

LIMITACIONES EN LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS

Volumen 57 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Limitaciones en las
facultades de los árbitros**

Ludovina Villanueva Núñez

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LIMITACIONES EN LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS

- © Ludovina Villanueva Núñez
lvillanueva@cciarequipa.org

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600 Anexo 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, septiembre 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2018-13460

ISBN: 978-612-4400-05-6

Impreso en el Perú - Printed in Peru

*la voluntad de un ser racional debe considerarse siempre al
mismo tiempo como legisladora*

IMMANUEL KANT

Resumen

La Constitución Política del Perú ha consagrado al arbitraje como jurisdicción y el Tribunal Constitucional ha interpretado el texto constitucional en el mismo sentido. Sin embargo, en la práctica dista mucho de serlo, entre otras razones, por la falta de facultades coercitivas del árbitro, concluyendo en que para mejorar la eficacia del arbitraje en el Perú debe concederse al árbitro facultades adicionales, como para el caso de ejecución forzosa de medidas cautelares, de tal manera que ante la negativa del obligado pueda solicitar directamente el auxilio de autoridades policiales y administrativas para hacer cumplir sus resoluciones.

Abstract

The Political Constitution of Peru has established arbitration as jurisdiction and the Constitutional Court has also interpreted this constitutional text in the same direction. However, on a practical level this is quite far from reality, among other reasons because of the lack of the arbitrator's coercive faculties, having arrived to the conclusion that to improve the efficiency of arbitration in Peru the arbitrator has to be given additional faculties such as in the case of a cautionary action's mandatory execution, where the legally responsible might request the help directly from police and administrative authorities in order to carry out the resolutions given when facing a denial.

ÍNDICE

	Página
Introducción	15
1. Propósito del arbitraje	17
1.1. Funciones asignadas a los árbitros en el procedimiento arbitral	23
1.2. Dificultades que plantea la ausencia de poderes coercitivos	26
2. El Arbitraje y su naturaleza jurídica	29
2.1. Diversas teorías	30
a. Jurisdiccional	
b. Contractual	
c. Mixta	
2.2. El arbitraje en la Constitución Política del Perú y la posición del Tribunal Constitucional Peruano	40
2.3. El arbitraje en la Constitución Española y la posición del Tribunal Constitucional Español	46
2.4. Nuestro punto de vista	50
3. Características de la función arbitral en el Perú	53
3.1. Autoridad del árbitro	53
3.2. Independencia del árbitro	55
3.3. Facultades del árbitro	58
3.4. Diferencias y similitudes entre la legislación peruana y la legislación española	61
4. Actuación de pruebas en el proceso arbitral en el Perú	66
4.1. Pruebas que pueden actuarse en el proceso arbitral	69

4.2. Facultad del árbitro para ordenar la actuación de pruebas	72
4.3. Facultad del árbitro para ejecutar sus propias decisiones sobre actuación de pruebas	75
4.4. Resistencia de terceros para acatar resoluciones arbitrales sobre actuación de pruebas	78
4.5. Intervención de la autoridad judicial en las decisiones arbitrales sobre actuación de pruebas	80
5. Medidas cautelares en el proceso arbitral en el Perú	84
5.1. Medidas cautelares que pueden solicitarse en el proceso arbitral	86
5.2. Facultad del árbitro para dictar medidas cautelares	90
5.3. Facultad del árbitro para ejecutar sus propias decisiones sobre medidas cautelares	92
5.4. Intervención de la autoridad judicial en las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares	95
6. Conclusiones	97
6.1. Limitaciones de los árbitros para la eficacia del arbitraje en Perú derivadas de su falta de poder coercitivo en la actual configuración legal	99
6.2. Si el arbitraje fuera jurisdicción	102
6.3. Propuesta de modificación	103
Bibliografía	109
Anexo I	115

NOTA DEL EDITOR

Es un gusto muy grande para la *Biblioteca de Arbitraje* el publicar el volumen 57 de la colección, titulado “Limitaciones en las facultades de los árbitros”, escrito por la abogada Ludovina Villanueva Núñez.

Conozco a Ludovina hace ya unos años, desde que empecé a integrar tribunales arbitrales en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Arequipa, donde ella trabaja desde el 2011, ocupando en la actualidad el cargo de Secretaria General.

No cabe duda de que el referido Centro de Arbitraje es uno de los que mayor actividad concentra en nuestro país y buena parte de la eficiencia, continuidad y seriedad en la gestión del mismo se debe a Ludovina, a quien el medio arbitral peruano reconoce todos estos méritos.

Ludovina Villanueva, además, es árbitro, habiendo desempeñado esta función en numerosos procesos a lo largo de los años.

Como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, estuve muy al tanto de los estudios que siguieron diversos profesores y abogados de esa ciudad en la Universidad Abat Oliba de Barcelona (CEU), proceso a cuya conclusión la mayoría obtuvo el grado de Master en Investigación en Ciencias Jurídicas, dentro de quienes se encontraba Ludovina, quien lo obtuvo con un excelente calificación.

El libro que hoy presentamos, se basa en esa tesis y trata acerca de uno de los temas más importantes y discutidos dentro del arbitraje contemporáneo.

Los límites de las facultades de los árbitros siempre han merecido debate, dado que si se les compara con aquellos que tienen los jueces de la jurisdicción ordinaria, evidentemente aparecen muchas diferencias, a la par que similitudes, de ahí que este trabajo, al profundizar en tan interesante materia, ilustra —con la experiencia de quien conoce el oficio arbitral— con precisión, claridad y pulcritud académica.

Felicito a la autora y al medio jurídico arequipeño, por contar con una persona tan valiosa y conocedora del mundo del arbitraje.

Lima, septiembre del 2018

Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje, como instrumento jurídico y privado de solución de controversias, mediante el cual las partes que tienen una disputa de naturaleza jurídica y de libre disponibilidad designan a un tercero para que la resuelva, experimentó un notable crecimiento en el Perú a partir de los años noventa. Esto se debió fundamentalmente, entre otras razones, al exponencial desarrollo del comercio nacional e internacional originado por el incremento del tráfico de bienes y servicios, a la suscripción de tratados de libre comercio con diversos países, y a la creciente inversión privada nacional y extranjera en infraestructura. De la mano con el desarrollo de la economía y el comercio, surgieron infinitas controversias que debieron resolverse de manera eficaz, eficiente y rápida, de tal suerte que las actividades económicas y comerciales de los involucrados no se detuvieran; más allá de que los tratados internacionales aplicables, ya establecían como medio de solución de controversias el arbitraje.

A la par de este desarrollo, las diversas legislaciones debieron sintonizar con la época, como fue el caso del Perú, que en el año de 1993, durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, promulgó la vigente Constitución Política, en cuyos artículos 62° y 63° se refiere específicamente al arbitraje como un medio para solucionar controversias públicas y privadas; mientras que en el numeral 1 de su artículo 139°, establece que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la militar y la arbitral, posicionando por tanto al arbitraje como jurisdicción.

La corriente adoptada por la Constitución Política del Perú, disiente de otras que consideran que el arbitraje es exclusivamente contractual y privado, o de aquellas que consideran que, si bien éste se origina como

consecuencia de la voluntad de las partes, sus efectos son jurisdiccionales; o, en fin, también de las que plantean que el arbitraje es una institución autónoma.

En el año 2008, mediante Decreto Legislativo 1071, se publica la vigente Ley de Arbitraje. Acorde con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Ley de Arbitraje peruana regula el arbitraje nacional e internacional de manera única, concediendo a los árbitros diversas facultades, como que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, o el decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

Asimismo, establece que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en la norma. Precisa, que cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad. También regula lo concerniente a la competencia en la colaboración y control judicial para los casos de actuación de prueba, medidas cautelares y ejecución forzosa de los laudos.

Nótese que el Decreto Legislativo 1071 pareciera contener todos los elementos que el árbitro necesita para que su función tenga un desempeño óptimo, pero tiene una serie de limitaciones que hemos podido advertir a lo largo de nuestra experiencia profesional, que deben ser superadas en beneficio del sistema y de los que confiamos en él. La conclusión de los especialistas es unánime: las limitaciones del árbitro obedecen a que no tiene capacidad coercitiva ni de ejecución forzosa, que son algunos de los elementos fundamentales de la función jurisdiccional.

No es suficiente, en consecuencia, que, como en el caso del numeral 1 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y la interpretación que hace el Tribunal Constitucional, se consagre al arbitraje como jurisdicción, puesto que en la práctica dista mucho de serlo. Por ello, consideramos que deberían dictarse normas que fortalezcan la labor del árbitro, de tal suerte que refleje la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje, así como la verdadera función y facultades que deben tener los árbitros.

1. PROPÓSITO DEL ARBITRAJE

La posición de los académicos es unánime: las primeras manifestaciones del arbitraje debieron ocurrir cuando los particulares acudían a un tercero para que les resolviera algún conflicto de intereses básicamente de orden patrimonial, sin que mediara ningún sistema judicial, órganos de administración de justicia o norma legal que las regulara, pues éstos aún no se habían instituido. La decisión del tercero era rigurosamente aceptada por las partes; el vencido tenía que cumplir con lo resuelto. Así, las disputas se solucionaban de manera amigable y pacífica, evitándose el uso de la fuerza y acentuar las diferencias.

Al respecto, léase lo que indica Olivencia:

Se ha dicho —no con certeza histórica, sino como hipótesis probable— que el arbitraje debe haber sido una de las primeras instituciones humanas, anterior a la judicial, porque ésta supone un desarrollo progresivo del Estado y los desacuerdos surgieron con la humanidad, por lo que las partes debieron remitirse a un tercero investido de su confianza. (Olivencia, 2009, p. 52).

Guillermo Lohmann Luca de Tena considera que “sin importar qué lugares de la antigüedad y cuáles tiempos más o menos remotos, el arbitraje siempre ha sido concebido como una suerte de licencia o concesión del soberano, como excepción de su justicia ordinaria” (Lohmann, 2005, p. 266).

Las sociedades se van haciendo más complejas y sus instituciones se siguen desarrollando y también complejizándose, generándose distintos grupos de intereses, colectividades, gremios o asociaciones, como la de los comerciantes, quienes por su actividad tenían una serie de intereses contrarios que debían ser resueltos de manera rápida, eficaz y amigable, pues de esto dependía el desarrollo y crecimiento de sus operaciones. Es en estas colectividades de comerciantes, en donde el arbitraje se posiciona de manera eficiente, quienes alejados del sistema público resolvían sus conflictos ante terceros, quienes también eran comerciantes, por lo tanto, especialistas en las materias sometidas a su decisión. Sin embargo, siendo privados, no tenían más autoridad que la que le concedían los propios involucrados, careciendo por tanto de las facultades de los jueces, como el uso de la fuerza para obligar a que se cumplan sus decisiones.

En consecuencia, las decisiones de estos terceros a quienes comenzaremos ya a denominar *árbitros*, no estaban garantizadas con las ejecuciones forzosas o medidas preventivas y tampoco eran auxiliados por la autoridad judicial. Su único respaldo, ante el incumplimiento de la parte vencida, era el rechazo de los demás miembros del gremio. Había un verdadero aislamiento y *boicot*, que podía hasta generar la *desaparición* del rebelde: su desaparición del mercado.

Bullard, sostiene que:

“El arbitraje, para desilusión de muchos de los abogados, está muy lejos de haber nacido como una institución jurídica. Inicialmente fue una institución práctica, una institución de comerciantes y estaba bastante alejado de lo que hoy día llamaríamos un juicio.

Los comerciantes iban a las Cámaras o a los gremios a pedir que les resolvieran un conflicto; y, quien lo resolvía era otro comerciante (no un abogado), analizando los hechos antes que las leyes, y lo hacía en base a prácticas comerciales y en base a principios que rigen el comercio.

(...)

La forma de ejecutar las decisiones de estos árbitros, estaba muy lejos de la forma como hoy día los abogados discutimos cómo se ejecuta un laudo. La ejecución de un laudo era más simple y no se realizaba a través de un juez ni usando los mecanismos legales que hoy conocemos. La sanción no era un embargo o la ejecución forzada. La sanción era el ostracismo: si alguien no cumplía el laudo, lo sacaban de la Cámara y nadie comerciaba con el incumplidor. Quedaba fuera del círculo en el que se hacían negocios y nadie comerciaba con él” (Bullard, 2008, p. 146).

Desde ese entonces, es incuestionable el avance del arbitraje, entre otras razones por los grandes problemas que enfrentan los órganos jurisdiccionales, tal como también lo hace notar Olivencia, quien considera que quienes acuden al arbitraje o a esta “justicia de elección”, se “sustraen a la lentitud y dimensiones” del sistema ordinario, accediendo por consiguiente a un sistema más eficiente, eficaz, especializado, ágil y flexible, que permitirá que las controversias se resuelvan sin mayores trámites y en plazos muy razonables. Para este autor el establecimiento de tribunales no hizo perder fuerza al arbitraje, garante de una justicia de elección y de sustraer el debate a los gastos, la lentitud, las dimensiones y el estrépito forense. El mismo Olivencia, sostiene que “el arbitraje es una “justicia alternativa”, no una “alternativa a la justicia”, porque se propone dar una solución justa a un litigio extrajudicial, fuera de la administración de justicia “ordinaria”, pero con los mismos efectos de una sentencia dictada por éstos” (Olivencia, 2009, p. 52).

De esa manera, el arbitraje se constituye como un sistema *alternativo* a los tribunales públicos u ordinarios, en donde el rol de los jueces es sustituido por el de los árbitros, desde el momento en que aceptan el encargo hasta el momento que emiten el laudo, y en casos excepcionales, hasta su ejecución. Obsérvese entonces que el árbitro tiene un papel sentenciador, es decir, tiene autoridad para resolver de manera definitiva la disputa, su decisión debe ser aceptada y cumplida por las partes.

Ripol, cuando analiza el tránsito de España hacia un Estado Democrático, Social y de Derecho, en su trabajo de tesis doctoral considera que se robusteció el Poder Judicial, sobre todo con la promulgación de la Constitución de 1978, y asimismo que:

“Esta permanente intervención de los poderes públicos en la sociedad, propia de un estado social, termina por reconducir los conflictos entre particulares a la Administración, de quien se presume ostenta la exclusiva capacidad de resolver cualquier situación que ponga trabas al ejercicio de nuestros derechos. Parece no concebirse, o incluso olvidarse que pueden ser los propios particulares quienes den solución a sus propios problemas” (Ripol, 2013, p. 29).

En tal sentido, el mencionado autor considera que los beneficios obtenidos con la democracia han permitido que el Poder Judicial sea considerado por los ciudadanos como “la vía adecuada y normal para el ejercicio y la tutela de sus derechos frente a una situación de conflicto”. Sin embargo, agrega que “en la misma medida, el fortalecimiento y la consolidación del Poder Judicial como vía exclusiva en la que los ciudadanos puedan solventar sus controversias, ha terminado por descubrir el agotamiento de los propios juzgados y tribunales” (Ripol, 2013, p. 30).

Sobre el arbitraje, Montoya, citando a Jean Robert, precisa que el arbitraje significa “instituir una jurisdicción privada por el cual los litigios sobre excluidos de la jurisdicción pública, a efectos de ser resueltos por personas investidas, para un caso determinado, con los poderes para juzgar el litigio” (Montoya, 1988, p. 15).

Ahora bien, las controversias que pueden ser resueltas a través de este instrumento jurídico son aquellas de las que las partes pueden disponer libremente conforme a derecho, referidas básicamente a temas patrimoniales, así como aquellas que sean autorizadas por la ley. En el

caso peruano, así lo ha establecido el artículo 2° del Decreto Legislativo 1071 que publicó la Ley de Arbitraje¹.

En efecto, en el arbitraje no se resuelven materias que han sido asignadas a la competencia exclusiva de los órganos estatales, tales como materias de orden público y que atañen o comprometen a toda la sociedad. Parece clara esta distinción. Sin embargo, Castillo, Vásquez y Sabroso consideran que:

“(...) materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión—, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta qué arbitrar y qué no”. (Castillo, Vásquez y Sabroso, 2008, p. 2).

No obstante lo indicado, desde una perspectiva tradicional los criterios para determinar cuáles son materias arbitrables y cuáles no, son los de la libre disposición y la patrimonialidad, siempre de acuerdo a lo que establezca la ley. Esto es, los temas sobre los que las partes tengan posibilidad de renunciar o transigir derechos y tengan valor patrimonial.

¹ Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Para tener un concepto más claro de lo que es el arbitraje, resumimos sus características:

- Es un medio o instrumento utilizado para resolver un conflicto de intereses.
- Los conflictos de intereses o controversias que se resuelven son de orden patrimonial y de los que las partes tienen libertad de disposición o aquellos determinados por ley.
- El sometimiento de las partes es voluntario, a través de un convenio previo.
- Las controversias las resuelven terceros privados.
- Los terceros son designados por las partes en controversia.
- Los terceros sólo pueden resolver la controversia para los que fueron designados y no para otra u otras.
- Los terceros tienen la potestad y la autoridad asignada por los terceros que los designan.
- Los terceros que resuelven las controversias son o deben ser imparciales.
- La autoridad investida a los terceros termina con la emisión del laudo.
- Los terceros no tienen facultades para ejecutar sus laudos, las partes deben acudir al auxilio judicial.

En los tiempos que corren, no ha variado el propósito de este instrumento jurídico y privado al que se someten las partes como manifes-

tación de su libertad. Observamos también que el arbitraje ya no sólo es utilizado para resolver los conflictos de los comerciantes, sino por una serie de actores y sectores de la sociedad y del propio Estado. El arbitraje está en expansión y tiende a dejar de ser exclusivo para ciertas élites y actividades de la sociedad, situándose cada vez más en una diversidad de sectores para resolver diversas materias y al alcance de la mayoría de ciudadanos. Debe ser considerado como un medio eficiente para la solución de controversias y no en sustitución del Poder Judicial.

El arbitraje se ha apoderado de nuestro quehacer diario, lo que antes estaba limitado para algunos pocos especialistas ahora se ha instalado en casi todos los sectores de la sociedad y creemos en casi todas las legislaciones del mundo; por eso la importancia de su conocimiento.

1.1. Funciones asignadas a los árbitros en el procedimiento arbitral

La función principal del árbitro es resolver la controversia, que es el encargo primordial para el cual fue designado. Sin embargo, para conseguir este principal objetivo, el árbitro previamente debe realizar una serie de actividades durante el procedimiento arbitral, que le permitirán alcanzarlo. Vamos a referirnos en este ítem básicamente a lo que establece la legislación peruana acerca de las funciones del árbitro.

Al respecto, el artículo 40° de la Ley de Arbitraje establece que el árbitro es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir cualquier cuestión conexa y accesoria que se promueva durante el proceso, así como para dictar las reglas necesarias para una adecuada conducción y desarrollo del mismo.

En efecto, una vez designado, ya sea por las partes o por la institución que corresponda, el árbitro está premunido de autoridad que le permitirá conducir el proceso llevando a cabo una serie de actos previos a la emisión del laudo, siempre teniendo presente que su autoridad y competencia no puede ir más lejos del encargo encomendado, pues re-

cordemos que son las partes las que al celebrar el convenio arbitral, haciendo uso de su autonomía y libertad, le dicen hasta dónde debe llegar su intervención. Sobre el particular Ruiz, reflexiona sobre la labor del árbitro, de la siguiente manera:

“Su labor, de carácter temporal, comienza con su nombramiento y termina con el pronunciamiento del laudo. Es cierto que sus laudos producen cosa juzgada y obligan a las partes igual que las sentencias. Pero fuera de esta identidad o “equivalencia”, la encomienda que reciben los árbitros de las partes, se circunscribe única y exclusivamente a la materia objeto de controversia. La tentación de algunos árbitros a extender su labor más allá del encargo recibido, sugiriendo modificaciones legislativas o determinados comportamientos a los Estados afectados por la controversia, es decir, actuando como verdaderos jueces, desvirtúa a nuestro juicio la naturaleza y razón de ser el arbitraje” (Ruiz, 2016, p. 658).

En ese sentido, las partes podrán pactar si el árbitro tiene o no facultades para ejecutar el laudo, si puede o no llevar a cabo audiencias, ya sean presenciales o no presenciales, el idioma en el que deberá emitir el laudo y llevar a cabo las audiencias, los temas sobre los que se debe pronunciar, entre otras cuestiones. Por lo tanto, no puede ir más allá del encargo; lo contrario implicaría que cualquiera de las partes pueda solicitar la anulación del laudo por este exceso ante el Poder Judicial, como parte del ejercicio del control judicial.

En esta misma escena, si las partes no se han sometido a un reglamento arbitral, el árbitro debe acordar con ellas la forma como se desarrollará el proceso, tales como el lugar del arbitraje, el idioma, los plazos, la oportunidad para presentar las posiciones de las partes, el número y clases de audiencias, los honorarios, las formas de comunicación y notificación de las resoluciones arbitrales, entre otras. Sólo si las partes no se hubieran remitido al reglamento de una institución arbitral o no se hubieran puesto de acuerdo con las reglas del procedimiento, el árbitro debe establecerlas, procurando siempre que sean las más adecuadas

y apropiadas para el caso en discusión, buscando el beneficio y equidad para ambas partes. A este respecto, léase el numeral 1 del artículo 34° de la Ley de Arbitraje.²

Ahora bien, el numeral 3 del mismo artículo 34°, precisa que si no se da ninguno de los supuestos comentados en el párrafo anterior, sobre el procedimiento a seguir, se aplicará de manera supletoria la Ley de Arbitraje, los principios arbitrales o los usos y costumbres en esta materia³.

Se puede apreciar que una de las funciones fundamentales del árbitro es vigilar que la aplicación de las normas que al respecto ha establecido nuestro ordenamiento jurídico sea cumplida y que las partes no las confundan con las normas del procedimiento ordinario, debido a que es frecuente que las partes y sus asesores (por desconocimiento o estrategia malintencionada) aleguen indebidamente las normas procesales ordinarias, que no hacen sino entorpecer el proceso en desmedro del desarrollo del propio sistema arbitral, una de cuyas características principales es precisamente la flexibilidad del procedimiento, que ha hecho posible su éxito como un medio idóneo para la solución de controversias.

De otro lado, es fundamental que el árbitro permanezca siempre neutral otorgando a las partes las mismas oportunidades para actuar y contradecir, de tal manera que sus derechos sean debidamente expuestos, sustentados y no se vean vulnerados. Sobre lo dicho, el numeral 2 del ya referido artículo 34° precisa que “el tribunal arbitral deberá tratar

² 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

³ 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.

El árbitro, creemos, debe algunas veces sacrificar el plazo que las propias partes planificaron para el término del proceso, de tal manera que tengan la posibilidad de sustentar o contradecir los cuestionamientos de la otra. Somos de la opinión de que no puede quedarse una alegación, una nueva prueba, sin dar oportunidad a la otra para conocer su punto de vista o para contradecirla, debiendo descartarse aquellas maliciosas que no tienen más intención que la de entorpecer el buen desarrollo del proceso.

Creemos, asimismo, que la experticia, pericia y buen discernimiento del árbitro hará posible que los derechos de las partes estén debidamente custodiados, de tal manera que no puedan alegar posteriormente que han sido vulnerados, pues recordemos que no obstante ser el arbitraje privado, siempre está ajustado a derecho. En el caso peruano, el numeral 4 del propio artículo 34°, prevé la posibilidad de que el árbitro pueda ampliar los plazos aunque estos estuvieran vencidos.⁴

1.2. Dificultades que plantea la ausencia de poderes coercitivos de estos últimos

Si bien el arbitraje se ha constituido como un medio idóneo para la solución de las controversias, no todo es óptimo.

Es cierto que los árbitros tienen facultades para conducir el proceso, para actuar o prescindir de la prueba, para dictar medidas cautelares y para resolver el conflicto. Sin embargo, muchas veces hemos atestado que sus decisiones no son cumplidas, ni siquiera respondidas; y no nos referimos necesariamente al final del proceso cuando la parte vencida se niega a acatar lo resuelto, en cuyo caso el vencedor siempre

⁴ 4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

podrá acudir al Poder Judicial para solicitar el auxilio correspondiente y pedir la ejecución del laudo, que de por sí es una vía tortuosa por las múltiples deficiencias que lamentablemente aquejan a la justicia estatal. Nos referimos a los terceros, sin cuya colaboración no será posible tener todos los elementos necesarios para resolver la controversia, ya sea prestando una declaración, aportando una prueba o ejecutando una medida cautelar.

Puede suceder que durante el procedimiento, el árbitro requiera a solicitud de las partes o eventualmente de oficio, a algún tercero, ciertos documentos o declaraciones, pero cuyo requerimiento no es obedecido o, como hemos indicado, que ejecute una medida cautelar para salvaguardar el resultado del proceso. En el mejor de los casos, los terceros responden que sólo lo harán a través de una resolución judicial y en el peor no responden, ignoran el requerimiento.

Vemos entonces que la autoridad del árbitro queda circunscrita a lo que buenamente decidan los terceros, no pudiendo, en ningún caso, ejercer presión para que sea atendida su decisión. En estos casos, el árbitro o la parte interesada, como hemos ya indicado, deberá recurrir al Poder Judicial para solicitar su auxilio, con las consecuencias también ya referidas. Lo que debió tramitarse en la vía privada, se tramitará inevitablemente en la vía pública.

Pero todas esas dificultades se pueden explicar, como es voz unánime, por una fundamental razón: el árbitro no tiene facultades coercitivas, estando reservada únicamente a los órganos de la administración de justicia ordinaria. Es decir, el árbitro no puede exigir —bajo amenaza de una sanción— que se respete sus disposiciones, no puede coaccionar a las partes; sí puede declarar el derecho, pero requerirá siempre del auxilio judicial para que se haga efectivo el derecho declarado, lo que resulta poco motivador para las partes, pues el camino para llegar a la solución será más largo y empinado.

Sobre el particular, Lohmann considera que:

(...) con la salvedad de los atributos de coerción y ejecución que el sistema estatal siempre se ha reservado, el arbitraje fue y es una anomalía —una exclusión, si se quiere— del monopolio estatal de justicia, sea que este monopolio esté en manos del gobernante unipersonal, sea que esté en manos del Poder Judicial como repartición del Estado, en quien los ciudadanos lo delegan (Lohmann, 2005, pp. 266-267).

Por esa razón, el mismo Lohmann agrega que el arbitraje no es un “intruso en el sistema de justicia, sino una especie de pariente pobre” (Lohmann, 2005, p. 267).

Pariente pobre a quien consideramos se le debe dar mayores herramientas para que pueda cumplir a cabalidad con el encargo, pues la ausencia de esas facultades entorpece esta vía elegida libremente por las partes, quienes decidieron apartarse de la justicia pública por la falta de confianza, o en todo caso, por la falta de especialización de los jueces que sí tienen los árbitros, dado que éstos son elegidos precisamente, entre otras razones, por sus especialidades y capacitación profesional.

Estos hechos se dan cuando se trata de la declaración de testigos o de los documentos que el árbitro solicita a ciertas entidades, como las instituciones financieras o se quiere ejecutar alguna medida cautelar. Nos preguntamos entonces, si el arbitraje es jurisdicción, tal como lo declara la Constitución Política y así lo ha considerado el Tribunal Constitucional del Perú, ¿por qué el árbitro no tiene facultades para solicitar directamente a las autoridades correspondiente el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones?, por lo menos en lo mencionado, esto es, en lo que respecta a la producción de la prueba y a la ejecución de medidas cautelares.

Entonces, ¿será acaso que debemos cambiar el paradigma de que únicamente los jueces son los que deben tener estas facultades?, y será

que, ¿debemos ajustar la legislación en el sentido de otorgar facultades adicionales a los árbitros para hacer más eficaz su desempeño? Lo real es que la falta de ciertas facultades de los árbitros no coadyuva al buen desempeño del arbitraje.

2. EL ARBITRAJE Y SU NATURALEZA JURÍDICA

¿Por qué es importante detenernos a conocer este tema tan teórico, tan académico, dirían algunos, tan poco práctico, conocer la esencia, la sustancia, la razón de ser, lo intrínseco, en resumen: la naturaleza jurídica del arbitraje?

Creemos que la respuesta correcta es porque sólo así será posible usar este instrumento jurídico de manera coherente y razonable, dado que cada legislación aplica el sistema y otorga facultades a los árbitros, dependiendo de la postura que adopte sobre su naturaleza jurídica.

En ese sentido, considerar al arbitraje como una función jurisdiccional es una posición diametralmente opuesta a considerarlo únicamente como una consecuencia de la consensualidad o una manifestación de la libre voluntad de las partes, debido a que los alcances de uno y otro son totalmente diferentes. En el primer caso estaremos frente a una institución que consideramos, en términos generales, tendría que tener las mismas facultades y hasta prerrogativas de los jueces, mientras que en el segundo, estaremos frente a una instancia privada, con las connotaciones de ésta.

Sobre lo comentado, Fernández sostiene que:

La consideración en torno a los poderes de los árbitros está vinculada a la posición que se adopte en orden a la polémica acerca de la naturaleza jurídica de esta institución por más que dicha polémica cada vez tenga menor interés pudiendo zanjarse con tópicos del tenor de la consideración del arbitraje como con-

tractual en su origen y procesal en sus efectos o como «contrato procesal», o concluir en que «el arbitraje es arbitraje y ésta es su naturaleza» (Fernández, 2005, p. 81).

Pretendemos en este capítulo conocer las diversas posiciones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Si bien para los pragmáticos no es de interés relevante, como acertadamente anota Fernández y como ya hemos indicado, para tomar una posición acerca de cuáles son o deberían ser las facultades de los árbitros, necesitamos conocer la esencia de esta institución.

2.1. Diversas teorías

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se han desarrollado diversas teorías, siendo las más relevantes, las siguientes:

- a. Jurisdiccional
- b. Contractualista
- c. Mixta

a. Teoría jurisdiccional

Debemos conocer primero los alcances de la jurisdicción, para luego entender por qué algunos tratadistas y legislaciones, como en el caso de la peruana, consideran que el arbitraje es jurisdicción.

Dicho esto, en términos generales se conoce como jurisdicción a la potestad para administrar justicia que en los países democráticos ha sido reservada a los jueces y cuyas principales facultades son las de decidir conflictos de naturaleza legal, ejecutar esas decisiones y en caso de incumplimiento obligar a quién corresponda a que cumpla lo resuelto.

Como se advierte, el juez investido de esta autoridad no sólo resolverá el conflicto, sino que además ejecutará lo que hubiere resuelto y en caso de no ser obedecido coaccionará, obligará al involucrado a través

de una serie de sanciones que puede imponer legítimamente: para ello tiene a su disposición instrumentos y herramientas que la ley le ha concedido y que podrá usar sin intermediarios. No debe descuidarse que, desde otro punto de vista, el juez es un funcionario público, remunerado por el Estado y dedicado exclusivamente a administrar justicia, siendo ésta su única actividad. De ahí que Montero considere que:

(...) la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado.

(...) la jurisdicción para existir como tal tiene que referirse a un doble juego de condiciones:

1° Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de cualidades propias que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados y tribunales, en los que los titulares de la potestad son los jueces y tribunales.

2° La función que se asigna a esos órganos cualifica también la potestad, por lo que hay que estudiar según la Constitución y la LOPJ la función jurisdiccional (Montero, 2010, p. 39).

Sobre la jurisdicción Hundskopf, en concordancia con diversa doctrina, distingue los siguientes elementos:

En la Jurisdicción distinguimos los siguientes elementos: *notio*, *vocatio*, *iudicium*, *imperium* o *coercio* y *executio*.

La *notio* es la facultad de conocer del asunto o materia que presupone un proceso judicial. La *vocatio* es el llamado para que las partes acudan al proceso a ejercer su defensa y realizar las notificaciones propias a esos fines. El *iudicium* es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa. Finalmente el *imperium* o

coertio es la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones y la executio es la facultad de ejecutar sus fallos (Hundskopf, 2006, p. 17).

Conforme lo indicado, no habría posibilidad de admitir más jurisdicción que la que tiene el Poder Judicial, pues desde siempre ha sido reservada exclusivamente al Estado. Sin embargo, hay voces discordantes, tal como lo hace notar Montoya al comentar que:

Para algunos tratadistas basados en el carácter público que reviste la administración de justicia como función primordial y exclusiva del Estado, el arbitraje corresponde al campo público, los árbitros tienen el carácter de verdaderos jueces, aunque transitorios pero ejercitan la función jurisdiccional del Estado y dictan una auténtica sentencia (Montoya, 1988, p. 31).

Si en todo sistema democrático moderno los poderes se han dividido para evitar tiranías y dictaduras, habiendo recaído lo que concierne a la administración de la justicia en los jueces, ¿cómo es que los árbitros, que son personas naturales y de naturaleza privada, tendrían facultad para ejercer la administración de la justicia? La única posibilidad es que se considere al arbitraje como jurisdicción, tal como lo sostiene Caivano, que sobre el particular considera que:

El arbitraje es una forma de “justicia privada”. Lo que pretende significarse a través de esa expresión – que no tiene connotaciones políticas o ideológicas – es que se trata de una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial de un Estado. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia (Caivano, 2008, pp. 33-34).

Conforme con esta teoría, el arbitraje no sólo está comprendido dentro de la esfera pública sino que los árbitros son jueces, temporales,

pero verdaderos jueces. Abonando a esta tesis, Álvarez y Canales precisan que:

A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde «jueces particulares», a través de un laudo, gozan de toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo (Álvarez y Canales, 2010, p. 23).

Como estamos observando, los que apuestan por esta teoría consideran que el árbitro tiene poderes superiores a las propias partes que son quienes lo designaron, por eso, según Díaz:

El extremo jurisdiccionalista (...) concibe al arbitraje como un medio de administración de justicia. No está limitado de manera estricta por la voluntad de las partes, sino que deriva su validez y eficacia práctica de normas jurídicas, en algunos casos inclusive de rango constitucional. En este escenario, el arbitraje no se limita al ámbito de derechos disponibles y la capacidad para transigir, no es incompatible con el orden público. Los árbitros, una vez designados, tienen una posición de poder y superioridad sobre las partes y el conflicto; y deben aplicar con rigor (lo cual no significa rigidez) normas imperativas o de aplicación necesarias (Díaz, 2015, p. 417).

De acuerdo con lo dicho, la función del árbitro irá más allá que la de resolver un conflicto privado, su actuación abonará a los intereses públicos. Al respecto Puglianini afirma que:

Según esta teoría, el interés más relevante no es necesariamente proteger la voluntad de las partes, sino el interés que tiene el Estado para mantener la paz social con una adecuada distribución de derechos según las normas que dicta; es en tal sentido que, siendo tan relevante este interés del Estado, se concluye que excepcionalmente los particulares (los árbitros) puedan ejercer la función jurisdiccional (Puglianini, 2012, p. 27).

Para los jurisdiccionalistas queda claro que el arbitraje es una concesión que hace el Estado a través de normas constitucionales o normas legislativas a privados para que resuelvan conflictos sobre materias de libre disponibilidad de las partes. Consideran, asimismo, que en el arbitraje existe un proceso con las características de un juicio. Si bien se inicia consensualmente, pero esto sólo es posible porque el Estado otorga esa facultad a través de una ley que es de carácter público. Adicionalmente, porque las decisiones o laudos de los árbitros tienen las mismas características que las sentencias emitidas por los jueces, pues ambas son obligatorias, son ejecutables y tienen calidad de cosa juzgada. Lo indicado no obstante estar conscientes de que los árbitros no tienen facultad de coerción ni de ejecución forzada que sí tienen los jueces, como hemos visto en los párrafos anteriores.

¿Podemos entonces afirmar que el arbitraje es jurisdicción, no obstante carecer de estas potestades fundamentales? Esta es la pregunta que sigue siendo materia de discusión por los académicos.

b. Teoría contractualista

La teoría contractualista se ubica en el extremo opuesto de la jurisdiccionalista, de acuerdo con la cual a través de un contrato o convenio las partes conceden competencia al árbitro para que les resuelva un con-

flicto, apartándose voluntariamente de la administración de la justicia pública.

En ese escenario, consideran que siendo el arbitraje una instancia privada, los árbitros no son jueces, no tienen su *investidura*, ni su *imperium*, ni sus facultades; tampoco son funcionarios públicos y su actividad se circunscribe únicamente al caso puntual para el que fueron designados. Por lo tanto, una vez que emite el laudo, su función concluye.

Consideran, asimismo, que el arbitraje es consensual y privado, pues al árbitro se le concede un mandato para que resuelva la controversia. Además, porque el laudo es de obligatorio cumplimiento debido a que así lo decidieron las partes, pero no por la autoridad del árbitro ni porque ejerza alguna función jurisdiccional, que sólo puede ejercerla el Estado a través de las autoridades judiciales. Bello precisa que esta corriente

se fundamenta en el principio contractual del pacto arbitral que es el que considera al árbitro como mandatario de las partes por lo que el laudo no tendría los elementos de una sentencia, siendo por el contrario una simple ejecución del mandato por el compromisario. Esta doctrina se enmarca en el ámbito del Derecho privado, por su carácter contractual, aunque con contenido procesal.

(...)

Según esta tesis, el arbitraje no es más que un doble convenio, siendo por un lado, un contrato de compromiso en que las partes deciden someterse al futuro laudo que se dicte y, por otro, un contrato de mandato, según el cual al árbitro se le obliga a resolver bien con arreglo a Derecho o bien con arreglo a equidad (Bello, 2008, pp. 500-501).

Para el contractualismo, el principio de la autonomía de la voluntad es la columna vertebral y el fundamento del arbitraje. En esta misma línea, Díaz anota que:

el arbitraje es un mecanismo en el cual las partes de un contrato de alguna forma insertan a terceros (los árbitros y, en ocasiones, un centro de arbitraje) en dicho contrato, delegando su voluntad o consentimiento para que esos terceros puedan injerir en la ejecución o terminación del contrato (Díaz, 2015, p. 417).

Abundando en los fundamentos de esta teoría, Flores y Velásquez se refieren a los límites dentro de los cuales se puede ejercer el arbitraje. En ese sentido, indican lo siguiente:

El arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad, por lo que sólo puede ser ejercido dentro de ciertos límites. Así, por ejemplo, si el contrato sólo vincula a las partes que expresan su voluntad, quien no haya mostrado su conformidad con aquel no puede quedar obligado por lo allí estipulado. Lo mismo sucede en el arbitraje, en el que también gobierna la autonomía de la voluntad (Flores y Velásquez, 2013, p. 254).

Desde otro punto de vista, los contractualistas consideran que otra de las características del arbitraje, que lo enmarcan dentro del Derecho Privado es el hecho de que las partes son las que establecen sus reglas y sus procedimientos, son quienes en definitiva establecen cómo llevar a cabo el proceso, no hay reglas fijas ni rigurosas, como sí en los procesos judiciales, pues lo que está en cuestión son materias renunciables, negociables, transigibles, de su único y exclusivo interés. Al respecto, Iscar considera que:

En derecho de arbitraje la autonomía de la voluntad de las partes es su esencia. Sin voluntad de las partes no hay arbitraje y tampoco procedimiento. Son las partes las que fijan y conforman las reglas del procedimiento arbitral y, para diseñar un procedimiento arbitral, son numerosas las fórmulas.

Para que el arbitraje sea categorizado como tal, sea considerado como un equivalente jurisdiccional y goce de vida propia es necesario destacar uno de sus componentes: la autonomía de la voluntad y la libertad de los que contratan (empresas, abogados y ciudadanos). Sin libertad no hay arbitraje, sino que éste nace y permanece en la voluntad de las partes, que son las que determinan que se opte por esta vía de resolución de conflictos.

El arbitraje, por tanto, encuentra su esencia en la libertad y en la autonomía de la voluntad, de modo que los ciudadanos disponen de esa autonomía, como titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, para integrar cualquier relación jurídica que sea de libre disposición e, incluso, modificarla y extinguirla (Iscar, 2013, p. 9).

Sin perjuicio de lo anterior y siempre desde la perspectiva contractualista, no debe olvidarse que sólo es posible hacer uso de este instrumento jurídico y tener por válidas las decisiones del árbitro, porque así lo establece la ley. Esto es, el arbitraje es legítimo porque la ley lo determina así. En consonancia con lo mencionado, Fernández sostiene que:

El arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias cuya esencia deriva directamente del reconocimiento del Estado y que discurre en el marco de los derechos renunciables. Los intereses de la denominada «sociedad de comerciantes» de una resolución privada de sus litigios se enfrentan a los intereses del Estado en orden a la correcta aplicación de las normas que afectan a los particulares que no tienen por qué ser partes necesariamente en el arbitraje. La exteriorización de la voluntad de las partes mediante convenio de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de éstos son condiciones que la ley impone para conferir el poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles (Fernández, 2005, p. 83).

Como se observa y sin dejar de tener razón los especialistas citados, sólo están obligados al arbitraje aquellos que así lo expresan de manera indubitable, en tanto la génesis del mismo es la manifestación expresa de las partes de querer arbitrar. Si no hay acuerdo, no hay arbitraje.

c. Teoría Mixta

La teoría mixta, es una que conjuga las teorías jurisdiccionalista y contractualista, dado que en realidad el arbitraje tiene elementos de ambas. Si bien nace con el acuerdo de las partes, pero el poder público puede intervenir cuando el árbitro no tiene posibilidades de ir más allá de la facultad concedida, como puede ser el caso de las ejecuciones forzosas.

En ese sentido, la teoría mixta considera que, en efecto, el arbitraje se origina porque así lo decidieron las partes como expresión de su libertad y autonomía, en tanto que sólo ellas deciden que sus controversias serán resueltas a través de esta vía privada. Sin embargo, sus efectos son indiscutiblemente jurisdiccionales, en razón de que el laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes y si no es acatado, es posible su ejecución forzada a través de la vía judicial o por la existencia del control judicial posterior del laudo, de tal manera que el juez determine si en efecto el proceso se llevó a cabo garantizando los derechos reconocidos constitucionalmente a las partes. Sobre esta teoría, Montoya Alberti precisa que entre las teorías jurisdiccionalistas y contractualistas

aparece una teoría intermedia que rechaza lo que considera errores de las dos primeras y fusiona todo aquello que de las dos considera acertado y ajustado al derecho. El acuerdo arbitral, su forma y procedimiento están dentro del control exclusivo de las partes. El efecto legal de sus acuerdos y el carácter de ejecución del laudo dependen de las leyes de la jurisdicción a la que se someten.

En relación a esta teoría el Profesor Soucer-Hall en su reporte al Instituto de Derecho Internacional en 1952, sostiene que el

arbitraje no puede estar más allá de cada sistema legal: tiene que haber alguna ley la cual pueda determinar la validez del acuerdo arbitral y la ejecución del laudo.

Igualmente, reconoce que el arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que el nombramiento de los árbitros y el procedimiento arbitral depende principalmente del acuerdo entre las partes. Así sostiene que los elementos contractuales y jurisdiccionales del arbitraje están indisolublemente ligados. Consecuentemente, define al arbitraje como: 'una institución jurídica mixta, sui generis, la cual tiene su origen, en el acuerdo de las partes y deriva sus efectos jurisdiccionales de la ley civil. (Montoya Alberti, 1988, p. 35).

Resulta entonces, que si bien el árbitro actúa como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes, pero al carecer de facultades de coacción, sus decisiones, en caso de resistencia de las partes, deben ser necesariamente ejecutadas por los jueces. Por lo que Fernández de la Mela considera que:

Los árbitros carecen de la potestad de la que están revestidos los tribunales. Tanto unos como otros pueden decir el Derecho ante el caso concreto. Sin embargo, sólo los tribunales pueden ejecutar lo juzgado, transformando la realidad para hacer efectiva la tutela otorgada en sus resoluciones. Por esta razón, el ordenamiento prevé determinados cauces a través de los cuales la función jurisdiccional se pone al servicio del arbitraje con el fin de hacer posible su efectividad cuando pueda resultar necesario, ya sea al inicio del procedimiento, durante su sustanciación o tras la emisión del laudo (Fernández De La Mela, 2011, p. 88).

Como hemos venido anotando, el juez es quien encarna la función jurisdiccional del Estado, que se resume en la facultad para juzgar y hacer cumplir lo juzgado, de ser necesario, de manera forzosa. Sin embargo, el árbitro no tiene esta última facultad, conforme lo analiza Fernández de la siguiente manera:

Mientras que el juez es el titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo y está revestido de imperium, el árbitro, desprovisto de tal cualidad únicamente ejerce su mandato en el marco de la autonomía de la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia: el árbitro posee autoridad, pero carece de potestad que es atributo exclusivo del Estado. Se trata de un particular que ejerce una función pública como otros operadores jurídicos como el notario, el capitán de un buque mercante, el párroco de una iglesia, los agentes de aduana, los guardias jurados o los habilitados de clases pasivas, una función que tiene carácter cuasijurisdiccional y que ha que contar con el necesario apoyo de la jurisdicción para que su decisión tenga eficacia. Dado que el árbitro no es una entidad pública, no puede hacer cumplir coercitivamente sus resoluciones por sí. Sólo el Estado, en tanto que depositario del poder público soberano, puede imponer por la fuerza sus determinaciones, por esta razón, el árbitro requiere del órgano estatal para hacer cumplir coercitivamente sus resoluciones. El árbitro tendrá por sí la autoridad que las partes le confieran en forma contractual pero el Estado, y sólo el Estado, otorgará fuerza coercitiva a esa autoridad, de lo contrario la autoridad que contractualmente le dan las partes al árbitro, sería estéril e ineficaz (Fernández, 2005, p. 84).

Podemos concluir que de acuerdo con esta teoría, el arbitraje tiene elementos públicos y privados. Se origina con un contrato privado, pero en el transcurso del procedimiento, cuando interviene la autoridad judicial, adopta los elementos públicos de la jurisdicción.

2.2. El arbitraje en la Constitución Política del Perú y la posición del Tribunal Constitucional Peruano

Hacia finales del siglo pasado reconocidos tratadistas reclamaban mejorar las leyes sobre arbitraje, de tal manera que su uso se difundiera y se hiciera más asequible a las mayorías, pues ciertamente era casi para unos pocos privilegiados. Esa aspiración no tardó mucho en hacerse realidad. En 1993 Alberto Fujimori Fujimori promulgó la vigente Constitución Política peruana, en cuyo texto se consagra explícitamente al arbitraje

como medio para la solución de conflictos, tanto para la contratación privada como para la contratación del propio Estado; y lo más importante, lo consagra como jurisdicción, esto es, como una excepción de la jurisdicción pública a cargo de los jueces naturales⁵.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional del Perú en diversas resoluciones se ha pronunciado sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje y la posibilidad de los ciudadanos de acudir a la jurisdicción privada para exigir justicia. Así lo podemos observar en la sentencia que resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 476, su fecha 19 de julio de 2005, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus, alguno de cuyos fundamentos, son los siguientes:

6. (...) tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos.

⁵ Los artículos de la Constitución Política del Perú a los que nos hemos referido, son los siguientes:

Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Artículo 63°.- (...)

El estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados de vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. (...)

7. Sin embargo, el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.

(...)

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho”

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos define la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional

(...)

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución (...)⁶.

Sobre la sentencia anotada, Santistevan considera que:

no es frecuente debatir sobre la función “jurisdiccional que cumplen los árbitros por mandato de las partes. Se habla generalmente de la función arbitral y punto. No ocurre así en el Perú, menos recientemente en que el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado sobre la jurisdicción arbitral, estableciendo precedentes de observancia obligatoria en el marco de la interpretación constitucional del arbitraje y, además, incorporándolo al “orden público constitucional”.

Dicha sentencia ha puesto fin a un proceso de hábeas corpus incoado por un árbitro contra un fiscal de turno por violación al debido proceso en conexión con la libertad individual, como consecuencia de una denuncia planteada contra el árbitro por incidencias ocurridas al interior de un determinado proceso. Al resolverse el recurso de agravio constitucional planteado, el TC decidió establecer el marco de interpretación constitucional del arbitraje a partir de su reconocimiento como jurisdicción de carácter privado. Lo hizo, a nuestro parecer, con un claro propósito: definir un régimen de inmunidad del arbitraje frente a la acción del Poder Judicial, del Ministerio Público y de cualquier

⁶ Sentencia recaída en el EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC.

otra autoridad —incluidas las autoridades administrativas— lo suficientemente protectorio como para que los árbitros (o el árbitro único) puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de “decir el derecho” en el caso concreto y resolver los conflictos de interés que las partes han puesto en sus manos. Dicho enmarcamiento inmunizadorio, como lo veremos más adelante, supone que culminado el arbitraje, como jurisdicción privada que es, puede estar sometido posteriormente —y sólo posteriormente— al control judicial de legalidad por las razones taxativas señaladas en la ley o, eventualmente, al control de constitucionalidad si se han agotado las vías previas que habilitan a este último (Santistevan, 2006, pp. 15-17).

Consideramos que las razones anotadas por Santistevan para que se haya concedido al arbitraje la calidad de jurisdicción y haberlo incorporado al orden público constitucional, son razonables, se esté o no de acuerdo con esa calidad otorgada por la Constitución.

El mismo Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia que resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 136, su fecha 23 de julio de 2010, que declaró improcedente la demanda, estableció que:

conforme la Constitución, el arbitraje es una jurisdicción independiente del Poder Judicial, que se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición⁷.

⁷ Sentencia recaída en el Exp. N° 00142-2011-PA/ TC.

En consonancia con la norma constitucional y la posición del Tribunal Constitucional, Álvarez y Canales consideran que:

es posible concluir que el arbitraje no trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado. De lo cual se desprende que debiendo prima facie proteger los intereses de las partes, también se encuentra vinculada al respeto de la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta en el artículo 51 de la Carta Magna. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por las leyes especiales sobre la materia, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

Todo lo cual determina que la constitucionalización de la jurisdicción arbitral, no representa un perjuicio en su funcionamiento, o implica la traslación de los vicios propios de la justicia ordinaria. La importancia de esta consagración a nivel constitucional se deriva en la garantía como opción resolutoria de conflictos, asegurando que las competencias conferidas se encuentren debidamente garantizadas a efectos de que no sólo se desenvuelvan con eficiencia, sino que tengan el respaldo del sistema constitucional para ser ejecutadas. Es por ello que el constituyente la considera independiente, como una forma de consolidar su importancia a la par de su propia entidad del resto de variantes jurisdiccionales. De esta forma es que podremos asegurar que el arbitraje siga afirmando su buena marcha (Álvarez y Canales, 2010, p. 28).

Si bien la norma peruana ha adoptado la teoría jurisdiccional y el Tribunal Constitucional lo ha interpretado en el mismo sentido, sin embargo, adviértase que en realidad la redacción de la norma constitucional es desconcertante, debido a que por una parte consagra la unidad jurisdiccional y la imposibilidad de establecer jurisdicción independien-

te, pero acto seguido establece como excepciones la jurisdicción militar y la arbitral. Así lo hace notar Hakansson, cuando indica lo siguiente:

El segundo párrafo del artículo 139, inciso 1 de la Constitución establece que además de la judicatura los tribunales militares y arbitrales pueden ejercer la jurisdicción. En primer lugar, denominar jurisdicciones a los tribunales militares y arbitrales es un error; como sabemos, el concepto de jurisdicción significa la función que posee el Estado para administrar justicia; los tribunales militares y arbitrales tienen competencias propias según las particularidades de cada caso; por eso el párrafo debería decir que no hay otros tribunales independientes del Poder Judicial, salvo los militares y arbitrales (Hakansson, 2012, p. 163).

No deja de tener razón Hakansson, pero no sólo por esta evidente contradicción del texto constitucional, sino por las dificultades que tienen los árbitros cuando desarrollan la función encomendada, como lo desarrollaremos más adelante, que no hace sino cuestionar si en realidad el arbitraje es jurisdicción.

2.3. El arbitraje en la Constitución española y la posición del Tribunal Constitucional español

La Constitución española en el numeral 3 de su artículo 117° establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Claramente la Constitución española consagra la unidad de la jurisdicción a cargo de las autoridades judiciales, como históricamente se ha hecho, creemos, en todas las legislaciones de los países democráticos modernos, pues desde esta perspectiva no es posible siquiera concebir la posibilidad de que cada individuo tenga su *jurisdicción privada*, dado que esta facultad ha sido concedida al poder público.

En ese orden, para la norma constitucional española la jurisdicción es exclusiva del Estado, en cuyo texto no hace ninguna referencia al arbitraje. Sin embargo, consagra la libertad de la persona y éste es precisamente el fundamento del arbitraje: la libertad, y desde luego, la libre contratación.

Siendo libre la persona, lo es también para decidir cómo resolverá sus conflictos de carácter privado, en donde está en discusión asuntos que son de su exclusivo y único interés, y sin más connotación pública que la de un contrato privado y los efectos que éste conlleva.

En este escenario ¿en dónde calza el arbitraje?, ¿cómo así es una institución que resuelve controversias, sin colisionar con la unidad de la jurisdicción, que es un principio constitucional español y de todas las constituciones de las que tenemos conocimiento?

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, la sentencia 62/1991 del Tribunal Constitucional español considera que en efecto “el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada”⁸, fundamento que posteriormente fue recogido en otras sentencias, como las 288/1993 y 174/1995.

Fernández sobre lo anotado, considera que:

⁸ Sentencia 62/1991, de 22 de marzo de 1991, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/85 y en el conflicto de competencia núm. 763/85, acumulados, promovidos ambos por el Gobierno de la Nación, contra los arts. 1, 17, 18, 19, 20 a), 21, 22 y 31 de la Ley del Parlamento de Galicia 12/19847 de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario; y el segundo contra el art. 6, el inciso «además de las funciones de arbitraje que tienen encomendadas» del art. 7 y el inciso «en atención a las funciones de arbitraje que normalmente desempeña» del párrafo 2 del Art. 8 del Decreto de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo.

El hecho de que el Estado se reserve el monopolio de la jurisdicción, el denominado monopolio de exclusividad ad extra del Estado, no implica que los particulares suplan dicha actividad a través de procedimientos de carácter privado, cuando estos últimos sean admitidos de forma voluntaria, incluso con fuerza de cosa juzgada si así lo determina la ley (art. 43 LA/2003). (...) El empleo del arbitraje no supone una usurpación de las funciones jurisdiccionales que corresponden al Estado o, si se quiere, un desentendimiento de la función jurisdiccional. (...) A mayor abundamiento la STC 288/1993, 4 de octubre afirmó que el arbitraje «... es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada». Y posteriormente la STC 176/1996 de 11 de noviembre reiteró que la función del arbitraje como medio heterónimo de arreglo de controversias «se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1º CE) (Fernández, 2005, p. 71).

Nos encontramos frente a la teoría mixta de la naturaleza del arbitraje, respecto de la cual, el Magistrado Fernández Martínez considera que:

La doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal. Así el Tribunal Constitucional ha señalado que el arbitraje es un medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento. La CE según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la

Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo. (Fernández Martínez, 2012, p. 91).

En efecto, el Tribunal Constitucional español en la STC 9/2005 (RTC 2005, 9), consideró que:

El arbitraje es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) (...) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado (...)

Como se observa, el Tribunal Constitucional español considera que si bien el arbitraje no puede ser considerado como jurisdicción, por el principio de unidad, sin embargo, tiene equivalencia jurisdiccional, posición que confesamos no terminamos de entender, pues si es equivalente, significa que su peso específico en realidad es el mismo. En ese orden de ideas, Ruiz considera que

El arbitraje no es, en el sentido que algunos árbitros y tribunales de justicia entienden, un equivalente jurisdiccional. Los árbitros, no son jueces ni por tanto, imparten justicia. Su labor, de carácter temporal, comienza con su nombramiento y termina con el pronunciamiento del laudo. Es cierto que sus laudos producen cosa juzgada y obligan a las partes igual que las sentencias. Pero fuera de esta identidad o “equivalencia”, le encomienda que reciben los árbitros de las partes, se circunscribe única y exclusivamente a la materia objeto de la controversia. La tentación de algunos árbitros a extender su labor más allá del encargo recibido, sugiriendo modificaciones legislativas o determinados comportamientos a los Estados afectados por la controversia, es

decir, actuando como verdaderos jueces, desvirtúa a nuestro juicio la naturaleza y razón de ser del arbitraje (Ruíz, 2016, p. 655).

Sin perjuicio de si el arbitraje para la norma española es o no un equivalente jurisdiccional, lo cierto es que no colisiona con la unidad jurisdiccional declarada en la Constitución, en razón de que la actuación del árbitro surge con el acuerdo privado de las partes y únicamente para el caso designado, quien cesa en sus funciones cuando expide el laudo, por cuanto la ejecución forzosa corresponde a la autoridad judicial.

2.4. Nuestro punto de vista

No obstante que el arbitraje debe desarrollarse dentro del marco legal establecido por los estados y que sin ley que acepte esta solución de controversias no sería posible su existencia, es una realidad que el arbitraje se inicia como un evento estrictamente privado, dentro del mundo contractual y de interés exclusivo para las partes, es su voluntad la que gobierna.

Sin embargo, también es verdad que por la falta de facultades de coacción del árbitro, una vez obtenido el laudo, cuando la parte vencida no cumple de manera voluntaria, la vencedora tiene que acudir al juez para solicitar que lo resuelto sea cumplido y su derecho sea satisfecho; caso contrario, el proceso resultaría ineficaz. Lo que también sucede en el caso de la producción de la prueba o de la ejecución de medidas cautelares, siempre y cuando exista resistencia a cumplir las decisiones arbitrales. Nos referimos al caso de ejecuciones forzosas.

El arbitraje entonces es voluntario y expreso⁹, debe constar en un convenio, acuerdo o cláusula, o en actos que así lo convaliden de manera indubitable, en donde las partes pacten que las controversias surgidas o por surgir se someterán a arbitraje; asimismo, pacten lo concerniente a las reglas del procedimiento, tales como el idioma, el domicilio, los

⁹ En el Perú hay casos de arbitraje obligatorio, como diversos contratos del Estado, el arbitraje testamentario, entre otros.

plazos, el número de árbitros, la institución arbitral que administrará el proceso, es decir, en donde establezcan sus reglas que será a la medida de sus propios y genuinos intereses.

Todo esto, como es notorio, pertenece exclusivamente al ámbito del Derecho Privado, pero, como hemos indicado, ¿qué sucede si el vencido no quiere cumplir con lo resuelto en el laudo?, o ¿cómo hacer cuando el árbitro quiere ejecutar una medida cautelar y su resolución no es acatada? En todos estos supuestos, el árbitro debe o puede solicitar el auxilio judicial, en vista de que los jueces son los únicos a quienes el Estado les ha dado esa facultad, la de obligar a las partes o terceros a cumplir sus decisiones a través de diversas medidas coactivas.

Con todos estos elementos ¿podemos inclinarnos por alguna de las teorías que están en las antípodas? Creemos que no. Consideramos que estamos frente a una institución compleja, *barroca*, *sui generis*, en donde no todo es contractual o privado, ni todo es jurisdiccional o público, de ahí que ninguna de ellas pueda conceptualizar o incorporar todos los elementos del sistema y de lo que en realidad sucede con el arbitraje.

Tampoco creemos que sea una mezcla de ambas, pues en realidad se *desnaturalizaría* esta institución y estaríamos frente a un híbrido poco *digerible*, por lo que nos animamos a inclinarnos por las posiciones que consideran que estamos frente a una institución que tiene sus propios elementos y sus propias características, distintas a otras creadas por el Derecho. Creemos por lo tanto, que la naturaleza jurídica del arbitraje es única, es lo que algunos especialistas consideran como la de una naturaleza jurídica autónoma, de ahí sus peculiares características.

La teoría autónoma rechaza las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas, en tanto considera que esta institución tiene su propio ser y que no puede ponerse el molde de alguna otra y menos mezclarse los elementos de las existentes, dado que tiene sus propios fines y desenvolvimiento.

Siendo así

La teoría autónoma mira al arbitraje “per se”, en que consiste; la forma y manera como funciona; las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar el desenvolvimiento del arbitraje.

Se rechaza las teorías contractuales y jurisdiccional por no estar de acuerdo con la realidad, además de estar una con otra en contradicción. La ventaja del arbitraje no es la ejecución del laudo, sino más bien la rapidez y flexibilidad del procedimiento (Montoya Alberti, 1988, p. 36).

Cito el texto de Vera, quien a su vez cita a Ledesma, para quien el *arbitraje es el arbitraje*

De esos estudios se ha podido determinar que, en sede nacional, recurriendo a un análisis procesal, Marianella Ledesma Narváz y Juan Monroy Palacios abonan por esta teoría, mientras que Silvia Barona Vilar la cultiva desde la doctrina extranjera. Para esta última, el arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza jurídica, posición que explica a partir del siguiente cuestionamiento: [...] ¿qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce —el proceso— para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso? Luego, expresa: “Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que ‘el arbitraje es el arbitraje’, y esa es su naturaleza jurídica” (Vera, 2013, p. 21).

Nos apartamos por lo tanto de la posición que la propia Constitución Política del Perú ha establecido y el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado. Consideramos que el arbitraje no reúne las

características de la jurisdicción y no sólo desde un punto de vista teórico y académico, sino porque la práctica nos demuestra que no es verdad que los árbitros tengan una función jurisdiccional, en razón de que no tienen todas las facultades que sí tienen las autoridades jurisdiccionales, por eso nos atrevemos a *blasfemar* citando el precepto bíblico de *por los hechos me conoceréis*.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL EN EL PERÚ

Como ha podido advertirse, no hay consenso acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero cualquiera sea la posición que se adopte, en donde sí hay consenso es en que el árbitro *dice el derecho*, resuelve el conflicto que se le ponga en cuestión.

3.1. *Autoridad del árbitro*

La autoridad del árbitro surge de la propia voluntad de las partes. Son ellas quienes se la otorgan cuando lo nombran, la misma que termina cuando emite el laudo o resuelve las observaciones del mismo; y se circunscribe única y exclusivamente para el caso para el que fue designado.

Resulta, por lo tanto, que el árbitro es legitimado por las propias partes, quienes apartándose de manera voluntaria de la justicia ordinaria le conceden ese poder, quienes también pueden quitárselo en tanto lo remuevan o recusen y sea declarado fundado el recurso que eventualmente pueda plantearse. Sobre lo comentado, Castillo y Vásquez sostienen que:

Así las cosas, el árbitro sigue la misma suerte que el arbitraje como institución, a saber, nace de un contrato entre particulares autorizado por la ley. Su naturaleza, en cuanto a su designación como un tercero imparcial involucrado en una controversia entre dos o más partes que se someten a su juicio jurídico o de conciencia para resolverla, es estrictamente contractual. Y son las

partes de esa controversia quienes hacen y deshacen al árbitro. En otras palabras: el árbitro existe porque las partes lo quieren, por su voluntad (...) (Castillo y Vásquez, 2006, p.123).

En consecuencia, se puede colegir lo siguiente:

- La designación del árbitro es legítima porque lo nombran las partes, la institución arbitral o alguna otra institución autorizada.
- En caso sea cuestionada su competencia, él tiene autoridad para resolverla, por el principio del kompetenz kompetenz, lo que surge por la separabilidad de la cláusula arbitral al contrato, de tal manera que si la cláusula es cuestionada el contrato no se vea afectado, como puede ser la competencia de los árbitros, en cuyo caso, el árbitro será quién determine si es o no competente. Caivano considera que

El principio kompetenz-kompetenz, en pocas palabras, permite a los árbitros decidir los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (y, por supuesto, con más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene) (Caivano, 2015, p. 28).

- Si bien el árbitro tiene autoridad para resolver la controversia, sin embargo, no la tiene para ejecutar sus propias decisiones de manera forzosa, pues está supeditado a lo que las partes acaten.
- El árbitro tiene facultad para resolver los conflictos para los que hubiere sido designado por las propias partes, por lo que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento para ellas.

En efecto, las resoluciones del árbitro son de obligatorio cumplimiento y se hacen efectivas, ya sea porque las partes o, de ser

el caso, los terceros, las acatan voluntariamente o por mediar alguna ejecución forzada. En el caso peruano y en el de muchas otras legislaciones, no sólo para la ejecución forzada del laudo, sino también para el caso de las ejecuciones forzadas de las medidas cautelares y producción forzada de la prueba se debe recurrir al Poder Judicial.

- Las decisiones del árbitro no quedan en letra muerta, siempre se harán efectivas de una u otra manera, de ahí que este sea un medio no solo alternativo sino efectivo e *idóneo* para resolver controversias, como bien anota Ripol en su trabajo de tesis doctoral *La Ejecución del laudo y su anulación* (Ripol, 2013).

Finalmente no debe dejarse de lado que la autoridad del árbitro no está exenta de la *revisión* judicial, pues será el Poder Judicial quien se encargará del control del proceso, una vez el laudo haya sido emitido, en tanto alguna de las partes considere que se ha afectado alguno de sus derechos, lo que, consideramos, le da mayor garantía al sistema.

3.2. Independencia del árbitro

Dos de los atributos o condiciones más importantes que deben reunir los árbitros son su independencia e imparcialidad. Sólo así las partes sometidas a su decisión tendrán la certeza de que sus derechos estarán garantizados y serán debidamente determinados, anhelo por demás deseado por todos quienes aspiran a la justicia; y en un espectro más amplio, que el arbitraje goce o siga gozando de la confianza de quienes acuden a él. Son, principios fundamentales y medulares de la institución.

Es conocido que la independencia comprende una medida objetiva, mientras que la imparcialidad es subjetiva. La primera implica situaciones de dependencia, subordinación, familiaridad, cercanía de cualquier índole con alguna de las partes o sus asesores; el árbitro debe ser autónomo, debe tener plena libertad para decidir sin depender de nadie; mientras que la segunda implica la ausencia de influencias, influ-

jos, prejuicios o intereses subalternos con relación a la controversia, sus decisiones deben obedecer únicamente a motivaciones que se deriven del propio proceso, no debe existir inclinación por ninguna de las partes, de tal manera que la garantía de la administración de la justicia no se vea vulnerada, sobre lo cual Castillo es de la opinión que

Si bien la materia no se encuentra expresamente contemplada en el texto constitucional dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, contenidos en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, resulta absolutamente claro que el concepto de tribunal imparcial atraviesa implícitamente todas las garantías de la administración de justicia, en la medida de que ella no podría ser impartida por tribunales que, en esencia, no reúnan la característica fundamental de imparcialidad.

Entendemos que el concepto de tribunal imparcial se encuentra implícito dentro de las garantías de la administración de justicia, en tanto y en cuanto es el Estado el que administra justicia a través del Poder Judicial, concepto que por razones obvias, se extiende a todo tribunal que deba impartir justicia, incluyendo a los tribunales militares y a los tribunales arbitrales (Castillo, 2007, p. 41).

La regla es que los árbitros deben ser independientes e imparciales, que no representen los intereses de ninguna de las partes, que estén en el punto medio de las pretensiones de cada una, sin influjos de ninguna naturaleza, que su única obligación sea resolver el conflicto con ética y en aplicación estricta de la norma, en tanto estemos enfrentándonos a un arbitraje de derecho, o con verdadera equidad, si estamos en un proceso en donde el buen saber y entender del árbitro sirva para resolverlo. Así lo tienen establecido los códigos de ética de las instituciones que administran procesos arbitrales y así deberían actuar los árbitros que resuelven controversias fuera de este ámbito institucional.

La falta de independencia e imparcialidad de los árbitros es causal de recusación¹⁰, conforme lo tienen establecido las legislaciones y reglamentos arbitrales de los que tenemos conocimiento.

Dentro del mismo ámbito de la independencia, el numeral 2 del artículo 3° de la Ley de Arbitraje peruana establece que los árbitros no deben estar subordinados a órdenes, disposiciones o autoridad que disminuya o menoscabe sus atribuciones. De otra parte, el numeral 4 del mismo artículo 3°, establece que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del árbitro, con excepción del posterior control judicial a través del recurso de anulación del laudo. Asimismo, que cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Debe advertirse que la independencia del árbitro está plenamente regulada y resguardada, ni siquiera el Poder Judicial puede entorpecer su actuación —si lo hace responderá por su intervención— salvo, en el caso de anulaciones de laudo, para efectos del control judicial, pero no podrá pronunciarse sobre el fondo de la controversia; únicamente determinará si el proceso se llevó a cabo garantizando los derechos fundamentales del debido proceso y la tutela; o, cuando ejecuta los laudos, pero en donde sólo ejecutará lo resuelto por el árbitro, no pudiendo cuestionar el sentido del mismo.

También está el caso del auxilio judicial al que recurren las partes o el árbitro cuando se requiere ejecutar de manera forzosa medidas cautelares o la actuación de algunos medios probatorios.

¹⁰ El numeral 1 del artículo 28° de la LA, establece que:

Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

El árbitro ya no sólo por razones éticas, sino por mandato legal, debe permanecer independiente, conservarse impoluto, libre de cualquier circunstancia externa que pueda perturbar su actuación, debiendo permanecer equidistante a los intereses de cada una de las partes.

3.3. Facultades del árbitro

Como bien anota Filártiga, la “facultad del árbitro está limitada por lo que las partes hayan acordado delegar al Tribunal. No podrán excederse de la autoridad que les fuera otorgada, ni dejar de ejercerla” (Filártiga, 2003, p. 377).

En efecto, siendo las partes quienes otorgan competencia al árbitro, son también quienes acuerdan las reglas del proceso y son quienes establecen qué facultades le otorgan. En ese sentido, es posible que las determinen de manera detallada o que se sometan a las reglas del reglamento de una institución arbitral, siempre dentro del marco legal que contemplen las leyes nacionales. En cualquiera de esos supuestos, el árbitro no puede ir más allá de lo expresamente facultado, tampoco puede dejar de ejercer las facultades concedidas.

En la legislación peruana, la Ley de Arbitraje establece que el tribunal arbitral es competente para lo siguiente:

- Conocer el fondo de la controversia, que es la razón de ser de su designación y que se traduce en la emisión del laudo¹¹.
- Decidir sobre cualquier asunto conexo o accesorio, que coadyuve a conocer el fondo de la controversia.

¹¹ Artículo 40°.- Competencia del Tribunal Arbitral

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

- Determinar reglas complementarias, en tanto las partes no las hayan determinado o las normas de los reglamentos a los que se sometieron no las tengan contempladas.
- Decidir sobre su propia competencia, que como hemos ya indicado en el numeral anterior, en doctrina se le denomina kompetenz – kompetenz. Sólo el árbitro puede resolver si es o no competente para resolver la controversia; de esta manera se agiliza el procedimiento y se evitan retrasos maliciosos. En esta facultad están incluidas las excepciones u objeciones relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la controversia y, en general, cualquier otro tema que impida entrar en el fondo del asunto¹².
- Resolver excepciones tales como las de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
- Decidir si se celebran o no audiencias y cuántas deben celebrarse¹³.

¹² Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

¹³ Artículo 42°.- Audiencias

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.

- Determinar la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, así como la presentación o actuación de las mismas¹⁴. Como es natural, al haberle conferido las partes la facultad para resolver la controversia, es inherente que tiene facultad para actuar las pruebas que abonen para la solución de la misma.
- Nombrar peritos y requerir a las partes para que faciliten la información pertinente para llevar a cabo las pericias¹⁵.
- Adoptar medidas cautelares que soliciten las partes y exigir garantías para asegurar el resarcimiento de eventuales daños y perjuicios¹⁶. La facultad se extiende a su ejecución, siempre que no requiera el auxilio de la fuerza pública, caso contrario se debe acudir a la vía judicial¹⁷.

¹⁴ Artículo 43°.- Pruebas

1. E tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

¹⁵ Artículo 44.- Peritos

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo, requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

¹⁶ Artículo 47.- Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

¹⁷ Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

- Iniciar y continuar con la tramitación de las actuaciones arbitrales¹⁸. No es frecuente, pero sí posible, que habiéndose activado la cláusula arbitral y por tanto constituido el tribunal arbitral, las partes no continúen con la tramitación del proceso. Las causas pueden ser diversas, desde una conciliación fuera del proceso, falta de interés, no querer pagar los derechos arbitrales o simple negligencia. En estos casos, como se ha previsto en la norma, el árbitro puede decidir si continúa con la tramitación del proceso, en cuyos supuestos emitirá las resoluciones y citará a las audiencias que considere, pudiendo inclusive llegar hasta la emisión del laudo o archivar el proceso. Cualquiera sea la solución por la que opte, estará debidamente facultado. Creemos que una actuación negligente del árbitro es dejar *abierto* el proceso, por lo que siempre debe concluirlo.

El árbitro a lo largo de su actuación, siempre debe tutelar el debido proceso, de tal manera que otorgue un trato igualitario a las partes, en donde cada una tenga las mismas oportunidades para poder presentar sus medios de defensa y contradecir los de la otra parte.

3.4. Diferencias y similitudes entre la legislación peruana y la legislación española

La diferencia más importante del arbitraje en ambas legislaciones es el tratamiento constitucional: mientras que en el Perú se ha constitucionalizado la institución consagrándola como jurisdicción, la Constitución española no hace referencia al tema, siendo el Tribunal Constitucional quien ha interpretado que el arbitraje surge como consecuencia de la libre voluntad del individuo y es un equivalente jurisdiccional. Como hemos visto a largo de este trabajo, este es un punto crucial. Dependiendo de cómo se entienda a la institución, será su tratamiento.

¹⁸ Artículo 3º

(...)

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

Ahora bien, en lo que respecta a las normas legislativas, las diferencias más resaltantes vemos que son las siguientes:

- a. En la legislación peruana el nombramiento de árbitros en defecto de las partes ha sido delegado a las cámaras de comercio¹⁹, mientras que en la legislación española esta función ha sido delegada al Poder Judicial²⁰. Creemos que la fórmula peruana

¹⁹ Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento
(...)

- d) Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

²⁰ Artículo 8.- Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.

(...)

Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

(...)

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:
 - a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
 - b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los

acerca más al arbitraje a su esencia primigenia, dado que como hemos sostenido al inicio de este trabajo, fueron los comerciantes los que primero capitalizaron este sistema, tal como se conoce ahora, para resolver sus controversias.

En el caso peruano, se ha tratado, por lo menos a nivel legislativo, de que el Poder Judicial intervenga lo menos posible en el arbitraje. En ese sentido, se ha establecido que su participación será prestando el auxilio judicial para ejecuciones forzadas y para el control posterior del laudo en donde revisará únicamente lo concerniente al procedimiento y no el fondo de la decisión. Esta

30 días contados desde la última aceptación. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

- c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.
4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.
5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.
7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno.

es una notable diferencia, pues la ley nacional peruana al facultar a las cámaras de comercio a designar a los árbitros, da mayor autonomía y celeridad al trámite. Asimismo, porque responde al deseo de las partes de evitar la justicia ordinaria, dado que es contradictorio que quien designe al árbitro por defecto de las partes sea precisamente el Poder Judicial, a quien quisieron evitar, sin contar con que los plazos serán inevitablemente más largos, con lo que este beneficio que es uno de los fundamentos del arbitraje, se ve seriamente afectado.

- b. Las recusaciones²¹ y remociones²² de los árbitros en la legislación peruana han sido también delegadas a las cámaras de

²¹ Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

(...)

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

- i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23.
- ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23.
- iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

(...)

6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.

²² Artículo 30.- Remoción.

(...)

comercio e instituciones arbitrales, cuando al propio tribunal, por las razones expuestas en la norma, no le sea posible resolverlas o en el caso de árbitro único. En la ley española cuando no prospera la recusación de acuerdo al procedimiento establecido por las partes o el establecido por la ley, ésta podrá hacerse valer cuando se impugne el laudo; en consecuencia, será el Poder Judicial quien la resuelva en última instancia²³.

- c. Las medidas cautelares pueden ser resueltas por el árbitro. En el caso de la ley peruana el árbitro ha sido facultado para ejecutarlas en tanto no requiera el auxilio de la fuerza pública; mientras que para la ley española, la ejecución de las medidas cautelares siempre la hará el Poder Judicial, por lo que la función del árbitro sobre medidas cautelares será declarativa, correspondiendo al juez la ejecución.

3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

²³ Artículo 18. Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.
3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

4. ACTUACIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO ARBITRAL EN EL PERÚ

La premisa es la siguiente: ganará el litigio quien haya probado lo reclamado y acreditado fehacientemente los hechos base para la aplicación del Derecho alegado. Por eso la necesidad de que las partes prueben cada una de sus afirmaciones, de darle al árbitro pruebas suficientes, herramientas e información relevante para acreditar que tiene la razón. En ese sentido, la carga probatoria es de quien alega los hechos o los contradice. Para Montezuma

El principio de la carga de prueba descansa en el criterio que explica que éste es un gravamen que recae sobre las partes a quienes se les impone el deber de facilitar el material probatorio para que el juzgador, llámase juez o árbitro, pueda formar sus convicciones acerca de los hechos alegados y resolver acerca de la procedencia de las pretensiones propuestas. Este principio de carga de prueba como lo hemos dicho recae sobre quien propone las pretensiones, es decir sobre aquel que demanda, y también sobre aquel que niega o rechaza los términos de la demanda propuesta en su contra. La prueba generada será recibida por el Juez para su apreciación y se reconoce que ante la falta de ella, es decir ante el incumplimiento de este deber de probar, la pretensión será desestimada.

Este concepto procesal no es patrimonio exclusivo del proceso judicial sino también del procedimiento arbitral, así se puede inferir de la afirmación que señala al referirse a la presentación de pruebas, que otro aspecto de esta presentación de pruebas es la carga de la prueba, siendo práctica habitual de los tribunales arbitrales internacionales solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso (Montezuma, 2015, p. 109).

Queda claro que si no se prueban las pretensiones o los hechos expuestos, no es posible que lo reclamado sea declarado fundado, por cuanto se aplica el principio del derecho de que quien alega un hecho debe probarlo.

En ese escenario, el árbitro sólo podrá declarar fundada las pretensiones si éstas han sido debidamente probadas por las partes, tal como lo dice Castillo:

En los procesos de orden civil, ya sea que se tramiten en la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción arbitral, rige el principio general en el sentido de que «quien alega un hecho debe probarlo».

En otras palabras, es responsabilidad de aquél que pretende se declare un derecho, el aportar los medios probatorios que acrediten la existencia de ese derecho, habida cuenta de que si no lo hace, la pretensión irremediamente será desestimada. Así, la obtención de un resultado favorable para una pretensión procesal deberá pasar por una actividad probatoria lo suficientemente sólida como para que el tribunal la llegue a declarar fundada.

Esto significa que el esquema a seguir es: pretensión→actividad probatoria→resultado. En otras palabras, no debería obtenerse un resultado favorable a una pretensión si ésta no es probada de modo fehaciente (Castillo, 2016, p. 346).

La prueba y su producción son aspectos medulares en todos los procesos arbitrales, así como en todos los procesos en donde se ha de dilucidar alguna cuestión litigiosa. El derecho debe probarse a través de medios objetivos, razón por la que Stirmimann y Romero precisen que

El derecho a la prueba ha sido un tema que ha ocupado un papel preponderante en la historia a través de los siglos, partiendo de la antigüedad donde la prueba se fundamentaba en la retórica y el empirismo de las impresiones personales, pasado por las épocas oscuras de los *juicios de Dios* en que se imponían condenas absurdas basadas en la creencia de una intervención Divina, hasta llegar al estado de derecho moderno en donde los juicios giran en torno a la prueba legal de los hechos alegados por las partes con el fin de alcanzar la condena, o absolución deseada. Así, la prueba es entendida como el medio o procedimiento legal que sirve para demostrar la verdad de una proposición o la realidad de un hecho y tiene un

rol central en el proceso jurídico, pues con ella se busca la convicción del juzgador acerca de los hechos, debatidos y debatibles, cuya demostración resuelve necesaria para la resolución del conflicto sometido a proceso. (Stirnemann y Romero, 2013, p. 149).

Bajo ese mismo postulado, no servirá de nada tener la razón si no se le puede demostrar. Por ello, la parte debe diseñar una estrategia adecuada e inteligente que le permita producirla y presentar en el proceso aquellas pruebas pertinentes que al ser valoradas por el árbitro no le quede alguna duda y resuelva favorablemente a sus pretensiones. Al respecto Batista, considera que

Lo que se busca en el proceso es demostrar, por los medios de prueba admitidos, los hechos alegados y tenidos como verdaderos o falsos por las partes. La lucha entablada busca probar lo sustentado por las partes. Sea la veracidad de los hechos o su falsedad o inexistencia. La valoración de la prueba determinará el éxito del demandante o demandado.

Sin embargo, la prueba ha de ser admitida para que, tras su producción, sea objeto de valoración por parte de los árbitros, con base en la libre convicción. Libre, sin dudas; pero, ciertamente, fundamentada (Batista, 2009, p. 125).

Ahora bien, las pruebas que pueden presentarse en el proceso arbitral son diversas, las mismas que siempre deben ser puestas en conocimiento de la parte contraria, de tal manera que ésta pueda tomar debido conocimiento y pronunciarse conforme lo considere. Sólo así, su derecho estará debidamente garantizado, conforme lo sostiene Cortéz

La vigencia del principio de tutela efectiva determina que las partes puedan aportar cuantos documentos estimen convenientes o que señalen otros y que establezcan las pruebas de que intentan valerse; pero, a su vez, el principio de defensa impone que estas pruebas, cuya práctica se propone, sean conocidas con la suficiente antelación por la contraparte, a los efectos de que ésta pueda ejercer plenamente su derecho de defensa. Por eso

es una *carga* que se impone con la presentación de los escritos alegatorios. (Cortéz, 2006, p. 436).

Nos reafirmamos al indicar que quien alega un hecho o cuestiona los vertidos por la parte contraria debe probarlo, caso contrario, sería un acto meramente retórico y sin trascendencia para el proceso. Sin embargo, no es suficiente presentar la prueba, debe ser admitida y posteriormente producida y valorada. Pero la producción de la prueba no necesariamente va a depender de la parte que la presenta; en muchos casos está en manos de terceros, quienes no siempre tienen la voluntad de colaborar con el proceso.

Si las partes cumplen con una eficiente demostración de sus alegaciones y lo que consideran es su derecho, el árbitro tendrá los elementos e insumos necesarios para dar la razón a quien la demuestre. De esta manera también motivará debidamente su decisión.

4.1. Pruebas que pueden actuarse en el proceso arbitral

La norma no establece cuáles son las pruebas que pueden actuarse en el proceso arbitral, tampoco contiene una relación o listado de las mismas y no podría hacerlo, porque sería un catálogo vasto y aun así, insuficiente, de tal manera que se ha dejado la evaluación de la pertinencia de las mismas al árbitro, quien es el director del proceso.

En efecto, en el proceso arbitral se pueden presentar todos los medios probatorios que estén al alcance de las partes, en tanto no sean violatorios de las normas constitucionales y demás disposiciones legales, siendo la discrecionalidad del árbitro quien las acepte o rechace, siempre previa opinión de la parte contraria.

Asimismo, no todas las pruebas que se presenten necesariamente son aceptadas, no obstante ser legales. Su aceptación en el proceso dependerá de su pertinencia, si abona o no en beneficio del esclarecimiento de los hechos. Marchesini opina que:

La realidad demuestra que una gran proporción de la prueba ofrecida por las partes, cuya producción consume tiempo e innecesarios incidentes y recursos resulta superflua e intrascendente. Un buen análisis de la causa por el tribunal una vez trabada la litis permitirá desechar la prueba que haga a hechos reconocidos por ambas partes, no controvertidos, probados por otros medios o que sean irrelevantes para dirimir el pleito, ordenándose sólo la producción de la que sea necesaria (Marchesini, 2005).

De otro lado, como hemos anotado, la norma otorga a los árbitros facultades para que determinen cuáles de las pruebas ofrecidas tienen verdadera relevancia, cuáles tienen incidencia con el objeto controvertido, debiendo dejar de lado aquellas intrascendentes, dado que antes de esclarecer los hechos pretendidos podrían hasta enturbiarlos. Así, el proceso se volverá más ágil y cumplirá con uno de sus objetivos: la celeridad. El árbitro será una suerte de *tamiz*, quien de manera profesional y con sano juicio deberá decidir sobre la conveniencia o no de las mismas.

Ahora bien, es conocido que los árbitros suelen aplicar las mismas fórmulas de la actividad probatoria de la justicia ordinaria. No olvidemos que estamos frente a temas de naturaleza jurídica y que si bien las normas del proceso ordinario no son aplicables en el arbitraje, por lo menos en lo que a la legislación peruana se trata, pero debido a que no existen normas en el arbitraje que regulen esos tópicos, precisamente por su flexibilidad, se hace uso de ellas.

En el caso peruano, el Código Procesal Civil no se aplica al proceso arbitral ni siquiera de manera supletoria, pero es usual que los árbitros lo utilicen, si bien no haciendo referencia expresa a esas disposiciones y menos con su rigurosidad, pero sí siguiendo esos lineamientos con la flexibilidad que se permite en el arbitraje.

Otra guía importante que suelen tener los árbitros son las Reglas IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas en mayo de 2010, documento que con-

tiene mecanismos para la presentación de documentos, testigos, peritos, inspecciones y para la propias audiencias en donde han de actuarse.

Batista considera que “todos los medios idóneos y capaces de demostrar el hecho controvertido (por ejemplo, fotografía; vídeo; grabación), aunque no los enumere la ley, son pasibles de examen por parte del juzgador con vistas a reconstruir o definir la verdad sobre un determinado hecho” (Batista, 2009, p. 124). El mismo Batista es de la opinión que:

Se ve que es amplia la libertad probatoria en el proceso arbitral, a la vista del elemento esencial, para el árbitro, que es la búsqueda y la conquista de la verdad material. La propia equiparación de las facultades del árbitro a las del juez togado asegura plena autoridad del juzgador privado, con relación al ejercicio de la función jurisdiccional, función ésta que tiene por finalidad aplicar el derecho al caso concreto y que, por supuesto, debe pasar, con carácter preliminar, por la relevante etapa de la confirmación de la veracidad o de la falsedad del *hecho a probar*.

De ese modo, es amplio el medio de prueba utilizado tradicionalmente en el arbitraje, especialmente, en el de carácter internacional. No obstante también en el nacional el árbitro puede solicitar información de autoridades públicas, municipales, estatales y federales (por ejemplo, agencias reguladoras, registros públicos), determinar la presentación de cintas sonoras, cintas de vídeos, libros contables, fotografías y discos duros, determinar oír a testigos no indicados por las partes, o incluso, su representación para aclarar puntos controvertidos o para, en un careo con otro testigo, aclarar informaciones incoherentes o conflictivas. Al Arbitraje se le aplica la regla de que *nadie está eximido del deber de colaborar con el Poder Judicial (...) para descubrir la verdad (...)* (Batista, 2009, p. 124).

No cabe duda de que las partes pueden presentar y solicitar todas las pruebas que se conocen en el procedimiento ordinario o judicial; no hay norma en contrario. Siendo así, se podrán presentar pruebas de di-

versa naturaleza, tales como documentos públicos, documentos privados, declaración de testigos, pericias de expertos, inspecciones oculares, grabaciones, fotografías, vídeos, material fílmico, material electrónico e informático, entre muchos otros.

Consideramos, sin embargo, que la estrategia de las partes debe estar orientada a presentar pruebas relacionadas directamente con los hechos controvertidos, debiendo hacer una evaluación previa sobre su pertinencia. De esa manera, el proceso no se entrampará en innecesarias objeciones y nulidades por la parte contraria, quien podrá de manera legítima observar las que considere que son impertinentes e inadecuadas y al árbitro no le quedará más remedio que declararlas en ese sentido. También le corresponde al árbitro evaluar y valorar las pruebas para determinar el mérito que tiene cada una de ellas, valoración que deberá hacer de manera razonable y crítica.

4.2. Facultad del árbitro para ordenar la actuación de pruebas

Sobre la prueba, el artículo 43²⁴ de la Ley de Arbitraje establece que el tribunal arbitral está facultado para determinar de manera exclusiva lo siguiente:

- Su admisión
- Su pertinencia
- Su actuación
- El valor
- Ordenar en cualquier momento su presentación o actuación
- Prescindir motivadamente de las ofrecidas y no actuadas.

²⁴ Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Debe apreciarse lo genérico de la norma; no hay más regulación que lo expuesto, salvo lo concerniente a la prueba pericial²⁵.

Entendemos que esto obedeció a la elasticidad del proceso arbitral; por eso, el árbitro ante la ausencia de norma, en tanto no esté reglamentado por las instituciones arbitrales en donde se administra el proceso, como estamos sosteniendo, pudiera hasta hacer uso de las disposiciones establecidas para la justicia ordinaria. Es evidente que algo tiene que hacer ante la falta de procedimiento, lo que no significa que las usará de manera supletoria, sino como también ya hemos indicado, como una simple *guía*.

De acuerdo con el mismo artículo 43°, el árbitro será quien de manera exclusiva determine si admite o no una prueba, si es o no pertinente, cómo y la oportunidad de su actuación, quien establezca su valor; asimismo, puede en cualquier momento solicitar su presentación y actuación, por lo que la prueba no se ha limitado únicamente a la que las partes pueden aportar. Como veremos más adelante, el árbitro también puede ordenar la actuación de pruebas no ofrecidas por las partes, conocidas como las pruebas de oficio, lo que si bien tiene detractores, igual es regulado y utilizado por los árbitros. Figueroa considera que:

La actuación de oficio de los Tribunales Arbitrales en la producción de la prueba está íntimamente vinculada con su labor

²⁵ Artículo 44.- Peritos

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.
2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

proactiva para hacer más eficiente el proceso arbitral y que las pruebas que se rindan sean sustanciales y pertinentes, ya sea conduciendo la etapa probatoria del modo que le parece más razonable, orientado a las partes a producir pruebas más direccionadas (SIC) a aclarar sus dudas, pues de ese modo el Tribunal logrará que el procedimiento sea menos costoso y más eficiente.

De esta forma, siendo un deber del Tribunal conducir el arbitraje de manera expedita y menos costosa para las partes, debe ser una preocupación de los árbitros que no se rinda prueba inútil, debiendo ésta servir definitivamente para aclarar los hechos controvertidos sustanciales, por lo que el Tribunal debe guiar a las partes para que presenten las pruebas que él juzga importantes para resolver la controversia, excluyendo las que sean redundantes o innecesarias (Figueroa, 2015, pp. 43-44).

Siguiendo en materia, la ley nacional ha previsto que la prueba no sólo puede presentarla la parte, sino el propio árbitro, quien de oficio la requiere, posición que no necesariamente es aceptada por todos los actores del sistema, por cuanto algunos sostienen que de esta manera el árbitro se estaría parcializando con alguna de las partes, dado que sólo debe resolver con lo que las partes le pongan a consideración, con lo que exista en el expediente, no pudiendo sustituir a las partes y, menos, ayudarlas a probar sus pretensiones. Con ello, además, se estaría premiando la negligencia de las propias partes, quienes en rigor son las llamadas a defender sus derechos.

Sin embargo, nuevos vientos soplan en torno a cómo se debe administrar justicia, dado que se trata de obtener o, por lo menos, intentar obtener la verdad y si para eso es necesario que sea el propio administrador de la justicia quien vaya a buscarla, debe hacerlo. El objetivo es mucho más elevado: descubrir la verdad.

Sobre lo comentado, citamos nuevamente a Castillo, quien sostiene que:

Basado en la idea de que los tribunales tienen plenas facultades para ordenar la actuación de cualquier prueba de oficio, también debe partirse del principio de que este tipo de pruebas de oficio debe tener como único fundamento el interés del tribunal por esclarecer la verdad y, ellas —de ninguna manera— deben ayudar a alguna de las partes a complementar medios probatorios que no aportaron oportunamente al proceso (Castillo, 2016, p. 359).

Otro punto importante a considerar es el momento en que se debe presentar la prueba, debido a que no necesariamente todas las pruebas se ofrecen cuando se presenta la demanda o cuando se contesta la demanda, o, de darse el caso, cuando se presenta la reconvencción o se contesta la reconvencción. La prueba se puede presentar en cualquier otra etapa del proceso, ya sea por estrategia, negligencia o porque recién se obtuvo, debiendo ser el árbitro quien determine si las admite o no, luego de oír a la parte contraria, tal como lo sostienen Cremades y Madalena:

En la práctica, pueden producirse circunstancias excepcionales que justifican que el árbitro, en ejercicio de ese poder discrecional, decida admitir pruebas no presentadas con el correspondiente escrito de alegaciones. Estas circunstancias podrían justificar que se admita aquella prueba que no pudo presentarse en el momento procesal oportuno, siempre y cuando se respete la igualdad procesal y la posibilidad de observaciones por la otra parte. En todo caso, el árbitro conservará normalmente ese poder discrecional que indudablemente le permite admitir e incluso solicitar la producción de determinada prueba adicional (Cremades y Madalena, 2010, p.13).

4.3. Facultad del árbitro para ejecutar sus propias decisiones sobre actuación de pruebas

Como hemos visto a lo largo de este epígrafe, el árbitro puede hacer *casi* todo lo que puede un juez natural, en lo que a pruebas se refiere.

El árbitro tiene autoridad para admitir las que considere pertinentes, prescindir de ellas y, cómo no, también puede ejecutarlas. Así lo tiene establecido, como hemos visto, el numeral 1 del artículo 43° de la Ley de Arbitraje, cuando dispone que el tribunal arbitral tiene facultad para actuar la prueba, en tanto —abonamos— quienes deben procurarlas o producirlas lo hagan libre y voluntariamente. En estos casos, el árbitro actuará *casi* como lo hacen los jueces, pero sin la rigurosidad de la investidura de la judicatura.

Ahora bien, las pruebas como hemos precisado, pueden ser de diversa naturaleza, no hay limitación, salvo las que se denominan pruebas prohibidas, como pudiera ser el caso de las que se obtienen violando derechos constitucionales²⁶.

Decíamos que las pruebas son ofrecidas por las partes en la etapa postulatoria, cuando presentan la demanda, contestación de demanda, reconvencción o contestación de reconvencción, pero también cuando las partes proponen excepciones, contestación de excepciones, tachas, contestación de tachas y cualquier otra similar, o en otro estadio del proceso, en casos extremos hasta cuando se ha cerrado la etapa de la instrucción, correspondiendo al árbitro determinar si las admite o no, pero, insistimos, siempre oyendo a la parte contraria, para garantizar su derecho de contradicción. Ofrecidas y admitidas las pruebas, corresponde actuarlas.

Las pruebas más recurridas son las documentales, pudiéndose presentar documentos públicos o privados y en formatos físicos o digitales.

²⁶ Javier Villa García, sobre la prueba prohibida, indica que:

La doctrina no es pacífica con relación a la definición de la prueba prohibida. Tradicionalmente se admiten dos conceptos uno amplio y otro restringido de ella. En sentido amplio se entiende por prueba prohibida aquella que se obtiene o produce vulnerando el ordenamiento jurídico en general, sea que la vulneración sea de una norma de rango constitucional o legal.

En sentido restringido se entiende por prueba prohibida aquella que se obtiene vulnerando uno o más derechos fundamentales. (Villa, 2013).

En estos casos, no hay mayores comentarios, pues el árbitro las admitirá en tanto se hayan presentado conforme a las reglas acordadas previamente, las pondrá en conocimiento de la parte contraria y serán materia de valoración posterior.

Las partes también pueden solicitar exhibiciones que deberá hacer la parte contraria. En este escenario, el árbitro admitirá la prueba, señalará día y hora para que ésta se lleve a cabo o resolverá que los documentos o bienes de que se trate sean exhibidos a través de su presentación en las instalaciones de la secretaría arbitral o lugar sede del arbitraje, para que la parte que la solicitó los pueda revisar. Esto sucede usualmente cuando se trata de documentos y por su extensión el árbitro omite una audiencia. Es casi seguro que la parte contraria cumplirá con el mandato exhibiendo lo solicitado sin mayores trámites; en este caso, la prueba habría sido actuada. Sin embargo, puede suceder que las exhibiciones no se cumplan a pesar de los reiterados requerimientos del árbitro y tampoco se justifiquen las razones de la negativa, en cuyo caso, la prueba no sería actuada y la decisión del árbitro no sería ejecutada.

Otro es el caso de las pruebas testimoniales admitidas por el árbitro. Éste, a través de la secretaría arbitral, citará a los testigos para llevar a cabo la declaración. En la citación señalará el día, la hora y el lugar en donde se llevará a cabo. A la audiencia de declaración de los testigos también concurrirán las partes con sus asesores, si lo estiman necesario y le harán las preguntas que consideren. El árbitro también hará las preguntas que considere, con lo que la prueba se habría actuado. En estos supuestos, es conveniente que sean las propias partes quienes colaboren con persuadir a los testigos para que acudan a declarar.

Lo mismo sucederá cuando se requiera información de instituciones financieras o de otra índole, cuya pertinencia hubiere sido declarada previamente por el árbitro; situación en donde el árbitro, a través de la secretaría arbitral, solicitará a la institución el envío de la información. Si la institución envía la información, el árbitro la pondrá en conoci-

miento de las partes para sus respectivas alegaciones, con lo que quedará actuada la prueba.

La producción de la prueba por el árbitro es posible en tanto los terceros decidan voluntariamente acatar sus resoluciones, pero ¿qué sucede cuando los terceros son renuentes, cuando son *rebeldes*, cuando no quieren colaborar con el proceso? Este aspecto será materia del ítem que sigue y es que

Ante la falta de *potestas* de los árbitros para la realización de ciertas actuaciones y la necesaria utilización de medios coercitivos frente a terceros o partes del proceso arbitral, se requiere en ocasiones recurrir a los órganos jurisdiccionales en materia de prueba. Según se desprende del art. 33 LA tanto los árbitros como las partes con el consentimiento de los árbitros, podrán acudir a un órgano judicial con uno de estos dos objetivos: que practique directamente aquel medio de prueba que los árbitros no pueden llevar a cabo; o que pongan los medios necesarios para que esa actividad de prueba pueda ser realizada directamente por los árbitros (González-Montes, 2009, p. 111).

4.4. Resistencia de terceros para acatar resoluciones arbitrales sobre actuación de pruebas

Cuando los terceros a quienes se les requiere para que aporten alguna de las pruebas ofrecidas por las partes no lo hacen de manera voluntaria o se resisten a hacerlo, los mandatos del árbitro resultarán *límpicos*, no hay forma de obligarlos en la instancia arbitral, salvo que se solicite el auxilio judicial. Lo mismo puede suceder en el caso de las propias partes en controversia, si una se resiste a aportar la prueba, no hay forma de obligarla a aportarla, más allá de que su conducta pueda ser valorada al momento de emitir el laudo.

A ese respecto, Arrarte considera que:

En efecto, si bien nuestra Constitución Política, en su artículo 139, ha optado por recoger la tesis del carácter jurisdiccional del arbitraje, contradictoriamente le ha privado de uno de sus atributos esenciales: su carácter coercitivo —potestad de hacer cumplir sus decisiones, aún haciendo uso de la fuerza—, determinando que para la ejecución forzada del mandato arbitral, se deberá recurrir al Poder Judicial (Arrarte, 2010, p. 79).

Como bien se ha indicado, la causa de la imposibilidad del árbitro de producir la prueba, que debidamente fue propuesta por las partes y no observada por la contraria, es por la simple razón de que no tiene autoridad para requerir de manera forzosa su cumplimiento; no tiene facultad coercitiva, que es un atributo exclusivo de los jueces ordinarios. En ese sentido, Marchesin opina que:

Para algunos medios probatorios puede haber mayor dificultad en la producción atento a la falta de “*imperium*” de los árbitros. Si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por sí mismo o tuviera dificultades en su producción, podrá pedir el auxilio de la justicia para que le otorgue la “*coercio*” de la que es recipiendario el Poder Judicial.

Por ejemplo, en la prueba testimonial, los árbitros no tienen la potestad de hacer comparecer y declarar forzosamente a terceras personas que no se han sometido voluntariamente a su jurisdicción. Si un testigo es citado por el tribunal arbitral, no concurre y éste lo considera imprescindible para la dilucidación de la causa, deberá recurrir al auxilio de los jueces estatales a fin que dispongan las medidas coercitivas necesarias para que la declaración finalmente sea realidad (Marchesini, 2005).

En la práctica del arbitraje sucede que cuando una prueba no puede ser producida o actuada en sede arbitral por la resistencia de quienes deben hacerlo, los árbitros se encuentran ante la encrucijada de prescindir de ella o de agotar las vías que la propia ley le ha concedido, esto es,

acudir al Poder Judicial para que le preste auxilio, ya sea para que actúe la prueba o para obtener el apoyo de la fuerza pública.

Decimos encrucijada porque, como hemos venido sosteniendo, hacerlo implica inevitablemente renunciar a los objetivos principales del arbitraje: no intervención judicial y celeridad del proceso.

El árbitro por consiguiente se enfrenta a esta gran disyuntiva: ¿sigue la vía larga y difícil para actuar la prueba y llegar a la verdad, o prescinde de ella?. Somos de la opinión de que un árbitro que quiera tener todos los elementos que le permitan emitir un laudo justo, acudirá sin duda alguna al Poder Judicial.

Nos referimos al caso específico de la declaración de testigos, la entrega de información o de documentos que está en manos de terceros, o la propia exhibición de bienes o documentos que se requiere a la parte contraria.

En estos supuestos, el árbitro no puede hacer comparecer a la fuerza al testigo que no quiere acudir a prestar su testimonio o que entregue información que no quiere entregar, tampoco a la parte contraria a exhibir los bienes requeridos. Si bien la parte que ofrece estas pruebas debe procurar que se produzcan sin contratiempos, sin embargo, muchas veces está fuera de sus posibilidades, por lo que será el árbitro quien se encargue de hacerlo.

Es en los casos propuestos en donde debe existir un diálogo fluido con el Poder Judicial. Sin embargo, no siempre es así, debido a que como ya hemos indicado, la carga procesal de los jueces ordinarios es vasta y compleja.

4.5. Intervención de la autoridad judicial en las decisiones arbitrales sobre actuación de pruebas

El numeral 1 del artículo 3° de la Ley de Arbitraje peruana establece la independencia del árbitro con relación al juez natural. Así, precisa

que en los asuntos que se rijan por sus disposiciones no interviendrá la autoridad judicial, salvo en los temas que la propia ley determine²⁷. En ese sentido, el árbitro está en la capacidad de actuar y producir la prueba durante el desarrollo del proceso, sin necesidad del auxilio de ninguna autoridad pública, pues está debidamente facultado para ello.

El principio es la no intervención del Poder Judicial en las actuaciones arbitrales o, dicho de otro modo, su no interferencia. La intención de la norma ha sido darle al árbitro suficiente autonomía, hasta el punto de considerar constitucionalmente que el arbitraje es jurisdicción, dejando el control judicial una vez que se haya emitido el laudo.

No obstante lo enunciado, sabemos que no siempre será así. En los casos de resistencia al árbitro no le quedará más *remedio* que acudir a los fueros judiciales y solicitar su auxilio para, precisamente, poder continuar con el encargo. De esta manera, se verá con la autoridad judicial antes de lo previsto. Marchesin, opina que

El árbitro, al igual que el Juez de extraña jurisdicción, tiene facultades jurisdiccionales pero carece de la potestad de hacer uso de la fuerza pública en ese territorio, aunque las razones por las que carecen de ese "*imperium*" son diferentes, ya que el Juez tiene el "*imperium*" que le da su jurisdicción limitado a un territorio diferente; el árbitro, en cambio, porque la suya está privada de ese atributo; en ambas situaciones se necesita de un Juez con "*imperium*" para suplir la carencia (Marchesini, 2005).

Consecuentemente, es notorio que el Poder Judicial tiene una función fundamental en el arbitraje, dado que su intervención resulta crucial; si no interviene, es posible que el caso no prospere o no se resuelva de manera idónea, por cuanto el árbitro carecerá de suficientes elementos para fundamentar su decisión, o en el peor de los casos, no tendrá *caso*.

²⁷ El Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral:

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no interviendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

Sin embargo, su actuación debe ser con sujeción a las normas legales, de tal manera que no se trate de una intromisión sino de una sana colaboración, en vista de que ambos sistemas deben aprender a convivir pacíficamente, conforme razona Lohmann

(...) el arbitraje y el sistema judicial están ineludiblemente destinados a convivir y deben hacerlo armoniosamente, cada uno en lo que le es propio y que pueda hacer mejor con el menor costo social (...) Los Poderes Judiciales han de prestar su apoyo al hermano menor, que no quiere ser díscolo, ni levantisco, ni opositor de los fueros judiciales, sino que sólo reclama un respetado espacio en la familia de la justicia sobre derechos disponibles en los que la voluntad pueda desenvolverse sin restricciones (Lohmann, 2005, p. 268).

El árbitro no puede ir solo. Es inevitable la presencia de la autoridad judicial en algún momento del proceso, salvo cuando las partes aceptan sin mayores discusiones su decisión y en donde no esté en cuestión pruebas o medidas cautelares que no dependan de su exclusiva autoridad y se enfrente a la resistencia de los *obligados*. Y no es que el arbitraje no puede sustentarse por si solo, debido a que si las partes acatan las decisiones del árbitro, si las pruebas actuadas dentro del proceso arbitral fueran suficientes, el arbitraje culminaría sin tener que acudir en ningún caso al fuero judicial. Sin embargo, como hemos indicado, no siempre es así. Por ello, es necesaria la colaboración judicial, a que se refiere el artículo 45° de la Ley de Arbitraje²⁸, para los siguientes casos:

²⁸ Artículo 45. Colaboración judicial

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

- Actuación del medio probatorio por el juez.

En este caso, el juez es quien debe actuar la prueba, luego de lo cual remitirá los actuados al árbitro.

Un tema importante referido en el numeral 4 del citado artículo es la posibilidad que tiene el árbitro de estar presente en las declaraciones de testigos que efectúe el juez, pudiendo, inclusive, formular las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de la cuestión.

- Adopción de medidas concretas para que la prueba pueda actuarse en sede arbitral.

Estamos en el caso en donde lo que se solicita es el auxilio de la fuerza pública.

La colaboración judicial la puede solicitar el árbitro o cualquiera de las partes. Si la parte es la que recurre al Poder Judicial deberá estar previamente autorizada por el árbitro, autorización que deberá adjuntar a su solicitud, así como el documento que acredite que existe el proceso arbitral.

Al juez le está prohibido calificar la solicitud o admitir recursos de oposición, debiendo limitarse a prestar la asistencia solicitada, salvo, como es natural, que lo solicitado vaya en contra del orden público o leyes que los prohiban; esto en sintonía con lo establecido en el numeral 1 del artículo 3° de la Ley de Arbitraje, que se refiere a la no interferencia de la autoridad judicial en los procesos arbitrales.

-
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

El juez competente es el subespecializado en lo comercial o el especializado en lo civil, en tanto la prueba deba actuarse dentro del territorio nacional²⁹.

5. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL EN EL PERÚ

Debemos entender por medidas cautelares a aquellas medidas temporales que puede adoptar el árbitro antes de la emisión del laudo definitivo y que sirven para garantizar su ejecución, de tal manera que el derecho del vencedor esté debidamente asegurado, no debiendo implicar de ninguna manera un adelanto de la opinión del árbitro, que bien podría resolver en contra del que solicita la medida. Razón por la que tiene que prestar una contracautela al beneficiario de la medida.

Este mecanismo es aceptado por casi todas las legislaciones del mundo, ya sea que se solicite directamente al árbitro o a los jueces naturales. Al respecto Poch, en una antigua ponencia de 1995, precisó lo que debe entenderse por tales medidas

“(...) aquellas medidas o instituciones que directa o indirectamente pretenden conjurar o evitar el peligro de ineficiencia de una futura ejecución...” Evidentemente durante el proceso, — fase de declaración del derecho— existe un peligro tanto objetivo como subjetivo de frustración de la declaración jurisdiccional: el objetivo inserto en la propia duración del proceso y el subjetivo vinculado a cualquier cambio de actitud o quehacer “sospechoso” por parte del demandado respecto a su situación patrimonial sobre la que puede incidir la condena. Tienen en consecuencia

²⁹ Artículo 8° Competencia en la colaboración y control judicial

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

las medidas cautelares, una función puramente aseguradora y consiguientemente son instrumentales dependientes y armónicas o proporcionadas con la pretensión actuada en el proceso y cuya declaración —fase previa a la ejecución— se reclama en la demanda; consecuentemente su definición y función protectora de aseguramiento, es meramente provisional, sin prejuzgar en absoluto el derecho base o pretensión concreta, sino que se limita sencillamente a protegerla en su eficacia. No podemos olvidar que un derecho sin garantía y eficacia de efectividad, es pura entelequia si no burla. De ahí su necesidad, su teleología y su razón (Poch, 1995, p. 52).

Si bien esta facultad ha sido cuestionada por considerar que sólo debe corresponderle al juez, la tendencia en favor, según los especialistas, va en aumento. El razonamiento a favor es el siguiente: si el árbitro puede lo más: resolver el conflicto, por qué no permitirle lo menos, posición que consideramos razonable. Sobre lo indicado Díez-Picazo y Venegas consideran que

En cualquier caso, la doctrina es unánime al entender que es necesario que la Ley regule un sistema de protección que permita mitigar los riesgos de la duración temporal de todo procedimiento arbitral, con el fin de promover el recurso al arbitraje como solución de conflictos en el ámbito nacional e internacional (Diez-Picazo, 2006, p. 401).

Como decíamos, con las medidas cautelares se pretende conservar o asegurar los derechos que están siendo discutidos en el proceso arbitral, evitando así su *canibalización* o pérdida, como pudiera ser la venta de determinados bienes para evitar el pago de indemnizaciones, la ejecución de garantías otorgadas al momento de celebrar el contrato o acto jurídico o custodiar determinadas pruebas, entre muchas otras. En suma, al igual que en el Poder Judicial, en el arbitraje también se garantiza la eficacia del laudo con la posibilidad de la adopción de tales medidas, siendo un acto preventivo.

5.1. Medidas cautelares que pueden solicitarse en el proceso arbitral

El peligro real al que se enfrentan los demandantes cuando inician algún proceso, cualquiera sea la vía, judicial o arbitral, es que al cabo del mismo y aunque sean declaradas fundadas sus pretensiones, los derechos por los que se litigó, se pierdan o diluyan en el tiempo, de tal suerte que no sea posible hacer efectivo el derecho que se declara con la resolución final del árbitro.

Lo anterior genera la necesidad de que las partes adopten medidas urgentes y temporales para conjurar esa posibilidad. Quien se siente perdedor o tiene certeza de que es cuestión de tiempo para que cumpla aquello a lo que está obligado y tiene *malas artes*, hará uso de todas ellas para evitar hacerlo, o, en todo caso, para retrasarlo. Surgiendo así, la necesidad de tutelar el derecho del demandante a través de esta posibilidad que concede la ley. Fernández considera que no hay tutela judicial sin la adopción de medidas cautelares que aseguren el cumplimiento efectivo de la decisión definitiva, conforme puede leerse del siguiente texto

La justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. Su esencia estriba la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Y, en tanto que parte de la tutela judicial efectiva, juega un papel extremadamente importante, pues tiende a la universalidad *ratione temporis*, es decir, cubre de forma efectiva la laguna temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo. No pretenden, pues, ser indefinidas, justificándose únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento, pudiendo variar si se produce en cambio en la situación fáctica que motiva su solicitud y deben guardar una relación de proporcionalidad para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la decisión que decida

(sic) sobre el fondo del asunto. Las medidas cautelares son las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio, en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral (Fernández, 2007, p. 24).

Las medidas cautelares pueden ser de diversa naturaleza y dependerá de cómo las regule el legislador de cada país que las acepta, tal como lo indica Bordachar:

(...) las medidas cautelares que ofrecen los ordenamientos jurídicos son de formas tan diversas como la manera en que se regulan. Algunas legislaciones optan por enumerar y definir un catálogo de medidas cautelares posibles, especificando asimismo la modalidad en que éstas pueden operar. Otras, en cambio, proponen formas genéricas, de manera que la respuesta del ordenamiento jurídico pueda ajustarse a la necesidad de la parte que la requiere (Bordachar, 2015, p. 74).

Por su parte, Díez-Picazo y Venegas, distinguen las siguientes categorías de medidas cautelares

(...) i) las medidas para la estabilización de las relaciones entre las partes durante el procedimiento arbitral, ii) las medidas para la obtención, administración y conservación de la prueba, y iii) las medidas destinadas a presentar una determinada situación jurídica o de hecho, a fin de asegurar la efectividad de la ejecución del laudo final (Díez-Picazo y Venegas, 2006, p. 414).

Ahora bien, como hemos indicado, las medidas cautelares no necesariamente son clasificadas o detalladas en las diferentes legislaciones que las regulan, como sucede en el caso de la legislación peruana, respecto de lo cual Amprimo precisa que

Hay que señalar que la Ley de Arbitraje peruana sólo habla de medidas cautelares, y dentro de dicho concepto engloba a todo tipo de medidas. Sin embargo, muchos reglamentos se refieren a medidas cautelares y a medidas u órdenes provisionales. ¿Hay diferencia? En sentido “técnico procesal”:

- “Medidas cautelares”: Son aquellas que van dirigidas a asegurar la efectividad de la resolución que un día se dicte; es decir, a garantizar la eficacia del futuro laudo.
- “Medidas de aseguramiento de prueba”: Son aquellas tendientes a asegurar la pervivencia de alguna fuente de prueba.
- “Medidas provisionales”: Son resoluciones adoptadas por el tribunal para mantener la situación existente durante el procedimiento, hasta que se dicte una resolución definitiva poniendo fin al litigio (Amprimo, 2013, p. 72).

En la legislación peruana, aunque la Ley de Arbitraje no detalla las medidas cautelares que pueden solicitarse dentro del proceso arbitral, consideramos que acertadamente el artículo 47^{o30} establece que se hallan están orientadas a obtener el siguiente resultado:

³⁰ Artículo 47.- Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
 - b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;

- Mantener o restablecer el statu quo, de tal manera que no se modifique la *escena* de los derechos que se están reclamando.
- Impedir algún daño actual o inminente, caso contrario podría ser irreparable y el proceso infructuoso.
- Impedir que se lleven a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral. Se trata de evitar cualquier evento que pueda perjudicar el resultado del proceso.
- Otorgar medios para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente, en caso el obligado no cumpla con lo resuelto por el árbitro.
- Preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia, pues las pretensiones deben ser probadas, por lo que si existiera el riesgo de que alguna prueba pueda desaparecer.

Sin perjuicio de las clasificaciones teóricas o si están minuciosamente detalladas en la norma o, por el contrario, si son establecidas de manera genérica, lo real es que en el arbitraje peruano el árbitro está facultado para conceder las medidas provisionales que soliciten las partes para garantizar el resultado del proceso, y de ser el caso, solicitar contracautela.

c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

5.2. Facultad del árbitro para dictar medidas cautelares

Como hemos comentado, el árbitro está plenamente facultado para dictar medidas cautelares. El numeral 1 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje peruana precisa que una vez constituido, el tribunal arbitral podrá adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir garantías para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la misma.

Vemos que estando expresamente establecido en la norma, ya no será necesario que las partes le otorguen esa facultad, sería redundar. Así lo considera Arrarte, cuando indica que:

en nuestro país, la potestad para dictar medidas cautelares válidamente, aun en los arbitrajes ad-hoc, no requiere de un convenio arbitral que así lo haya establecido expresamente, pues para ello están las disposiciones de la LGA y del D. Leg. N° 1071 (Arrarte, 2008, p. 126).

Sin embargo, lo que sí podrían pactar las partes es lo contrario, es decir, no darle al árbitro esa facultad, considerando el origen contractual del arbitraje. La misma Arrarte indica lo siguiente:

Particularmente consideramos que si la potestad jurisdiccional de los árbitros proviene de la voluntad de las partes, es claro que —a diferencia de lo que ocurre en un proceso judicial— pueden hacer aquello que la ley y las partes les permiten. En este sentido, no existiendo ninguna disposición legal que limite esta posibilidad, consideramos que la respuesta es que las partes sí podrían acordar que, para determinada controversia, los árbitros no gozan de esta posibilidad (Arrarte, 2008, pp. 126-127).

Ahora bien, ¿todas las medidas cautelares que las partes soliciten deben ser concedidas? Como es natural concluir, no necesariamente. Esto dependerá de ciertos factores, como los siguientes:

- Dada su naturaleza, las partes deberán probar la urgencia de la medida, en tanto no se pruebe la misma, el árbitro no debiera concederla.
- Las partes deberán acreditar asimismo, cuál es el peligro por la demora al que se enfrenta el proceso si no se concede la medida, del mismo modo que en el caso de la urgencia, si no se prueba el peligro el árbitro deberá denegarla.
- La medida debe guardar correspondencia con las pretensiones demandadas; no se puede disponer una medida mayor que lo que quiere protegerse, de ahí que ésta debe ser proporcional. Sostienen Díez-Picazo y Venegas que:

El principio de autonomía de la voluntad rige la regulación de la adopción de medidas cautelares para los árbitros, que sólo acordarán las mismas previa petición de la parte interesada, nunca de oficio, tal y como consta expresado en el art. 23, apartado primero de la LA (...) Y, en virtud del principio dispositivo, el Tribunal arbitral no puede otorgar una medida más gravosa que aquella solicitada por la parte instante de la medida (Díez-Picazo y Venegas, 2006, p. 402).

No vamos a detenernos a analizar la posibilidad de las partes de pedir medidas cautelares antes del inicio del proceso arbitral, a través de los árbitros de emergencia. Sólo indicaremos que si las partes no quieren acudir al Poder Judicial para estos efectos, podrán hacerlo a través del denominado árbitro de emergencia, que está siendo implementado por muchos centros de arbitraje peruanos, tal como lo dice Roca:

En resumen, los principios rectores de toda medida cautelar son la urgencia y la eficacia en su adopción. Para cumplir con ellos y poder atender de inmediato las medidas cautelares solicitadas a instancia de parte, algunas instituciones arbitrales cuentan con árbitros dispuestos con anterioridad a la constitución del cole-

giado arbitral o a la designación del árbitro único (Roca, 2006, p. 170).

El árbitro deberá ponderar la solicitud con ojo de buen cirujano. No debe descuidar que está frente a probables resultados y no resultados definitivos, por lo que eventualmente su decisión pudiera generar consecuencias adversas en perjuicio de la parte afectada con la medida y que en algunos casos serían hasta irreversibles. De ahí que es fundamental su pericia y buen juicio.

Una vez que el árbitro considere que está debidamente justificada la medida, antes de dictarla y en tanto el solicitante no la haya presentado, al igual que lo que sucede en la justicia ordinaria, podrá requerirle que constituya una garantía suficiente para resarcir eventuales daños y perjuicios. Estas garantías o lo que se conoce como *contracautela* pueden ser personales o reales, en tanto sean suficientes y respondan por esas probables eventualidades.

5.3. Facultad del árbitro para ejecutar sus propias decisiones sobre medidas cautelares

En la legislación peruana se ha establecido que el árbitro tiene facultades para dictar medidas cautelares y también para ejecutarlas. Sin embargo, la ejecución sólo será posible si el árbitro no necesita el auxilio de la fuerza pública; caso contrario, necesariamente debe recurrirse al Poder Judicial para solicitar su ejecución forzosa.

Sobre las medidas cautelares en el arbitraje, Marchesini considera que:

La medida cautelar es una decisión destinada a ser ejecutada y conlleva dos pasos necesarios y sucesivos a saber: la toma de la decisión y luego la ejecución. Una cosa es resolver la conveniencia de tomar una medida precautoria y otra llevarla a la práctica.

Son dos operaciones diferentes y escindibles (Marchesini, 2006, p. 1).

Agrega que:

El hacer cumplir la medida cautelar decidida por el árbitro en la substanciación del procedimiento arbitral sigue igual curso que las demás resoluciones. El árbitro tiene “iudicium” pero no tiene “imperium” por tanto debe recurrirse al Juez que le da su fuerza coactiva que le viene de la soberanía del Estado haciendo cumplir con el uso de la fuerza de ser necesaria, lo decidido por el árbitro. El árbitro decide y el juez ejecuta sin analizar la decisión.

No siempre es necesaria la compulsión, ya que si se cumple voluntariamente la medida cautelar no es necesario ejecutarla forzosamente. Estas medidas tienen como destinatarios a quienes son parte en el proceso donde se dictan. El afectado por las consecuencias de la medida está sometido a la jurisdicción del árbitro que la dispuso.

No obstante hay medidas que no se pueden cumplir con la voluntad sola de la parte, sino que necesitan inexorablemente de un tercero: el registro que toma razón de un embargo o una inhibición general de bienes; el tercero en poder de los bienes objeto del secuestro; el deudor a quien se le ordena abstenerse de pagarle a su acreedor, etc. (Marchesini, 2006, p. 6).

De acuerdo con Marchesini, nos enfrentamos a dos escenarios:

- El primero

Cuando se declara el derecho, es decir, cuando el árbitro dicta la medida, luego de evaluar su pertinencia, necesidad o justificación.

Puede suceder, sin embargo, que como en el caso peruano, antes de iniciar el arbitraje el interesado la tramite en el Poder Judicial, obtenida la cual, deberá solicitar el arbitraje dentro del

plazo establecido en la norma, lo que de ninguna manera significa una renuncia al arbitraje, únicamente consideramos que el interesado quiere asegurarse que la medida será ejecutada sin ser cuestionada, o que por necesitarse del auxilio judicial acude de manera directa al juez natural³¹.

- El segundo

Quando se ejecuta la medida que puede hacerse en la misma sede arbitral, en tanto el obligado acate la decisión. Si no lo hace, será necesario el auxilio de la fuerza pública, debiendo recurrir al juez natural para que la preste.

Algo distinto ocurre en otras legislaciones como en la española, en donde en ningún caso el árbitro está facultado para ejecutar las medidas cautelares sin importar si las partes estén o no de acuerdo con ello, conforme puede advertirse del texto del artículo que las regula³² y lo indican Díez-Picazo y Venegas

Tanto desde la perspectiva internacional como nacional, los árbitros carecen de potestad ejecutiva y, por tanto, de imperio para

³¹ Artículo 47.- Medidas cautelares

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

³² Artículo 23.- Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.
2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

ejecutar las medidas cautelares que adopten, por lo que deberán solicitar el auxilio de la jurisdicción ordinaria para la ejecución de la resolución sobre medidas cautelares —ya sea en forma de laudo parcial, de orden o de decisión— como si se tratase de un laudo final (Díez-Picazo y Venegas, 2006, p. 402).

En el caso de la legislación española queda claro que el árbitro sólo declarará la medida, pero no podrá ejecutarla; aun si quien debe cumplirla no ofrece resistencia y hasta pueda manifestar expresamente su conformidad, pues igual tendrá que acudir al juez ordinario para que sea él quien la ejecute o la haga cumplir. Caso contrario, como decíamos, ocurre en la legislación peruana, pues conforme lo establece el numeral 1 del artículo 48° de la Ley de Arbitraje, el árbitro está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que considere que es inevitable recurrir al auxilio de la fuerza pública³³. Nuestra legislación ha dado un paso más, pero no es suficiente.

5.4. Intervención de la autoridad judicial en las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares

Hemos indicado que adoptada la medida cautelar la parte afectada con la medida puede o no cumplir lo resuelto por el árbitro. Si cumple, la medida habrá tenido el efecto esperado y se dará por concluida, pero si no lo hace, se deberá recurrir al juez competente para que la ejecute.

El arbitraje nuevamente requerirá la intervención de la autoridad pública, pues su autoridad —como también hemos señalando— no es suficiente.

Para la norma peruana, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 8° de la Ley de Arbitraje, el juez competente es el juez subespecializado en

³³ Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, salvo que se trate de medidas que deban adoptarse o ejecutarse en el extranjero, supuestos en donde se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

Con relación al trámite ante la autoridad judicial, la norma peruana ha establecido que el juez por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar del árbitro, deberá ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

La única facultad que le ha concedido la norma al juez, en lo que concierne a medidas cautelares, es la de ejecución. En ese sentido, al juez no le quedará más remedio que hacer efectiva la decisión del árbitro, sin entrar a evaluar si la medida está o no debidamente justificada, si es o no pertinente. Sólo hará cumplir la disposición del árbitro; para ello será suficiente que el interesado acredite el derecho solicitado, esto es, que en efecto existe un proceso arbitral y que la medida ha sido dictada por el árbitro en el sentido de la ejecución solicitada.

La norma peruana expresamente ha establecido que el juez no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida y que si tuviera dudas o quisiera precisiones o aclaraciones deberá solicitarla directamente al árbitro, pero no a las partes. De esta manera ha querido evitar que las partes puedan cuestionar en su sede la decisión arbitral e impedir que con recursos abusivos y dilatorios pueda verse frustrada.

Percibimos que la norma ha querido robustecer la autoridad del árbitro: sólo cuando la parte afectada no cumple con su decisión, se puede recurrir al juez natural, quien con su *imperium* hará cumplir la decisión, pero no podrá cuestionarla. Sobre lo cual Castillo, Sabroso y Chipana opinan que

En realidad, y con acierto, en esta norma se están estableciendo —una vez más— las prerrogativas que tienen los tribunales arbitrales y la necesaria división que existe entre la función arbitral y la función de los tribunales ordinarios, la misma que en este caso se manifiesta en una complementariedad a efectos de ejecutar la medida cautelar.

(...)

En realidad el tribunal arbitral puede —y de hecho lo hace— ejecutar determinadas medidas cautelares frente a organismos públicos o privados que aceptan ejecutar dichas medidas a solo requerimiento del tribunal arbitral. Esto ha sido parte de la evolución de un proceso en torno a la apreciación del tema por las entidades estatales, ya que en un inicio no se aceptaban las medidas cautelares ni los requerimientos de los tribunales arbitrales por existir desconocimiento acerca de la fuerza que tenía la jurisdicción arbitral, y es que la legislación en general ha ido evolucionando y respaldando la actuación de los tribunales arbitrales (...) (Castillo, Sabroso y Chipana, 2013, p. 15).

Una vez que la medida esté ejecutada, el juez lo debe informar al árbitro y remitir copia certificada de todo lo que ha actuado en sede judicial, por lo que como bien señalan nuestros citados autores y como lo hemos venido sosteniendo supra, se puede advertir una clara y sana complementariedad entre el árbitro y el juez.

6. CONCLUSIONES

Ha quedado claramente establecido que el arbitraje surge como una de las manifestaciones de la libertad de la persona, derecho reconocido constitucionalmente, quien haciendo uso de ella se aparta voluntariamente de la justicia pública para resolver sus disputas presentes o futuras, de naturaleza patrimonial y de su libre disposición, a través de este medio de solución de controversias de naturaleza privada.

Si las partes decidieron resolver de manera privada sus controversias, es desconcertante que cuando se trata de la producción de la prueba para acreditar el derecho invocado, de la ejecución de medidas preventivas para asegurar el resultado final del proceso o de la ejecución del laudo se tenga que acudir al Poder Judicial para que efectivice lo que el árbitro resolvió en *buena lid*.

El árbitro no puede forzar a nadie a que cumpla sus disposiciones, debido a que su autoridad no es suficiente para solicitar directamente el auxilio de la fuerza pública o exigir de manera forzosa a terceros, ya sea públicos o privados, a que cumplan lo que resolvió; lo que hace que inevitablemente se termine ante las autoridades públicas, aunque sea sólo para la ejecución de sus decisiones. El trámite en sede judicial de las ejecuciones de las resoluciones del árbitro seguramente demorará más de lo que puede demorar el propio proceso arbitral.

En ese sentido, consideramos necesario dar alternativas que sean eficientes y que respondan el verdadero sentir de quienes apuestan por medios alternativos distintos a los públicos, siempre y cuando se respeten los derechos constitucionalmente garantizados a las personas, tales como el derecho a la contradicción, a la igualdad de las partes, al debido proceso y en general todo lo que comprende la tutela judicial.

Coincidimos en ese sentido con Francezón, cuando considera que deberíamos ser responsables directos de la solución de nuestros conflictos, de tal manera que se genere una nueva cultura de resolución de controversias, pero no sólo como una práctica “sino de su interiorización y apropiación por parte de los ciudadanos” (Francezón, 2003, p. 84). Este es un deseo que seguramente tardará en interiorarse en la sociedad y más en concretarse; por lo pronto, consideramos necesario dar alternativas eficientes e inmediatas.

6.1. *Limitaciones de los árbitros para la eficacia del arbitraje en Perú derivadas de su falta de poder coercitivo en la actual configuración legal*

Vemos que una de las grandes limitaciones, que a la larga se tornan en dificultades y restan eficacia al sistema arbitral, no sólo en lo que concierne al Perú sino en muchos de los sistemas arbitrales de los que tenemos noticia, es la falta de facultades que tienen los árbitros para ejecutar sus propias decisiones de manera forzosa, por lo que el interesado necesariamente debe acudir a la autoridad judicial para esos efectos, generándose así, desde una mirada positiva y alentadora, una *armónica relación*, en donde el Poder Judicial tendrá una intervención *complementaria* o *subsidiaria*, dependiendo de lo que se trate, conforme explica Arrarte:

(...) para la eficacia del arbitraje es imprescindible que exista una estrecha y armónica relación entre ambas instituciones (proceso judicial y arbitraje), sin que ello implique, en ningún caso, la potestad de pronunciarse resolviendo la controversia.

Así, las formas en las que el arbitraje y el proceso judicial se interrelacionan válidamente son diversas, siendo relevante para efectos del tema cautelar, de la intervención subsidiaria y de la intervención complementaria del Estado. En el primer caso (subsidiaria), el Poder Judicial participa emitiendo decisiones (contenidas en resoluciones) que no pueden ser adoptadas por un Tribunal Arbitral, en tanto éste no se ha constituido aún, por lo que no existe un órgano con potestad para dictarlas, o habiéndose constituido, carece de competencia para ello. En el segundo (complementaria), la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial; así es necesario que el Tribunal Arbitral haya dictado previamente una resolución, para que el Poder Judicial, en ejercicio de su potestad de imperium — de la que el primero carece—, preste el auxilio necesario para su ejecución (Arrarte, 2008, pp. 121-122).

Como se sabe, cada legislación aborda las facultades de los árbitros de manera distinta, pero no conocemos ninguna que le haya concedido todas las que tiene la autoridad judicial; caso contrario, estaríamos frente a verdaderos jueces, pero privados, originándose situaciones de difícil predicción.

Creemos que la concepción de la unidad de la jurisdicción adoptada por los países democráticos se rompería y estamos convencidos de que ese no es el sentir de ningún Estado de derecho, de ahí nuestro desconcierto con lo establecido constitucionalmente en el Perú y ratificado por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, que considera al arbitraje como jurisdicción.³⁴

Si bien las partes que optan por el sistema arbitral *ahorran* la primera etapa, que es la de la declaración del derecho, sin embargo, pensamos que este *ahorro* no es suficiente, dado que para producir pruebas, ejecutar medidas cautelares o para ejecutar laudos, en tanto haya resistencia del obligado, terminará inevitablemente en el Poder Judicial que cada día se torna más complejo, por la propia complejidad de las relaciones humanas.

³⁴ Hakansson considera que:

La Constitución peruana establece como regla general que corresponde a la judicatura el avocamiento único del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad). Por unidad, debemos entender que existe un solo vértice de administración de justicia en el Perú, que es el que dirige la actividad jurisdiccional; es decir, la judicatura se encuentra sometida a una organización jerarquizada. La unidad y exclusividad de la jurisdicción se entiende como la estructura orgánica y jerarquizada del Poder Judicial (...) El principio de unidad impide la fragmentación jurisdiccional, busca asegurar la individualidad del Poder Judicial. El principio de exclusividad es la prohibición de atribuir la potestad jurisdiccional a órganos que no forman parte de la judicatura, en otras palabras, se trata de la confluencia de los principios de separación de poderes y de tutela judicial efectiva (Hakansson, 2012, pp. 161-162).

El arbitraje va ganando espacio y prestigio en todas las latitudes del orbe, por lo que consideramos necesario que se conceda al árbitro mayores facultades para hacer más fructífera su función, de tal manera que el cometido que le corresponda a los estados sirva para establecer marcos normativos adecuados que garanticen los derechos de quienes confían en este medio idóneo para resolver sus controversias, conforme lo sostiene Ruiz:

Así pues, el arbitraje se vertebra como un modo alternativo de resolver controversias, supone una fórmula superadora del monopolio judicial en manos del Estado, en el que las “sentencias” (laudos) van a ser dictados, no por jueces sino por árbitros, convirtiéndose éstos, a través de su capacidad, modo de selección y neutralidad, en los centros de toda actividad arbitral, y en los garantes, junto con las Cortes de Arbitraje (en el caso de arbitrajes institucionales), de la pureza del procedimiento arbitral y del prestigio de ese modo privado y voluntario, libremente elegido por las partes, de resolver las controversias.

La intervención de los Estados debe quedar limitada a fijar el marco legal que así lo regule, renunciado a su inmunidad jurisdiccional y al ejercicio de sus potestades políticas. Su labor, tanto en el ámbito doméstico, como el ámbito internacional, debe estar encaminada a garantizar a la sociedad civil, desde la más escrupulosa neutralidad, el derecho a acudir libremente, y sin interferencia judicial o política, a resolver sus disputas ante los Tribunales e instituciones arbitrales (Ruíz, 2016, p. 655).

Es verdad que la norma peruana ha facultado al árbitro a ejecutar sus decisiones, pero en tanto y en cuanto no haya resistencia del obligado. Sin embargo, consideramos que es posible diseñar una fórmula legal para que el árbitro pueda ir más allá de la voluntad del que se resiste, de tal manera que no siempre sea necesario acudir al Poder Judicial para que le preste auxilio, siendo suficiente su autoridad.

6.2. Si el arbitraje fuera jurisdicción

Si el arbitraje fuera jurisdicción, entendida ésta como la función del Estado a cargo de órganos públicos que resuelven conflictos de intereses de los ciudadanos con autoridad para obligar a las partes y a terceros a comparecer y aceptar sus decisiones, de ser necesario mediante el auxilio de la fuerza pública, sería más eficaz y el árbitro no necesitaría del auxilio judicial en ningún caso; bastaría su autoridad.

En efecto, si el arbitraje en realidad fuera jurisdicción, el árbitro tendría las potestades y facultades que la ley le concede al juez natural. Sin embargo, sólo es posible que se ejecuten sus disposiciones en sede arbitral si el obligado lo hace de manera voluntaria; y no podría ser de otro modo por cuanto es sabido que la autoridad del árbitro surge dentro del ámbito contractual, en donde están obligados únicamente quienes han suscrito el contrato del que se deriva el arbitraje, o los terceros a quienes se les ha extendido el convenio arbitral, es decir, los terceros no signatarios.

Esta sola razón bastaría para fundamentar por qué consideramos que el arbitraje no es jurisdicción, tal como lo establece nuestra legislación. Ahora bien, no es la única, existen otras varias:

- El árbitro no ejerce ninguna función pública. La función del árbitro se desarrolla dentro del ámbito privado.
- El árbitro no es funcionario público, por lo tanto, no está sujeto a las normas que los regulan.
- La función del árbitro concluye con la emisión del laudo o sus posteriores aclaraciones.
- El árbitro es remunerado por las partes.

Adviertan que todos los elementos anotados distan de lo que es el ejercicio jurisdiccional. Arrarte en unos apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje, cita a Monroy Palacios, para quien:

(...) el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción, pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello (Arrarte, 2006, p. 71).

En consecuencia, consideramos que las posiciones que defiende la tesis de no considerar al arbitraje como jurisdicción son legítimas, dado que el poder público es uno solo, siendo una de sus manifestaciones la función jurisdiccional, por lo que su unidad debe ser salvaguardada, no obstante que la norma constitucional reconozca al arbitraje como una jurisdicción independiente y más allá de que el ejercicio arbitral debe efectuarse dentro del marco constitucional y normativo nacional, tal como lo precisa Landa:

(...) la dimensión objetiva del arbitraje no hace sino reconocer que, si bien esta institución ha sido constitucionalmente reconocida como jurisdicción independiente, las facultades conferidas a los árbitros y a las partes en el marco de un proceso arbitral no pueden ser ejercidas irrazonablemente, con desconocimiento de las normas constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales (Landa, 2009, p. 24).

6.3. Propuestas de modificación

Para mejorar la eficacia del arbitraje en el Perú consideramos que es necesario conceder al árbitro facultades adicionales, por lo menos para el caso de ejecución forzosa de medidas cautelares, de tal manera que ante la negativa del obligado pueda solicitar directamente el auxilio de autoridades policiales y administrativas para hacer cumplir sus resolu-

ciones, conforme ya lo tienen establecido algunas legislaciones de países vecinos, como es el caso de Ecuador, que en el tercer párrafo del artículo 9º de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que “para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas”.

El cuarto párrafo de ese mismo artículo se sitúa en el supuesto de que no se hubiere establecido nada en el convenio arbitral³⁵, circunstancia en la que se recurrirá al juez ordinario para la ejecución de las medidas cautelares, sin que signifique renuncia al convenio arbitral.³⁶

³⁵ Un ejemplo de cómo se puede pactar en el convenio arbitral sobre la facultad del árbitro es la cláusula arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, que tiene la siguiente fórmula:

“Las partes convienen que toda controversia que derive de este contrato o que guarde relación con éste, se someterán a arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, de acuerdo con el reglamento del referido Centro, cuyas normas expresamente aceptan.

El arbitraje será en (escoger si es derecho o equidad). La sede del arbitraje será Guayaquil. El tribunal arbitral estará compuesto por (escoger si es uno o tres) arbitro (s), y su(s) alterno(s)”.

Párrafo opcional:

“El Tribunal arbitral estará facultado para dictar medidas cautelares y solicitar, para la ejecución de dichas medidas, el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin necesidad de recurrir a juez ordinario alguno”.

(...)

³⁶ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador:

Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La Ley ecuatoriana, tratándose de medidas cautelares, ha diferenciado estos dos supuestos:

- Cuando las partes acuerdan expresamente dar esas facultades al árbitro.
- Cuando las partes no dan esas facultades al árbitro.

La fórmula adoptada por la legislación ecuatoriana nos parece realmente interesante, dado que, si el arbitraje surge como producto de la voluntad de los involucrados, ¿por qué no permitir que sean las propias partes las que determinen si quieren que el árbitro, a quien le conceden autoridad para resolver la controversia, sean quien las obligue a cumplir lo resuelto?, comprendiendo también a los privados que custodien o administren sus bienes o derechos. Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa. Siendo así, la única vía es que la propia ley lo haga posible.

Caso aparte es la ejecución forzosa del laudo, pues sus fundamentos son de otra naturaleza y no conocemos de ninguna legislación que haya adoptado tal medida.

Ahora bien, con relación a las autoridades administrativas en el Perú, debemos destacar que la Superintendencia Nacional de los Regis-

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

tros Públicos - SUNARP, a través de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 226-2014-SUNARP/SN, ha establecido los requisitos para inscribir medidas cautelares y laudos³⁷. De esta manera, el árbitro puede registrar, esto es, ejecutar, esas decisiones en tanto cumplan cabalmente con lo que exige el Registro Público, no teniendo que recurrir a otra instancia, lo que le permite garantizar la efectividad del laudo definitivo, cuando éste deba ser ejecutado.

Pero no sucede lo mismo en el caso de instituciones privadas, como las entidades financieras, quienes, por ejemplo, hacen caso omiso a las resoluciones del árbitro relacionadas con medidas cautelares de no innovar, a través de las cuales se ordena al beneficiario de una carta fianza, que es parte del proceso, se abstenga de solicitar la ejecución de la misma hasta que se resuelva la controversia entre él y la otra parte, y se solicita a la institución financiera que no la ejecute, es decir, que mantenga el *statu quo* hasta la emisión del laudo definitivo.

Cuando el árbitro comunica a la entidad financiera que se ha dictado una medida cautelar para que no se ejecute una carta fianza, ésta no cumple con lo solicitado, amparándose en que siendo un tercero ajeno al proceso arbitral no está obligado a cumplir con esas decisiones, debiendo ser el juez ordinario quien se la solicite.

En estos supuestos, las instituciones financieras ejecutan las cartas fianza ante el simple requerimiento del beneficiario y le comunica al árbitro que carece de competencia. De esta manera, la cautelar resulta ineficaz, salvo que se recurra al auxilio judicial y se obtenga la decisión del juez antes de que la entidad financiera la ejecute. Pero como hemos

³⁷ Así, el Artículo 10-A.- de la Directiva, establece las formalidades del título inscribible que contiene la decisión arbitral. Con relación a las medidas cautelares dictadas dentro del proceso arbitral establece que se deberá presentar el oficio que disponga su inscripción dirigido al Registrador de la Oficina Registral competente, acompañado de la decisión arbitral que contiene dicha medida y el convenio arbitral con las formalidades descritas en el primer y segundo párrafo del presente artículo, salvo la constancia de notificación.

podido atestiguar, en muchos casos es muy tarde, debido a que el bien que se quiso proteger ya no existe.

Lo mismo sucede con las solicitudes de descerraje de cajas de seguridad o entrega de sumas de dinero con cargo a la cuenta de un cliente, o de embargos de bienes muebles, en este último ya no frente a entidades financieras u otros terceros sino entre las mismas partes, en donde la única manera de que la medida sea cumplida es con el auxilio policial que se consigue a través de un mandato judicial, con la consecuencia casi predecible: desaparición de los bienes.

En esos escenarios, creemos que las partes, las instituciones financieras o los terceros, deben ser obligadas a cumplir tales decisiones por el propio árbitro, de tal manera que no se tenga que recurrir a la autoridad judicial, cuyos resultados —como hemos venido sosteniendo— en muchos casos resultan nefastos.

Consideramos que dentro de la esfera contractual y en tanto las partes lo hayan pactado expresamente en el convenio arbitral o con posterioridad, las entidades financieras o cualquiera que se trate, debieran acatar las disposiciones arbitrales, pues serán las propias partes las que autoricen al árbitro a actuar en ese sentido; de no hacerlo, incurrirían en responsabilidad.

Creemos firmemente que si el árbitro tuviera la posibilidad de solicitar de manera directa a las autoridades policiales y administrativas su auxilio para la ejecución forzosa de esas resoluciones, el arbitraje cumpliría con mayor éxito su objetivo.

En ese sentido, afirmamos que es necesaria la modificación del artículo 48° del Decreto Legislativo N° 1071, que aprobó la Ley de Arbitraje, que regula lo concerniente a la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, E. &. (2010). El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Panorama Actual del Arbitraje* (pp. 24-24). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Amprimo, N. (2013). La tutela cautelar arbitral. *Ius ex Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, pp. 59-79.

Arrarte, A (2007). Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo, *Ius Et Veritas*, pp. 70-90

Arrarte, A. (2008). Apuntes sobre las medidas cautelares en el Sistema Arbitral Peruano. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 119-152.

Arrarte, A. (2010). Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 77-105.

Batista, P. (2009). Panorámica sobre las pruebas en el Arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 123-155.

Bello, D. (2008). Principio del Contrato de Arbitraje. El Arbitraje Internacional. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007* (pp. 493-623). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Bullard, A. (2008). ¿Es un arbitraje un juicio? En I. P. Arbitraje, *El Arbitraje en el Perú y el mundo* (pp. 145-153). Lima: Ediciones Magma.

Bordachar Urrutia, R. (2015). Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia. *Derecho y Ciencias Sociales*, pp. 71-91.

Caivano, R. (2008). Retos del Arbitraje frente a la Administración de Justicia. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007* (pp. 31-32). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Caivano, R. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*, pp. 13-39.

Castillo, M. &. (s.f.). *Castillo Freyre*. Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrales? Recuperado el 30 de Julio de 2017, de Castillo Freyre.

Castillo, M. &. (2006). *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Castillo, M. (2007). En Estudio Mario Castillo Freyre, *Arbitraje y Debido Proceso* (pp. 41-56). Lima: Palestra Editores S.A.

Castillo, M. &. (2013). La constitución del Tribunal Arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje. *Arbitraje PUCP*, pp. 7-17.

Castillo, M. (2016). La Prueba en el Arbitraje. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje* (pp. 345-371). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Cortéz, V. (2006). De la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Arts. 24-33). En A. &. De Martín, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (pp. 421-446). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Cremades, B. &. (2010). La Abogacía desde la óptica de un arbitro internacional. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 3-23.

Díaz Candia, Hernando. Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. 2015. 8 (2), pp. 413-442.

Díez-Picazo, I. &. (2006). De la Competencia de los Árbitros. En D. I. autores, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (pp. 385-419). Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Fernández Martínez, Juan, (2012). Jurisdicción y Arbitraje. *Anzadi Doctrinal*, pp. 89-94.

Fernández La Mela, J. (2011). El nuevo Juzgado de Primera Instrucción N.º 101 de Madrid, especializado en arbitraje. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, pp. 88-90.

Fernández Rozas, J. (2005). Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la justicia. *Derecho Privado y Constitución*, pp. 55-91.

Fernández Rosas, J. (2007). Arbitraje y Justicia Cautelar. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, pp. 23-60.

Figuroa, J. (2015). La facultad del tribunal arbitral de actuar de oficio en la producción de la prueba arbitral. *Arbitraje PUCP*, pp. 42-52.

Filártiga, C. (2003). Guía práctica del arbitraje. En C. d. Paraguay, *Arbitraje y Mediación* (pp. 362-379). Asunción: Intercontinental Editora.

Flores-Nano, L. &. Velásquez, R. (2013). El amparo de terceros contra el arbitraje: Corrección de algunos malos usos del arbitraje. *Gaceta Constitucional*, pp. 251 - 264.

Francezón, S. (2003). Necesidad de profundizar el desafío de cambio de paradigma en la solución de problemas. En C. d. Paraguay, *Arbitraje y Mediación* (pp. 71-86). Asunción: Intercontinental Editora.

González-Montes, J. (2009). Régimen de notificaciones y comunicaciones en el arbitraje. En J. Merino, *Curso de Derecho Arbitral* (pp. 111-135). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Iscar de Hoyos, J. (2013). El arbitraje institucional. *Revista Jurídica de Castilla y León*, pp. 1-26.

Hakansson, C. (2012). La Constitucionalización de la jurisdicción arbitral. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Arbitraje y Constitución* (pp. 153-173). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Hundskopf, O. (2006). El control difuso de la jurisdicción arbitral. *Gaceta Jurídica*, pp. 17 -24.

Iscar, J. (2013). El Arbitraje Institucional. *Revista Jurídica de Castilla y León*, pp. 1-26.

Landa, C. (2009). El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje* (pp. 14-48). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Lohmann, G. (2005). Interferencia judicial en los arbitrajes. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 265-280.

Marchesini, G. (10 de Febero de 2005). *Servilex*. Recuperado el 12 de Julio de 2017, de Web Servilex: www.servilex.com.pe

Marchesini, G. (19 de Mayo de 2006). *Martin Marchesini*. Recuperado el 24 de Julio de 2017, de Martín Marchesini: www.martinmarchesini.com.ar

Monroy Palacios, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En Arbitraje on line, año IV, N° 7. Lima: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006.

Montezuma Chirinos, Alberto. (2015). Uso de la prueba de oficio por parte el Tribunal Arbitral y su relación con la carga de la prueba. *Arbitraje PUCP*, pp. 104-113.

Montoya, U. (1988). *El arbitraje comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

Olivencia Ruiz, M. (2009). Evolución y rasgos del sistema arbitral. En J. F. Merino Merchán, *Curso de Derecho Arbitral* (pp. 51 -64). Valencia: Tirant lo Blanch.

Poch, J. (1995). Las Medidas Cautelares en el Arbitraje. *Tribunal Arbitral de Barcelona*, pp. 49-54

Puglianini, L. (2012). *La relación partes-árbitro*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Ripol, I. (2013). *La ejecución del laudo y su anulación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor

Ruiz, F. (2016). El arbitraje, una conquista de la sociedad civil. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, pp. 653-659.

Roca, J. (2006). *El Arbitraje Comercial Internacional*. Madrid: Instituto Español de Comercio Exterior. Impresión Gráfica Marte S.A.

Santistevan, J. (2006). Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 15-66.

Sentencia recaída en el EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC.

Sentencia recaída en el Exp. N.º 00142-2011-PA/ TC.

Sentencia 62/1991, de 22 de marzo de 1991.

Stirnemann, F. & Romero, C (2013). El derecho a la prueba. Retos y problemas desde un enfoque comparado europeo. En Estudio Mario Castillo Freyre, *Arbitraje Comercial Internacional en Europa* (pp. 149-203). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Vera, G. V. (2013). Consideraciones Generales acerca del arbitraje. *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, pp. 15-38.

Villa, J. (16 de Septiembre de 2013). *García Sayán Abogados*. Recuperado el 13 de Julio de 2017, de Web de García Sayán Abogados: www.garciasayan.com

ANEXO 1

SUMILLA: LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO N°1071

PROYECTO DE LEY N°

El Congresista de la República Sr. (...), representante de la Región de Arequipa, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa conferido por el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de Ley:

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El arbitraje, como instrumento jurídico y privado de solución de controversias, mediante el cual las partes que tienen una disputa de naturaleza jurídica y de libre disponibilidad designan a un tercero para que la resuelva, experimentó un notable crecimiento en el Perú a partir de los años noventa, al igual que en casi toda Latinoamérica.

En el año 2008, mediante Decreto Legislativo 1071, se publicó la vigente Ley de Arbitraje, que concede a los árbitros diversas facultades, como que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, o el decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo; que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar

sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en la norma; que cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad. La norma también regula lo concerniente a la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares, así como la colaboración y control judicial.

El Decreto Legislativo 1071 pareciera contener todos los elementos que el árbitro necesita para que su función tenga un desempeño óptimo, pero se ha observado que tiene limitaciones, alguna de las cuales deben ser superadas en beneficio del sistema.

Por ello, estamos convencidos de que deben ampliarse las facultades de los árbitros, que sin colisionar con la función jurisdiccional de los jueces, puedan dentro de sus fueros, hacer más efectivas sus resoluciones relacionadas con medidas cautelares.

Siendo que cada día este sistema tiene mayores usuarios, es necesario mejorar la eficacia del arbitraje en el Perú, por lo que es necesario conceder al árbitro facultades adicionales a las ya contenidas en el Decreto Legislativo 1017, para el caso de ejecución forzosa de medidas cautelares, de tal manera que ante la negativa del obligado pueda solicitar directamente el auxilio de autoridades policiales y administrativas para hacer cumplir sus resoluciones, conforme ya lo tienen establecido algunas legislaciones de países vecinos, como es el caso de Ecuador, que en el tercer párrafo del artículo 9º de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que “para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas”.

El cuarto párrafo de ese mismo artículo, se sitúa en el supuesto de que no se hubiere establecido nada en el convenio arbitral, en cuyo caso se recurrirá al juez ordinario para la ejecución de las medidas cautelares, sin que signifique renuncia al convenio arbitral.

Creemos firmemente que si el árbitro tuviera la posibilidad de solicitar de manera directa a las autoridades policiales y administrativas su auxilio, para la ejecución forzosa de esas resoluciones, el arbitraje cumpliría con mayor éxito su objetivo.

En ese sentido, debe modificarse el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 1071, que aprobó la Ley de Arbitraje, que regula lo concerniente a la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La presente iniciativa legislativa modifica el Decreto Legislativo 1071.

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL

El impacto de la presente iniciativa legislativa es favorable, por no irrogar costo alguno al erario nacional y fortalecer la labor del árbitro, que redundará en beneficio de los usuarios del sistema.

Fórmula Legal

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA LEY SIGUIENTE

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares.

Para la ejecución de las medidas cautelares, en tanto las partes así lo hayan pactado en el convenio arbitral, los árbitros solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, policiales y administrativos que sean necesarios, sin que en ningún caso tengan que recurrir a la autoridad judicial.

Si nada se hubiera pactado en el convenio arbitral sobre la ejecución de las medidas cautelares, las partes podrán solicitar a la autoridad judicial que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en los numerales siguientes de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

2. Cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida

y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:

- a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.
- b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.
- c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.
- d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.
- e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos, a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

LIMITACIONES EN LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DE 2018, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ