos hay partes estatales que para el avance del proceso arbitral requieren de decisiones importantes adoptadas dentro de los canales burocráticos pertinentes.

Circunstancias como las expresadas, junto con el alto coste del arbitraje administrado, han creado ciertas suspicacias hacia sus bondades; voces tan autorizadas como la de Bruno Oppetit no han tenido rubor alguno en denunciar inquietantes desviaciones del arbitraje en un clima marcado burocratismo de las grandes instituciones de arbitraje, el encarecimiento y la lentitud en el cual no es inusual encontrar un fondo de corrupción, de faltas repetidas a la deontología de los negocios y de maniobras desleales⁶⁷. Hasta el punto que en determinados contenciosos, vinculados fundamentalmente al arbitraje de inversiones, se oyen voces que propugnan el rechazo hacia la incorporación en los contratos de cláusulas de arbitraje hasta ahora consideradas el prototipo de la justicia en el mundo de los negocios y, por ende, el recurso generalizado al arbitraje *ad hoc*. En este último caso, siempre que se tengan en cuenta algunos elementos complementarios, como el empleo de un Reglamento de arbitraje consolidado, señaladamente el Reglamento de arbitraje de la Uncitral de 1976 (RAU), y el concurso de una autoridad nominadora de árbitros de reconocido prestigio.

32. Dichas razones apuntan a que, a pesar de los progresos evidentes del arbitraje administrado y aun cuando en determinados círculos haya llegado a considerarse el arbitraje *ad hoc* como “desaconsejable” y aún de “altamente desaconsejable”, la

⁶⁵ E. Brunet, R.E. Speidel, J.E. Sternlight y S.H. Ware, *Arbitration Law in America. A Critical Assessment*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, pp. 189-190.

⁶⁶ G. Bernini, “Cultural Neutrality: A Prerequisite to Arbitral Justice”, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 10, 1989, pp. 43-44.

⁶⁷ B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit., p. 10-11.

observación de la realidad arbitral muestra su rechazo en muchos de los grandes contenciosos internacionales recientes, como los planteados en el ámbito de las concesiones petrolíferas en Oriente próximo. Curiosamente las empresas implicadas han preferido proceder directamente al nombramiento de los árbitros y mantener la reserva estricta sobre la controversia. Se considera que la confidencialidad de la controversia queda mejor guardada en el arbitraje *ad hoc*, que en el arbitraje institucional.

El inconveniente mayor en esta modalidad arbitral, y a veces su gran ventaja, es que no existe ninguna institución que administre el contencioso, por lo que las partes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje: tendrán que acordar las normas que condicionarán la actuación de los árbitros y proveer todo lo necesario para que el arbitraje pueda comenzar. Asimismo, habrán de convenir los mecanismos de elección de los árbitros, el lugar donde se llevará a cabo y en su caso el idioma, los procedimientos aplicables, métodos de coerción para el caso de reticencia de alguna de ellas a cooperar o de falta de cumplimiento de las resoluciones de los árbitros, fijar a los árbitros el plazo para pronunciar el laudo, eventualmente establecer los recursos que cabrán contra el laudo, etc⁶⁸. Por último, el arbitraje *ad hoc* tiene la desventaja de depender muy estrechamente de espíritu de cooperación de las partes y sus abogados, lo cual no suele ser una constante de un sistema jurídico adecuado como marco de referencia.

33. Por su parte el arbitraje institucional manifiesta las secuelas de una “crisis de crecimiento” que obliga a un replanteamiento de muchos de los dogmas que han caracterizado la práctica arbitral de los últimos años. No puede negarse que algunos de los defectos atribuidos a la justicia estatal se están extendiendo a esta modalidad arbitraje. Las recientes diatribas contra la formalidad, costo y demora que implica un arbitraje comercial internacional sirven como recordatorio del peligro de institucionalizar la ADR⁶⁹. Esto ha condicionado, sin duda, muchas reformas de la legislación arbitral y de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales.

En efecto, no es casual que en los últimos años se hayan producido importantes transformaciones en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales⁷⁰ que traslucen la preocupación de responder a la crítica en el sentido que el arbitraje comercial internacional ofrece preocupantes notas de formalismo y lentitud y cada vez resulta más costoso. Entre las instituciones que han reformado recientemente sus reglamentos cabe referirse a las siguientes: la LCCA y la CCI, a partir del 1 de enero de 1998, y la *American Arbitration Association*, a partir del 1 mayo de 2006. Asimismo, en lo que concierne al arbitraje de inversiones, el 10 de abril de 2006 entró en vigor la reforma del Regl. CIADI que puso fin a un largo de debate iniciado en 2004 cuando el Centro hizo público un documento que contenía algunas notas críticas recibidas durante la última etapa su actividad ; entre las reformas más

⁶⁸ J.H. Carter, “Ad hoc, Institutional and Hybrid Procedures: Differences, Advantages and Disadvantages”, *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, 1999, pp. 95-99.

⁶⁹ Esto ha llevado a un líder y autoridad en materia de arbitraje, Lord Michael Mustill, a referirse a muchos arbitrajes internacionales como “vino des-alcoholizado”; en su opinión muchos arbitrajes se han convertido en una parodia de los procesos judiciales, pero sin el poder que los tienen Tribunales estatales. Cf. *The Lawyer's Weekly*, 29 de enero de 1999, pp. 7 y 12.

⁷⁰ J.J. Coe, Jr. *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context*, Irvington on Hudson (N.Y.), Transnational Publishers, Inc., 1997, op. cit., pp. 220-221.

destacadas cabe referirse a las Reglas 6 (declaración de independencia de los árbitros), 32 (asistencia a las audiencias), 37 (intervención de *amicus curiae*), 39 (medidas cautelares), 41 (objeciones preeliminarias) y 48 (publicación de laudos), así como en sus correspondientes referencias en el Reglamento del Mecanismo Complementario (*Additional Facility Rules*). La reforma alcanzó también a la regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero sobre la remuneración de los árbitros.

No debe desdeñarse el ejemplo seguido en Suiza; como es sabido en el año 2004 seis cámaras de comercio suizas, entre ellas las más conocidas de Zurich y Ginebra, adoptaron un reglamento común de arbitraje internacional, llamado a sustituir a cada uno de los reglamentos de arbitraje que cada cámara venía utilizando anteriormente. Este nuevo reglamento suizo de arbitraje internacional, inspirado en el RAU incrementa el grado de certidumbre y seguridad que brinda este país para los operadores del comercio internacional que deben resolver sus controversias a través del arbitraje. En este proceso queda bien patente que los Centros de Arbitraje optan por la flexibilidad que otorgan los reglamentos de arbitraje respecto a otras alternativas como la adopción de reglas más detalladas por ejemplo, en materia de pruebas, las de la *International Bar Association* (IBA) o las de *American Law Institute*, o la simple remisión un determinado Derecho procesal estatal.

Resumen: El dogma de las axiomáticas virtudes del arbitraje administrado está cada vez más cuestionado. Las bondades y los inconvenientes del arbitraje *ad hoc* o del arbitraje institucional aparecen en función de circunstancias coyunturales. Muchas empresas han preferido proceder directamente al nombramiento de los árbitros y mantener la reserva estricta sobre la controversia pues la confidencialidad de la controversia queda mejor guardada en el arbitraje *ad hoc*, que en el arbitraje institucional. El arbitraje institucional a veces se ve entorpecido por la maquinaria burocrática de las entidades administradoras o por límites temporales impuestos a través de reglas poco realistas y breves para que el demandante presente sus argumentos; manifiesta, asimismo, las secuelas de una “crisis de crecimiento” que obliga a un replanteamiento de muchos de los dogmas que han caracterizado la práctica arbitral de los últimos años. No puede negarse que algunos de los defectos atribuidos a la justicia estatal se están extendiendo a esta modalidad arbitraje. Las recientes diatribas contra la formalidad, costo y demora que implica un arbitraje comercial internacional sirven como recordatorio del peligro de institucionalizar la ADR. Esto ha condicionado, sin duda, muchas reformas de la legislación arbitral y de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales para adaptarse a los nuevos desafíos del Derecho de los negocios internacionales.

Palabras Clave: Arbitraje comercial internacional- Arbitraje *ad hoc*- Arbitraje institucional – Centros de arbitraje – Reglamentos de arbitraje.

Abstrac: The dogma of the axiomatic virtues of administered arbitration is becoming increasingly challenged. The advantages and disadvantages of *ad hoc* arbitration or institutional arbitration vary to a great extent depending on the specific

circumstances of each case. A significant number of companies prefer to nominate directly the arbitrators and to keep confidential the dispute and they consider that such a goal can be better achieved by having recourse to *ad hoc* arbitration. The bureaucracy surrounding institutional arbitration and some formalities and restrictions established in their rules such as those concerning time-limits may become an obstacle to efficient litigation. Therefore the expansion of arbitration is to a certain extent connected with a sort of crisis. Some of the traditional drawbacks of national courts can now also be found in administered arbitration. Both national legislations on arbitration and rules of arbitral institutions should adapt to the new challenges of international business practice.

Keywords: International Commercial Arbitration - *Ad hoc* Arbitration - Institutional Arbitration - Institutions of Arbitration - Rules of Arbitration.