

**PONENCIAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE 2007**

Volumen 6 Biblioteca
de Arbitraje

Arbitraje

**Ponencias del
Congreso Internacional
de Arbitraje 2007**
Segunda Parte

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ponencias del
Congreso Internacional de Arbitraje
llevado a cabo en septiembre del 2007
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Agosto 2008
Tiraje: 500 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, 2008
© Palestra Editores S.A.C., 2008

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso de los autores.*

ISSN: 1996-8620

Impreso en el Perú - Printed in Peru

**PONENCIAS DEL
CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE**

**OBRA COLECTIVA
(DOS TOMOS)**

**MARIO CASTILLO FREYRE
(DIRECTOR)**

**VOLÚMENES 5 Y 6
BIBLIOTECA DE ARBITRAJE**

2008

ÍNDICE

| | Páginas |
|---|---------|
| Índice | 9 |
| Día 4 – Jueves 6 de septiembre de 2007 | 13 |
| Marianella Ledesma Narváez <i>¿El laudo pone fin al procedimiento arbitral?</i> | 15 |
| Verónica Rosas Berastain <i>Un laudo inhibitorio</i> | 43 |
| Laura Castro Zapata <i>El Convenio Arbitral vs. el Acta de Instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral)</i> | 55 |
| Juan José Pérez-Rosas Pons <i>Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso</i> | 75 |
| Lorenzo Zolezzi Ibárcena <i>El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional</i> | 93 |
| Ana María Arrarte Arisnabarreta <i>Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: La anulación de laudo y el proceso de amparo</i> | 115 |

| | |
|--|-----|
| Fernando Vidal Ramírez <i>El convenio arbitral y las normas de procedimiento</i> | 153 |
| Víctor Madrid Horna <i>Las medidas cautelares en la LGA: Breves apuntes sobre su disponibilidad</i> | 167 |
| Marco Antonio Velilla Moreno <i>El debido proceso en el arbitraje comercial colombiano</i> | 188 |
| Día 5 – Viernes 7 de septiembre de 2007 | 277 |
| Rita Sabroso Minaya <i>La nulidad del convenio arbitral como causal de anulación del laudo arbitral</i> | 279 |
| Enrique A. Palacios Pareja <i>La motivación de los laudos y el recurso de anulación</i> | 297 |
| Manuel Villa-García Noriega Cecilia Catacora Torres Gisella Domecq Garcés <i>El control constitucional jurisdiccional: ¿Es la etapa que sigue al recurso de anulación de un laudo en un proceso arbitral?</i> | 317 |
| Alfredo Bullard González <i>El arbitraje nacional en el Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje</i> | 361 |
| Gonzalo García Calderón Moreyra <i>Enriquecimiento sin causa en el arbitraje según la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado</i> | 389 |

| | |
|--|-----|
| Franz Kundmüller Caminiti | 405 |
| <i>El futuro del arbitraje en el Perú</i> | |
| Bertrand Derains | 439 |
| <i>El futuro del arbitraje en el mundo</i> | |

DÍA 4 - JUEVES 6 DE SEPTIEMBRE DE 2007

¿EL LAUDO PONE FIN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL?

Marianela Ledesma Narváez

¿EL LAUDO PONE FIN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL?

*Marianella Ledesma Narváez**

Sumario: 1. La naturaleza jurídica del arbitraje.— 2. Arbitraje y proceso de ejecución.— 3. El mensaje deformado: El poder de ejecución de la jurisdicción.— 4. Los laudos de condena con reserva o ilíquidos. 5. Tratamiento de la ejecución en la jurisdicción.— 6. Ideas finales.

Una vieja práctica que se ha generalizado en el arbitraje nacional es proclamar que el procedimiento arbitral culmina con la emisión del laudo.¹ Se dice que luego de emitido el laudo, frente a la resistencia del condenado a cumplir con éste, debe buscarse su satisfacción en sede judicial a través del proceso de ejecución, pues el poder de la ejecución en dichos procesos es atributo exclusivo de la jurisdicción; confundiéndolo con dicho razonamiento el «proceso de ejecución en sede judicial» con el «poder de ejecución» propio de la jurisdicción.

Frente a ello sostenemos en este trabajo que el procedimiento arbitral no termina con la emisión del laudo sino con la ejecución plena de éste, el mismo que puede materializarse en la propia sede arbitral, sin

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Juez Supernumerario en lo Civil de Lima, Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima.

¹ Este mensaje no es propio del arbitraje nacional sino que también lo advertimos de trabajos foráneos. Sostiene Santos, «La forma normal de acabarse la actividad arbitral corresponde al dictado del laudo resolutorio del conflicto». SANTOS BANDRO, Rubén. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado*. Montevideo: Asociación de escribanos del Uruguay, 2002, p. 123.

necesidad de recurrir al apoyo de la jurisdicción estatal. El actual diseño de la Ley General de Arbitraje permite que, en sede arbitral, se trabaje la ejecución del laudo, dejando la ejecución forzada como expresión de la ejecutio del Estado para la jurisdicción.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Una de las apasionantes discusiones que se plantea sobre la naturaleza jurídica del arbitraje está orientada a dilucidar el carácter contractual o jurisdiccional de éste.

La función de administrar justicia no corresponde al Estado de manera absoluta y exclusiva, pues ella también puede ser desarrollada en un ámbito privado, a través del arbitraje, la conciliación, la mediación, la transacción, entre otros.² En este último caso, cuando la composición de los litigios, sólo afectan a los propios protagonistas, éstos pueden disponer libremente de sus derechos en conflicto, pueden renunciarlos y transigirlos, razón por la cual pueden acordar que someterán su desacuerdo a un tercero, encomendado por ellos para solucionar su conflicto.

² A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en el caso Full Line S.A. con Hombrecitos de Color S.A. (Expediente n.º 835-2002-AA/TC-Lima) sostiene en el Fundamento 2 lo siguiente: «De acuerdo con los artículos 138 y 139, inciso 1) de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida, exclusivamente, por el Poder Judicial, pues una de las características de un Estado de derecho es ofrecer jurisdicción a los particulares para la solución de los conflictos que surgen en las relaciones sociales». Sobre el particular consideramos que es falso lo que sostiene el Tribunal. De la simple lectura del artículo 138 de la Constitución, dicha función no se ejerce exclusivamente por el Poder Judicial. La exclusividad debe entenderse a la función jurisdiccional, pero no a la potestad de administrar justicia. Son dos conceptos totalmente distintos, al que no se le puede dotar de cualidades y poderes similares. La exclusividad expresa una de las características de la jurisdicción, que implica que los particulares no pueden ejercerla porque cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de otros Estados.

De esta manera, el arbitraje permanecería totalmente en el campo de la autonomía de la voluntad privada, como contrato o como suma de contratos donde los árbitros tienen la misión de dirimir la controversia; sin embargo, el arbitraje no es estrictamente contractual, pues en algún momento adquiere fisonomía jurisdiccional y se yergue como un verdadero equivalente o sustituto de las funciones de la jurisdicción.

Carnelutti³ al referirse al equivalente jurisdiccional precisa que el arbitraje es un medio extraordinario de administrar justicia, un poder para ciertas personas de solucionar litigios. Importa una jurisdicción de excepción al lado de la ordinaria, un equivalente jurisdiccional; los árbitros son jueces transitorios nombrados por las partes para que en un caso específico ejerzan la jurisdicción.

Precisa que no se trata de una derogación de jurisdicción; ello es imposible jurídicamente porque la jurisdicción es indisponible, inderrorable por la voluntad particular. Lo que se consagra es una posible derogación de competencia, confiada a la autonomía de la voluntad privada.

Los que asumen la posición contractual consideran que el arbitraje no surge sin el concierto de voluntades, que se va a expresar en el convenio arbitral; sin embargo, dicho pensamiento es cuestionado bajo la visión jurisdiccional del arbitraje, cuando ante la resistencia del obligado a acatar los laudos, se vuelve la mirada hacia la jurisdicción a fin de pedir su intervención, su auxilio, su apoyo, para realizar con plenitud su obra.⁴

³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pp.109-114.

⁴ Una de las clásicas expresiones que se ha utilizado para justificar el carácter jurisdiccional del arbitraje, radica en la necesidad de la intervención de la jurisdicción, cuando el obligado se resiste a cumplir las prestaciones dispuestas en el laudo. Ante la resistencia es común recurrir a la jurisdicción para ingresar al proceso de ejecución del laudo arbitral. El inciso 3 del artículo 713 del Código Procesal Civil considera al laudo arbitral como un título de ejecución.

Esta necesidad de recurrir a la jurisdicción ha llevado a sostener, en otras opiniones, el carácter jurisdiccional del arbitraje, polarizando así las posiciones entre contrato y jurisdicción.

Frente a dichas posiciones, el Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante que la jurisdicción arbitral no implica el ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.⁵ «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 la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *iustiticialista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales». Lo enunciado por el Tribunal Constitucional lleva a apreciar al arbitraje, no sólo bajo la arista de la autonomía de la voluntad, sino bajo una óptica jurisdiccional justificada por el debido proceso como expresión de orden público constitucional.

No negamos que el arbitraje y el proceso judicial se ubican bajo una estructura heterocompositiva en la solución de conflictos. Decimos ello porque se recurre a la intervención de un tercero para resolver las controversias, pero nótese que no se trata de un tercero cualquiera sino un tercero con poder de decisión.

La terceridad se expresa en la figura del árbitro o del juez; sin embargo debemos precisar que en la conciliación y mediación también hay terceridad, pero se diferencia por referirse a un tercero sin poder de decisión. Las partes en la conciliación y mediación son las únicas

⁵ Ver precedente (Fundamento 11) de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero del 2006. Caso Fernando Cantuarias Salaverry (Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC-LIMA).

que tienen el poder de disposición, mas no el tercero conciliador o mediador.

La fuente para ese poder de decisión genera diferencias entre arbitraje y jurisdicción. Mientras que en el arbitraje la fuente del poder es contractual, en atención a la autonomía privada de las partes; el proceso judicial, responde a la división de funciones pre establecidas en atención al pacto social de los individuos con el Estado, permitiendo el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en la solución de los conflictos, en los que éste intervenga.

Al margen de la estructura heterocompositiva, tanto del arbitraje como del proceso judicial, debemos apreciar que en ambos subyace una fuente de regulación por voluntad de las partes o por voluntad del Estado; sea una u otra fuente, el ámbito en el que van a desarrollar su labor, nos ubicarán en una escenario privado o público de actuación de la voluntad del individuo o de la actuación de la función jurisdiccional del Estado, ubicándose el arbitraje como expresión de la autonomía privada de voluntad de los individuos.

2. ARBITRAJE Y PROCESO DE EJECUCIÓN

El proceso como instrumento de solución de conflictos, tiene tres funciones: conoce los hechos y declara el derecho; satisface esa declaración a través de la ejecución forzada, en caso de resistencia; y en tanto, sucede ello, para lograr eficacia sobre lo que se decida, asegura, conserva una situación de hecho para garantizar la eficacia de la futura decisión a satisfacer.

Como dice Liebman,⁶ «La jurisdicción no agota sus cometidos con la cognición y con el juicio que de ella resulta. Además de constatar y declarar los derechos, hay que proveer a fin de que sean satisfechos;

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 149.

además de formular la regla jurídica concreta que regula una determinada situación, es necesario proveer a actuarla, a traducirla en hechos reales, modificando la situación de hecho existente, en modo de hacerla que llegue a ser conforme a lo que debería ser».

El proceso de cognición y proceso de ejecución son entre sí independientes; de un lado, el proceso de cognición puede, en efecto, no requerir la ejecución, ya sea porque el acto que lo concluye alcance por sí sólo plenamente el objeto prefijado (como sería en el caso de las sentencias declarativas y la constitutiva), ya sea porque después de recaída la sentencia de condena, el deudor cumpla voluntariamente su obligación.

Para Guasp,⁷ mientras que en el proceso de cognición la pretensión procesal se satisface positivamente, es decir, se actúa declarando aquello que el pretendiente solicita, en el proceso de ejecución la pretensión procesal no es satisfecha positivamente, si el juez no realiza una conducta física, distinta del mero declarar, que provoca no un cambio ideal en la situación existente entre las partes, sino un cambio físico real o material, con relación al que anteriormente existía.

Ahora bien, bajo las ideas expuestas, las partes pueden pactar en el convenio arbitral que los árbitros no sólo declaren el derecho en conflicto, sino que además ejecuten lo declarado, recurriendo —por cierto— a pedir apoyo a la jurisdicción para la realización del acto, que requiere la *vis compulsiva*, pues ello es un atributo de la jurisdicción. El poder de ejecución, que se relaciona con el de coerción, tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio por coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso. Este poder es indispensable porque en nada serviría el proceso, si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado.

⁷ GUASP Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, tomo 2, parte especial, 1968, tercera edición, p. 193.

En conclusión, un conflicto sometido a su discusión en sede arbitral no se agota con la declaración contenida en el laudo, sino que requiere ingresar al proceso de ejecución para lograr la satisfacción del derecho ya declarado. No es suficiente saber que se tiene el derecho sino se necesita el restablecimiento de ese derecho en conflicto. Para la satisfacción de dicho derecho hay que recurrir al proceso de ejecución, que puede ser realizado en sede judicial y arbitral.

Si habiendo recurrido al proceso de ejecución, hay resistencia del obligado a cumplir con el mandato de ejecución, la materialización del acto resistido debe satisfacerse de manera compulsiva, a través de la fuerza, que sólo se ejercerá por el órgano jurisdiccional del Estado, esto es, la ejecución forzada a la que hace referencia el artículo 83 de la Ley General de Arbitraje.

Esta misma lógica también se reproduce en los procesos cautelares, la misma que también debe ser extensiva para los procesos de ejecución. Dictada una medida cautelar en sede arbitral, los árbitros pedirán apoyo a la jurisdicción para que sea ella la que ejecute con la fuerza pública. Dice el artículo 81 de la Ley General de Arbitraje: «[...] para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El juez por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

3. EL MENSAJE DEFORMADO: EL PODER DE EJECUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Se sostiene que el procedimiento arbitral concluye cuando los árbitros emiten su laudo. Los tropiezos que concurren para su ejecución, ya no son de incumbencia de los árbitros, sino de la actividad jurisdiccional. La justificación: el árbitro carece de poder de ejecución; sólo tiene la facultad de conocer y juzgar, pero no puede ejecutar lo decidido, pues, el *ius imperium* exclusivamente lo tiene el Estado, del cual no puede despojarse por estar comprometidos intereses públicos.

La piedra angular en el procedimiento arbitral se sostiene en la existencia del convenio arbitral, en el que se puede «estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, *así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo, en rebeldía de la parte obligada.*⁸ (La cursiva es nuestra).

Esto implica que no sólo la cognición del conflicto puede ser de conocimiento de los árbitros, sino que dicha delegación también puede ser extensiva —si las partes lo permiten— al proceso de ejecución.

Lo expuesto líneas arriba, no pretende sostener que ante el incumplimiento de lo ordenado en el laudo, los árbitros expropien el *ius imperium* de la autoridad judicial para ejecutar ellos directamente el laudo. Es universalmente aceptado que los árbitros no gocen del *ius imperium*, pues ella es expresión de la jurisdicción que ejerce de manera exclusiva el Estado. La intervención de los árbitros llega hasta donde alcanza la voluntad de las partes; más allá de ella, escapa a la competencia de los árbitros y sólo es el juez, quien puede forzar a que se cumpla lo establecido en el laudo.⁹

El Estado mantiene el monopolio de la fuerza, que no debe confundirse con el concepto de administración de justicia. Éste abarca el proceso, la resolución y la posibilidad de la ejecución forzada. El árbitro carece de la potestad de ejecutar mediante la fuerza, porque sólo los jueces del Estado tienen, en principio, el poder de ejecución forzada, la coacción en sentido estricto.

⁸ Ver artículo 9 de la Ley General de Arbitraje.

⁹ Los laudos pueden clasificarse en atención a su contenido, en laudos de condena, laudos declarativos y laudos constitutivos.

Los de condena persiguen la realización de una prestación, esto es, que el demandado haga algo o deje de hacer; por ejemplo, que pague determinada suma de dinero. Los laudos declarativos son los que esclarecen una situación incierta; es decir, los laudos que interpretan una situación jurídica dudosa; los laudos constitutivos son los que crean, modifican o extinguieren una relación jurídica, por citar un ejemplo, los que declaran la resolución de un contrato.

Por otro lado, universalmente se considera tanto a los procesos de cognición como los procesos de ejecución, los dos pilares sobre los que se construye la dinámica procesal; en el primer supuesto (procesos de cognición) nos encontramos con los conflictos que buscan definirse, que buscan se reparta los derechos en conflicto; en cambio los procesos de ejecución no buscan ninguna definición, pues las prestaciones ya han sido definidas anteladamente, sea a través de la sentencia de condena o por acuerdo de partes, de ahí que se considere que el «título es vital para la ejecución», pues, sin título no hay ejecución.

El arbitro y las partes tienen la libertad de dictar sus propias reglas —a medida— para el procedimiento arbitral, según el ámbito del problema a resolver; de ahí que el arbitraje es catalogado como una justicia privada por las formas y modos en que los interesados deciden articularlo, desenvolverlo y respetarlo desde el principio hasta el fin. La base del arbitraje es el contrato, expresado en el convenio que las partes celebran cuando se someten a los árbitros. Así como acuerdan celebrar determinados negocios, pueden convenir en el modo de resolver los posibles diferendos y cómo ejecutarlos; todo ello, sustentado en un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual.¹⁰

Bajo ese contexto, es posible que las partes puedan otorgar a los árbitros la facultad para ingresar a operar, no sólo en los procesos de cognición, sino también en los de ejecución. El camino está trazado, bajo una normatividad especial recogida en el artículo 9 y 83 de la Ley General de Arbitraje, por el que se «*otorga facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo, en rebeldía de la parte obligada*».

Esto implicaría que no sólo la cognición del conflicto puede ser de conocimiento de los árbitros, sino que dicha delegación también puede ser extensiva —si las partes lo permiten— al proceso de ejecución.

¹⁰ En ese sentido, léase lo regulado en el artículo 62 de la Constitución del Estado, que dice: «[...] los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley».

Con esta posición reafirmamos la autonomía privada del arbitraje la misma que se extiende hasta el proceso de ejecución, conforme a la propia Ley General de Arbitraje. En ella se brinda un marco legal que ofrece una estructura arbitral basada en la autonomía de las partes y en la discrecionalidad de los árbitros y que les confiere la potestad de diseñar y controlar reglas del proceso acordes con las necesidades de cada conflicto en particular, con amplios márgenes de flexibilidad y garantizando la igualdad de las partes y el derecho de defensa.

Cantuarias y Aramburú, Arrarte y Zolezzi, han trabajado bajo sus propias perspectivas el tema en comentario.¹¹ Como dice Cantuarias,¹² «Algunas personas han afirmado que todos los árbitros deberían gozar de las más amplias facultades para ejecutar sus fallos recurriendo incluso al apoyo de la fuerza pública, pero ello no sólo es desacertado, sino profundamente peligroso».

Consideramos que no se trata de que los árbitros ejerzan el *ius imperium*, sobre ello no cabe discusión, sino que diluciden —en sede arbitral— las prestaciones de la ejecución, hasta su mínima expresión, de tal manera que la jurisdicción ingrese como apoyo a una de las etapas del proceso de ejecución dirigido por los árbitros, cual es la ejecución forzada. De ahí que resulten coherentes estas ideas que exponemos con la opinión de Chocrón,¹³ cuando señala que las relaciones

¹¹ Sobre este tema, también se han referido los autores CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ IZAGA en la pagina 396 de su trabajo: *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de La Fuente, 1993. En igual forma, por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Ius et Veritas*, n.º 27, año XIII, Lima, 2003, p. 23, cuya lectura recomendamos. En esta línea de pensamiento también aparece el trabajo de ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. «Luces y sombras del arbitraje en el Perú». En *Homenaje a Max Arias-Schreiber*. Lima: Academia Peruana de Derecho-Gaceta Jurídica, 2005, pp.181-198.

¹² *Op. cit.*, p. 396.

¹³ CHOCRÓN GIRADLES, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 210.

entre la jurisdicción y el arbitraje, son de carácter complementario, «se produce en aquellas parcelas en las que se requiere *imperium* o *potestas* de la que carecen los árbitros, a los cuales se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados en virtud de la autonomía de la voluntad; pero la coacción, la fuerza o imposición que implican determinadas actividades escapan a la *auctoritas* de los árbitros y es por ello que se produce la intervención de los Tribunales del Estado».

Lo que se busca, no sólo es atribuir facultades a los árbitros para que intervengan en un proceso de cognición, sino que también puedan incursionar en el proceso de ejecución para materializar el derecho laudado, pero dejando claro que las facultades del *ius imperium* siempre lo ejercerán los jueces ordinarios. Como señala Zolezzi,¹⁴ cuando se piensa comparativamente en el proceso arbitral y en el proceso común, uno puede fácilmente preguntarse si los árbitros pueden realizar determinados actos procesales, en determinadas circunstancias, que requieren el ejercicio del poder de imperio del Estado y la respuesta es afirmativa, por la sencilla razón que en el sistema peruano, si bien existen determinados «candados» para impedir que un proceso arbitral se «judicialice», la Ley General de Arbitraje obliga al Juez a «prestarle» al proceso arbitral la *coertio* y la *executio*.

Esta mecánica de intervención de la jurisdicción en la actividad arbitral la tenemos regulada para las medidas cautelares, acopio de pruebas e incluso designación de árbitros,¹⁵ con mayor razón, operaría el apoyo para la ejecución de un laudo que contiene derechos ciertos ya definidos.

Una cosa es el proceso de ejecución, mecanismo en el cual se busca ejecutar los títulos y otra la *executio*, como facultad exclusiva de la jurisdicción. Debemos señalar en este extremo que los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudi-*

¹⁴ *Op. cit.*, p. 189

¹⁵ Ver artículos 23, 40, 79 y 80 de la Ley General de Arbitraje.

tium, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*; por ello, éstos pueden ser requeridos su intervención, aun desde la iniciación del arbitraje para las medidas cautelares y hasta su finalización, para la ejecución del laudo arbitral, como ya se ha señalado.

La norma, en el artículo 83 de la Ley General de Arbitraje, se orienta a ampliar la cobertura de acción de los árbitros —con la aceptación de las partes— a una de las etapas del proceso de ejecución (la ejecución forzada), sin trastocar los poderes de la jurisdicción que gozan los jueces. Esto lo podríamos mostrar de la siguiente forma, si por ejemplo, se condena al pago de una prestación ilíquida, perfectamente en el proceso de ejecución, en sede arbitral, los propios árbitros que declararon el derecho en el laudo, tendrían que intervenir para definir la suma líquida, en ejecución, posiblemente recurriendo a diversos mecanismos como la intervención de peritos, si fuere el caso. Si a pesar de haberse requerido el pago (en sede arbitral) al obligado y persistiera la resistencia a cumplir la condena, los árbitros ingresarían a la «ejecución forzada» de lo laudado, requiriendo la intervención de la vis compulsiva del Estado, para la medida de ejecución que se dicte. Esto es, se recurre a la jurisdicción, no para pedir que se inicie la ejecución, sino para que éste intervenga ejerciendo una de sus facultades: la *executio*, para vencer la resistencia del rebelde, a realizar el mandato de ejecución. Igual lógica opera en la ejecución de la medida cautelar o en el acopio de las pruebas.¹⁶ Los árbitros dictan la medida cautelar y es la jurisdicción la que materializa ésta, a través de la ejecución de lo dictado. Igual criterio operaría para la «ejecución forzada» en el proceso de ejecución. Véase que el artículo 83 de la Ley General de Arbitraje hace

¹⁶ Véase en este extremo lo regulado en el artículo 40 de la Ley General de Arbitraje: «El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir auxilio judicial para la actuación de pruebas. Es competente el juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución, a elección del interesado. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de 5 días, bajo responsabilidad [...]».

especial referencia a una de las etapas del proceso de ejecución, cual es, la ejecución forzada, no al proceso de ejecución en sí.¹⁷

Como señala Griffith,¹⁸ el Poder Judicial debe limitarse a asistir a los árbitros en reconocer y ejecutar un laudo. En esa misma línea de pensamiento, Lorca,¹⁹ considera que «Normalmente será posible que la ejecución del laudo suponga apremiar mediante un embargo, pero no cabe duda que las modalidades de la ejecución dependerán en gran medida de su contenido. Así, si la obligación contenida en el laudo no es exactamente la de entregar dinero metálico, sino una obligación determinada de hacer o de no hacer o de entregar determinada cosa, el apremio para su ejecución se dirigirá fundamentalmente hacia la indemnización de daños y perjuicios. En consecuencia, se puede ya concluir que la ejecución del laudo dependerá, en gran medida, del tipo de conducta que se contenga en el mismo».

Según Lohmann,²⁰ cuando se permite que las partes o el reglamento a que éstas se hubieran sometido otorguen a los árbitros facultades ejecutivas especiales para hacer viable el cumplimiento del laudo en rebeldía de la parte obligada, la naturaleza de las facultades dependerá mucho de la naturaleza del conflicto como de la confianza de las partes en los árbitros; pero, es una posibilidad que la ley ha querido permitir.

¹⁷ Artículo 83.- «Ejecución del laudo.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio.

¹⁸ GRIFFITH DAWSON, Frank. «El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?». En *Ius et Veritas*, n.º 15, año VIII, p. 206.

¹⁹ LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. *Derecho de arbitraje español, Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 446.

²⁰ Citado por Cantuarias, *Op. cit.* p. 398.

No siempre será posible que ante una parte rebelde, el árbitro pueda conminar el cumplimiento y dirigir la ejecución forzosa del laudo. En tales casos, no queda más remedio que recurrir al Poder Judicial. El citado autor presenta algunos casos en los que la delegación de facultades a los árbitros podría operar en mejor forma, como la entrega de cartas fianzas para que en caso de incumplimiento, los árbitros o la institución, las ejecuten a favor de la parte vencedora para efecto de imputarlas a la deuda, o aquellos supuestos donde las partes, de conformidad con el artículo 1069 del Código Civil, hayan autorizado a los árbitros para que procedan a la venta de ciertos bienes prendados. También se podría otorgar poderes especiales para que suscriban documentos o instrumentos en rebeldía de alguna de las partes, como suscribir una escritura pública de compraventa ante la resistencia del condenado a realizarla; o para ejecutar privadamente una hipoteca.

4. LOS LAUDOS DE CONDENA CON RESERVA O ILÍQUIDOS

El problema de la ejecución de laudos en sede judicial se torna más preocupante en los procesos de ejecución con títulos ilíquidos o con condena con reserva.

Montero Aroca²¹ refiere que estas prestaciones operan cuando la ley admite que ésta sea ilíquida, dejando la liquidación para la fase de ejecución; otro supuesto es que no haya existido realmente una actividad declarativa previa, sino simplemente el presupuesto para condenar genéricamente a los daños sufridos; también permite prestaciones ilíquidas, cuando la obligación de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica se pueden transformar por ley en obligación pecuniaria.

La condena con reserva es siempre una condena pecuniaria, que ordena el pago de dinero, pero es ilíquida porque el laudo no fija el importe concreto de esos daños. Ello es uno de los supuestos en que se

²¹ MONTERO AROCA, Juan. Derecho jurisdiccional. Proceso civil. Barcelona: Bosch, 1995, tomo II, p. 522.

plantea la necesidad de liquidar la condena, esto es, determinar exactamente qué cantidad de dinero debe ser entregada por el deudor, con citación de éste.

Esto significa que si una sentencia contiene una condena con reserva, ésta puede ser inmediatamente ejecutada, porque se trata de una condena a prestación actual y en este sentido ejecutable de inmediato, sólo que, como tal condena es ilíquida, debe integrarse con ciertas actuaciones previas a la ejecución.

Algunas opiniones consideran que, como le falta el requisito de la liquidez y para obtenerla habría que seguir un procedimiento de liquidación, la sentencia que contiene una condena con reserva no es directamente ejecutable; sin embargo, otras opiniones señalan, que, una cosa es que sea necesario determinar el importe de la condena con reserva en un incidente; y otra, muy diferente, que la ejecución no pueda comenzar mientras no se produzca la exigibilidad de la prestación debida y su falta de cumplimiento, como ocurre con la sentencia que contiene una condena de futuro. Véase el caso del laudo que condena al pago de una suma líquida y dispone, la compensación del saldo de la deuda existente mediante la devolución de mercadería, luego de computarse la depreciación de ella, al momento de la entrega; o el caso del que condena al pago de daños y perjuicios, fijándose las bases para dicha posterior liquidación; o la liquidación de frutos, rentas y utilidades, según las pautas preestablecidas en la condena. En igual sentido, constituye laudo ilíquido el siguiente fallo:

«Declara fundada en parte la demanda en los extremos relativos a la adquisición del grupo electrógeno, los gastos de combustible de petróleo para dicho grupo y la indemnización por los daños y perjuicios causados por la resolución del contrato de concesión y la devolución a la Municipalidad de Chorrillos del Mercado de Abastos, así como el reembolso de las mejoras introducidas por Lima Karcesa S.A. en el citado Mercado, debiendo estos dos últimos extremos ser determinados por peritos». ²²

²² Proceso de ejecución de laudo arbitral seguido por Lima Karcesa S.A. con Municipalidad de Chorrillos.

Otro caso de laudo ilíquido contiene el fallo que ordena se designe una empresa de reconocido prestigio internacional, por cuenta y costo de la demandada, encargándose la realización de un estudio de impacto ambiental para que establezca la zona de influencia del depósito, determine y aisle el impacto ambiental producido por dicho depósito y señale las acciones de remediación del mismo en lo referido a contaminación de suelos, agua, aire y salud poblacional que, razonablemente y según las circunstancias, deba cumplir la demandada, con el objeto de mitigar el daño producido hasta octubre del 2001.²³

Como se aprecia, estamos ante un laudo con reserva de condena, que todavía no tiene las condiciones para la ejecución propia, como es la liquidez de la prestación, la misma que por la naturaleza de este tipo de laudos, se tendrá que determinar posteriormente con la intervención de peritos y bajo los criterios que los árbitros han pre establecido en el laudo; en tanto no se defina, no podrá ser considerado título de ejecución, pues, falta determinar la cantidad líquida a exigir; para lo cual, debe ingresar a una fase de preparación para determinar la prestación líquida del laudo; en tanto sucede ello, la pregunta que surge es: ¿Quién debe dirigir toda esta fase previa a la ejecución forzada?; si no se ha pactado la ejecución en sede arbitral será el juez ordinario; pero si se ha pactado, corresponderá a los propios árbitros los que dirijan esta fase previa a la ejecución, situación que sería bastante saludable a los fines del arbitraje, pues qué mejor que los propios árbitros que han definido el derecho en debate, sean los que continúen bajo la dirección de la ejecución.

Razones de costos, tiempo, especialidad y confianza, hacen que la discusión deba mantenerse en sede arbitral y no derivarla a la jurisdicción ordinaria, donde el juez, no conocedor del tema en particular laudo, sea por lo técnico o particular del caso, tendrá que internalizar en su intelecto la materia definida y los términos de la ejecución en atención a esa definición, con la consecuente demora propia de la so-

²³ Proceso de ejecución de laudo arbitral, promovido por Consorcio Minero S.A. contra la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. —Centromin—, expediente n.º 171132-2007, 11º Juzgado Comercial de Lima.

brecarga procesal de los juzgados y con el riesgo del poco conocimiento que pudiera tener sobre la materia en ejecución.

Sería interesante que se pacte la ejecución en sede arbitral, como lo permite el artículo 9 de la Ley General de Arbitraje, para evitar que el arbitraje termine judicializándose.

En vez de que sean los propios árbitros los que dirijan la conversión del laudo en título líquido a través de la ejecución, se deja que sean los jueces ordinarios, no especializados en los temas ya definidos y conocidos por los propios árbitros, los que asuman la dirección del proceso de ejecución del laudo, cuando perfectamente los propios árbitros, conocedores del conflicto ya laudado, podrían asumir en mejor forma la dirección de dicha ejecución, dejando la vis compulsiva sólo para la jurisdicción, en caso de resistencia del obligado.

Como señala Muñoz Sabaté,²⁴ «Los árbitros no extralimitan sus funciones por el hecho de que una vez determinadas por ellos en el laudo las deudas y créditos de una sociedad que se disuelve y las cantidades que debe entregar o percibir cada socio, terminan resolviendo que procede que las partes, en el plazo de un mes a contar de la fecha del laudo, nombren o designen la persona o personas que se encarguen de toda la documentación social y de la liquidación y división del haber social con arreglo a todo lo dispuesto en dicho laudo. El quid de la cuestión estaba en la evidentísima imposibilidad práctica de poder cuidar de una liquidación definitiva y material de la sociedad dentro del plazo de emisión del laudo. Tal vez hubiese sido mejor que los árbitros hubiesen ya procedido al nombramiento de dicho liquidador para impedir nuevas contiendas entre los socios, pero la cuestión no es ésta sino la de destacar una vez más la habitualidad de estas programaciones arbitrales, con designación incluso de nuevos operadores, y que tal como la propia sentencia cuida de manifestar, habrán de desarrollarse en período de ejecución de laudo».

²⁴ MUÑÓZ SABATÉ, Luis. Jurisprudencia arbitral comentada (sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991). Barcelona: Bosch, 1992, p. 562.

Frente al criterio expuesto por Muñoz Sabaté, véase la ejecutoria emitida por la 4^a Sala Civil de Lima, en los seguidos por la Municipalidad de San Isidro con el Consejo Directivo de la Asociación Vecinal para el Serenazgo de San Isidro, la misma que acoge precisamente el cuestionamiento materia del comentario, en los siguientes términos:

«Declara infundada la contradicción y dispone que el Consejo Directivo de la Asociación demandada proceda a la disolución y liquidación de la Asociación, conforme a lo establecido en sus Estatutos y en la Ley».²⁵

Como se aprecia, las partes al someter el conflicto al arbitraje, jamás quisieron ingresar a la jurisdicción estatal; sin embargo, tendrán que hacerlo sin otra alternativa, por no estar contempladas en el convenio arbitral las facultades de ejecución de los árbitros, pues, se viene considerando que «el arbitraje culmina con el laudo», cuando éste debe culminar en el proceso de ejecución, si fuere el caso. La legislación especial permite dicha convención, a pesar de ello, seguimos manteniendo esta mala praxis generalizada en casi toda la actividad arbitral, con los consecuentes resultados de insatisfacción para el litigante beneficiado con el laudo y el cuestionamiento al sistema judicial, al que nunca quiso ingresar. A pesar de lo expuesto, resulta paradójica a nuestra realidad la opinión de Morello²⁶ cuando afirma que «El arbitraje, como expresión de justicia privada encierra *celeridad, tipicidad, confiabilidad* (reserva o casi ninguna publicidad); *desformalización o flexibilización* durante su desarrollo; operadores (árbitros o amigables componedores) que se adaptan mejor a las necesidades y a la finalidad con que una controversia patrimonial interempresaria debe ser compuesta, sin el trauma o consecuencias axiológicamente negativas para la continuidad de las relaciones que ocasiona casi siempre el resultado de un largo y áspero proceso de conocimiento y una sentencia de condena».

²⁵ Ejecutoria de fecha 18 de noviembre del 2002, emitida en el expediente n.º 2041-2002, por la 4^a Sala Civil de Lima.

²⁶ MORELLO, Augusto. Contrato y proceso. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 206.

5. TRATAMIENTO DE LA EJECUCIÓN EN LA JURISDICCIÓN

Uno de los cuestionamientos que se plantea en la ejecución arbitral está relacionado con la legislación aplicable. Tanto el Código Procesal Civil como la Ley General de Arbitraje regulan el procedimiento a seguir en los procesos de ejecución de laudos arbitrales.²⁷

Nos ubicamos frente a la regulación de un hecho por dos normas diferentes de igual rango, pues, el Código Procesal Civil está regido por el Decreto Legislativo n.º 768 y la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572. Frente a ello, para establecer la norma aplicable recurrimos al principio de especificidad, cuya regla dispone que un precepto de contenido especial, prima sobre el criterio general. Ello implica, según García Toma,²⁸ que «cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima ésta en su campo específico».

Esta disyuntiva legal, también ha sido de invocación para sustentar Casaciones como la que aparece ante la Sala Civil Transitoria, mediante la Casación n.º 1100-03-Lima, de fecha 10 de octubre de 2003.²⁹

²⁷ Ver artículos 713 del Código Procesal Civil y ss.; y artículos 83 al 87 de la Ley General de Arbitraje.

²⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. *La Ley en el Perú*. Lima: Grijley, 1995, p. 22.

²⁹ Frente al contexto descrito, sostenemos que resulta de aplicación a la ejecución del laudo, la Ley General de Arbitraje, por el principio de especificidad. En ese sentido léase la Casación n.º 574-99-Lima, de fecha 10 de agosto de 1999, que dice: «*De acuerdo con el artículo 8 de la Ley n.º 26572, se considera recibida toda notificación que haya sido entregada al destinatario o que haya sido enviada a su domicilio señalado o real, mediante cualquier medio que deje constancia fehaciente de la entrega, lo que en el presente caso se satisface con la certificación del secretario en los autos sobre arbitraje y el informe razonado antes referido; que la notificación mediante cedulón alude a que la esquela de notificación fue adherida a la puerta de la oficina señalada como domicilio, por no encontrarse quién la reciba y que el CPC recoge en el artículo 171, el que contiene una norma de preaviso, la que no es aplicable, por existir la norma específica en la Ley de Arbitraje citada en el considerando anterior*».

Tomando como referencia dichas normas, podemos señalar algunas diferencias para la ejecución del laudo, tales como la determinación de la competencia.

- a) Señala el artículo 714 del Código Procesal Civil,³⁰ que se aplican a la ejecución del laudo las reglas generales de la competencia, las mismas que están contenidas en el artículo 14 que dice: «Es competente el juez del domicilio del demandado»; otro supuesto es la competencia que fija la Ley General de Arbitraje. Señala el artículo 84 de la Ley General de Arbitraje: «Es competente el juez civil especializado en el lugar de la sede del arbitraje». Vemos, pues, que concurren dos criterios para fijar la competencia, según la ley que se aplique: El juez del domicilio del ejecutado o del lugar de la sede del arbitraje. Frente a ello consideramos aplicable este último, por la especificidad de la norma que la regula.

Otro cuestionamiento se presenta en los argumentos para la contradicción. Señala el artículo 718 del Código Procesal Civil, que se puede formular sólo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación; en cambio el artículo 84 de la Ley General de Arbitraje recoge dos supuestos para la oposición, la pendencia de un recurso de apelación o anulación y razones basadas al cumplimiento del laudo; nótese que la extinción de la obligación, no está presente como argumento de oposición en la Ley General de Arbitraje.

El recurso de apelación se encuentra restringido en la Ley General de Arbitraje. Véase lo regulado en el artículo 86 que dice: «Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva». La disyuntiva normativa provoca que en algunos espacios de ejecución se apliquen las normas del

³⁰ Señala el artículo 718 del Código Procesal Civil: «Los títulos de ejecución judicial se ejecutan ante el juez de la demanda. Los demás se rigen por las reglas generales de la competencia».

Código Procesal Civil para la ejecución, y en otros la Ley General de Arbitraje. Véase por citar, la ejecución del laudo contenida en el expediente n.º 3064-99 ante el 49º Juzgado Civil de Lima, seguido por Nerida Harbauer Bahamonte con Sercosegur Sociedad de Responsabilidad Limitada, en el que el juez, al conceder la apelación, sobrepone ante la prohibición del artículo 86 de la Ley General de Arbitraje, el principio constitucional de la doble instancia, creando un trámite procedimental, de mutuo propio, *ad-hoc*, al preestablecido por la ley especial.

Un aspecto que también genera preocupación es el control a las prestaciones materia de ejecución en sede judicial. Según el diseño de la Ley General de Arbitraje, el control sobre la validez formal del laudo se hará vía recursiva, a instancia de parte, a través del recurso de anulación; dejando la posibilidad de que el Juez superior revisor lo realice de oficio, conforme lo señala el inciso 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, al declarar la nulidad del laudo, en materias inarbitrables; sin embargo, en caso de laudos, que jamás fueron sometidos a dicho control recursivo, pero que ingresan al proceso de ejecución en sede judicial, ¿estaría libre de cuestionamiento por el juez ejecutor? Al respecto, compartimos la opinión de Muñoz Sabate,³¹ cuando señala que «El juez ejecutor no puede entrar a discutir la validez y eficacia de un laudo. De lo contrario sería una manifiesta conculcación del sistema impugnativo. Sólo en contadísimas ocasiones, precisamente aquéllas en las que la falta de impugnación de laudo puede deberse a un fallo en los principios de bilateralidad y audiencia, pudiera el juez ejecutor por razones eminentemente constitucionales, denegar la ejecución. Así también en aquellos supuestos de flagrante afectación al orden público».

La falta de homologación de los laudos, previa a la ejecución judicial, genera el dilema al juez ejecutor sobre su válida intervención al respecto; nos referimos al caso concreto de materias inarbitrables, que

³¹ (TS. 14 de abril de 1976) MUÑOZ SABATÉ, Luis. Jurisprudencia arbitral comentada (sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991). Barcelona: Bosch, 1992, p. 577.

jamás tuvieron la posibilidad del control por el juez superior revisor, pero que consentido el laudo por las partes, se pretende luego el apoyo forzado de la jurisdicción. En tales casos, el juez ordinario ¿podrá resistirse a no ejecutar un laudo que contiene una materia inarbitrable? Evidentemente que la respuesta será afirmativa. En tanto, el sistema procesal no contemple mecanismos de control previo a la ejecución, como serían los actos homologatorios o declarativos puros sobre la validez formal del laudo; sin entrar a calificar el contenido de éste, tendríamos la posibilidad de que en el camino de la ejecución, ésta se pueda frustrar por un control –de oficio- post laudo, al momento de la ejecución, pero siempre que se trate de derechos indisponibles, o de materias inarbitrables, a que refiere el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, por más que las partes, de mutuo acuerdo, hayan consentido dicho laudo. El principio de autonomía privada de voluntad no es irrestricto, tiene límites, zonas infranqueables, donde la voluntad no puede transitar; por tanto, no se podría brindar tutela para la ejecución de un laudo que contiene prestaciones sobre temas inarbitrables.

6. IDEAS FINALES

6.1. La idea que el procedimiento arbitral culmina con el laudo, debe ser superada. Para considerar que éste termina con la satisfacción en sede arbitral del derecho contenido en el laudo, el árbitro tiene la posibilidad no sólo de declarar el derecho en conflicto, sino de ingresar a la ejecución del derecho definido en el propio laudo, para lo cual, requiere contar con las facultades especiales de ejecución en el convenio arbitral, tal como lo establece expresamente el artículo 9 de la Ley General de Arbitraje.

Con tal praxis, podemos afianzar la idea de que el arbitraje es una forma alternativa de lograr la paz social, pues, es una institución alterna a la justicia estatal. En tal sentido, no se puede limitar al arbitraje sólo a un plano meramente declarativo de derechos, sino que también puede éste ingresar, en la propia sede arbitral, a la dirección del proceso de ejecución; y sólo cuando hay resistencia al mandato de ejecución,

pedir la intervención de la jurisdicción para la ejecución forzada de dicho mandato.

Con esto queremos sostener que no se debe negar a las partes la posibilidad de la dirección en la ejecución del laudo, en sede arbitral, dejando sólo a la jurisdicción la posibilidad de la ejecución forzada. Dicho camino está regulado en la propia Ley General de Arbitraje y sólo cuando este camino se torne en inoperante para la satisfacción que se busca, nos permita recién, voltear la mirada hacia la jurisdicción para invocar la *executio* sobre el laudo arbitral, como se realiza en la actividad cautelar, pues no se debe confundir «proceso de ejecución», como instrumento de realización del derecho, con la *executio*, «poder de la jurisdicción» para satisfacer —por la fuerza— el Derecho declarado; esto último como expresión del monopolio del Estado de la función jurisdiccional.

A pesar de que sostenga Rubio³² que se deba tener una ley favorable al desarrollo del arbitraje, que elimine las barreras de acceso al arbitraje, que garantice la ejecución del convenio arbitral como la ejecución del laudo, que reconozca la libre elección de los árbitros y que reduzca la intervención judicial en los procesos arbitrales, consideramos que ello no es necesario; el actual diseño de la propia Ley General de Arbitraje sí permite ingresar a la ejecución en sede arbitral, lo que se hace necesario es informar a las partes de esa posibilidad y que éstos estén convencidos que es la mejor alternativa para evitar someter todas las resultas del proceso de ejecución a la jurisdicción; en cambio, si coincidimos con Rubio,³³ cuando refiere que «La práctica arbitral está

³² RUBIO GUERRERO, Roger. «*Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones*». En *Thémis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53, Lima, 2007, p. 10.

³³ *Ibidem*. Aún más, señala el autor, que «Los abogados de las partes deberían informarse y entrenarse en derecho arbitral para ofrecer a sus clientes una más eficiente defensa de su caso y los árbitros deberían ser más firmes y menos permisivos frente a tácticas dilatorias o procesales que perjudican una conducción eficiente del arbitraje». *Op. cit.* p. 13.

lejos todavía de los estándares arbitrales modernos; en líneas generales, no hay todavía un desarrollo máximo del potencial de la autonomía de la voluntad, no hay un ejercicio adecuado de la discrecionalidad de los árbitros y, en ocasiones, los jueces no terminan de entender su rol frente al arbitraje».

6.2. Si desarrollamos la idea que el procedimiento arbitral termina con el laudo, no sólo estaríamos limitando la afirmación del principio de autonomía privada de los particulares para su ejecución, sino permitiendo el cuestionamiento de la eficacia de la jurisdicción sobre el arbitraje; al no brindar tutela pronta al proceso de ejecución. Si bien algunas opiniones optimistas, como la de Arrarte,³⁴ consideran que «una decisión arbitral es ejecutada coercitivamente, en el mejor de los casos, en el transcurso de unos seis a ocho meses»; algunos referentes empíricos que hemos ubicado para este trabajo, nos señalan que en promedio la ejecución del laudo arbitral en sede judicial, toma más de dos años en promedio.³⁵

Esta respuesta tardía que se aprecia en la ejecución de los laudos, responde a la falta de especialización en el conocimiento de los jueces estatales de las materias sometidas al arbitraje, la sobrecarga procesal propia de los juzgados, la marcada litigiosidad en los procedimientos judiciales, entre otros aspectos; de ahí que resulte un contrasentido,

³⁴ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación». En *Thémis*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 23, Lima, 2007, p. 93.

³⁵ Para nuestro estudio, el proceso de ejecución promovido por Constructores Asociados S.A. con Tonny Romas, expediente n.º 13174-2004, 32º Juzgado Civil de Lima, tomó 434 días; Shell Perú S.A. RENTIK S.A. con Mario Francisco Granda Chianti, expediente n.º 8014-2000, 47º Juzgado Civil de Lima, tomó 1885 días; Harbauer Bahamonte Nerida Luzmila Sercosegur Sociedad de Responsabilidad Limitada, expediente n.º 3064-99, 45º Juzgado Civil de Lima, tomó 1498 días; Carlos Carlessi de Lara con Compañía Minera Casapalca S.A., expediente n.º 9932-2001, 38º Juzgado Civil de Lima, tomó 1467 días; Luis Agapito Meneses Marroquín con INVERMET, expediente n.º 25948-03, 33º Juzgado Civil de Lima, tomó 681 días. *El promedio de tiempo, sólo en dichos casos, superan los tres años.*

que las partes, habiendo pactado un convenio arbitral, para huir en buena cuenta de la actividad judicial y de todo lo que ello signifique, terminen sometidos a la actividad de los jueces en el proceso de ejecución.

6.3. No se debe perder de vista que las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje, son de carácter complementario, pues se produce en aquellas áreas o actos en las que se requiere el *ius imperium* del Estado, de la que carecen los árbitros, los cuales se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados, en virtud de la autonomía de la voluntad; pero la fuerza que requiere que determinadas actividades provenientes del mandato arbitral, como la ejecución de una medida cautelar o de un mandato de ejecución, necesariamente se realizan por el poder de ejecución que tienen los jueces de la jurisdicción.

6.4. Son muchas las voces que se alzan para sostener la desjudicialización del arbitraje; a pesar de ello se aprecia un doble mensaje en la actividad arbitral. Por un lado se cuestiona la judicialización de éste, sin embargo, no se hace nada por evitarlo, a pesar que existen las herramientas legales para ello.

El arbitraje requiere de un mensaje renovado, de tal manera que los árbitros no sean concebidos como jueces privados hasta la emisión de laudo; todo lo contrario se debe brindar a las partes reglas que permitan brindar respuestas eficaces a la solución definitiva del conflicto, reduciendo la intervención judicial, a lo mínimo posible. La falta de información de los operadores sobre las reglas de juego del arbitraje y sobre sus propios roles en el procedimiento arbitral, vienen contribuyendo a esta judicialización, como expresión de la resistencia de la propia cultura legal arbitral a no alterar el paradigma de la ejecución del laudo en sede judicial.

Lima, agosto del 2007

UN LAUDO INHIBITORIO

Verónica Rosas Berastain

UN LAUDO INHIBITORIO

*Verónica Rosas Berastain**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Algunas precisiones adicionales acerca del laudo.— 2.1. Lugar y fecha de expedición.— 2.2. Nombres de las partes y de los árbitros.— 2.3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes.— 2.4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión.— 2.5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas.— 2.6. La decisión.— 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, debo agradecer profundamente la generosa invitación formulada por los organizadores del evento, en especial al Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En estos minutos voy a realizar una breve exposición sobre un tema que posiblemente no van a encontrar en ningún libro sobre arbitraje, debido al carácter peculiar que posee. Voy a referirme a lo que se puede denominar como laudo inhibitorio.

Y, ¿qué es un laudo inhibitorio? Pues, a grandes rasgos, puede denominarse así a un laudo en el que, luego de seguido regularmente

* Adjunta de docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre.

un proceso arbitral, los árbitros no resuelven las cuestiones de fondo planteadas, sino que se limitan a señalar que no son competentes para pronunciarse.

Si bien —como puede percibir más de uno— se trata de un supuesto con un notorio carácter *sui generis*, de aquí que ni la doctrina ni la legislación le haya dedicado espacio alguno, es cierto también que resulta susceptible de configurarse (y de hecho ha ocurrido en el Perú), por lo que no deja de ser interesante tratar de determinar qué podrían hacer las partes que, luego de haber seguido todo un proceso, no obtienen, en realidad, la respuesta al conflicto de intereses que los llevó a acudir frente al arbitraje.

En esencia, son tres las preguntas a las que trataré de dar respuesta. En primer lugar, si un laudo inhibitorio es válido, en segundo lugar, cuáles serían sus alcances y, en todo caso, qué medidas podrían adoptar las partes para cuestionarlo.

2. ALGUNAS PRECISIONES ADICIONALES ACERCA DEL LAUDO

Conviene primero, sin embargo, realizar algunas precisiones adicionales con respecto de la hipótesis a examinar. Así, vamos a suponer que el Tribunal Arbitral decidió inhibirse porque a su criterio habían otros asuntos judiciales pendientes de resolución que afectarían el sentido del futuro proceder del propio tribunal. Esto quiere decir, reitero, que la decisión de los árbitros de inhibirse no responde a alguna excepción o pedido de improcedencia planteado por alguna de las partes, es más, vamos a suponer que el proceso, sin tomar en cuenta la peculiaridad de la resolución final, se desarrolló regularmente, sin problema alguno.

Bien, aclarado este punto y para determinar la validez de la decisión del Tribunal Arbitral, debemos determinar si aquélla tiene o no la naturaleza jurídica de un laudo, para lo cual simplemente es necesario recurrir a la Ley General de Arbitraje, más específicamente a su artículo

50, pues allí se establecen los 6 requisitos que debe cumplir una resolución arbitral para poder ser considerado como laudo.

Artículo 50.- «Contenido del laudo de derecho.- El laudo de derecho debe contener:

1. Lugar y fecha de expedición;
2. Nombre de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes;
4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión;
5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y
6. La decisión».

Señalados cuáles son esos requisitos, debemos ahora evaluar si, en efecto, el laudo inhibitorio objeto de nuestro estudio podría contener cada uno de ellos.

1.1. Lugar y fecha de expedición

Es evidente que el laudo en cuestión podría cumplir este requisito.

Nombres de las partes y de los árbitros

Tampoco habría inconveniente para que contenga el segundo de los requisitos.

1.2. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes

Esta exigencia se cumpliría si en la parte relativa a los Vistos se hiciera referencia a las alegaciones de las partes, con precisión, además, de haber quedado claras cuáles eran las cuestiones sometidas a arbitraje, de donde se sigue que también se podría cumplir con este tercer requisito.

1.3. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión

Por haber optado no resolver las cuestiones de fondo y declarar la inhibición del Tribunal para la expedición del laudo, para que se cumpla este requisito bastaría con que en los Considerandos se analicen cuáles son los medios probatorios en que se sustente la ulterior decisión del propio Tribunal, en el sentido de declarar su inhibición.

Si bien es cierto que la valoración de las pruebas no sería una valoración tendiente a resolver las cuestiones de fondo o pretensiones planteadas por las partes, dicho análisis existiría.

1.4. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas

De la misma manera, para cumplir con este requisito sólo sería necesario que se analicen los fundamentos de hecho y de derecho, por los cuales el Tribunal decide que no puede pronunciarse sobre las pretensiones contenidas en el acta de fijación de puntos controvertidos.

1.5. La decisión

En esta parte basta con destacar que, más allá de lo idóneo o eficaz de la decisión adoptada por los árbitros, no se puede negar que, en estricto, un laudo inhibitorio también cumpliría con el sexto requisito, con mayor razón si suponemos que junto con la decisión de inhibirse, los árbitros habrían decidido la manera en que se distribuirían los gastos que generó el proceso arbitral.

Luego de haber analizado los seis requisitos que debe contener todo laudo arbitral de derecho, y de haber demostrado que un laudo inhibitorio podría contenerlos sin mayor dificultad, es imposible negar que, en efecto, posee la naturaleza jurídica de laudo.

Esta primera conclusión se refuerza en el hecho de que la parte resolutoria de un laudo arbitral, más allá de constituir una figura

verdaderamente atípica, en la medida en que no se encuentra contemplada por la propia ley de manera expresa, no es ilegal. Y no es ilegal porque el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje establece que, en principio, la falta de competencia debe ser alegada por las partes al inicio del proceso, dentro de un plazo determinado, pero esta misma norma faculta a los árbitros a determinar su competencia de oficio, con la diferencia de que, en ese caso, no exige que ello se realice dentro de plazo alguno.

Corresponde examinar cuáles serían los alcances de un laudo inhibitorio.

Aquí lo importante es resaltar nuevamente que, pese a que no resuelve el tema de fondo, al tener la naturaleza jurídica de laudo, constituye la decisión final y definitiva del Tribunal Arbitral, lo que implica que pone fin al proceso y determina la conclusión de las funciones de los árbitros.¹

Lo anterior implica que sería imposible que una vez resueltos esos procesos judiciales a los que me refería al plantear la hipótesis del laudo inhibitorio, las controversias sean resueltas en un segundo laudo, sencillamente porque, subrayo otra vez, el proceso arbitral ya habría finalizado y el Tribunal Arbitral no sería competente para eso.

A ello habría que agregar que, de emitirse un segundo laudo, éste no cumpliría con otro requisito esencial, esto es, el de expedirse dentro de un plazo establecido previamente, ya sea el establecido en la Ley, en el Reglamento o en las reglas procesales fijadas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

No cabe duda de que un laudo inhibitorio pone punto final al proceso arbitral, lo que en la práctica implica un bloqueo procesal de todos y

¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 125.

cada uno de los reclamos de las partes, toda vez que el Tribunal Arbitral que habría conocido el proceso, no podría reabrirlo nunca.

Con esto en mente pasamos a la siguiente pregunta, esto es, qué medidas podría adoptar la parte que se ha visto perjudicada con el laudo inhibitorio.

Para poder hacerlo, conviene primero señalar que pese a que en el laudo no se resuelven los temas de fondo y, por lo tanto, en estricto no supone el rechazo de las pretensiones del demandante, lo cierto es que por cuanto tampoco las acepta, sería a éste y no al demandado a quien podría calificársele como la «parte perdedora» del proceso. No hay que olvidar que el demandante fue quien impulsó inicialmente el proceso arbitral, quien acudió al Tribunal Arbitral a fin de que sus pretensiones fueran oídas y amparadas.

Aclarado esto y ya enfocándome en la pregunta planteada, la parte perjudicada tendría, esencialmente, tres opciones:

- a) Esperar a que finalicen los procesos judiciales a los que el laudo inhibitorio de nuestra hipótesis hace referencia.
- b) Presentar un recurso de anulación.
- c) Interponer una acción de amparo.

Señaladas las alternativas, revisemos brevemente cada una de ellas:

- a) La primera opción, a saber, esperar a que finalicen los procesos judiciales a los que el laudo de nuestro ejemplo hace referencia, como ya ha quedado establecido, no serviría de nada ya que no podría reabrirse el proceso arbitral.
- b) Si la parte perjudicada optara por presentar un recurso de anulación, tendría que invocar una de las causales contempladas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje:

Artículo 73.- «[...]

1. El laudo podrá ser anulado cuando se pruebe la nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39 de la propia ley.
2. El laudo podrá ser anulado si una parte prueba que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
3. El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
4. El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que se ha laudado sin las mayorías requeridas.
5. El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros, antes de ser notificada con el laudo. Sostener que se laudó fuera del plazo.
6. El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.
7. Finalmente, el laudo arbitral podrá ser anulado de oficio por el juez que conoce del recurso de anulación, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros, no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de la Ley n.º 26572. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

Como hemos asumido que el proceso arbitral se desarrolló de manera regular, en realidad, no podría invocarse ninguna de estas causales. Así por ejemplo, sería imposible sustentar el recurso en el numeral 6 porque, si de algo no pecaría un laudo inhibitorio, es de pronunciarse sobre materia no controvertida.

Así las cosas, la parte demandante no tendría ninguna causal para anular el laudo inhibitorio. Esta constatación nos permite afirmar que a pesar de tratarse de una decisión que, en definitiva, no resuelve los asuntos de fondo, sí constituiría una resolución firme y, en consecuencia, para beneficio o perjuicio de la parte demandante, la materia sometida a arbitraje en ese proceso, nunca podría volver a ser reclamada en el fuero arbitral.

c) La tercera posibilidad sería que, una vez agotadas todas las vías previas, la parte demandante interpusiera una acción de amparo.

Para tal efecto, tendríamos que recurrir a lo dispuesto por el inciso 16 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional, Ley n.º 28237, la misma que establece que la acción de amparo procede, entre otros casos, con respecto de la tutela procesal efectiva,² derecho también contenido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política.

Decimos esto, pues los demás derechos para los que procede el amparo, no tienen nada que ver con la materia objeto del presente artículo.

Dentro de tal orden de ideas, si centráramos la causal en el debido proceso y la tutela jurisdiccional, la acción de garantía sólo procedería en los términos establecidos en el artículo 2 del propio Código Procesal Constitucional, es decir, en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio.

Si seguimos especulando, la parte demandante podría interponer una acción de amparo sosteniendo que el Tribunal Arbitral que conoció el proceso n.º 600-23-2002 violó su derecho a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional, inhibiéndose de laudar, a pesar de que, en virtud

² Cabe señalar que el inciso 16 del artículo 24 de la antigua Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley n.º 23506, también reconocía la procedencia de la acción de amparo con respecto al debido proceso y la tutela jurisdiccional.

de lo dispuesto en el Acta de fijación de puntos controvertidos y saneamiento del proceso, debería haber resuelto las materia de fondo.

No obstante, en ese supuesto, existiría un problema considerable en perjuicio de los intereses de la parte demandante, el mismo que consistiría en el hecho de que el citado artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, señala que la acción de amparo no procede contra normas legales *ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*. Y es evidente que el proceso arbitral, aunque muy peculiar debido al contenido del laudo con el que culminó, fue un proceso regular.

Lo anterior no significa que la parte demandante no hubiera tenido alguna posibilidad de éxito en un amparo contra el laudo; sin embargo, esa posibilidad no hubiera sido significativa en la medida de que dicha acción hubiera tenido un inconveniente formal muy serio al interponerse contra una resolución arbitral, la misma que, dentro del ordenamiento legal peruano, para efectos del tema bajo tratamiento, se equipara en el plano formal a una resolución judicial, emanada de un procedimiento regular.

3. CONCLUSIONES

Para finalizar esta exposición y aprovechando los minutos que quedan, considero conveniente resaltar las tres conclusiones a las que hemos podido llegar:

- En primer lugar, sin perjuicio del malestar o extrañeza que eso pueda significar en las partes involucradas, es posible que un proceso arbitral regular concluya con la emisión de un laudo inhibitorio, esto es, de un laudo en el que los árbitros no se pronuncien respecto de las pretensiones planteadas.
- En segundo lugar, ese laudo inhibitorio, en tanto emanado de un proceso regular, tendría la naturaleza jurídica de un laudo y, en

consecuencia daría por finalizado el proceso arbitral, siendo imposible que aquél se reabra y se emita un segundo laudo.

- En tercer lugar, que si ese laudo inhibitorio es el resultado de un proceso regular en el que no se ha vulnerado el debido proceso, no habría causal para solicitar su anulación. Asimismo, por cuanto un laudo se equipara a una resolución judicial, la procedencia de la acción de amparo también sería discutible.

Frente a un panorama como el que acabamos de delinejar, en el que las partes que se someten al foro arbitral gastan tiempo y recursos y obtienen un laudo que nada soluciona por no pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, pensamos que es necesario realizar cambios en la Ley General de Arbitraje. Así, lo más probable es que, a fin de evitar que pueda configurarse un laudo inhibitorio válido y, por lo mismo, inatacable, sería conveniente prohibirlo de manera expresa o, en su defecto, establecer un plazo determinado para que los árbitros se pronuncien respecto de su propia competencia.

Muchas gracias.

EL CONVENIO ARBITRAL VS. EL ACTA DE INSTALACIÓN
(O EN QUÉ OCASIONES PUEDE MODIFICARSE
LO PACTADO EN EL CONVENIO ARBITRAL)

Laura Castro Zapata

EL CONVENIO ARBITRAL VS. EL ACTA DE INSTALACIÓN (O EN QUÉ OCASIONES PUEDE MODIFICARSE LO PACTADO EN EL CONVENIO ARBITRAL)

*Laura Castro Zapata **

Sumario: 1. Propósito. 2. El Convenio Arbitral.— 3. El Acta de Instalación.— 4. Convenio Arbitral o Acta de Instalación.— 4.1. Modificaciones al convenio arbitral antes del inicio del proceso arbitral.— 4.2. Modificaciones al convenio arbitral después de iniciado el proceso arbitral.— 4.2.1. A través del Acta de Instalación.— 4.2.2. A través de la Prórroga de la Competencia.— 5. Conclusiones.

1. PROPÓSITO

El presente artículo es resultado de mi participación como expositora en el Congreso Internacional de Arbitraje 2007, llevado a cabo en la ciudad de Lima entre el 3 y 7 de septiembre de 2007, y está referida a las eventuales modificaciones que pueden producirse con respecto al contenido del convenio arbitral.

* Socia fundadora del Estudio Mario Castillo Freyre. Catedrática de los cursos de Derecho de Obligaciones y Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid. Alumna del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. EL CONVENIO ARBITRAL

Es usual en muchos contratos que se incluya una cláusula de solución de conflictos o controversias, denominada en el Derecho anglosajón como dispute resolution, en la que se determina la vía por la cual se resolverán el o los conflictos que se deriven del contrato que lo contiene, es decir, si dicha solución se llevará a cabo a través de un proceso arbitral (fkuero privado) o de un proceso ordinario (Poder Judicial).

Cuando esa cláusula de solución de conflictos prevé que la vía a emplearse será la de un proceso arbitral, se le suele denominar también como cláusula arbitral o convenio arbitral.¹

A esta cláusula arbitral o convenio arbitral se le denomina así porque en ella las partes, reconocen que se someten a la decisión de un árbitro o de un tribunal arbitral,² es decir, reconocen a la vía arbitral como la

¹ Resulta necesario señalar que no constituye regla absoluta que el convenio arbitral se encuentre pactado dentro del contrato que le dio vida, ya que es posible que el convenio arbitral se pacte simultáneamente o con posterioridad a dicho contrato, en documento aparte; sin embargo, lo que sí constituye regla es que el convenio arbitral deba constar por escrito. Tan es así que la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572), en su artículo 10 establece que «El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente». En el mismo sentido, la Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), denominado también «Convención de Nueva York» del 10 de junio de 1958, requiere que el acuerdo arbitral de las partes para resolver el asunto que dio origen al laudo extranjero como consecuencia de un proceso arbitral desarrollado en el extranjero, deba constar por *escrito y firmado* por las partes, sin importar que el acuerdo forme o no parte de un contrato.

² Como sabemos, existen dos clases de arbitraje: de derecho y de conciencia, y éstos a su vez pueden ser, de manera excluyente, *ad-hoc* o institucionales. Será de derecho el arbitraje cuando en el convenio arbitral las partes así lo hayan pactado expresamente; de lo contrario, se presume que es de conciencia (salvo que el reglamento al que se sometieron las partes señale lo contrario). Si se determina que es de derecho, la controversia deberá resolverse de acuerdo al derecho aplicable, y si fuese de conciencia, la controversia se resolverá

única para dar solución a sus futuros conflictos en las materias para las que se pacta la referida cláusula.

También es usual que esas mismas partes establezcan en el propio convenio arbitral, las reglas —algunas, si no todas— por las que se regirán dichas partes ante un eventual conflicto, tal como se desprende de los artículos 9 y 33 de la Ley n.º 26572, cuyos textos reproducimos:

Artículo 9.- «Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial [...].

El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada [...].».

Artículo 33.- «Libertad de regulación del proceso.- Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización.

A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. La decisión será notificada a las partes [...].».

Más allá de la discusión relativa a si el convenio arbitral es un contrato o un convenio, que no constituye materia de la presente

conforme a los conocimientos y leal saber y entender del árbitro o de los árbitros.

Un arbitraje *ad-hoc* se diferencia de uno institucional, cuando la organización y el desarrollo del arbitraje no han sido encomendadas a alguna institución arbitral. De tal manera que un arbitraje de derecho o de conciencia podrá ser *ad-hoc* o institucional, pero jamás un arbitraje podrá ser *ad-hoc* e institucional a la vez, ya que por su propia naturaleza ambas categorías son excluyentes.

ponencia, lo cierto es que sea uno u otro, igualmente, se le aplicarían las normas del Código Civil, referidas a contratos y acto jurídico.³

En este sentido, no cabe duda de que aquello que las partes pactaron en el convenio arbitral son las reglas que, de suscitarse un conflicto, resultarán aplicables entre ellas, por constituir su propia voluntad.

Ello, en virtud de lo establecido por los artículos antes mencionados y por los numerales 1361 y 1363 del Código Civil, que señalan que los contratos son obligatorios en todo lo que se halla expresado en ellos, y que producen efectos solamente entre las partes que los celebran.⁴

Hasta aquí, entonces, no hay duda de que lo acordado por las partes en el convenio arbitral, es lo que se aplicará entre ellas en el futuro proceso.

Sin embargo, como todo acuerdo de voluntades, el convenio arbitral puede ser regulado, modificado o incluso extinguido por un acuerdo posterior.

3. EL ACTA DE INSTALACIÓN

El acta de instalación siempre nace con posterioridad al convenio arbitral.⁵

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. -«El Convenio Arbitral». En *Boletín Jurídico Arbitraje on Line*. La Voz del Árbitro, n.º 6, año III, septiembre del 2005. Boletín editado por la Cámara de Comercio de Lima, http://www.cameralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/6/default.htm

⁴ CAIVANO, Roque y Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. -«Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n.º 1, 2006, p. 122.

⁵ Salvo la situación teóricamente posible, pero absolutamente inusual en la práctica, descrita en el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

En tal sentido, existiendo un convenio arbitral por escrito y suscitada alguna controversia entre las partes intervenientes en dicho convenio, sobre algún tema previsto en él, la parte que considere que su derecho ha sido vulnerado (futura parte demandante), solicitará a quien estime pertinente,⁶ que acepte la designación como árbitro; designación que deberá ser comunicada —inmediatamente— a la parte contraria (futura parte demandada).

Cabe mencionar que si las partes pactaron que quien resolverá la controversia será un Tribunal Arbitral, constituido, en la mayoría de veces por tres árbitros (pudiendo ser éste de un número mayor pero siempre impar); cada parte solicitará, de acuerdo a su voluntad, a una persona la aceptación como árbitro de parte para que luego, a su vez, cada uno de los árbitros de parte designados, elijan a un tercer árbitro, denominado Presidente del Tribunal.

Es así, que una vez designado el Presidente del Tribunal, y no existiendo impugnación contra alguno de ellos, el Tribunal quedará constituido, procediéndose a citar a ambas partes a la instalación del mismo.

De dicha audiencia se deja constancia en el acta de instalación; de allí que la referida acta es el instrumento que regirá las relaciones entre el árbitro o tribunal arbitral y las partes que se encuentran en conflicto, en tanto ella constituye el contrato a través del cual se forma la relación jurídica trilateral propia del proceso arbitral (parte + parte + tribunal arbitral).

⁶ Que, por lo general, es una persona natural, de profesión abogado, salvo que las partes hayan pactado algo distinto, es decir, que el arbitraje no sea de derecho sino de conciencia o que, aun siendo de derecho, por lo menos alguno de los árbitros sea de profesión u oficio distinto, como ocurre en el caso de la Ley n.º 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), D.S. n.º 083-2004-PCM (Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado). Asimismo, es posible que la designación de los árbitros pueda recaer sobre personas jurídicas, incluida una institución arbitral.

4. ¿CONVENIO ARBITRAL O ACTA DE INSTALACIÓN?

La pregunta que surge y es materia de análisis en el presente ensayo es si resulta posible que el contenido del acta de instalación debe primar sobre lo pactado en el convenio arbitral, considerando que el acta de instalación nace en virtud del convenio arbitral.

La respuesta afirmativa se impone.

Nos explicamos.

Todo proceso arbitral implica la existencia de una relación jurídica trilateral, compuesta por:

- i) Las dos partes del arbitraje, que decidieron, por medio de un convenio arbitral, someter su conflicto de intereses a la jurisdicción arbitral; y
- ii) El tribunal arbitral, sea singular o, como ocurre en muchos casos, colegiado, que será el que resuelva la controversia.

De tal manera que la característica más significativa del arbitraje es la importancia que posee la autonomía privada, manifestada en los dos actos a través de los cuales se forma esa relación jurídica trilateral, es decir, el convenio arbitral y el acta de instalación del tribunal arbitral.

Como ya ha sido expresado, independientemente de la discusión que existe en doctrina en torno a la naturaleza jurídica del convenio arbitral, en lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano, éste le otorga carácter obligatorio, además de que sus disposiciones resultan de ejecución forzosa. Es decir, convenio o contrato, resulta obligatorio para ambas partes.

Es evidente, también, que el convenio arbitral determina las pautas básicas y fundamentales con las que deberá plantearse la solución de cualquier controversia que, con respecto a las materias comprendidas

en el propio convenio arbitral, se presenten en el futuro entre las partes contratantes.

Pero el convenio arbitral constituye solamente el punto de partida; la referencia inicial; el aspecto mínimo que las partes han acordado para la futura solución de sus controversias.

De ahí que la casi totalidad de convenios arbitrales sólo constan de uno, dos o hasta tres párrafos, en los cuales se indican aspectos básicos, tales como si el arbitraje será ad-hoc o administrado, la naturaleza del arbitraje, el número de árbitros, el idioma y, tal vez, algún otro aspecto adicional.

Y ello obedece a que no existe la necesidad de prever más que eso, en tanto es una cláusula de mera previsión ante la aparición del conflicto.

Por ello, resulta claro que una vez producida la controversia, las partes podrán ratificarse en todos y cada uno de los términos del convenio arbitral, como podría ocurrir también que los varíen de manera expresa o tácita.

Son múltiples las situaciones susceptibles de ser imaginadas en relación al particular.

4.1. Modificaciones al convenio arbitral antes del inicio del proceso arbitral

La primera de esas situaciones sería aquella en que ambas partes adviertan la necesidad de modificar de manera expresa un aspecto del convenio arbitral, precisamente, para dar inicio al proceso.

En tal sentido, suele ocurrir con relativa frecuencia, que habiéndose pactado la administración del futuro proceso por un determinado Centro de Arbitraje, existiendo todavía este Centro, pero habiendo constatado las partes su poca operatividad y la falta de garantías en

torno a su adecuado funcionamiento, ellas decidan escoger y acordar un nuevo Centro de Arbitraje para que administre el proceso o que el mismo se tramite fuera de cualquier centro de arbitraje, es decir, que se trate de un arbitraje ad-hoc.

También, sería perfectamente factible que las partes modifiquen los términos del convenio arbitral de origen, que preveía la existencia de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, a efectos de que el mismo sea unipersonal, ahorrando los costos que implicaría la integración múltiple del tribunal.

No está de más decir que todas estas modificaciones ab initio del convenio arbitral, como expresó Lourdes Flores el primer día de este Congreso, se realice por una apuesta común de ambas partes en relación al futuro proceso que ambas enfrentarán.

Sí, en cambio, primara entre ellas una actitud beligerante, resultará prácticamente imposible modificar del modo descrito los alcances del convenio arbitral.

Otro aspecto que puede conducir a las partes a la modificación de los términos del convenio arbitral o, incluso, a su sustitución por otro nuevo, se presenta en aquellos casos, advertidos y descritos en la exposición que el día martes hizo el profesor Eduardo Barboza Beraún, en relación, a las cláusulas patológicas en el arbitraje.

Decimos esto, porque ocurre muchas veces que las partes introducen una cláusula arbitral en su contrato sin haber reflexionado detenidamente en torno a los alcances de ella.

En este caso, la cláusula arbitral defectuosa puede conllevar a la frustración de expectativas de aquél que quiere hacer efectivos sus derechos, en la medida de que dicha cláusula podría no permitirle llevar adelante un proceso arbitral e incluso condenarlo a no poder recurrir a la vía judicial para hacerlos valer.

Siempre en el entendido de que exista buena fe entre ambas partes, será evidente que el camino más razonable que ambas partes podrán transitar es el de proceder a modificar dicha cláusula patológica a efectos de tornar viable el futuro proceso.

Ahora bien, luego de haber expuesto aquellas situaciones susceptibles de presentarse antes del inicio del proceso arbitral, pasaremos a referirnos a aquellas otras que pueden producirse con posterioridad al inicio del mismo.

4.2. Modificaciones al convenio arbitral después de iniciado el proceso arbitral

4.2.1. A través del acta de instalación

No cabe la menor duda de que el momento idóneo para proceder a la modificación de las normas básicas establecidas en el convenio arbitral es el acta de instalación.

Decimos esto, pues, generalmente, el acta de instalación representa el desarrollo pormenorizado de todos aquellos aspectos que van a constituir las reglas en las que se desarrollará el proceso que comienza.

No cabe duda de que en la mayoría de veces las reglas del acta de instalación no son otra cosa que la ampliación —al detalle— de los aspectos básicos pactados en el acta de instalación.

En muchos casos también el acta de instalación se limitará a establecer sólo algunos aspectos, tales como los relativos al secretario arbitral, el domicilio de las partes, los honorarios de los árbitros, la sede del tribunal, el idioma aplicable y algún otro adicional. Ello, en la medida de que se tratase de un arbitraje administrado por un Centro de Arbitraje, pues en este caso lo más probable será que, en concordancia con el convenio arbitral, las partes hayan establecido que el futuro proceso se regirá por el reglamento procesal del respectivo centro de arbitraje, el mismo que ya contempla casi todas las reglas sobre el particular.

La práctica enseña que las actas de instalación de los tribunales arbitrales de procesos administrados por un Centro de Arbitraje, son considerablemente más cortas que las actas de instalación de tribunales arbitrales ad-hoc, dado que en estos últimos sí será necesario establecer un conjunto de reglas precisas, en ausencia de un reglamento pre establecido.

Pero así como el acta puede constituir el mero desarrollo del convenio en reglas particulares y precisas podría no serlo, sino por el contrario, podría establecer reglas diferentes y hasta contradictorias con aquéllas establecidas en el convenio.

Situaciones como éstas son más comunes de lo que uno podría pensar.

Ello obedece a varias razones.

En primer lugar, voy a referirme a la naturaleza jurídica del acta de instalación con respecto al convenio arbitral.

Es evidente que con la salvedad formulada al inicio de mis palabras, el convenio arbitral obliga, pero sólo obliga a las partes que lo han celebrado.

Es evidente también que ellas no podrían imponer a los futuros árbitros que conocerán las controversias, determinadas reglas que dichos árbitros podrían no querer aceptar.

Sólo para ilustrar lo expresado, mencionaremos algunos ejemplos extremos, como podría ser el caso en el que dos empresas peruanas, por una controversia surgida de un contrato celebrado y ejecutado en el Perú, hubiesen pactado que el proceso se desarrollara en idioma chino-cantonés, y que los árbitros que conocieran ese arbitraje de derecho fueran de nacionalidad peruana.

No resulta difícil imaginar que será muy poco probable que dichas

partes consigan en nuestro medio a tres profesionales competentes que, además, hablen y lean perfectamente en el citado idioma.

Ello conllevará a que, si son elegidos como árbitros profesionales que no conocen el chino cantonés, ellos establezcan en el acta de instalación que el proceso se debería desarrollar en idioma español.

En ese sentido, resultará evidente que si ambas partes suscriben en estos términos el acta de instalación, el proceso se deberá desarrollar en español y no en chino cantonés.

Y es que lo que ocurre es que el acta de instalación, independientemente de constituir un acto procesal del arbitraje, es un contrato en todos sus términos, en el cual intervienen cada una de las partes en conflicto, además de los árbitros, quienes darán su consentimiento con respecto a un conjunto de reglas que deberán aplicar en el proceso.

En ese sentido, para seguir con nuestro ejemplo, si bien es cierto que el convenio arbitral establecía el chino cantonés como idioma del proceso, el haber pactado en el acta de instalación que el proceso se desarrollara en idioma español, habrá constituido una modificación expresa de lo pactado en el convenio arbitral.

En tal sentido, debo recordar que el día martes en las exposiciones que se formularon en este Congreso, coincidieron sobre el particular los profesores Leysser León y Eric Palacios.

Y es, precisamente, el contenido del acta de instalación el contrato que regirá la conducta, no sólo de las partes en el proceso, sino de los propios árbitros, a quienes se les podrá exigir el cumplimiento de lo pactado en el acta, y quienes, obviamente, no estarán obligados a cumplir aquello que no se hubiere convenido en el acta de instalación, salvo que se tratase de la aplicación de normas de orden público.

No cabe duda de que uno de los casos más representativos de cambios en el acta de instalación con respecto del convenio arbitral, está

constituido por aquellos casos en los cuales el convenio arbitral establecía que el proceso se desarrollaría en días naturales, en tanto que el acta de instalación prevea que el proceso se debería desarrollar en días hábiles.

Otro de los supuestos de común ocurrencia, es aquél en el cual las partes hubiesen establecido en el convenio arbitral determinadas reglas en relación al plazo máximo de duración del proceso, como sería el caso en el cual hubiesen pactado que éste no durara más de 60 días.

Y qué habría pasado si en el acta de instalación no se hubiese hecho referencia al plazo máximo de duración del proceso, pero se hubiesen establecido reglas procesales que conllevarían a que la duración del proceso fuera —necesariamente— mayor a los 60 días.

Pues, resultaría evidente que, en este caso, se habría producido la derogación expresa de lo acordado en el convenio arbitral.

Es más, resultaría de aplicación al ejemplo lo dispuesto en materia obligacional por el ordenamiento jurídico peruano, cuando el artículo 1277 del Código Civil establece que por la novación se sustituye una obligación por otra.

Agrega la norma que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste —indubitablemente— en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Dentro de tal orden de ideas, si la suma de los plazos de los diferentes actos procesales descritos en el acta de instalación fuese mayor al plazo del convenio arbitral, será evidente que las partes habrán novado la primera obligación.

Pero, no sólo se habrá producido la novación antedicha, ya que en el acta de instalación el tribunal arbitral habría dado su asentimiento únicamente al nuevo plazo y no al primigenio.

De lo expuesto, creemos que va quedando claro que el tema de las modificaciones implícitas, explícitas, tácitas o expresas, resulta moneda corriente en la Audiencia de Instalación y en la consiguiente acta que recoja lo acordado en la misma.

Pero, nos debemos preguntar si existe algún otro momento procesal en el que las partes puedan modificar lo acordado en el convenio arbitral y en el acta de instalación.

Para tal efecto, debemos subrayar que, en lo que se refiere a las reglas del proceso, cualquier modificación futura de las mismas tendrá que ser, necesariamente, acordada por ambas partes y por el tribunal arbitral.

Es claro para nosotros que, a partir de la firma del acta de instalación del tribunal arbitral no procede cambio unilateral alguno de dichas reglas.

Nos explicamos.

Las partes aunque estuvieran de acuerdo, no podrían imponer reglas distintas a las acordadas con el tribunal arbitral.

Esto es así, en la medida de que una vez acordadas las reglas en el acta de instalación, las partes no son dueñas ni señoras del proceso, ya que el mismo se desarrolla por un acuerdo conjunto entre las partes y los árbitros.

Para explicarlo con un ejemplo, resultaría evidente que si las partes ahora deciden que el arbitraje deberá llevarse en idioma francés, no podrían comprometer a los árbitros a acatar dicho acuerdo, así como los propios árbitros no podrían obligar a las partes a que el proceso se lleve en idioma japonés.

Éste y otros aspectos van configurando cuáles son los límites que a partir de la audiencia de instalación se presentan en torno a la modificación de las reglas del proceso.

Queda claro, entonces, que cualquier modificación futura requiere del acuerdo de partes y árbitros.

4.2.2. A través de la prórroga de la competencia

De otro lado, es evidente que en la audiencia de instalación de un tribunal arbitral no se establecen los puntos controvertidos del proceso, pues ellos se deducen de la demanda, de la contestación a la demanda, de la reconvención y de la contestación a la reconvención.

Dentro de tal orden de ideas, la materia arbitrable usualmente no es modificada en acto posterior al convenio arbitral o a la modificación del propio convenio arbitral.

Sin embargo, ella puede producirse cuando se presente la figura conocida como «prórroga de competencia».

Para ilustrar lo expresado vamos a poner un ejemplo.

Imaginemos que el convenio arbitral sólo prevé como materia arbitrable en el futuro proceso las controversias que se susciten de la ejecución del contrato en el que se inserta el convenio arbitral. De esta manera, no han sido previstas como arbitrables, eventuales controversias sobre: nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato.

Imaginemos, también, que al momento de interponerse la demanda, ésta contiene, dentro de sus pretensiones principales, una relativa a que se declare la nulidad del contrato.

Es evidente para cualquiera de nosotros que la parte demandada al contestar la demanda tendría todo el derecho de deducir una excepción de incompetencia del tribunal para conocer esta pretensión de la parte demandante, excepción que no me cabe duda alguna de que debería ser declarada fundada.

Pero ¿qué pasaría si la demandada no deduce la citada excepción

sino que se limita a negar y contradecir los argumentos en los que se sostiene la pretendida nulidad del contrato?

Si seguimos el razonamiento citado, resultará evidente que las partes, en la demanda y en la contestación, han procedido a prorrogar la competencia del tribunal arbitral, el mismo que ahora podrá conocer y resolver la nulidad pretendida, salvo que ello colisione con alguna norma de orden público.

Entonces, como puede apreciarse, aquí también se habría producido una modificación del convenio arbitral.

Aunque ello puede parecer extraño, la prórroga de la competencia, en el plano civil, constituye un contrato, en este caso modificadorio del convenio arbitral.

Es verdad que fuera de los casos expuestos, resultará difícil encontrarnos en presencia de otros supuestos de modificación de las reglas convenidas por las partes en el convenio arbitral y de aquéllas convenidas por la partes y los árbitros en el acta de instalación; no obstante lo cual, y siempre que ello no colisione con normas de carácter imperativo, se podrían acordar modificaciones a dichas reglas en cualquier momento anterior al laudo.

Un ejemplo podría ser el caso en el cual el tribunal arbitral solicitará a ambas partes un pequeño plazo adicional para laudar y las partes acordaran concederlo.

Finalmente, debemos expresar que, cualquier consideración en torno al denominado «principio de flexibilidad del proceso arbitral», deberá enmarcarse con estricto apego a los principios contractuales que rigen el convenio arbitral, el acta de instalación y cualquier acto civil de similar naturaleza que las partes convengan posteriormente.

Resulta evidente, entonces, que la flexibilidad de los procesos arbitrales no se extiende a la modificación unilateral de sus reglas.

5. CONCLUSIONES

El convenio arbitral es un acuerdo entre partes y, como tal, se funda en el consentimiento de éstas (autonomía privada), quienes deciden someter sus conflictos a la decisión arbitral. Esta autonomía privada se funda en sus dos aspectos, a saber:

- En la libertad de contratar, como libertad para decidir con quién contratar y con quién no hacerlo; y
- En la libertad contractual, como poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas, la misma que se rige por las disposiciones generales de la Sección Primera (Contratos en General) del Libro VII del Código Civil peruano y por el artículo 33 de la Ley General de Arbitraje, en el que expresamente se ampara la libertad de regulación del proceso.

El acta de instalación, finalmente, es el instrumento que rige las relaciones entre el árbitro o Tribunal Arbitral y las partes, en tanto ella misma constituye el contrato a través del cual se forma la relación jurídica trilateral propia del proceso arbitral.

Habiendo establecido que tanto el convenio arbitral como el acta de instalación son, en esencia, acuerdos de voluntades, le es de aplicación el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, mediante el cual se establece que las disposiciones de dicho cuerpo normativo se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza; por lo que lo establecido en el acta de instalación, en tanto sea una manifestación de la autonomía privada de quienes intervienen en ella, resulta obligatorio para los contratantes, esto es, para las partes y para el árbitro u órgano arbitral (argumento del artículo 1361 del Código Civil), por lo que el acta de instalación (nuevo contrato) tiene fuerza vinculante entre todas las partes que intervienen en él, obligándose a satisfacer las obligaciones asumidas.

Los árbitros no están obligados por aquello que se establezca en el convenio arbitral (en el que no participaron), sino por lo que convinieron con las partes en el acta de instalación o en algún acuerdo posterior. Bajo estas premisas, aquello que fue pactado en el convenio arbitral —que sólo obliga a las futuras demandante y demandada—, es decir a las partes que lo celebraron, es susceptible de modificación parcial o total, por un acuerdo o contrato posterior (acta de instalación, prórroga de la competencia o cualquier otro acuerdo posterior) en el que ellas mismas participen nuevamente, pero ahora junto con los miembros del Tribunal Arbitral.

De tal manera que si en el acta de instalación se regula —nuevamente— materias reguladas en el convenio arbitral y éstas se contraponen —explícita o implícitamente— a aquéllas, lo pactado en el convenio arbitral queda modificado automáticamente por el acta de instalación en el sentido de ésta; es decir, que prevalece lo estipulado en el acta de instalación; pero si, por el contrario, el acta de instalación (contrato posterior al convenio arbitral) no regula directa o indirectamente alguna materia regulada por el convenio arbitral, allí no podríamos afirmar que el acta de instalación modificó el convenio arbitral, por la sencilla razón de que no modificó nada, y se entenderá que el árbitro o los árbitros, respetarán lo convenido en ese extremo en el convenio arbitral y lo pactado en el acta de instalación, toda vez que el acta de instalación recoge al convenio arbitral con las salvedades expuestas líneas arriba. De tal manera que, respecto de ese extremo no modificado, el convenio arbitral seguirá surtiendo efectos, coexistiendo, de esta manera, dos contratos (convenio arbitral y acta de instalación).

hora bien, resulta evidente que las partes nunca podrán oponer a un tribunal arbitral lo pactado en el convenio arbitral, si es que esta estipulación no fue pactada conjuntamente con los árbitros por aplicación del principio universal *res inter alios acta*.

**ENEMIGOS ÍNTIMOS: CÓDIGO PROCESAL CIVIL VS.
LEY GENERAL DE ARBITRAJE, A PROPÓSITO DEL DEBIDO PROCESO**

Juan José Pérez-Rosas Pons

ENEMIGOS ÍNTIMOS: CÓDIGO PROCESAL CIVIL VS. LEY GENERAL DE ARBITRAJE, A PROPÓSITO DEL DEBIDO PROCESO

*Juan José Pérez-Rosas Pons**

De manera previa, quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a través del doctor César Guzmán Barrón Sobrevilla, al Estudio Mario Castillo Freyre y a la Embajada de Francia por la gentil invitación a tan importante evento; y cómo no, a ustedes, por su participación y paciencia en el desarrollo del mismo.

El tema central es *Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso*. Evidentemente, la intención de mi ponencia no es cuestionar el Código Procesal Civil; eso lo dejaré para un Seminario de Derecho Procesal Civil, máxime si tomamos en cuenta que el doctor Lorenzo Zolezzi, quien preside la mesa, fue mi profesor, allá por el año 1998, de Teoría General del Proceso.

La idea de la presente ponencia es, básicamente, cuestionar la efectividad de la aplicación del Código Procesal Civil en los arbitrajes nacionales o internacionales; sin embargo, no quiero dejar pasar la oportunidad, ni dejar en el tintero las ponencias del día de ayer; justamente porque escuché atentamente las disertaciones, tanto del

* Asistente de Docencia del Curso Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Funcionario de la Oficina de Conciliación y Arbitraje Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

doctor Derik Latorre, del doctor Alexander Campos y del doctor Luciano Barchi, quienes nos hablaban de materias estrictamente especializadas, y no pensaba comenzar mi exposición sin explicar, en la medida de lo posible, las más de sesenta normas de arbitraje especializado que existen actualmente en el Perú.¹

Si me lo permiten, es un excelente tema de tesis. Como saben, en el actual mundo globalizado, las controversias más importantes se están solucionando en la vía arbitral, y la lógica nos indica y simplemente responde, a que el arbitraje es un eficaz medio de solución de controversias.

En el Perú, actualmente tenemos estas sesenta normas aproximadamente, dentro de las que podemos destacar, la norma general, que es la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, la legislación referida a telecomunicaciones, transportes, derecho societario, bolsa de productos, entre otros, así como, los denominados TBIs (Tratados Bilaterales de Inversión) y APPRIs (Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones), es decir, nos encontramos ante un *maremagnus* de temas específicos, en los cuales opera el arbitraje.

¿Qué conclusión podemos sacar?, disculpando la expresión, que el arbitraje está de «moda» quizás o, que el arbitraje resulta ser un idóneo medio de solución de controversias, como yo lo considero.

¹ Desde la promulgación de la Ley General de Arbitraje peruana, Ley n.º 26572, se ha registrado en nuestro país la promulgación de cerca de sesenta normas legales de diverso rango que regulan el arbitraje y la conciliación, especializados en dieciséis sectores normativos tan diversos como transporte, salud, telecomunicaciones, saneamiento, formalización de la propiedad, bolsa de valores, bolsa de productos, energía, contrataciones y adquisiciones, entre otros. Para un análisis detallado, revisar, RUBIO GUERRERO, Roger. «Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú». Tesis elaborada para optar el grado académico de Bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2002, pp. 167-174.

Pues bien, a propósito del título de la presente ponencia y ya que comentábamos al inicio, del Código Procesal Civil y el debido proceso, hemos podido rescatar dos definiciones de *arbitraje*, estrictamente procesales.

La primera es de un profesor de esta Casa de Estudios, especializado en Derecho Procesal Civil que señala que es un mecanismo heterocompositivo no procesalizado. Definición que, dada la complejidad e inoperatividad no nos convence. Lo que busca el arbitraje y los defensores del arbitraje consideramos, es desprocesalizar y desjudicializar el arbitraje.

La segunda, de Antonio María Lorca Navarrete, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco y Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje, quien lo define como un *negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional [...] negocio jurídico entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectadas procesalmente*.²

¿De qué estamos hablando?

¿Por qué no definir al arbitraje como lo que es?, simplemente se trata de un *medio de solución de controversias*.

Y bueno, si prefieren dar una definición mas «sofisticada», el arbitraje es un *medio de solución de controversias mediante el cual las partes otorgan facultades a un tercero imparcial para que éste resuelva de manera definitiva la controversia, comprometiéndose a cumplir lo que este tercero decida*.

Hacemos énfasis en señalar que este tercero, TIENE que ser imparcial. Las partes se comprometen a cumplir lo que este tercero determine. La Constitución nos da la potestad de pactar el arbitraje como medio de solución de controversias, es decir, sustraernos de la

² Cfr. http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php

jurisdicción ordinaria y pactar que un tercero, imparcial, independiente, de nuestra confianza y especialista en el tema, resuelva el conflicto.

Pero, nuevamente entramos al tema procesal del arbitraje. ¿Es proceso o es procedimiento?, sin hablar del tema administrativo.

¿Es proceso o procedimiento? Y lo cierto es que de acuerdo a nuestra legislación no logramos definirlo, nuestra propia Ley General de Arbitraje no lo define. En algunos artículos señala *proceso arbitral*, en otros artículos señala *procedimiento arbitral*.³

Entonces, podemos mencionar que, nos encontramos ante un procedimiento arbitral en los actos previos; es decir, cuando las partes están intercambiando comunicaciones directamente entre ellas, sin intervención de un Árbitro o de un Tribunal Arbitral, y, nos encontramos ante un proceso arbitral cuando las partes interactúan ante los árbitros; es decir, a partir de la instalación del Tribunal Arbitral; es una posición razonable.

Pero, se ha señalado en reiteradas oportunidades de una supletoriedad del Código Procesal Civil en los procesos arbitrales. Veamos el resultado.

El artículo 33 de la Ley General de Arbitraje, señala que: «Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización. A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso, del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes [...]»;⁴ es decir, no se hace ninguna referencia al Código Procesal Civil.

³ A manera de ejemplo, el artículo 33 de la Ley General de Arbitraje está referido a la libertad de regulación del proceso y el artículo 34 del mismo cuerpo legal, está referido al denominado procedimiento supletorio.

⁴ Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje.

De otro lado, el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, señala, luego de lo indicado anteriormente, que, cuando las partes, por aplicación de un convenio arbitral u otro documento, hayan acordado someter sus controversias al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, las mismas se resolverán de conformidad con el presente reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar; como vemos, tampoco hay una referencia al Código Procesal Civil.

Similar situación ocurre con el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima y el Reglamento de la Cámara de Comercio Peruano Americana (AMCHAM), dos de las más prestigiosas instituciones arbitrales que tampoco hacen referencia al Código Procesal Civil.

Del mismo modo, el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, no hace ninguna referencia al Código Procesal Civil.

En conclusión, tenemos que, en la Ley General de Arbitraje, así como en los reglamentos arbitrales de las prestigiosas instituciones señaladas, no hacen referencia al Código Procesal Civil.

Entonces, ¿se aplica o no el Código Procesal Civil?

En primera línea NO.

Encontrándonos en un Congreso Internacional, también citemos el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París:

«El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen, ya sea con referencia o NO a un derecho procesal nacional de arbitraje [...]»; Código Procesal

Civil, no resulta aplicable, salvo que las partes, o en su defecto, los árbitros, determinen su aplicación.

Es decir, el Código Procesal Civil, únicamente resultará aplicable en la medida en que las partes lo hayan pactado o, en defecto de ellas, los árbitros decidan la aplicación del derecho procesal del foro.

Para nosotros existe un problema de apreciación en el Código Procesal Civil, debido a que la primera disposición complementaria y final de dicho cuerpo legal señala que: «Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza».

Imaginemos a un abogado especializado en Derecho Procesal y acostumbrado a litigar en el Poder Judicial, ante un arbitraje. Lo primero que va a hacer es leer esta primera disposición complementaria y va a pretender aplicar todo el bagaje del Código Procesal Civil al arbitraje.

Resultado de ese arbitraje; entrampamiento, dilaciones y un mal laudo, debido a que, evidentemente, dicho abogado seguramente ya «sembró» sus correspondientes causales de anulación para acudir a «su» fero, el Poder Judicial, en donde se sentirá más «cómodo».

No quiero decir que todo «procesalista» se desenvuelva «procesalmente» dentro de un arbitraje; al contrario, hay honrosas excepciones que mantienen su especialidad alejada del desarrollo normal de un arbitraje.

Un tema particular es que no estoy asegurando ni sosteniendo que el Código Procesal Civil no se aplica en ningún supuesto dentro del arbitraje. NO, lo que estoy argumentando y quiero dejar en claro es que, efectivamente, el Código Procesal Civil se va a aplicar en la medida en que las partes pacten su respectiva aplicación supletoria o, en defecto de ellas, los árbitros decidan aplicarlo, lo cual no me parece conveniente, pero puede darse.

Y la aplicación supletoria se traslada, por ejemplo, como lo señalaba bien la doctora Marianella Ledesma, para el caso de las medidas cautelares, donde la Ley General de Arbitraje hace remisión expresa al Código Procesal Civil.

Siendo ello así y habiendo tomado una posición respecto a la aplicación del Código Procesal Civil, ya que hablamos del debido proceso, se nos ocurrió armar una suerte de «rompecabezas» de algunas de las características del debido proceso en sede judicial.

Gracias a un excelente profesional y buen amigo, el doctor Reynaldo Bustamante Alarcón, quien escribió justamente un artículo titulado «Arbitraje y Debido Proceso», orientado por la doctrina procesal, me permito señalar las siguientes características:

1. El derecho a que la autoridad competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada.
2. El derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.
3. El derecho a que las resoluciones se encuentren adecuadamente motivadas (es decir, conforme a la lógica, al derecho y a las circunstancias fácticas de la causa).
4. El derecho a ser oportuna y adecuadamente notificado.
5. El derecho a impugnar.
6. El derecho a probar o a producir prueba; lo cual incluye el derecho a ofrecer medios probatorios, el derecho a que se admita y asegure la prueba, el derecho a la actuación adecuada de los medios probatorios, así como el derecho a una valoración adecuada y motivada de los medios de prueba.
7. El derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.

8. El derecho a que las decisiones que se emitan no sean arbitrarias ni absurdas, entre otros.⁵

Vemos dentro de este «rompecabezas» que, comparativamente hablando, contamos con un juez natural, la valoración de pruebas, motivación razonada, igualdad de trato, etc.

Y seguramente podríamos encontrar más características del debido proceso; sin embargo, ¿la falta de alguna de ellas, necesariamente vulnera el debido proceso?; por otro lado, ¿ochocientos cuarenta artículos del Código Procesal Civil nos garantizan un debido proceso?

Algunos litigantes podrían sostener que los citados ochocientos cuarenta artículos me garantizarían un debido proceso, sin embargo, la realidad les demostraría lo contrario.

La Ley General de Arbitraje Español reduce estas características a tres, propias del proceso judicial y contenidas, en su mayoría, en el Código Procesal Civil; es decir, a tres principios que deben respetarse: (i) Igualdad entre las partes; (ii) el principio de audiencia; y (iii) el principio de contradicción.

- Igualdad entre las partes, puesto que ambas partes tienen los mismos derechos y tienen que ser respetados por los árbitros. No puede existir un trato desigual en el proceso.
- Audiencia, ambas partes tienen el derecho de ser oídas por los miembros del Tribunal Arbitral.
- Y el principio de contradicción; cada una de las partes puede contradecir, justamente, lo que alegue la parte contraria.

Pero, esos tres principios van de la mano con uno fundamental, que es la elección del árbitro y su respectiva idoneidad.

⁵ Cfr. <http://www.pucp.edu.pe/consensos/?op-articulos.htm#art1>

Si contamos con un buen árbitro, no sólo que conozca el tema de fondo, sino también que tenga conocimientos sobre la institución arbitral, estos tres principios van a funcionar.

Sin embargo, si un árbitro no tiene los conocimientos necesarios en el tema arbitral y tampoco en el tema de fondo, evidentemente el arbitraje no va a llegar a buen puerto y, como consecuencia de ello, no vamos a tener un buen resultado.

Nuevamente, estos tres principios van de la mano, y si contamos con estos tres, conjuntamente con un buen árbitro; un buen profesional, recordando que quienes escogen a estos profesionales para que resuelvan sus controversias son las propias partes, tendremos — necesariamente — un buen resultado.

Cuando se cuestiona al arbitraje porque se obtuvo un mal resultado, o porque el árbitro «jugó mal», o aplicó mal la norma, quien es responsable de ello es quien designó al árbitro, puesto que fue quien le encargó la labor de resolver la controversia.

Pero, ¿qué ocurre con este árbitro? ¿Qué ocurre si tenemos, como lo mencionaba la doctora Verónica Rosas hace un momento, un árbitro que, cobrando honorarios, no me resuelve la controversia o, porque emitió un laudo inhibitorio o, porque se reservó la potestad de resolver una oposición cuestionando la competencia del Tribunal para con el laudo, siendo manifiestamente fundada y, en el laudo, declara fundada dicha oposición?

Lamentablemente, no podemos hablar de un buen árbitro y mucho menos, como consecuencia de ello, de un buen proceso.

Y no quiero concluir sin comentar que el Código Procesal Civil, como bien señala el doctor Roger Rubio, en un artículo publicado en la última Revista *Thémis*, el Código Procesal Civil está diseñado para procesos en masa, puesto que tiene sus propias características.

El Poder Judicial funciona como sigue:

Empieza el proceso con la demanda, excepciones, contestación de demanda, sentencia, apelación, casación, nulidad de cosa juzgada fraudulenta, queja, recusaciones, acciones de amparo, etc. y justamente para eso está diseñado el Código Procesal Civil.

El arbitraje no. El arbitraje es lineal. El único medio impugnatorio contra las resoluciones de los árbitros es la reconsideración. No hay apelación, no hay nulidad, no hay casación, no hay queja, etc.; y justamente es por ello que sostenemos —y vamos a sostener siempre— que no se aplica necesariamente el Código Procesal Civil supletoriamente, puesto que afirmar lo contrario implicaría, la utilización de todas estas figuras procesales dentro del arbitraje, con el resultado ya conocido y descrito.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n.º 56. Lima: Editora Asesorandina S.R.L., 2003, pp. 121-148.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje comercial. Doctrina y legislación*. México: Limusa Noriega Editores, 1999, segunda edición.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «Arbitraje y Debido Proceso». En <http://www.pucp.edu.pe/consensos/?op-articulos.htm#art1>

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1993.

CAIVANO, Roque J. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Lima: APENAC, 1998.

CALVO CARAVACA, Alfredo y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Anulación de un laudo arbitral por causal de nulidad del convenio arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 3-10.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Ed. Grijley, 2007.

CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado». En *Arbitraje y Debido Proceso*. Lima: Palestra Editores, Lima, 2007, vol. 2, p. 152.

CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995.

CRAIG, W. Laurence, William W. PARK y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York, Londres, Roma: Oceana Publications. Inc., París, ICC Publishing S.A., 1990, segunda edición.

CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio. «El procedimiento arbitral». En *Boletín de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional*, 1995.

CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando MERINO MERCHÁN. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, segunda edición.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Bosch Editor, 2000.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto: Los conflictos de interés en el arbitraje». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53, Lima, 2007, p. 60.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 205.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami, 2004.

GARRO, Alejandro M. (Coordinador). *Arbitraje comercial y laboral en América Central*. Nueva York: American Bar Association, 1990, p. 24-61.

GASPAR LERA, Silvia. El ámbito de aplicación del arbitraje. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998, p. 315.

GONZÁLES ARROCHA, Katherine. «El principio Kompetenz-Kompetenz». En *Boletín de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional*, 1995.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre arbitraje». En *Advocatus*, n.º 11. Lima, 2004, pp. 361-372.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Juan José PÉREZ-ROSAS PONS. «El arbitraje administrativo en las contrataciones del Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 1, 2006, Lima: Ed. Grijley.

LOHmann LUCA DE TENA, Juan G. *El arbitraje*. «Biblioteca para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, cuarta edición, vol. V, p. 203.

LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. *Derecho del arbitraje español. Manual teórico-práctico de Jurisprudencia arbitral española*. Madrid: Dykinson, 1994.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje». En *Advocatus*, n.º 7, Lima, 2002, pp. 67-75.

MATEO SANZ, Jacobo. «Motivos de abstención y recusación». En *Comentarios Prácticos a la Ley General de Arbitraje*. Valladolid: Ed. Lex Nova, 2004, p. 330.

MOLERO RENTERÍA, Alberto y Juan José PÉREZ-ROSAS PONS. «¿Lo anulamos o no lo anulamos? Reflexiones acerca de la anulación de un laudo parcial.

En <http://www.aryme.com/docs/adr/2-4-43/loanulamosonoloanulamos>

MONTERO AROCA, Juan (Director), MANUEL ORTELLS RAMOS, Faustino CORDÓN MORENO, Alberto MONTÓN REDONDO; Carlos ESPLUGUES MOTA, Silvia BARONA VILAR y M. José MASCARELL NAVARRO. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Cultural Cuzco, 1988.

PÉREZ-ROSAS PONS, Juan José. *Poder Judicial y Arbitraje, ¿una relación simbiótica?* En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php>

PERRET, Louis y Ulises MONTOYA ALBERTI (Coeditores). *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español. Liber Amicorum en homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowski*. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 631.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2006, cuarta edición.

ROCA AYMAR, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*. Madrid: Esic Editorial, Instituto Español de Comercio, 1994.

ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992.

RUBIO GUERRERO, Roger. «Ruido en la Calle Principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53, 2007, pp. 7-28.

RUBIO GUERRERO, Roger. «Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú». Tesis elaborada para optar el grado académico de Bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2002.

TWEEDDALE, Andrew y Keren TWEEDDALE. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.

EL ARBITRAJE Y SU APARENTE COLISIÓN
CON ALGUNO PRINCIPIOS Y DERECHOS
DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

EL ARBITRAJE Y SU APARENTE COLISIÓN CON ALGUNOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

*Lorenzo Zolezzi Ibárcena**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Principios y derechos de la función jurisdiccional.— 3. Principios y derechos que se aplican por igual en el proceso judicial común y en el proceso arbitral.— 3.1. Principio de no interferencia.— 3.2. Debido proceso y tutela jurisdiccional.— 3.3. Motivación.— 4. Peculiaridades que adoptan algunos principios al ser aplicados al proceso arbitral.— 4.1. Integración del Derecho.— 4.2. Tramitación del proceso de acuerdo con un juez natural y un procedimiento previamente establecido.— 4.3. La publicidad.— 4.4. La instancia plural.

1. INTRODUCCIÓN

En Derecho Procesal los principios son de particular importancia, dado que sirven para vertebrar la norma procesal con la norma sustantiva, a la vez que son indicativos de las opciones tomadas por la sociedad como un todo sobre los fines del proceso, y de las decisiones asumidas por el legislador al introducir determinado sistema procesal. Es por eso que Couture,¹ al tratar el tema de la interpretación de las leyes procesales nos dirá: «Interpretar la ley procesal es, por lo tanto, interpretar todo el derecho procesal, en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley».

* Profesor Principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, tomo III, pp. 63-64.

Los principios procesales son de varios tipos. Algunos integran la esencia misma del proceso, al punto que de no existir podría decirse que no existe proceso, como el principio de bilateralidad, que exige la presencia de dos partes. Otros son de carácter más bien técnico, como un sistema que se base en la escritura o la oralidad. Finalmente, hay otros de distinta naturaleza, que atañen a derechos de las partes o deberes del órgano jurisdiccional, y que por su importancia suelen consignarse en la Constitución.²

2. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La Constitución Política del Perú dedica su artículo 139 a los principios y derechos de la función jurisdiccional. En verdad se trata de los principios que informan la función jurisdiccional y de los derechos que posee la persona que se ve en la necesidad de instaurar un proceso o defenderse del promovido contra ella. Se trata de 22 incisos, pero los derechos que ellos consagran llegan a ser 28. Si bien la mayoría se aplican tanto a los procesos civiles y penales, hay algunos que son exclusivamente de carácter penal, los que sumados a los que se aplica a ambos órdenes, privilegian el ámbito del proceso penal, máxime si hay, además, dos destinados a los establecimientos y al régimen penitenciario. Finalmente hay cuatro que son indiferentes del tipo de proceso de que se trate: el que menciona la participación popular en el nom-

² Para Montero Aroca, Ortells Ramos y Gómez Colomer «existen tres círculos concéntricos de principios. El del centro, el más pequeño, se refiere a aquellos principios sin los cuales el proceso no es tal, estando incluso por encima del legislador constituyente; el segundo círculo sería el de los principios constitucionales, aquellos llevados a la Constitución por estimarse en un momento histórico concreto que deben protegerse con este rango legal, por participar de los valores políticos de la sociedad; el círculo mayor sería el de la regulación concreta de los procesos en la ley ordinaria, teniendo principalmente carácter técnico». MONTERO AROCA, Juan, Manuel Ortells Ramos y Juan Luis Gómez Colomer. *Derecho Jurisdiccional. Parte General*. 2^a.edición. Barcelona, José María Bosch, editor, S.A., 1991, p. 444. Para un estudio completo de los principios procesales en el Perú véase MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, pp. 73-108.

bramiento y en la revocación de magistrados, el que dispone que el Poder Ejecutivo debe prestar su colaboración a los procesos, el que prohíbe ejercer función judicial a quien no ha sido nombrado en la forma prevista en la Constitución o la ley y, finalmente, el que reconoce el derecho de toda persona a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales.

De los 28 principios y derechos identificados, sólo hay 12 que resultan de particular interés para los procesos civiles y que, inclusive, se pueden reducir a 8, pues algunos se repiten y otros pueden ser subsumidos en una formulación más genérica. El proceso arbitral goza de todos ellos, pues han sido expresamente recogidos en la Ley General de Arbitraje o han sido adjudicados al proceso arbitral por el Tribunal Constitucional. Algunos de ellos, sin embargo, asumen determinadas particularidades cuando lo que está en desarrollo es un proceso arbitral, las mismas que serán explicadas más adelante.

3. PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE SE APLICAN POR IGUAL EN EL PROCESO JUDICIAL COMÚN Y EN EL PROCESO ARBITRAL

Veamos, en primer lugar, aquellos que el proceso arbitral comparte a plenitud con el proceso seguido en sede judicial:

3.1. Principio de no interferencia

La Constitución lo consagra en el extenso y complejo inciso 2 del artículo 139: «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución». La Ley General de Arbitraje, en su artículo 59 atribuye expresamente al laudo el valor de cosa juzgada, y lo hace también en el artículo 41 cuando los árbitros, ante una conciliación o transacción entre las partes, emiten una orden de conclusión del procedimiento, «adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada».

El retardo en la ejecución es un defecto que viola el principio del debido proceso, que no es ajeno al proceso arbitral sino central al mismo, desde que en algunos países, como en el Perú, el arbitraje se integra al sistema jurisdiccional consagrado en la Constitución. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 06167-2005-PHC/TC. «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 la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales».³ Como veremos más adelante, uno de los principios y derechos básicos de la función jurisdiccional es el debido proceso, y uno de los componentes fundamentales del concepto de debido proceso es la efectividad. A su vez, la forma más eficaz de la efectividad es la ejecución con presteza de la decisión tomada.⁴

El resto de la cita glosada del inciso 2 del artículo 139 constitucional se refiere, específicamente, al tema de la no interferencia por parte de ninguna autoridad con respecto a causas en trámite en alguna sede jurisdiccional. La Ley General de Arbitraje no trata el tema de la no interferencia, sino que más bien en sentido positivo, coloca en el ámbito de los deberes del juez, los relativos a prestar su apoyo, bajo responsabilidad, y sin abocarse al caso o entrar al fondo del mismo, a una serie de actos procesales que pueden ser decretados por los árbitros, pero que éstos no pueden hacerlos cumplir por la fuerza, por carecer del *ius imperium*, como es el caso de actuación de pruebas, medidas cautelares y muy especialmente la ejecución del laudo.

Sin embargo, ha sido la ya citada resolución del Tribunal Constitucional la que ha zanjado definitivamente el tema, pues antes de que

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. *Caso Cantuarias* (Fundamento 11).

⁴ Sobre el tema de la efectividad y de sus diversos grados puede consultarse CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela jurisdiccional efectiva*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1994, pp. 9 y 278.

fuera dictada, empezó a observarse en el medio judicial peruano una cierta actividad por parte de ciertos abogados para lograr que jueces ordinarios ordenaran la suspensión de procesos arbitrales sobre la base —presumimos— que un procedimiento privado de solución de controversias debía ceder ante una orden procedente de un representante de un Poder del Estado. La resolución posee 19 páginas y está muy sólidamente fundamentada, por lo que resulta recomendable que sea leída íntegramente por las personas interesadas en estos temas y por los especialistas, pero para efectos de este artículo basta con citar el siguiente párrafo: «Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje».⁵

3.2. Debe proceso y tutela jurisdiccional

Independientemente de la citada resolución del Tribunal Constitucional, que exige que los tribunales arbitrales sean guardianes celosos de los principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución, como son los jueces ordinarios, y que, de violarlos, los justiciables tienen expedito el derecho de acudir al propio Tribunal Constitucional, *ex post facto*, la propia Ley General de Arbitraje consagra el principio del debido proceso, aunque sin emplear expresamente dicho término. Al final del artículo 33 se dice: «Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos». En el inciso 7 del artículo 34 se impone a los árbitros la obligación de dirigir el proceso dentro de los cánones de los principios clásicos de

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. *Caso Cantuarias* (Fundamento 14).

celeridad, inmediación, concentración y economía procesal, agregándose «posibilitando la adecuada defensa de las partes». Más relevante aún es el artículo 73, que enumera las causales de anulación del laudo arbitral ante el Poder Judicial, y en su inciso 2 señala: «Que no ha sido (la parte que alega la causal) debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa [...]».

El debido proceso, como todos sabemos, es un racimo o haz de derechos y garantías orientadas a salvaguardar el irrestricto derecho de defensa y la independencia e imparcialidad del juzgador. Estos derechos normalmente no se enumeran en la legislación, sino que han sido y son precisados por la doctrina. En el pasado no se cobró conciencia de su importancia y no se consagraba en la Constitución, como ocurre en el Perú, donde recién aparece en la Constitución de 1993. Con respecto a la Argentina, es muy interesante la siguiente cita de Mario Chichizola: «El debido proceso constituye en el derecho argentino una garantía constitucional innominada, que surge del Preámbulo y de los artículos 5, 7, 14, 16, 17, 18, 19, 28, 31 y 33 de la Constitución Nacional, que se basa primordialmente en los derechos constitucionales de peticionar a las autoridades y de la defensa en juicio, la igualdad ante la ley, la supremacía de los derechos que consagra la Constitución y en el principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».⁶

Existe en el Perú una norma muy poco conocida que enumera algunos de los derechos contenidos en el debido proceso. Y se trata de una norma que tiene que ver precisamente con laudos arbitrales. En efecto, el artículo 2104 del Código Civil, que enumera los requisitos para el reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros, exige en su inciso 3: «Que se haya citado al demandado

⁶ CHICHIZOLA, Mario I. «El Debido Proceso como Garantía Constitucional». En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires, tomo 1983-C, p. 919.

conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse».

3.3. *Motivación*

Los artículos 50 y 51 de la Ley General de Arbitraje aluden al contenido de los laudos, tanto de derecho como de conciencia. Al referirse a los laudos de conciencia, el artículo 51 dice expresamente que requieren «una motivación razonada». Al tratar el laudo de derecho no emplea la expresión, sino que el artículo 50 opta por consignar una lista de lo que debe contener el laudo, en la cual se incluye la «valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión»; y los «fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas», todo lo cual constituye, obviamente, el núcleo de lo que es una resolución motivada.

4. PECULIARIDADES QUE ADOPTAN ALGUNOS PRINCIPIOS AL SER APLICADOS AL PROCESO ARBITRAL

4.1. *Integración del Derecho*

El no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, situación que de ocurrir debe conducir al juzgador a emplear los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, es la tarea que se denomina técnicamente integración del derecho. Este principio, en virtud del cual el juez suple los defectos o deficiencias de la ley, forma parte de lo que podríamos denominar el núcleo duro de los derechos modernos en materia de administración de justicia. Y esto se demuestra no sólo por su consagración constitucional, sino porque se repite en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, ordenamiento que, por mandato del mismo Código, es de aplicación supletoria a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes.

Su aplicación al proceso arbitral, sin embargo, plantea algunos problemas que no son fáciles de desentrañar.

El Tribunal Constitucional, en la ya mencionada Resolución n.º 6167-2005, ha precisado que el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos: «(i) conflicto entre las partes, (ii) interés social en la composición del conflicto, (iii) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial, (iv) aplicación de la ley o *integración del derecho*»⁷ (énfasis añadido). Agrega luego el Tribunal, después de esta enumeración tomada de un caso anterior, «Qué duda cabe que, *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia [...].»⁸

De manera que podríamos concluir que para un caso concreto y específico, especialmente tratándose de un caso de arbitraje nacional, la función arbitral se comporta en sus elementos fundamentales, que son los tratados hasta ahora en lo que respecta a principios y derechos, tan igual que la función jurisdiccional ordinaria, siendo de aplicación, entonces, la integración del derecho. En otro trabajo⁹ hemos desarrollado la tesis de que el arbitraje no puede considerarse función jurisdiccional desde el punto de vista del orden jurídico contemplado como un todo. En primer lugar, porque hay sectores importantísimos de la vida social que le son ajenos, como todo el Derecho Penal, los asuntos que tienen que ver con el estado civil (materia matrimonial, decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, etc.), los relativos a las funciones de imperio del Estado (como toda la materia tributaria y regulatoria), y otros.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Expediente n.º 0023-2003-AI/TC. *Caso Jurisdicción Militar* (Fundamento 13).

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. *Caso Cantuarias* (Fundamento 8).

⁹ ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. «Luces y Sombras del Arbitraje en el Perú». En *Libro Homenaje a Max Arias-Schreiber*. Lima: Academia Peruana de Derecho, Editorial Gaceta Jurídica, 2005.

En segundo lugar, porque no existe una jurisprudencia arbitral, es decir, todo un esfuerzo sistemático por unificar y sistematizar la aplicación y la interpretación del Derecho nacional, dotando al orden jurídico de la virtud de la predictibilidad, que es tan importante para el funcionamiento de la economía. Y, en tercer lugar, porque los árbitros no tienen iniciativa legislativa ni la obligación de dar cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia de los vacíos y deficiencias legislativas que encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales que sí poseen los magistrados (artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Este elemento privatista del arbitraje se acentúa en el arbitraje internacional, donde puede ponerse en duda si los árbitros gozan de la facultad de integración del Derecho, aplicando principios generales del Derecho y Derecho consuetudinario en casos de vacío o deficiencia de la ley. El arbitraje internacional, en la medida que enfrenta adversarios que proceden de países distintos, es pactado justamente por el natural recelo que surge en cualquiera de los contratantes con respecto al Poder Judicial del otro, pues es humano presumir que dichas autoridades van a sentirse inclinadas a favorecer a sus nacionales. En este contexto, quienes pactan un arbitraje internacional se cuidan muy bien de elegir la norma sustantiva que utilizarán los árbitros para decidir el fondo de la controversia, así como la institución arbitral que dotará al proceso de un reglamento procesal, pero eligen una norma específica, no el ordenamiento jurídico integral de un país, que es precisamente la situación que está en la base de la actividad integradora del Derecho. En efecto, enfocando un conflicto desde la perspectiva de un Derecho nacional, es posible que exista una laguna de la ley, pero el derecho como un todo, dotado de esa plenitud hermenéutica de la cual hablaban los viejos maestros, puede destilar principios generales que permiten la labor de integración. Tratándose, además, de conflictos que pueden surgir en el desarrollo de actividades de carácter fundamentalmente económico (inversiones, construcción de obras de envergadura, explotación o explotación de minas o hidrocarburos y similares), los contratantes no se sienten inclinados a aceptar que los árbitros puedan

resolver en función de equidad, salvo que ellos mismos les concedan esa facultad.

El artículo 17 de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que entraron en vigencia el 1 de enero de 1998, dice a la letra:

Artículo 17.- «Normas jurídicas aplicables.

- (1) Las partes son libres de acordar las normas jurídicas a ser aplicadas por el Tribunal Arbitral al mérito de la disputa. En ausencia de dicho acuerdo, el Tribunal Arbitral aplicará las reglas de Derecho que determine son las apropiadas.
- (2) En todos los casos, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta las provisiones del contrato y los usos de comercio relevantes.
- (3) El Tribunal Arbitral asumirá los poderes de un amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* sólo si las partes han acordado darle tales poderes».¹⁰

No cabe duda de que en el arbitraje internacional los usos de comercio o costumbres comerciales tienen plena carta de ciudadanía, aunque la mayoría han sido ya recogidas en documentos elaborados por entidades internacionales. Pero los principios generales del Derecho están más cerca de una decisión *ex aequo et bono*, y estamos viendo que sólo procede si ha sido conferida expresamente a los árbitros por las partes. La Ley General de Arbitraje peruana, en su artículo 117, contiene norma similar a la que acabamos de citar, pues se trata de un concepto muy adentrado en el espíritu del arbitraje internacional:

Artículo 117.- «Normas aplicables al fondo del litigio.- El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime conveniente. El tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresa-

¹⁰ Traducción del autor de la versión original en inglés. La expresión *ex aequo et bono* significa textualmente *de acuerdo con lo que es correcto y bueno*.

mente a hacerlo así. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso».

4.2. *Tramitación del proceso de acuerdo con un juez natural y un procedimiento previamente establecido*

Para algunos autores, como Clariá Olmedo, los principios del juez natural y de un procedimiento preestablecido, poseen el carácter de dogmas constitucionales y son definitorios de la noción de función jurisdiccional: «Conforme a la orientación actual de nuestro ordenamiento jurídico, el órgano imparcial destinado al ejercicio de la función jurisdiccional debe estar predisposto; debe actuar cuando medie una excitación extraña conformada a la ley, y esa actuación ha de adecuarse a un procedimiento legalmente reglamentado. De esta manera, las referencias al órgano jurisdiccional y al procedimiento judicial vienen a integrar el esquema formal del concepto de jurisdicción, aspectos con cuya consideración se responde a la vez a la exigencia de los dogmas constitucionales del juez natural [...] y del proceso regular y legal [...]. Si se suprimiera una u otra de estas garantías en la administración de la justicia, no existiría ejercicio válido de la función jurisdiccional [...]».¹¹

La Constitución peruana no emplea la expresión juez natural, pero el concepto está contenido en el inciso 3 del artículo 139, donde, además, se trata el tema del procedimiento preestablecido: «Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

Pareciera que este postulado colisiona con el arbitraje, en el cual las partes seleccionan a sus propios árbitros y, en determinadas circuns-

¹¹ CLARIA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal I. Conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 198.

tancias, se generan determinadas normas que regulan el proceso. Es cierto que la propia Constitución confiere características jurisdiccionales al arbitraje. La Ley General de Arbitraje, en consecuencia, ha debido recoger estos «dogmas» constitucionales, pero no lo ha hecho. Antes bien, permite que las partes designen a sus propios árbitros y que los árbitros así designados designen al tercero que completará el Tribunal Arbitral.¹² Asimismo, que las partes pacten las reglas del proceso o que éstas sean decididas por los árbitros. La Ley General de Arbitraje n.º 26572, que data del 5 de enero de 1996 (tiene más de 11 años de vigencia), ni su antecesora, la Ley n.º 25935, han sido jamás objeto de recursos de inconstitucionalidad por estas materias, ni por otras.

Lo que ocurre es que el principio del juez natural, es decir, la existencia de un juzgado preconstituido al cual va a desembocar el caso sin intervención de la voluntad de las partes es incompatible con la naturaleza del arbitraje, que se constituye única y exclusivamente para un proceso determinado. Es una simple razón de lógica la que hace inaplicable al arbitraje el principio del juez natural. Podría decirse que el principio del juez natural puede funcionar en el arbitraje institucional, en el cual las partes se someten a la jurisdicción de una institución arbitral, la cual cuenta con un equipo de árbitros y con un reglamento, ambos con existencia anterior al arbitraje solicitado. Sin embargo, las instituciones arbitrales funcionan con el sistema de elección indicado

¹² Artículo 21. - «Libertad de procedimiento de nombramiento.- Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada uno nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral [...].».

Artículo 33. - «Libertad de regulación del proceso.- Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización. A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, ateniendo a la conveniencia de las partes [...].».

en el artículo 21 de la Ley General de Arbitraje, y sólo intervienen para nombrar al Presidente si los otros dos árbitros no logran ponerse de acuerdo en la designación del mismo. Similar figura se encuentra en el arbitraje internacional, encontrándose prácticas y normas muy parecidas a las nacionales en las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Predomina aquí el voluntarismo del aspecto privado que tiene el arbitraje en su primera fase (convenio arbitral, renuncia a la jurisdicción común, elección del tipo de arbitraje, designación de los árbitros y elaboración o aprobación de las reglas del proceso) y asume una posición doctrinaria diversa a la planteada por Clariá Olmedo. De hecho, muchos autores no se basan en estos elementos para apreciar el rol ejercido por los árbitros.

Tal es el caso de Serra Domínguez, para quien resulta fundamental el poder de decisión que tienen los árbitros y el hecho que sus resoluciones sean susceptibles de adquirir la autoridad de cosa juzgada y resultar imperativas para todo tipo de autoridades.

Sobre esto nos aclara: «9.º La particularidad de la jurisdicción arbitral se pone de manifiesto y se explica jurídicamente considerando que los árbitros poseen tan sólo Autoridad, pero les falta Potestad, que es atributo exclusivo del Estado. Podrán por tanto los árbitros realizar todos aquellos actos para los que baste la simple Autoridad, y deberá solicitarse la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la posesión de Potestad. Con ello queda explicada la necesaria intervención de los tribunales ordinarios para la ejecución de los laudos arbitrales, intervención que en nuestra patria sólo es precisa respecto de las sentencias de condena estimatorias que precisen ejecución. Las sentencias absolutorias, las declarativas y las constitutivas en sentido amplio dictadas por los árbitros gozarán de plena eficacia jurídica sin necesidad de la intervención de órgano alguno del Estado. 10.º Por último, la demostración más clara de la existencia de jurisdicción en el arbitraje nos la proporciona la concurrencia simultánea de juicio y de cosa juzgada. Existe un juicio jurídico del árbitro sobre un problema concreto sometido a su consideración. Y el resultado de dicho juicio se encuentra provisto de la eficacia de cosa juzgada, como dispone

expresamente el artículo 1821 en relación con el artículo 1826, ambos del Código Civil, y reconoce, sin discusión alguna, la doctrina». ¹³

Hay que tener en cuenta, además, que el procedimiento pre establecido resulta indispensable en la administración de justicia ordinaria, que es un fenómeno de masas, donde se generaría un verdadero caos si los propios litigantes establecieran las reglas que han de gobernar la tramitación del proceso. En cambio, los procesos arbitrales tienen determinadas características que no hacen necesario el rigor de un procedimiento previo intocable. Además, tampoco es cierto que las partes en un proceso arbitral se enfrenten con base en determinadas reglas que desconocen o en cuya generación no tienen participación alguna. Si se trata de un arbitraje institucional, las instituciones arbitrales poseen una serie de normas que con cierta periodicidad son modificadas para incorporar las correcciones necesarias para hacer del arbitraje un proceso rápido, con resultados previsibles y ceñido al principio del debido proceso, y que, naturalmente, son conocidas por las partes cuando someten una controversia a la decisión de la institución. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por ejemplo, ha puesto en funcionamiento un nuevo Reglamento Procesal de Arbitraje, vigente para los casos iniciados a partir del 1 de enero de 2007, el mismo que reemplaza al del 2004. Posee, además, un Estatuto, un Código de Ética y un Reglamento de Aranceles. Si se tratara de un arbitraje *ad-hoc*, en el cual los árbitros fijan las reglas del proceso, el artículo 33 de la Ley General de Arbitraje dispone que dichas reglas sean notificadas a las partes, las cuales, obviamente, podrán plantear las modificaciones que consideren necesarias. Sobre esta materia, resulta pertinente la siguiente cita del famoso filósofo John Rawls: «La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en los beneficios y cargas [...]». ¹⁴

¹³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1969, pp. 582-583.

¹⁴ RAWLS, John. *Justicia como equidad. Materiales para un teoría de la justicia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, pp. 28-29.

4.3. *La publicidad*

Entre los principios y derechos de la función jurisdiccional ocupa un lugar destacado la publicidad en los procesos, «salvo disposición contraria de la ley». En materia penal es indudable que la publicidad en los procesos es una garantía contra la arbitrariedad, especialmente en los casos que tienen alguna connotación política. Un juicio a puertas cerradas se presta a todo tipo de abusos, porque no existe la posibilidad de que alguien señale las violaciones cometidas por los jueces respecto de los derechos del procesado. La Constitución peruana ha establecido la publicidad obligatoria en los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

En materia civil la publicidad depende mucho del sistema procesal adoptado. En el sistema escrito, por ejemplo, instaurado en el Código de Procedimientos Civiles peruano que empezó a regir el 28 de julio de 1912, no era posible que una persona ajena al proceso pudiera seguir de cerca sus vicisitudes, con excepción de las audiencias convocadas para informe oral de los abogados, tanto en la Corte Superior como en la Corte Suprema, que eran actos públicos. El sistema actual, sin embargo, vigente desde 1993 está organizado en base a audiencias, todas las cuales son públicas.

En el ámbito arbitral, sin embargo, la idea que rige es la contraria, es decir, el proceso es reservado, y nadie —salvo las partes y sus abogados— puede saber lo que está ocurriendo durante la tramitación del juicio, ni enterarse del contenido del laudo. El artículo 18 de la Ley General de Arbitraje estipula que los árbitros ejercen el cargo con estricta imparcialidad y «absoluta discreción». Más explícito resulta el inciso 7 del artículo 34, que instruye a los árbitros para que dirijan el proceso en función de ciertos principios, entre los que se menciona el de privacidad. Por su parte, el artículo 57 regula el caso de la protocolización notarial del laudo y dispone que «Los Notarios sólo pueden

expedir testimonio o copias simples de la escritura de protocolización, o copias certificadas del expediente, a solicitud de los otorgantes del convenio arbitral, o por mandato judicial». El Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima tiene una norma mucho más severa, pues declara expresamente en su artículo 14 que «Los procesos arbitrales son confidenciales» y regula el tema con una minuciosidad poco habitual.¹⁵

¹⁵ El mencionado artículo 14 es muy interesante y vale la pena glosarlo en su integridad, a pesar de su extensión: «Los procesos arbitrales son confidenciales. Los árbitros, los miembros del Consejo Superior de Arbitraje, el Secretario General, los Secretarios Arbitrales, el personal del Centro, las partes, su personal dependiente o independiente, sus representantes, abogados y asesores, están obligados a guardar reserva sobre todos los asuntos e información relacionados con los procesos arbitrales y la decisión final, salvo autorización expresa de las partes para su divulgación o uso, o cuando sea necesario hacerlos públicos por exigencia legal, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo arbitral ante el Poder Judicial.

La inobservancia de esta norma será sancionada conforme a lo dispuesto en el Estatuto del Centro, sin perjuicio de las acciones que promueva el afectado contra el infractor.

Tratándose de las partes, su personal dependiente o independiente, sus representantes, abogados y asesores, la violación de la obligación de confidencialidad será sancionada por el Consejo Superior de Arbitraje, a pedido de parte o del Tribunal Arbitral, imponiendo una multa a favor de la parte perjudicada, cuya cuantía no excederá de cincuenta UIT.

Los terceros ajenos al proceso están impedidos de tener acceso a los expedientes y a las audiencias, salvo pedido de ambas partes. Por excepción, el Tribunal Arbitral podrá autorizarlo, siempre que medie causa justificada. En cualquier caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en este artículo, estando sujetos a las multas respectivas por su infracción.

Cualquiera de las partes o la autoridad judicial dentro de su competencia, podrá solicitar copias certificadas del expediente o de partes de él, las que serán expedidas por el Secretario General, quien certificará su autenticidad, previo pago de la tasa correspondiente.

Salvo disposición distinta de las partes, luego de seis (6) meses de concluido el proceso, el Centro queda autorizado para entregar copia certificada del expediente con fines estrictamente académicos. No procede la divulgación del expediente en el caso de que el Tribunal hubiera dispuesto, con arreglo al artículo 15, la protección de información confidencial».

La razón de este celo en la protección de la confidencialidad puede deberse a que el arbitraje se emplea fundamentalmente en casos comerciales, generalmente de gran envergadura, y en los cuales es posible que se presente información sumamente sensible para la operación de una empresa, como su relación de clientes, estructura de costos, márgenes de utilidad, estrategias de comercialización, etc., que su conocimiento por parte de los competidores puede llegar a resultar dañino para la empresa.

Esta situación puede manejarse con la declaración de confidencialidad de determinada información, a pedido de las partes, como está admitido en el artículo 15 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y como se hace en los procesos que se ventilan ante el Tribunal del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), sin llegar a los extremos del artículo 14 del Reglamento del Centro, que presenta la imagen de un proceso secreto en una logia. Este secretismo ha dado lugar a ciertas críticas que se preguntan qué estará ocurriendo con el arbitraje, qué extrañas interpretaciones de la ley estarán haciendo los árbitros, sin saber, por cierto, que la mayoría de los casos, por lo menos en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, están en manos de abogados de altísima reputación, casi todos ellos catedráticos universitarios en las mejores Facultades de Derecho del Perú, y que sus laudos son verdaderas piezas jurídicas que enriquecen la labor doctrinaria nacional. Desgraciadamente, este celo por la confidencialidad, este secretismo del arbitraje, viene resultando perjudicial, porque la comunidad jurídica nacional se beneficiaría mucho si conociera la «jurisprudencia» arbitral.

Esta situación puede cambiar no sólo porque ya se han escuchado algunas críticas provenientes de connotados juristas, sino porque un cierto grado de erosión se ha producido como secuela de las sucesivas leyes de contrataciones y adquisiciones del Estado y sus Reglamentos.

En efecto, desde hace algún tiempo se ha dispuesto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado (Ley n.º 26850 de 27 de

julio de 1997) que las controversias entre el Estado y los contratistas se resuelvan obligatoriamente mediante arbitraje. La versión actual de dicha Ley es la contenida en el Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM de 26 de noviembre de 2004, en la que en su artículo 53.2, se dice: «Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato».

El penúltimo párrafo de este mismo artículo dispone que «El arbitraje y la conciliación a que se refiere la presente Ley se desarrollan en armonía con el principio de transparencia, pudiendo el CONSUCODE (Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) disponer la publicación de los laudos y actas de conciliación». A inicios del 2004 se aprobó también una norma interna del CONSUCODE, el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de dicha entidad, en cuyo artículo 24, a la vez que se proclama que el proceso arbitral se rige por el principio de reserva, genera una liberación de la misma una vez expedido el laudo, pues la Secretaría del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE puede «sistematizar y estructurar criterios jurisprudenciales sobre la base de los laudos expedidos y, en su caso, disponer se publiquen extractos o la integridad de los mismos».

4.4. *La instancia plural*

La aplicación del Código Procesal Civil de 1912 fue muy laxa en materia de instancias, pues los abogados se las ingenaron —y los magistrados nunca se opusieron— para que el recurso de nulidad contra sentencia emitida por la Corte Superior diera lugar a una alzada del caso a la Corte Suprema, la cual examinaba los hechos y el derecho y volvía a pronunciarse, generándose un sistema de tres instancias: Juez de primera instancia, Corte Superior, Corte Suprema. A pesar de que la Constitución de 1979 atribuye a la Corte Suprema la facultad de fallar en

casación, es recién con la Constitución de 1993 y con el Código Procesal Civil, que queda claramente establecido que en el Perú, por lo menos en los procesos civiles, existen sólo dos instancias. Entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, la Constitución menciona «La pluralidad de la instancia», en el inciso 6 del artículo 139. Pero, es el Código Procesal Civil el que establece con absoluta claridad en el artículo X del Título Preliminar que «El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta».

La Ley General de Arbitraje permite que las partes pacten un proceso en instancia única y, en su afán de establecer una vía que no tenga vasos comunicantes con el Poder Judicial, salvo en los casos que el Poder Judicial debe prestar su Potestad a la Autoridad de los árbitros, establece que, a falta de acuerdo expreso respecto a la posibilidad de acudir en apelación ante el Poder Judicial, o en caso de duda, se entiende de que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. En nuestra opinión, la posición adoptada por la Ley de Arbitraje se debe no sólo al enorme poder que tiene la autonomía de la voluntad de las partes en el diseño de las grandes líneas del proceso al que se van a someter, sino también a que la garantía de la instancia plural no está tan identificada con la esencia misma de un proceso justo, sino más bien con consideraciones de orden práctico: es más difícil que se equivoquen dos instancias a que se equivoque una sola, o es más improbable que, de existir una situación de corrupción, se dé en la primera y también en la segunda instancia. Pero no es imposible encontrar un juez ilustrado, honesto, imparcial y justo, en cuyo caso, someter todo el caso a un segundo escrutinio, no es sino una pérdida de tiempo y un aumento en los costos del servicio.

La enorme aceptación que tiene la instancia única en el arbitraje está íntimamente ligada a los temas que hemos tratado en los acápitres que anteceden, es decir, si las partes pueden designar a los árbitros que decidirán la controversia, si las partes aprueban las normas procesales que gobernarán la tramitación del proceso, no se ve razón alguna para que las partes piensen que el resultado contenido en el laudo no procede de un tribunal ilustrado, honesto, imparcial y justo. Abona en benefi-

cio de esta interpretación el hecho de que el arbitraje ha sido concebido precisamente para que litiguen en él aquellas personas que expresamente prefieren dejar de lado al Poder Judicial.

En esta misma línea de consideraciones —más bien de tipo práctico— se ubica Couture¹⁶ cuando dice: «[...] se plantea al legislador como un dilema entre el principio de economía procesal y el de justicia en la decisión: ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia». ¹⁷ Es indudable que ante este dilema, la Ley General de Arbitraje ha optado por la economía procesal.

¹⁶ Con el agregado que esta cita debe entenderse en el contexto de la justicia ordinaria. (Nota del autor).

¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 172.

**APUNTES SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN EL ARBITRAJE:
LA ANULACIÓN DE LAUDO Y EL PROCESO DE AMPARO**

Ana María Arrarte Arisnabarreta

APUNTES SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN EL ARBITRAJE: LA ANULACIÓN DE LAUDO Y EL PROCESO DE AMPARO

Ana María Arrarte Arisnabarreta ***

«[...] si buscamos que el yelmo y la armadura estorben el uso refleáxivo de la espada garantista, el amparo dejará de proteger, perdiéndose en la maraña de las acciones procesales legales. Los abogados que asistimos a esas batallas y la Corte Suprema, sensible y sabio juez último de cada duelo, han de impedir que el amparo se caiga de su trapecio a la pista en que los derechos viven y se realizan».

Mario Vargas Llosa. Cartas de Batalla.

Sumario: 1. Una reflexión necesaria: ¿Cuál es la legitimación del arbitraje?— 2. Mecanismos de control del debido proceso arbitral, a propósito de las decisiones del tribunal constitucional. La anulación de laudo y el proceso de amparo.— 2.1. Formas de control del debido proceso arbitral.— 2.2. El debido proceso arbitral y el establecimiento del control judicial de los laudos como vía previa al control constitucional.— 2.3. Una propuesta para dar coherencia a los mecanismos de control y no vulnerar la eficacia del arbitraje.— 3. ¿Qué resolución debe ser materia del proceso de amparo: El laudo arbitral, la resolución que deniega la anulación del laudo o ambas decisiones?— 4. ¿Qué comprende la revisión constitucional del debido proceso arbitral?, ¿contempla la posibilidad de revisar el fondo del laudo?— 5. ¿Cuáles son los alcances del debido proceso instrumental, arbitral?— 6. Conclusiones.

* Abogada. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Árbitro. Socia del Estudio Echecopar Abogados.

** Mi agradecimiento a Hugo Alonso Navarro, sin cuya permanente colaboración este artículo no hubiese sido posible.

1. UNA REFLEXIÓN NECESARIA: ¿CUÁL ES LA LEGITIMACIÓN DEL ARBITRAJE?

1. Inicialmente, consideramos necesario hacer una breve reflexión sobre el origen o la «legitimación» del arbitraje, en la medida de que ello nos dará la pauta sobre la concepción que tengamos de esta institución, de los principios que la rigen y de las exigencias o características propias que tendrá el debido proceso en este escenario particular.

Así, un primer aspecto a mencionar es nuestra discrepancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional,¹ en el sentido de que el arbitraje se justifica (o legitima) a partir de su incorporación en la Constitución Política del Estado como una «jurisdicción de excepción», y no a partir del reconocimiento, de la autonomía de la voluntad como derecho fundamental.²

En nuestra opinión, la justificación o legitimación legal del arbitraje, no se encuentra en su consagración constitucional, ni en haberle

¹ Nos referimos a las decisiones expedidas por el Tribunal Constitucional, y que han fijado la pauta sobre la relación entre el arbitraje y la actividad judicial, en nuestro Estado de Derecho.

• Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC de 2 de febrero de 2006. (Caso Fernando Cantuarias Salaverry).
• Expediente n.º 1567-2006-PA/TC de 30 de abril de 2006. (Caso Compañía Exploraciones Algamarca).
• Expedientes n.ºs. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC de 11 de diciembre de 2006. (Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.).

Así como a la sentencia recaída en el Expediente n.º 4972-2006-PA/TC de 4 de agosto de 2006, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 18 de octubre de 2007, dictada en el proceso seguido por Corporación Meier S.A.C. y Persolar contra Aristocrat Internacional PTY Limited.

² Así, el Tribunal Constitucional ha señalado:

«11. [...] La facultad de los árbitros para resolver un conflicto no se funda en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen, y en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución». (Expediente n.º 1567-2006-PA/TC. Caso Fernando Cantuarias Salaverry).

atribuido un carácter «jurisdiccional», que le es ajeno.³ El «etiquetar» al arbitraje como «jurisdicción», no lo ha convertido en tal. El nombre, no puede alterar la naturaleza de las cosas. Consideramos, en cambio, que su legitimación y razón de ser, se encuentra en la decisión de las partes, de que sus conflictos no serían decididos por el Órgano Jurisdiccional (entiéndase, Poder Judicial) sino por un órgano particular (tribunal arbitral), al que libremente se sometieron y atribuyeron —ellas, no la Constitución—, potestades para estos efectos, evidentemente, dentro de los límites que la Carta Política del Estado y la ley, establecen.

En consecuencia, la aplicación del principio de no interferencia de otras autoridades —como las judiciales— con la actividad arbitral, no tiene sustento en el supuesto carácter jurisdiccional de esta última, sino que constituye la consecuencia natural de haber sustraído del ámbito de la competencia jurisdiccional, la potestad de pronunciarse válidamente sobre determinada controversia.

2. Evidentemente, lo mencionado no obsta a que, encontrándonos en un Estado de Derecho, todos —incluyendo los árbitros— debamos respetar la Supremacía Constitucional y los derechos fundamentales, admitir lo contrario significaría que las partes podrían pactar la creación de una suerte de «burbuja», en la que no gobierne nada distinto a su voluntad, lo cual además de ilegal, sería absurdo.

En efecto, no cabe ninguna duda de que el principio de la autonomía de la voluntad admite limitaciones, las mismas que se encuentran

³ MONROY PALACIOS, Juan José, refiriéndose al carácter jurisdiccional del arbitraje señala: «A estas alturas se habrá advertido que 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». MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, Jurisdicción y Proceso». En *Arbitraje on line*. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006, año IV, n.º 7.

impuestas en la propia Constitución y en la ley. Nos explicamos: precisamente, en atención al respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico ha restringido la capacidad de regular nuestros intereses,⁴ así por ejemplo, las partes no pueden pactar que toda controversia sea sustraída del ámbito jurisdiccional estatal para ser sometida a arbitraje.

Así tenemos que por mandato de la Ley n.º 26562 (Ley General de Arbitraje, en adelante, LGA), existe una gama de controversias respecto de las cuales se ha previsto una suerte de reserva legal para que sólo el Estado pueda resolverlas válidamente, atendiendo a la naturaleza de lo que está en discusión y de su trascendencia social y pública. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la LGA determina que se encuentran dentro de dicho ámbito de reserva y exclusividad del Estado, las controversias sobre el estado y la capacidad civil de las personas, aquellas sobre las que ha recaído una decisión judicial firme, las vinculadas al orden público, delitos o faltas, las concernientes a funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Es decir, las partes pueden decidir «residualmente» someter a la decisión de los árbitros, aquellas materias no reservadas al Estado, específicamente, en tanto se trata de controversias respecto de las cuales el ordenamiento legal ha permitido su libre disposición, tengan o no un contenido patrimonial.

3. En conclusión, queremos cerrar este punto introductorio dejando sentada nuestra posición en el sentido que el origen y la legitimidad del arbitraje, se encuentra en la autonomía de la voluntad, la misma que está limitada y se ejerce conforme a la Constitución y a los derechos fundamentales.

⁴ LANDA ARROYO, César. «El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53, Lima, 2007, p. 31. «[...] el principio de la autonomía de la voluntad alude a la capacidad residual de las personas frente al Estado de regular sus intereses y relaciones de conformidad con su libre albedrío».

Cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, han pactado que determinada controversia sea resuelta por jueces privados, sustrayéndola del ámbito jurisdiccional del Estado, han determinado que éste carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Esta regla es aplicable, no sólo mientras el proceso arbitral se encuentra en trámite, sino que comprende además la etapa previa y posterior al mismo, en este último caso, nos referimos a lo que conocemos como impugnación y ejecución judicial de los laudos.

2. MECANISMOS DE CONTROL DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL, A PROPÓSITO DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA ANULACIÓN DE LAUDO Y EL PROCESO DE AMPARO

2.1. *Formas de control del debido proceso arbitral*

- a) Habiendo determinado que en todo proceso arbitral se deberán respetar los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso, es claro que deben establecerse mecanismos de control que garanticen su eficacia, evitando situaciones de arbitrariedad o abusos del poder conferido a los árbitros.

Ahora bien, atendiendo a que la actividad arbitral no sólo interesa a las partes involucradas sino que —como todo mecanismo de solución de conflictos— trasciende al interés público, es menester que el control al que hacemos referencia, sea ejercido por instancias ajena al quehacer arbitral, por lo que nos encontramos en un escenario que compete esencialmente al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.⁵

⁵ Coincidimos con Cantuarias Salaverry, quien refiriéndose a este tema señala: «Por último, ¿quién debe tramitar y resolver el recurso que se presente para controlar el exceso de poder de los árbitros? Si estamos hablando de «mecanismos de control», obviamente no podrán ser los propios árbitros los que se «controlen» a sí mismos. Pero, ¿podrán intervenir otros árbitros o una instancia administrativa de alguna institución arbitral? Consideramos que la respuesta debe

b) Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, con la finalidad de evitar las continuas interferencias que se venían presentando en el desarrollo de los procesos arbitrales, a través del inicio de procesos judiciales —esencialmente penales y de amparo constitucional—, dictó sendas sentencias que, más allá de que compartamos o no íntegramente su contenido, hicieron el deslinde sobre la forma en la que debe operar la interrelación entre la actividad judicial y arbitral.⁶

Así, además de sustentar la justificación del arbitraje en su consagración Constitucional, y determinar que le son aplicables los principios y derechos de la función jurisdiccional —posición que, como hemos desarrollado en el punto precedente, no compartimos—, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PH/TC (Caso: Cantuarias Salaverry), precisó lo siguiente sobre el debido proceso y los mecanismos para su control en el arbitraje:

«9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que

ser contestada en sentido negativo, por cuanto la articulación de mecanismos de control del arbitraje debe ser necesariamente desarrollado por instancias ajenas al quehacer arbitral. Además, debemos recordar que el arbitraje no sólo interesa a las partes del conflicto, sino también a la sociedad en su conjunto que tiene legítimo interés de que la función arbitral se desarrolle lo más libre posible pero, a la vez, lo suficientemente controlada como para que no se presenten excesos o abusos. ¿Qué instancia ajena al quehacer arbitral puede desarrollar la importante labor de control? Pues únicamente el Poder Judicial». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007, p. 379.

⁶ Al respecto, Santistevan de Noriega afirma: «En este ámbito, la sentencia que suscita el presente artículo ha sido beneficiosa, pues pone fin a especulaciones e incertidumbres que se presentaban en el curso de los arbitrajes y, a consecuencia de ello, pone coto al posible abuso de recurrencia judicial para que, por iniciativa de las partes, los jueces, fiscales y autoridades administrativas (incluida la policía) pretendan suspender, interrumpir los procesos arbitrales en curso o, lo que sería peor, revisar a su arbitrio el contenido de los laudos». SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, Lima: Ed. Grijley, 2006, p. 37.

administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, *no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso*. (El texto en cursiva es agregado).

«14. [...] *El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercicio ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitral. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional*; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precisado Código, *no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas*. En este sentido, *si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo*». (Fundamento jurídico vinculante). (El texto en cursiva es agregado).

De los fundamentos transcritos se advierte que las decisiones arbitrales son pasibles de dos (2) tipos de controles:

- a) Judicial: A través de los recursos de apelación —cuando así haya sido expresamente pactado por las partes—, y de anulación de laudo; y
- b) Constitucional: A través principalmente, del proceso de amparo, en la medida que se invoque que la decisión arbitral proviene de un proceso irregular.

En ambos casos se trata de controles «ex-post», es decir, una vez concluido el proceso arbitral, y utilizados los mecanismos previstos en la LGA para que el agraviado revierta la decisión que le perjudica, dentro del propio arbitraje.

El punto materia de nuestro análisis es que entre los aspectos materia de control, tenemos al «debido proceso arbitral», habiéndose determinado que la decisión arbitral que lo vulnere, debe ser declarada nula, en tanto implica la afectación a un derecho fundamental.

2.2. *El debido proceso arbitral y el establecimiento del control judicial de los laudos como vía previa al control constitucional*

a) El control judicial, se verifica una vez emitido el laudo arbitral, a través de los mecanismos previstos para este propósito por la LGA: recurso de apelación y recurso de anulación de laudo.

- Sobre el *recurso de apelación* es pertinente recordar que sólo será procedente en la medida que las partes que sometieron sus controversias a un arbitraje, hayan previamente pactado que el laudo que se emita, será ⁷pasible de revisión en una segunda instancia, sea judicial o arbitral.

Por otro lado, atendiendo a que a través del recurso de apelación se puede plantear tanto la nulidad de la decisión (del laudo, en este caso) como la revisión de fondo, es claro que el uso de este medio impugnatorio ante el Poder Judicial, excluye la posibilidad de proponer posteriormente un recurso de anulación de laudo, en esta vía, toda vez que el «control judicial» ya se habría verificado.

- El punto más álgido y complejo surge a propósito del *recurso de anulación* que —a diferencia de lo que ocurre con la apelación—, sólo puede ser interpuesto de manera excepcional y extraordinaria, en la medida que el vicio que contenga el laudo arbitral, esté previsto de manera expresa y taxativa como causal de anulación,⁸es decir, un laudo sólo podrá ser anulado por motivos legalmente previstos.

⁷ Artículo 60.— «Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. [...]».

⁸ Así, Cremades, refiriéndose al arbitraje español, señala: «El mecanismo de anulación el laudo arbitral aparece configurado en la LA mediante una *acción de carácter extraordinario*, ya que las posibilidades de revisión por parte de Jueces y

- b) Por lo indicado, consideramos pertinente profundizar nuestro análisis sobre el control judicial a través del recurso de anulación de laudo, y específicamente cómo es que éste se realiza en lo que respecta al debido proceso.

Para ello debemos empezar teniendo en cuenta que las causales de anulación de un laudo arbitral nacional, se regulan en el artículo 73 de la LGA, y entre ellas, no encontramos alguna referida estrictamente al debido proceso. En efecto, la única causal que contempla uno de los derechos integrantes del debido proceso (el derecho de defensa), es la prevista en el inciso 2 del referido artículo, según el cual el laudo podrá ser anulado cuando la parte que alegue pruebe:

«2. Que no ha sido debidamente notificada con la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente».

Ahora bien, dado el carácter excepcional y taxativo de las causales de anulación, su interpretación debe ser restrictiva,⁹ por lo que no consideramos jurídicamente válido sostener que la consecuencia de

Tribunales se encuentran limitadas por el legislador, evitando así que el proceso de impugnación de la validez del laudo se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral. Esto es, *los motivos de anulación del laudo se encuentran tasados*, no pudiendo el órgano jurisdiccional, que conozca de la acción de anulación, revisar el fondo de la decisión de los árbitros». (El texto en cursiva es agregado). CREMADES, Bernardo M. «El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española». En *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, p. 206.

⁹ Así el artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política del Estado, señala como principio de la función jurisdiccional: «9. El principio de inaplicación por analogía de ley penal y de las normas que restrinjan derechos».

Cabe señalar que en el Proyecto Modificadorio de la Ley General de Arbitraje vigente, elaborado por la Comisión Técnica nombrada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, esta causal de anulación no sólo se mantiene en los mismos términos, sino que —en nuestra opinión— se ha precisado aún más, que sólo abarca el tema específico de la afectación al derecho de defensa. Así, el texto del Proyecto señala:

anulación prevista para una manifestación específica del debido proceso, esto es, para la vulneración al derecho de defensa, pueda ser ampliada a todos los derechos que integran el primero. Por tanto, *a priori*, podemos llegar a la conclusión de que la causal de anulación contemplada no se refiere al debido proceso (género) sino al derecho de defensa de manera concreta.¹⁰

Sin embargo, la pregunta es, ¿esto quiere decir que todos los demás derechos integrantes del debido proceso, pueden ser vulnerados sin que ello traiga como consecuencia la nulidad del laudo? La situación se vuelve más compleja en la medida que la misma LGA establece entre los requisitos de validez del laudo (artículos 50¹¹ y 51¹²) elementos que conforman el debido proceso, pero trascienden al derecho de defensa en sentido estricto, como es el caso de la valoración de los medios probatorios y la motivación razonada.

Ante esta regulación disímil, por no decir contradictoria, la jurisprudencia de las Salas Comerciales de la Corte Superior de Lima interpretaban que las demandas de anulación de un laudo arbitral, sustentadas en supuestas afectaciones al debido proceso, en cualquiera de sus

Artículo 73.- «Causales de anulación. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado, cuando la parte que alegue una causal, pruebe:

[...]

2. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o del desarrollo de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer su derecho de defensa».

¹¹ Artículo 50.- «El laudo de derecho debe contener:

1. Lugar y fecha de expedición;
2. Nombre de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes;
4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión;
5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y
6. La decisión».

¹² Artículo 51.- «El laudo de conciencia necesariamente debe cumplir con lo dispuesto en los incisos 1), 2), 3) y 6) del artículo 50. Requiere además de una *motivación razonada*».

manifestaciones, se encontraban subsumidas en la causal de nulidad prevista en el inciso 2 del artículo 73 de la LGA;¹³ no sin admitir que esta interpretación no era la más técnica».

Así, en la sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Lima (Expediente n.º 1153-2005), en un proceso sobre anulación de laudo en el que se había invocado la causal del inciso 2 del artículo 73 de la LGA, pero sustentada en la afectación a la debida motivación, este Órgano Jurisdiccional señaló:

«TERCERO.- Esta Sala Superior ha considerado en su práctica jurisdiccional que las demandas de Nulidad de Laudo Arbitral, sustentadas en supuestas afectaciones sufridas al debido proceso por la emisión de un Laudo Arbitral con motivación defectuosa, se encontraban subsumidas en la causal de nulidad prevista en el inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje».

«SEXTO.- La Sala, por consiguiente, realizaba una interpretación amplia de los términos «derecho de defensa» a fin de casi identificarlo con el derecho a un debido proceso. Tal interpretación, si bien no era la más técnica, nos permitía realizar el control de afectaciones al derecho constitucional a una resolución indebidamente motivada».

- c) Sin embargo, veamos, si pese a que —como hemos afirmado— entre las causales de anulación previstas legislativamente, no se encuentra el debido proceso, es jurídicamente correcto sostener que a partir de la emisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, se ha incorporado una nueva causal de anulación en este sentido.

Para ello, resulta pertinente analizar lo dispuesto al respecto por el Tribunal Constitucional:

«14. [...] si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, *de manera previa a la interposición de un proceso*

¹³ Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Lima (Expediente n.º 1153-2005), en un proceso de anulación de laudo, en el que se había invocado la causal del inciso 2 del artículo 73 de la LGA. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Expediente CAS. n.º 1907-2006/LIMA.

constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo». (Fundamento jurídico vinculante) (Expediente n.º 6167-2005-PH/TC. Caso Cantuarias Salaverry). (El texto en cursiva es agregado).

«15. [...] existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, *siempre que de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572— prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo».* (Expediente n.º 1567-2006-PA/TC. Caso Compañía de Exploraciones Algamarca). (El texto en cursiva es agregado).

Entonces, si para recurrir al proceso de amparo a denunciar la afectación al derecho a un debido proceso, en cualquiera de sus manifestaciones, será necesario agotar los mecanismos de control judicial previstos en la LGA, resulta inevitable concluir que la afectación al debido proceso, sí se habría convertido en una causal de anulación, pues en caso contrario, no existiría vía previa que pueda ser agotada antes de recurrir al proceso de amparo.¹⁴

¹⁴ Es más, así ha sido entendido también por los Órganos Jurisdiccionales que conocen de los procesos de anulación de laudo, prueba de ello son los considerandos que transcribimos de la sentencia expedida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de Lima, recaída en el proceso de anulación de laudo (Expediente n.º 1153-2005).

«SÉPTIMO..- A la luz de la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional ya no es necesario recurrir a esa interpretación amplia del inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

[...]

Por consiguiente dado el carácter normativo de la Constitución, a partir de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, ha quedado claro que cualquier atentado a alguno de los principios y derechos de la función jurisdiccional por parte de un Tribunal Arbitral debe causar la nulidad del Laudo.

[...]

«La pregunta que debemos contestar arribados a este punto es la siguiente: ¿Corresponde a esta Sala Civil Subespecializada en materia comercial la tutela de los derechos fundamentales de la persona afectados por un Laudo Arbitral o es que esta tutela, y por consiguiente la declaración de nulidad del Laudo, únicamente puede ser brindada en sede constitucional?».

Más aún, los fundamentos 17 al 19 de la sentencia expedida en el Expediente n.º 1567-2006-PA/TC (Caso Compañía de Exploraciones Algamarca) han desarrollado este tema, dejando claramente establecido que la vía previa, se constituye precisamente por los recursos de apelación y de anulación previstos en los artículos 60 y 61 de la Ley n.º 26572.¹⁵

Cabe señalar que la «creación» de una causal de anulación, por parte del Tribunal Constitucional, resulta —en nuestra opinión— contraria a su Ley Orgánica y a la propia Constitución.

En efecto, si bien el Tribunal goza de autonomía procesal, que le permite regular determinados aspectos de los procedimientos cons-

Refiriéndose a la determinación de que el control judicial del laudo es la vía previa para el control constitucional, la resolución bajo comentario llega a la siguiente conclusión que compartimos plenamente:

«Esto quiere decir que se confiere a los órganos jurisdiccionales que conocemos de la vía previa, en este caso el proceso de Anulación de Laudo, la posibilidad (y la obligación) de corregir cualquier atentado a los derechos fundamentales causados por la actividad de los árbitros. Sólo de esa manera puede entenderse la necesidad del tránsito por la vía previa pues, como resulta evidente, si este Colegiado no pudiera brindar tutela constitucional, la vía de amparo debería entenderse abierta de modo directo, lo que es por lo referido incorrecto».

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente n.º 1567-2006-PA/TC (Caso Compañía de Exploraciones Algamarca) ha dispuesto lo siguiente:

«17. [...]

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles, en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje ante el Poder Judicial».

«18. El segundo recurso previsto en el artículo 60 de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73 de la Ley n.º 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo».

titucionales¹⁶ —como por ejemplo, determinar que el proceso de amparo es la vía idónea frente a la vulneración del debido proceso en el arbitraje—, lo que no estaba en aptitud de hacer legalmente, es incorporar una causal de anulación, cuya regulación específica está reservada a la Ley General de Arbitraje. Es estricto, no es función del Tribunal Constitucional, crear normas, mucho menos establecer disposiciones que por su naturaleza, son ajenas al ámbito propio de su actuación constitucional.

Sin embargo, más allá de la corrección técnica, esto es lo que ha ocurrido en la práctica. En nuestra opinión, indiscutiblemente nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado una causal de anulación a la LGA.

- d) Más allá de nuestro desacuerdo con la corrección de lo dispuesto por el Supremo Intérprete de la Constitución, veamos cuáles podrían ser las consecuencias prácticas de esta decisión.

¹⁶ Nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado el Principio de Autonomía Procesal, a través de sendas resoluciones, entre ellas, la Resolución s/n. de fecha 8 de agosto de 2005, emitida en el Expediente n.º 00020-2005-PI/TC, en la que señala:

«PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18. Que descartada la aplicación analógica del Código Procesal Civil en este tipo de proceso según la precedente consideración, queda a este Tribunal la posibilidad de cubrir el vacío normativo en ejercicio de la potestad derivada del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

19. Que este principio ya ha sido incorporado a la jurisprudencia por este Colegiado. Según él, este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del CPConst, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema —vacío o imperfección de norma— que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente».

Como ya hemos mencionado, el tema de la vía previa ha sido desarrollado esencialmente en la sentencia recaída en el Expediente n.º 1567-2006-PA/TC (Caso: Compañía Exploraciones Algamarca), en la que se ha señalado:

«16. [...] el concepto de «vía previa» que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional».

En este caso, no parecería adecuado afirmar que el control judicial realizado por la Corte Superior (órgano que actúa en primera instancia en los casos de anulación de laudo, y de apelación), y por la Corte Suprema (que actúa en casación cuando los laudos hayan sido anulados, total o parcialmente), sea jerárquicamente inferior al que se verifica en un proceso de amparo, salvo que el Tribunal Constitucional considere que como en este supuesto, existe la posibilidad de que participe emitiendo una decisión (a través de un recurso de agravio constitucional), se estaría verificando un control por el órgano autocalificado como jerárquicamente superior de todo el sistema jurídico.

Sin perjuicio de lo mencionado, que podría no pasar de ser un tecnicismo, la razón de ser por la que el Tribunal Constitucional, considera necesario agotar el control judicial previsto como vía previa para los casos de vulneración del derecho fundamental a un debido proceso en el arbitraje, es:

«19. La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje en la efectiva posibilidad de que ante la existencia de un acto infractor, éste sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagradas en el artículo 139 de la Constitución, desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje».

Ahora bien, no nos queda claro en qué medida, en este caso, el establecimiento de una vía previa, garantiza la independencia del arbitraje

o que los vicios que puedan ser cometidos en él, sean remediatados de acuerdo a los principios y garantías contempladas en la LGA, más aún si tenemos en cuenta que ésta no había previsto la posibilidad de realizar un control judicial —vía anulación— de todos los elementos configurantes del debido proceso, pues reiteramos, no existía una causal de anulación para estos efectos.

En consecuencia, en nuestra opinión, no estamos frente a un suuesto de respeto a la institución arbitral, ni de los principios regulados en la LGA, sino que se ha establecido una doble oportunidad de realizar el mismo control de lo que se ha denominado, debido proceso arbitral, uno a través del recurso de anulación —o de apelación, cuando así se hubiera pactado—, y otro a través del arbitraje. Así, no habiéndose dispuesto nada distinto, ambos tendrían el mismo contenido y alcances.¹⁷

2.3. *Una propuesta para dar coherencia a los mecanismos de control y no vulnerar la eficacia del arbitraje*

En nuestra opinión, la determinación de esta vía previa, no es útil ni positiva para el arbitraje, ya que en este extremo, el recurso de anulación de laudo perdería su razón de ser, convirtiéndose únicamente en una suerte de «seudo amparo, previo al amparo», lo que firmemente consideramos que no contribuye a la eficacia de arbitraje.

¹⁷ En esta línea de razonamiento Rivarola Reisz, afirma: «También procedería anulación del laudo y el posterior proceso de amparo cuando los árbitros interpreten de manera errada (es decir, contraria al criterio del Tribunal Constitucional) derechos y garantías constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad de contratar. Parece entonces que el recurso de anulación de laudo corre el riesgo de convertirse en una revisión al estilo de una casación por vicios *in indicando*, que permitiría al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, en un posterior proceso de amparo, dejar sin efecto el laudo cuando no compartan el criterio del árbitro».

RIVAROLA REISZ, J. Domingo. «Decisiones Constitucionales y Judiciales». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, Lima: Ed. Grijley, 2006, p. 581.

Por ello, nos permitimos hacer algunas propuestas, que estimamos podrían contribuir de alguna manera a guardar coherencia entre los mecanismos de control del debido proceso, sin que se altere la eficacia del arbitraje:

- a) Las afectaciones al debido proceso, deberían ser materia de control constitucional, directamente a través del proceso de amparo, sin que sea necesario agotar una vía previa. Ello supondría que la afectación al derecho de defensa —que a la fecha sí se encuentra prevista como causal de anulación en el artículo 73 de la LGA—, no sea materia de control judicial a través del recurso de anulación, lo que implicaría una modificación al texto de la LGA.
- b) Si se mantiene el recurso de anulación —y de ser el caso, de apelación— como vía previa al control constitucional del debido proceso, consideramos que tendría que establecerse alguna manera de evitar el uso indebido o malicioso del amparo, por quien pretende simplemente dilatar la ejecución del laudo arbitral.

Así, si bien el inicio del proceso de amparo naturalmente no suspende la ejecución del acto violatorio al derecho fundamental agraviado, en este caso, del laudo arbitral, consideramos prudente que cualquier medida cautelar que busque este objetivo implique necesariamente el ofrecimiento de una contracautela (carta fianza bancaria o depósito en una cuenta a nombre del Poder Judicial) que asegure *indubitablemente la inmediata ejecución* del laudo, si la decisión del proceso constitucional es desfavorable al demandante. Cualquier exoneración de esta exigencia, deberá ser absolutamente excepcional y extraordinaria, y deberá estar debidamente sustentada por el Órgano Jurisdiccional.

De esta manera, como lo señala Morillo,¹⁸ podríamos llegar a una situación de equilibrio real, no simbólico. El otorgamiento de una garantía en este caso concreto, busca precisamente recomponer el debido

¹⁸ MORELLO, Augusto Mario. *Avances Procesales*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 676.

proceso, y garantizar la igualdad de trato entre las partes en conflicto, de modo que si la interposición del recurso de anulación de laudo y, posteriormente, de amparo constitucional careciera de sustento, los perjuicios de esta demora indebida serán resarcidos de manera inmediata.

3. ¿QUÉ RESOLUCIÓN DEBE SER MATERIA DEL PROCESO DE AMPARO: EL LAUDO ARBITRAL, LA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA LA ANULACIÓN DEL LAUDO O AMBAS DECISIONES?

1. El Tribunal Constitucional ha dispuesto que «es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por vía del proceso constitucional, una resolución arbitral».¹⁹ Ahora bien, habiéndose establecido que el recurso de anulación o, de ser el caso, el de apelación, son vías previas para la procedencia del control constitucional a través del proceso de amparo, esto implicaría que en la demanda, necesariamente se deberá pretender la nulidad, tanto de la resolución judicial que declaró infundada la pretensión de anulación del laudo por afectación al debido proceso, como del laudo arbitral en sí mismo. Pues ésta es la única manera de que se pueda realizar un control constitucional de la decisión arbitral.

¹⁹ En la sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, dispuso que: «23.- Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Ésta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral». (Texto en cursiva agregado).

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente n.º 1567-PA/TC, estableció: «14. Así planteado el tema, es factible que la demandante recurra a un proceso constitucional de amparo alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y convoque la intervención de la jurisdicción constitucional a efecto de que le brinde efectiva tutela [...]».

En esta línea parece haberse pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia que resuelve los procesos acumulados n.ºs 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), en la que se dispone:

«10. Igualmente, el Tribunal advierte que el criterio al que se acaba de hacer mención no es aplicable en aquellos casos en los que el agravio se produce por efecto de un laudo, puesto que una vez que éste se cuestione mediante los medios impugnatorios previstos en la Ley General de Arbitraje, su resolución corresponde al Juez. Y si «[...] bien el recurso de anulación establecido en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572 (como también el recurso de apelación, si ése fuera el caso) no constituye, *stricto sensu*, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho [...]» también lo es que, en supuestos de esta naturaleza, *el amparo no sólo persigue cuestionar el laudo arbitral, sino también la decisión judicial que lo legitima*, bajo los alcances del principio de definitividad, ínsito a la exigencia de contarse con una resolución firme, en los términos del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, como antes se ha advertido». (El texto en cursiva es agregado).

2. En nuestra opinión, el sustento de esta decisión sería que la finalidad del proceso de amparo, según lo prevé el artículo 1 del Código Procesal Constitucional,²⁰ es proteger los derechos fundamentales vulnerados, *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación*. En consecuencia, sólo se puede lograr este objetivo, si el control constitucional se realiza anulando el laudo arbitral mismo, en la medida que sea allí donde radique la afectación invocada al debido proceso, y que ha dado lugar al proceso de anulación, al que se le ha atribuido la calidad de «vía previa».

²⁰ Artículo 1.- «Finalidad de los procesos.- Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo».

Adicionalmente, se fundamentaría en que para la procedencia de un amparo contra una resolución emanada de un proceso irregular, es necesario que ésta tenga la *calidad de firme*.

El concepto de resolución firme²¹ implica una decisión respecto de la cual ya no cabe la utilización de los mecanismos de impugnación previstos para su revisión, sea porque el interesado en su cuestionamiento dejó vencer el plazo, sin plantearlos, o porque ya utilizó todos los medios impugnatorios previstos para revertir el agravio producido.

Ahora bien, en este caso, para la procedencia de una demanda de amparo contra un laudo arbitral, será imprescindible que se haya obtenido una decisión firme, al haberse desestimado el recurso de anulación (considerado vía previa) en el que necesariamente se tendría que haber invocado como «causal», la afectación al debido proceso arbitral, en alguna de sus manifestaciones. Es decir, no cabría la posibilidad de recurrir al proceso de amparo, si no se interpuso el recurso de anulación, o habiéndose planteado no se invocó la afectación del debido proceso como vicio del laudo.

3. Por otro lado, nada obsta a que quien no se perjudicó con el resultado del laudo arbitral, pero sí con la resolución judicial emitida en el proceso de anulación de laudo propuesto por el perdedor del arbitraje (agraviado con el laudo), recurra al proceso de amparo alegando la vulneración a su derecho a un debido proceso, esta vez, ya no

²¹ «[...], las sentencias firmes han adquirido tal calidad, sea porque se agotó el sistema impugnatorio, sea porque el interesado en que puedan ser atacadas en un nuevo proceso cuya pretensión es impugnarla dejó vencer el plazo sin intentarlo. Por cierto, estas últimas tienen el agregado de recibir la autoridad de la cosa juzgada, es decir, una calidad adicional que consiste en el reconocimiento jurídico, social y político de un inmutabilidad». MONROY GÁLVEZ, Juan. «La actuación de la sentencia impugnada». En *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 43, Lima, 2001, p. 26.

en el arbitraje, pero sí en el proceso judicial nulificante. En este caso, estaremos simplemente frente al supuesto del cuestionamiento de una decisión judicial emana de una proceso irregular, mas no así del laudo arbitral.

Como se advierte, la posibilidad de recurrir al amparo, más allá de cuál sea el resultado de la anulación de laudo, se encontraría «asegurada», por ello consideramos imprescindible dejar claramente establecido que el inicio de este proceso no impedirá la ejecución de la decisión cuestionada, lo cual sólo se podrá permitir cautelarmente en la medida de que se garantice plenamente la ejecución del laudo si el amparo no es estimado.

Como se advierte, estamos frente a una situación muy peligrosa, que urge sea revisada por el Tribunal Constitucional, ya que desafortunadamente, y pese a lo que quiso con la expedición de las decisiones referidas a la interrelación entre la actividad judicial y la arbitral, si quien obtuvo un resultado adverso en un proceso arbitral, así lo quiere, tiene las puertas del Poder Judicial garantizadas, con la consecuente pérdida de eficacia de la decisión arbitral. Es decir, regresarán exactamente donde las partes acordaron que no querían estar, esto es, en el ámbito de la jurisdicción estatal.

4. Por otro lado, un punto práctico que resulta pertinente aclarar, es el de la determinación del Órgano Jurisdiccional competente para conocer la demanda de amparo contra el laudo arbitral, esencialmente debido a que los criterios de competencia son asignados por la ley, y en este caso, no existe ninguna que prevea cuál es el órgano competente por grado y materia para impugnar una resolución arbitral.

En efecto, ante la falta de disposición expresa, parecería que lo razonable sería aplicar analógicamente los criterios de competencia previstos para la impugnación de resoluciones judiciales provenientes de supuestos procesos irregulares. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha determinado que, en atención al principio de legalidad, el régimen para fijar la competencia, previsto en el artículo

51 del Código Procesal Constitucional, es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales y que éste no puede extenderse por analogía, a ningún otro acto reclamado, como por ejemplo, las decisiones arbitrales.²² Lo preocupante es que si bien estableció que ese criterio no era procedente, tampoco estableció cuál era el que debía aplicarse.

Ahora bien, habiéndose establecido que sólo podrá solicitarse el control constitucional de un laudo arbitral, en la medida que previamente se haya solicitado su anulación en la vía judicial, y que la decisión emitida en ésta haya sido adversa, consideramos que el vacío sobre la competencia para el control constitucional del laudo, quedaría superado. En efecto, teniendo en cuenta que en el proceso de amparo inevitablemente se deberá cuestionar también la resolución judicial que ratificó la validez del laudo, y que para estos efectos, sí existe un criterio de competencia expresamente determinado por la ley, el mismo se aplicará por añadidura a la impugnación del laudo arbitral.

²² El Tribunal Constitucional, en la sentencia que resolvió los expedientes acumulados n.ºs 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Caso: Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), dispuso:

«6. El Tribunal reitera, asimismo, que en su jurisprudencia sobre el artículo 51 del Código Procesal Constitucional y antes, sobre el artículo 29 de la Ley n.º 23506 —que también establecía un régimen semejante— siempre se ha considerado que el régimen de competencia previsto en el segundo párrafo del Código Acotado es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales, y que este último es expedido en procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) en otros de naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales).

[...]

9. El Tribunal recuerda que la razón de no haber considerado las reglas de competencia judicial para el caso del amparo contra resoluciones judiciales como aplicable para el caso del amparo arbitral o, en su turno, para el caso del amparo electoral, se funda en el hecho de que su determinación está sujeta al principio de legalidad. En efecto, la competencia de un tribunal de justicia por razón de la materia debe encontrarse fijada por la ley. Por tanto, ante la inexistencia de una norma legal que fije las reglas de competencia judicial del amparo arbitral, el Tribunal Constitucional no podrá exigir que el justiciable haya interpuesto su demanda de amparo ante un órgano jurisdiccional que no ha sido declarado, *prima facie*, como competente para conocer un determinado asunto».

El único supuesto que continuaría expuesto a la situación de vacío, será aquel caso excepcional en el que, al amparo del artículo 46 del Código Procesal Constitucional²³ se demuestre que el agotamiento de la vía previa, volverá irreparable la vulneración al derecho fundamental, razón por la cual el juez admitirá excepcionalmente la interposición de una demanda de amparo directamente contra el laudo. En este caso, y atendiendo a lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional, tendríamos que aplicar el criterio de competencia residual, esto es, el que determina que a falta de determinación de un criterio de competencia *ad-hoc*, será competente el juzgado especializado.

4. ¿QUÉ COMPRENDE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL?, ¿CONTEMPLA LA POSIBILIDAD DE REVISAR EL FONDO DEL LAUDO?

1. Sin entrar a un análisis profundo del tema, la respuesta que salta como evidente es, NO. Nos explicamos. Si entendemos que a través de la celebración del convenio arbitral, las partes —autorizadas expresamente por el ordenamiento jurídico— han renunciado a que la controversia suscitada entre ellas, sea materia de decisión por una autoridad judicial, precisamente para someterla al pronunciamiento de un Tribunal Arbitral, nos parece claro que una revisión judicial, sea en el fuero común o constitucional, no puede entrar al análisis del contenido de la decisión, sino que se debe limitar a verificar los aspectos esenciales que determinan la validez del laudo. Esto es, en nuestra opinión, podrá anular la decisión arbitral, mas no pronunciarse sobre el fondo de la controversia, en tanto carece de competencia para ello.

²³ Artículo 46. - «Excepciones al agotamiento de las vías previas
No será exigible el agotamiento de las vías previas:
[...]
2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pueda convertirse en irreparable.
[...].».

Lo mencionado es además coherente con lo dispuesto en el artículo 61 de la LGA,²⁴ que no sólo establece que en la revisión judicial que se realiza a propósito del recurso de anulación, sólo se debe analizar la validez del laudo, sin entrar al fondo de la controversia, sino que además prohíbe expresamente esta posibilidad, bajo responsabilidad.²⁵

2. Sin embargo, de dónde surge nuestra preocupación. Si bien en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional no se afirma que sea posible revisar el fondo de la controversia, lo que sí ha quedado meridianamente claro es que será posible solicitar el control constitucional de una decisión arbitral por incumplimiento de los principios constitucionales de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

Ahora, el punto complicado es que no se ha hecho la salvedad de cuál es la extensión del derecho a un debido proceso, que puede ser tutelada en la vía del amparo. En efecto, es claro que el debido proceso tiene dos (2) fases: (i) formal o instrumental: referida a las garantías que aseguran el trámite del proceso hasta la obtención de una decisión final, éste es el caso del derecho de defensa, de prueba, de impugnación, a una debida motivación, etc.; y (ii) material o sustantiva: que implica verificar la justicia de la decisión, esto es, del fondo de lo decidido, a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales.

²⁴ Artículo 61.- «Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez o su nulidad. *Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia*. (El texto en cursiva es agregado).

²⁵ Esta posición tiene además total sustento en la doctrina arbitral, pues está totalmente fuera de discusión la imposibilidad de que el Poder Judicial, pueda, por esta vía, revisar el fondo de la controversia. Así, Chocrón Giráldez señala: «[...], el recurso de anulación no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por la que se rige la institución». CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Ed. Bosch, 2000, p. 211.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha determinado:

«13. [...] En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados *los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso*. Del mismo modo deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como a los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución». (Expediente n.º 1567-2006-PA/TC. Caso Compañía de Exploraciones Algamarcia). (El texto en cursiva es agregado).

Del fundamento transrito, se advierte que el control constitucional del debido proceso arbitral, al que se refiere el Supremo Intérprete de la Constitución, comprende tanto la fase formal o procesal propiamente dicha, como la fase sustantiva, referida al contenido mismo de la decisión, en función a su respeto a los derechos fundamentales.

En efecto, este criterio ha sido ratificado en la sentencia recaída en el Expediente n.º 4972-2006-PA/TC,²⁶ en la que expresamente se ha señalado:

«18. [...] así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace

²⁶ Esta sentencia ha determinado que son tres (3) las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional:

«17. [...] a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)».

cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedural (jurisdicción predeterminada, procedimiento pre establecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (artículo 4)». (El texto en cursiva es agregado).

En relación a este tema cabe citar la opinión autorizada del ex Presidente del Tribunal Constitucional, doctor César Landa Arroyo, quien indica.²⁷

«En tal medida será posible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso que sean aplicables en la jurisdicción arbitral. *Sobre este punto consideramos que las resoluciones emitidas por los árbitros son revisables en sede constitucional, no sólo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo al debido proceso material o sustantivo*». (El texto en cursiva es agregado).

«Si bien —como hemos señalado— este criterio ha sido desarrollado en el marco de un proceso de amparo incoado contra una resolución judicial, *consideramos que nada impide que, a la hora de evaluar si una resolución arbitral es regular o irregular, el juez constitucional verifique si ésta se encuentra en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales*; tarea que debe ser llevada a cabo modulando la intensidad del control constitucional sobre las resoluciones arbitrales, bajo el canon interpretativo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia,²⁸ vale decir, siguiendo los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia». (El texto en cursiva es agregado).

Es de indicar que el doctor Landa Arroyo está haciendo alusión directa al «Canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales» desarrollado por el Tribunal Constitucional en la decisión

²⁷ LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*, p. 39.

²⁸ Refiriéndose a la decisión recaída en el expediente n.º 3179-2004 (Caso Apolonia Collca Ponce).

recaída en el Expediente n.º 3179-2004 (Caso: Apolonia Ccollcca Ponce), en el que —entre otros aspectos— se señala:

«23. [...] que el Tribunal Constitucional establezca el canon interpretativo bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales, sin que ello suponga convertir al Tribunal Constitucional en una cuarta instancia judicial y sí, más bien, a fin de *reconocer que al Tribunal le corresponde, en el proceso de amparo, resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando éstos hayan violado los derechos fundamentales tutelados por el proceso constitucional de amparo*.»

Dicho canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto en primer lugar, por un examen de razonabilidad, en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia».²⁹

3. Sin embargo, discrepamos respetuosamente de lo señalado por el ex Presidente del Tribunal Constitucional, en el sentido de que los parámetros proporcionados para que, vía control constitucional, se emita una resolución que pueda modificar lo decidido respecto del fondo de una controversia por una resolución judicial, no pueden ser aplicados respecto de las resoluciones arbitrales.

²⁹ La sentencia del Caso: Apolonia Ccollcca Ponce, desarrolla los siguientes criterios para efectuar un adecuado control constitucional sobre el fondo de una decisión judicial:

«Examen de razonabilidad.- Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona, vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

Examen de coherencia.- El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario, no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

Examen de suficiencia.- Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado».

En efecto, en nuestra opinión, existen algunos aspectos que ameritan ser considerados:

- a) Si bien resulta totalmente razonable sostener que no existiría justificación legal suficiente para afirmar que una decisión arbitral, pueda ser revisada vía amparo, sólo cuando se vulnera el derecho fundamental al debido proceso —entendido en su fase netamente procesal o instrumental— y no cuando se vulneran otros derechos igualmente de fundamentales, pues en ambos casos estaríamos ante un proceso «irregular»,³⁰ ello no implica que, vía control constitucional, pueda modificarse lo decidido, variando los términos en los que la controversia fue resuelta por un Tribunal Arbitral.

En efecto, no es lo mismo el control constitucional de las *decisiones judiciales*, emitidas en ejercicio de la potestad estatal de impartir justicia, en tanto ésta proviene de una manifestación de poder soberano emanado del pueblo, donde claramente la responsabilidad de una decisión válida y además justa, es del Estado, que aquél que debe realizarse sobre *decisiones arbitrales*, donde la autoridad de la decisión no reposa en el ejercicio de una potestad soberana del Estado, sino en el ejercicio de un derecho, también fundamental, como es la autonomía de la voluntad, ejercida dentro de los parámetros constitucionales y legales permitidos, según el cual las partes sometieron a un Tribunal Arbitral la decisión de su conflicto sustraéndolo así, legítimamente de la potestad jurisdiccional estatal.

- b) Más aún si aplicamos los mismos criterios proporcionados por el Tribunal Constitucional como «Canon para el control constitucio-

³⁰ En el caso Apolonia Ccollca Ponce, mencionado en el cuerpo de este artículo el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

«14. Es inadmisible desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso «irregular» sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal «irregularidad» no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional».

nal de las resoluciones judiciales» (Expediente n.º 3179-2004), llegaremos a la conclusión de que éste no permite que un Órgano Jurisdiccional, ni siquiera que el Tribunal Constitucional, pueda entrar al fondo y emitir un pronunciamiento sobre la controversia que fue sometida a arbitraje.

En efecto, haciendo el análisis de razonabilidad, coherencia y suficiencia, tenemos que el control constitucional en materia arbitral debe tener un límite claro: si bien puede verificar la validez de la decisión tomada en consideración para ello el debido proceso instrumental (dentro de los parámetros del proceso arbitral) y material (velando por que no se haya producido una vulneración a derechos fundamentales), su actuación deberá restringirse a la nulidad de la decisión, de advertirse que efectivamente los vicios invocados se presentaron, pero en ningún caso podrá entrar a revocar ni reformar el contenido de lo resuelto arbitralmente.

En nuestra opinión, emitir una decisión distinta sobre el fondo, implicaría vulnerar otro derecho fundamental de los ciudadanos, reconocido por la propia Carta Política del Estado.³¹ La autonomía de la voluntad, el mismo que les facultó a sustraer la potestad jurisdiccional estatal de resolver su conflicto.

- c) Así, el Tribunal Constitucional podrá verificar el debido proceso material o sustantivo, lo que implicará analizar si hubo una vulneración a un derecho fundamental, y si ésta puede ser tolerada en un

³¹ Artículo 2.- «Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines ilícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

Estado de Derecho, en tanto se demuestre que obedeció a fines lícitos y proporcionales. De este modo, de determinarse que la restricción al derecho fundamental supuestamente vulnerado no era permisible, corresponderá que deje sin efecto la decisión arbitral, por ser violatoria a un debido proceso sustantivo, mas no podrá emitir una nueva decisión, pues esto se encuentra reservado a los jueces privados a quienes las partes sometieron la solución de su conflicto.

En efecto, en nuestra opinión, un control que exceda estos límites sería inconstitucional, y además tendría la consecuencia nefasta de habilitar una vía en la que se reproduciría la controversia planteada ante el tribunal arbitral, convirtiendo al arbitraje en un suerte de «vía previa a la vía previa (proceso judicial de anulación)», antes de que la controversia sea resuelta de manera definitiva, por un órgano constitucional en un proceso de amparo. Como se advierte, el convenio arbitral y la autonomía de la voluntad ya no tendrían ninguna relevancia, práctica ni jurídica.

5. ¿CUÁLES SON LOS ALCANCES DEL DEBIDO PROCESO INSTRUMENTAL, ARBITRAL?

1. El debido proceso instrumental, aplicable en materia arbitral, no puede ser el mismo que aquél que opera, por ejemplo, en el proceso judicial civil. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, quien ha señalado:

«38. Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia. El Tribunal ha advertido también a existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el de pluralidad de instancia». (Expedientes n.ºs 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC).

«En definitiva, que el debido proceso tenga una vocación expansiva más allá del terreno exclusivamente judicial, no quiere decir que todos los derechos

que lo conforman puedan ser susceptibles de ser titularizados, sin más en cada uno de esos ámbitos ajenos al estrictamente judicial». (STC 7289-2005-AA).

2. Atendiendo a lo mencionado, consideramos pertinente hacer un breve análisis sobre qué derechos podrían comprender el debido proceso instrumental o procesal, en el arbitraje.

Así, el Tribunal Constitucional ha recogido el concepto de debido proceso instrumental contenido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, según el cual:

«Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, *de modo enunciativo*, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos feneidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal». ³² (El texto en cursiva es agregado).

Ahora bien, del texto de la misma norma transcrita se advierte que ésta no contiene un *numerus clausus* y podemos sostener que *debido proceso* en un concepto indeterminado, que tendrá el alcance que cada autor le atribuya de acuerdo a cada procedimiento, así, este derecho complejo contará con tantos derechos configurantes como nuestra capacidad jurídica y creativa lo permita.³³

³² En líneas generales, estas son las garantías de la función jurisdiccional que también se encuentran reguladas en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

³³ Cremades, refiriéndose a los alcances del debido proceso arbitral en el sistema español y de los aspectos que deben ser materia de control judicial y constitucional señala:

«La libertad de configurar el procedimiento arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativos, aplicables a todo proceso: *audiencia, contradicción e igualdad*. [...]»

Si aplicamos el concepto de debido proceso (tutela procesal efectiva) en el ámbito arbitral, podemos afirmar que tendrá características propias; sin embargo, debemos dejar claramente establecido, que lo que indicamos a continuación, no refleja sino la opinión de la autora, en base a un ejercicio intelectual que —como tal— no excluye la corrección de cualquier otro.

Así, consideramos lo siguiente:

a) Derechos que integran el debido proceso arbitral y no conforman el debido proceso judicial:

- El derecho a ejercer la autonomía de la voluntad y celebrar un convenio arbitral que otorgue a los particulares la potestad de resolver las controversias que surjan respecto de derechos disponibles.
- El derecho a elegir a los árbitros que resolverán las controversias que —dentro del margen que le otorga el ordenamiento jurídico— sometan a su conocimiento.
- El derecho a establecer el procedimiento con el que los árbitros deberán resolver las controversias, en la medida que respeten preceptos mínimos como el derecho de defensa, prueba, audiencia, etc.
- El derecho a que se resuelva en base a criterios de conciencia, y no aplicando el ordenamiento jurídico, en la medida que respeten los derechos fundamentales.

b) Derechos que no integran el debido proceso arbitral:

- El derecho a la doble instancia.
- El derecho a la ejecución forzada de las decisiones arbitrales.

Los principios de igualdad, audiencia y contradicción son de aplicación inmediata al arbitraje que, en su caso, será tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo, o por el propio Tribunal Constitucional, mediante la interposición del recurso de amparo, frente a la resolución de la Audiencia Provincial que desestime la acción de nulidad, cuando en el arbitraje se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al proceso debido». CREMADES, Bernardo M. «El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española». En *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, p. 187.

- c) Derechos que constituyen el núcleo del debido proceso arbitral (sin los cuales no existiría debido proceso de ninguna naturaleza):
- El derecho de defensa, que se manifiesta en la contradicción y audiencia.
 - El derecho a un juez (o árbitro) imparcial.
 - El derecho a la prueba (que comprende el derecho al ofrecimiento, admisión y valoración de medios de prueba).
 - El derecho a una debida motivación de las decisiones.
 - El derecho a la igualdad de trato.
3. En síntesis, en lo que respecta a este tema en particular, lo que queda claro es que los límites del debido proceso arbitral no se encuentran definidos, y que estamos frente a una cuestión esencialmente de interpretación, en la que cada cual tiene su propia teoría, que le atribuye a este derecho, características propias.

Pero, como resulta evidente, necesitamos pautas claras, y que interprete precisamente quien está legalmente llamado a hacerlo con carácter vinculante, quien está llamado a crear predictibilidad y certeza, nos referimos precisamente al Tribunal Constitucional —en ejercicio de las potestades que le confiere el Código Procesal Constitucional— y al Poder Judicial, precisamente para evitar que los alcances de un derecho como el debido proceso, dependan de la necesidad del litigante que obtuvo una decisión adversa a sus intereses.

6. CONCLUSIONES

1. Nuestro Tribunal Constitucional, en el ánimo de evitar las continuas interferencias judiciales mientras los procesos arbitrales se encontraban en trámite, ha dictado sendas sentencias que contienen pautas específicas sobre los mecanismos de control aplicables al arbitraje.
2. Uno de los aspectos esenciales, ha sido el reconocimiento de que el derecho al debido proceso es aplicable a los arbitrajes; sin embargo

éste no sólo tendrá características propias, sino también mecanismos de control concretos.

3. Así, existen dos mecanismos de control del denominado debido proceso arbitral: (i) el control judicial que se ejerce a través de los recursos previstos en la LGA, esto es, la apelación y la anulación de laudo; y (ii) el control constitucional que se realiza a través del proceso de amparo, en la medida que se invoque que el laudo proviene de un arbitraje irregular.
4. Si bien la LGA no preveía una causal de anulación referida a la afectación a un debido proceso arbitral, ésta ha sido incorporada —independientemente, en nuestra opinión— a través de las decisiones del Tribunal Constitucional, habiéndose previsto, además, que para la procedencia de una demanda de amparo por afectación al debido proceso, deberá previamente haberse recurrido a la anulación de laudo por este motivo, y obtenido un resultado adverso que será cuestionado en la vía constitucional.
5. El análisis del debido proceso arbitral comprenderá las dos (2) fases del mismo: (i) instrumental o procesal propiamente dicha; y (ii) sustantivo o material, que contempla la justicia de la decisión sobre el fondo, en función al respeto de los derechos fundamentales. Ambos aspectos serán verificados a través del control judicial y constitucional del laudo, lo que implica una duplicidad que, en nuestra opinión, no colabora a la eficacia del proceso.
6. En el proceso de amparo se cuestionará tanto el laudo arbitral, como la resolución judicial que ratificó la validez del primero, al desestimar la pretensión de anulación planteada ante el Poder Judicial. En virtud a ello, será competente para conocer la demanda, el Órgano Jurisdiccional que conoce de los procesos de amparo contra resolución judicial.
7. En los procesos de amparo, se podrá verificar el debido proceso formal y material; sin embargo, este control se deberá limitar a la even-

tual anulación de la decisión arbitral, pero —en nuestra opinión— en ningún caso podrá emitirse un pronunciamiento que modifique o sustituya la decisión de la controversia emitida por el Tribunal Arbitral, en tanto los órganos estatales carecen de competencia para ello.

8. Si bien el Tribunal Constitucional ha evitado que en el transcurso del arbitraje se produzcan interferencias jurisdiccionales, en la práctica lo que ha ocurrido es que una vez dictado el laudo se han abierto amplias posibilidades de cuestionar la decisión arbitral por afectación al debido proceso, formal y material, tanto a través de una anulación de laudo, como de un proceso de amparo.
9. Resulta imprescindible que el Tribunal Constitucional establezca lineamientos claros que eviten que los controles judicial y constitucional del debido proceso en el arbitraje, se conviertan en herramientas para dilatar indebidamente la ejecución del laudo arbitral, en lugar de constituir vías idóneas para la protección de los derechos de los justiciables.
10. Algunas propuestas, que estimamos podrían contribuir a guardar coherencia entre los mecanismos de control del debido proceso, sin alterar la eficacia del arbitraje:
 - a) Las afectaciones al debido proceso, deberían ser materia de control constitucional, directamente a través del proceso de amparo, sin que sea necesario agotar una vía previa. Ello supondría que la afectación al derecho de defensa —que a la fecha sí se encuentra prevista como causal de anulación en la LGA—, no sea materia de control judicial a través de recurso de anulación.
 - b) De mantenerse el recurso de anulación —y de ser el caso, de apelación— como vía previa al control constitucional, tendría que establecerse alguna manera de evitar el uso indebido o malicioso del amparo, por ejemplo, disponiéndose que el inicio de

este proceso no impedirá la ejecución del laudo, o en su defecto, se podría requerir de alguna suerte de garantía que asegure que si la decisión en el proceso constitucional es desfavorable, la ejecución del laudo se encuentra asegurada, y que además ocurrirá de manera inmediata.

EL CONVENIO ARBITRAL Y
LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Fernando Vidal Ramírez

EL CONVENIO ARBITRAL Y LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

*Fernando Vidal Ramírez**

Sumario: 1. Premisa.— 2. El convenio arbitral.— 3. Las normas de procedimiento.— 3.1. La postulación del proceso.— 3.2. La Audiencia de Conciliación.— 3.3. El saneamiento procesal.— 3.4. La determinación de los puntos controvertidos.— 3.5. El saneamiento probatorio.— 3.6. La actuación probatoria.— 3.7. Los alegatos.— 3.8. El laudo.— 4. Las normas de procedimiento y las garantías del debido proceso.

1. PREMISA

El Convenio Arbitral es el meollo del sistema arbitral al extremo que ha sido considerado como su «carta magna», como lo ha llegado a calificar Bernardo M. Cremades,¹ en una calificación que unánimemente comparte la doctrina. Las partes, en virtud del convenio arbitral, deciden sustraer el conocimiento y la solución de su conflicto de la Jurisdicción Ordinaria y someterse a la decisión de árbitros, quedando vinculadas como efecto directo e inmediato de los pactos contenidos en él, entre los cuales pueden dar cabida a las normas de procedimiento con las que se iniciará, se desarrollará y concluirá el proceso arbitral.

* Fernando Vidal Ramírez, Profesor Universitario. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho y ex-Decano del Colegio de Abogados de Lima.

¹ CREMADES, Bernardo M. «El proceso arbitral en los negocios internacionales». En *Thémis. Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 11, Lima, 1988.

Las partes tienen, pues, la prerrogativa de pactar las normas de procedimiento o someterse a las normas ya establecidas por un Centro de Arbitraje. En uno u otro caso, los árbitros, al aplicar las normas de procedimiento, deben tutelar el derecho de las partes a las garantías del debido proceso.

2. EL CONVENIO ARBITRAL

La Ley General de Arbitraje —en adelante simplemente LGA— es sumamente explícita al establecer la noción de convenio arbitral y desarrollarla. Lo conceptúa como «el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sea o no materia de un proceso judicial», agregando, entre otras disposiciones, «que obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral».²

La LGA prescribe al convenio arbitral una forma *ad solemnitatem* desde que dispone que debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad. Puede ser incluido como cláusula de un contrato o hacerse constar como un acuerdo independiente y, pese a la formalidad que le prescribe, aparentemente rígida, la LGA permite establecer la existencia del convenio arbitral cuando resulta de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de correspondencia, e incluso cuando no existiendo acuerdo previo, si una de las partes toma la iniciativa de someterse a una decisión arbitral y la otra asiente posteriormente.³

El convenio arbitral puede ser contenido en cláusulas generales de contratación, en contratos de adhesión, en los estatutos de personas jurídicas, y aun en pliegos testamentarios.⁴

² Artículo 9.

³ Artículo 10.

⁴ Artículos 11, 12 y 13.

Como el arbitraje se nutre y sustenta de la voluntad de las partes, ellas pueden pactar respecto de las normas de procedimiento, sea en el momento de la celebración del convenio arbitral o en el acto de la instalación del Tribunal Arbitral, o someterse a las normas ya establecidas por una institución arbitral o centro de arbitraje. Como ya lo hemos indicado, en todos los casos, las normas de procedimiento deben haber previsto la preservación de los derechos de las partes y los árbitros tutelarles el derecho a las garantías del debido proceso.

3. LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Las normas de procedimiento cumplen una función ordenadora del proceso y tienen como finalidad la de hacer efectiva la tutela jurisdiccional y la observancia de las garantías del debido proceso.

Como ya lo hemos advertido, las partes pueden pactar las normas de procedimiento en el convenio arbitral o en el acto de la instalación del Tribunal, aceptar las dispuestas por los árbitros o remitirse a las de un Centro de Arbitraje.⁵ Sólo a falta de acuerdo de las partes o a falta de disposición de los árbitros, el proceso se tramita mediante la aplicación de las normas de procedimiento previstas en la LGA,⁶ cuyo carácter supletorio es evidente.

Las normas de procedimiento no tienen la misma rigidez formal que las de los procesos que se tramitan en la jurisdicción ordinaria, pues dependen siempre de la voluntad común de las partes, pues si ellas lo acuerdan, pueden, durante la tramitación del proceso arbitral, modificar las ya establecidas. Se trata, pues, de un principio de libertad inherente a las partes y que los árbitros deben reconocer.

⁵ Artículo 33.

⁶ Artículo 34.

Atendiendo a la falta de rigidez formal y a la libertad de las partes en cuanto a la regulación del proceso arbitral, tomando ideas de Santos Balandro,⁷ consideramos que las normas de procedimiento deben caracterizarse siguiendo criterios de privacidad, a fin de preservar la necesaria reserva y confidencialidad sobre las partes que contienden y la materia que se controvierte en el proceso; de flexibilidad, a fin de que durante el desarrollo del proceso permitan una solución pronta a las incidencias que se generen; de celeridad, a fin de no abrir la posibilidad de dilatar el proceso y darle una continuidad que permita la pronta solución de la controversia; de trato igualitario a las partes, a fin de que ambas puedan exponer los fundamentos de sus posiciones y sustentarla con los medios probatorios pertinentes; y de inmediación, a fin de que los árbitros convoquen a audiencias para que las partes se expresen oralmente y se confronten, conduzcan directamente las actuaciones probatorias y aprecien la conducta procesal de las partes.

El proceso arbitral tiene secuencias que, a mi juicio, son imprescindibles, pero que en ejercicio de la libertad para establecer las normas de procedimiento, la voluntad de las partes puede regularlas, aunque sin dejar de considerar que algunas de las disposiciones de la LGA tienen el carácter de normas cogentes. Estimo como tales secuencias las que paso a resumir, sin considerar la posibilidad de obtener medidas cautelares.

3.1. La postulación del proceso

Instalado el Tribunal Arbitral y abierto el proceso, luego de cumplidas las condiciones establecidas y ratificado el sometimiento de las partes a la decisión arbitral, queda planteada la etapa postulatoria del proceso que tiene la finalidad de dar a conocer las pretensiones de las partes que se constituyen en la materia que se controvierte que, desde luego, debe ser arbitrable.

⁷ SANTOS BALANDRO, Rubén. *Seis lecciones de Arbitraje Privado*, pp. 120 y ss.

La postulación del proceso implica, entonces, que el peticionante del arbitraje ratifique y dé a conocer el petitorio que contiene sus pretensiones y que el emplazado ejercite su derecho de contradicción. Las normas de procedimiento pueden regularla de la manera como la hayan convenido las partes, pudiendo haber establecido que el peticionante del arbitraje se constituya en demandante o que ambas partes, simultáneamente, presenten sus respectivas posiciones.

Si el peticionante es el demandante, deberá, en el plazo convenido, presentar su demanda con el respectivo petitorio que da contenido a sus pretensiones, exponiendo sus fundamentos y ofreciendo los medios probatorios que las sustentan. Admitida la demanda, se le corre traslado a la parte que viene a ser la demandada, a fin de que en el plazo convenido, ejercite su derecho de contradicción, contestándola y exponiendo sus fundamentos y los medios probatorios que los sustentan, pudiendo también formular una reconvención, en cuyo caso se corre traslado a la parte demandante para que, en el plazo previsto, ejercite también su derecho de contradicción contestándola, con lo que se cierra la secuencia relativa a la postulación del proceso.

Si se ha convenido que ambas partes presenten simultáneamente sus posiciones, una vez ocurrida la admisión de las mismas, se corren los respectivos traslados, con cuya absolución en el plazo convenido, se cierra también la secuencia relativa a la postulación del proceso.

3.2. La Audiencia de Conciliación

Expuestas las pretensiones de las partes o sus respectivas posiciones, el Tribunal Arbitral debe convocar a una Audiencia de Conciliación, en el plazo que haya sido previsto en las normas de procedimiento.

La audiencia tiene por finalidad que los árbitros propicien una conciliación entre las partes. De producirse la conciliación y si ésta abarca la totalidad de las pretensiones o posiciones planteadas, el Tribunal

Arbitral deberá dar por concluido el proceso.⁸ Si la conciliación es sólo parcial, la conclusión del proceso se producirá respecto de las pretensiones o posiciones conciliadas y el Tribunal Arbitral dispondrá la continuación del proceso respecto de las no conciliadas.⁹

En la misma audiencia, las partes de común acuerdo pueden solicitar la suspensión del proceso con la finalidad de iniciar tratativas para una conciliación o reservarse la facultad de conciliar sin pedir la suspensión del proceso.

Si las partes no llegan a una conciliación terminado el período de suspensión si lo pidieron, deben manifestarlo al Tribunal Arbitral para que disponga la continuación del proceso.

Lo ocurrido en la Audiencia de Conciliación debe constar en el acta que al respecto se extienda.

3.3. El saneamiento procesal

Puede ocurrir que la parte no peticionante del arbitraje haya formulando oposición al arbitraje dejando constancia en el acto de la instalación del Tribunal Arbitral o que al contestarse la demanda o la reconvenCIÓN se alegue que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para resolver alguna de las pretensiones demandadas o reconvenidas. Puede ocurrir también que se planteen defensas previas o se promuevan excepciones.

La oposición al arbitraje debe ser resuelta como cuestión previa, salvo que el Tribunal Arbitral decida resolverla con el laudo.¹⁰ Si la resuelve como cuestión previa y la declara fundada debe declarar también la conclusión del proceso, y si la declara infundada, debe disponer la continuación del proceso, sin que en ninguno de los dos casos proceda

⁸ Artículo 41.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Artículo 39.

recurso impugnatorio alguno.¹¹ Si la oposición la resuelve con el laudo, desestimándola, sólo en este caso procede el recurso de anulación.¹²

Para resolver la oposición al arbitraje, así como las defensas previas y las excepciones, el Tribunal Arbitral puede convocar a una Audiencia para oír a las partes y luego resolver, en el acto de la Audiencia o con posterioridad a ella e incluso con el laudo, si hubiera una estrecha vinculación de las excepciones con el fondo de la controversia.

Resueltas las defensas previas y las excepciones, si son declaradas infundadas, el Tribunal deberá declarar saneado el proceso y que las partes han quedado vinculadas por una relación procesal válida o, si por el contrario, las declara fundadas, deberá dar por concluido el proceso. Contra lo resuelto de uno u otro modo, procede el recurso de reconsideración.¹³ Si son resueltas con el laudo, obviamente, es procedente el recurso de anulación.¹⁴

3.4. La determinación de los puntos controvertidos

Fracasada la conciliación y declarado el saneamiento procesal, el Tribunal Arbitral debe citar a las partes a una Audiencia para la determinación de los puntos controvertidos.

Los puntos controvertidos son el resultado de la confrontación de las posiciones de las partes o de los fundamentos de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvención y su contestación.

El Tribunal Arbitral debe invitar a las partes a proponer los puntos controvertidos y actúa como moderador. De mediar acuerdo, los puntos controvertidos quedan fijados y, si no hay acuerdo, los fija el Tribunal. Deben constar en el acta que se extienda.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ Artículo 58.

¹⁴ Artículo 61.

Los puntos controvertidos revisten especial importancia porque son los que deben ser resueltos en el laudo.

3.5. El saneamiento probatorio

Como se sabe, con las posiciones de las partes o con la demanda y su contestación, así como con la reconvenCIÓN y su contestación, deben ofrecerse los medios probatorios. Contra ellos, pueden formularse cuestiones probatorias como tachas, impugnaciones y oposiciones.

Fijados los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral deberá resolver las cuestiones probatorias para producir el saneamiento probatorio, esto es, la determinación de la pertinencia e idoneidad de los medios probatorios que habrán de ser valorados en relación, precisamente, de los puntos controvertidos que han sido fijados.

El saneamiento probatorio puede realizarse en Audiencia para oír a las partes y declararse mediante una resolución, en el acto de la Audiencia o posteriormente, que determine la admisión de los medios probatorios que guardan pertinencia con los puntos controvertidos, pues implica que queden expeditos para su actuación, si es requerida, o su valoración para los efectos del laudo.¹⁵

3.6. La actuación probatoria

Si los medios probatorios admitidos como consecuencia de su saneamiento requieren de actuación, el Tribunal Arbitral deberá disponerlo y convocar a las audiencias que sean menester.

Sin perjuicio de los medios probatorios ofrecidos y actuados, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de solicitar a las partes las aclaraciones o informaciones que estime necesarias u ordenar, de oficio, la actuación de otros medios probatorios, como una pericia y, en su momento, convocar a una Audiencia para oír a las partes y que los autores de la pericia sustenten su dictamen.¹⁶

¹⁵ Artículo 37.

¹⁶ *Ibidem.*

Puede también el Tribunal Arbitral, mediante resolución motivada, prescindir de medios probatorios pendientes de actuación, si se considera suficientemente informado.¹⁷

3.7. *Los alegatos*

Concluida la actuación probatoria, el Tribunal Arbitral puede solicitar a las partes la presentación de un resumen por escrito con vista a las pruebas ofrecidas o actuadas y, si las partes se lo solicitan, convocarlas a una Audiencia para oír sus alegatos orales.

3.8. *El laudo*

El laudo es la decisión que adopta el Tribunal Arbitral y mediante el cual resuelve la controversia. Es la oportunidad en la que los árbitros asumen plena autonomía, con la sola obligación de observar el plazo previsto¹⁸ y emitirlo con los votos requeridos para su formalización.¹⁹ Debe ser notificado en el plazo previsto²⁰ y es susceptible de aclaración, corrección e integración, si se lo solicitan las partes en el plazo previsto.²¹

El laudo es inapelable, salvo que las partes hayan convenido lo contrario.²² Sin embargo, puede ser impugnado mediante el recurso de anulación, que es de orden público, sustentado en las causales taxativamente establecidas por la LGA.²³

El laudo una vez consentido, o ejecutoriado, tiene el valor equivalente a una sentencia judicial, con el valor de cosa juzgada.²⁴

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Artículo 48.

¹⁹ Artículo 46.

²⁰ Artículo 53.

²¹ Artículos 54 y 55

²² Artículo 60.

²³ Artículo 61.

²⁴ Artículo 59.

4. LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO Y LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

Las normas de procedimiento deben guardar conformidad con las garantías de debido proceso, que es un concepto elevado a la categoría de precepto constitucional como principio de la función jurisdiccional. Pero no es un concepto con una noción desarrollada en los textos legales sino en la doctrina y es, por ello, que el concepto de debido proceso es sumamente lato y se integra con el de las garantías que deben tener los contendientes dentro del proceso.

En mi opinión, en el proceso arbitral las garantías del debido proceso pueden deducirse de las causales de anulación del laudo²⁵ y en el fundamento de orden público del recurso respectivo, que no admite pacto contra su interposición y al que la LGA sólo le impone requisitos de admisibilidad.²⁶

Considerando, entonces, las causales por las que se puede interponer el recurso de anulación contra el laudo, las garantías del debido proceso en el proceso arbitral vienen a ser, en primer lugar, la validez del Convenio Arbitral, que es la «carta magna» del arbitraje, como lo hemos ya enfatizado, lo que supone, además, que la composición del Tribunal Arbitral guarde conformidad con lo convenido por las partes. Lo son también las facilidades que el Tribunal Arbitral debe brindar a las partes para un ejercicio pleno del derecho de defensa, con la debida notificación de las actuaciones arbitrales. Asimismo, que las resoluciones y el laudo se emitan con las mayorías requeridas en el convenio celebrado por las partes o supletoriamente por la ley y que el laudo se expida dentro del plazo previsto en las normas de procedimiento pactadas para su aplicación al proceso o, supletoriamente, por la ley, debiendo estar referido a la materia expresa o implícitamente sometida por las partes al Tribunal Arbitral y siempre que dicha materia sea arbitrable.

²⁵ Artículo 73.

²⁶ Artículo 72.

Considerando las garantías del debido proceso arbitral, es posible que las normas de procedimiento pactadas por las partes puedan afectarlas. Considero que esa posibilidad no tiene cabida, pues sería absurdo y aberrante. La voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral o expresada en el acto de la instalación del Tribunal Arbitral, tiene un propósito evidente y que no es otro que el hacer efectiva la tutela jurisdiccional. Por eso, de presentarse el caso, son los árbitros los llamados, no a modificar las normas que las partes han pactado sino a requerirlas para que las enmienden a los efectos de que ambas puedan gozar del ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones y recibiendo un trato equitativo de quienes van a decidir la solución de su controversia.

En conclusión, las garantías del debido proceso no pueden estar al margen de las normas de procedimiento que regulan la tramitación del proceso arbitral para llegar a la solución de la controversia mediante laudo.

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LGA:
BREVES APUNTES SOBRE SU DISPONIBILIDAD**

Víctor Madrid Horna

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LGA: BREVES APUNTES SOBRE SU DISPONIBILIDAD

*Víctor Madrid Horna**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Sobre la tutela cautelar.— 3. Un vistazo a las medidas cautelares en nuestra LGA 4.— Rasgos.— 5. Medidas cautelares dictadas con posterioridad a la emisión del laudo.— 6. Sobre la disponibilidad de la tutela cautelar en el arbitraje.— 7. Renuncia.— 8. Trámite.

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer a los organizadores de este magnífico evento, y en especial a la Embajada de Francia, al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y al Estudio Mario Castillo Freyre.

No cabe duda de que por las interesantes exposiciones que me han precedido, confirmo que la dimensión procesal del arbitraje suele siempre despertar más de una posición encontrada y dotar a la discusión sobre la naturaleza del arbitraje de un gran apasionamiento.

El tema que me toca abordar en esta ocasión es sobre las medidas cautelares en el proceso arbitral, reflexionando en torno a su disponi-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Professor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Ex Secretario Técnico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

bilidad como rasgo propio de la flexibilidad de reglas disponibles en sede arbitral. Dicho sea de paso, este tema en realidad ha sido poco tratado y es por ello que quisiera hacer algunas consideraciones previas.

Una de las cuestiones que debemos tomar en cuenta para abordar el tema planteado es aquélla que reconoce la dimensión procedural del arbitraje que alude a la etapa por la que va a transitar, necesaria e inevitablemente, la controversia y su solución a través de la decisión final que pone fin al conflicto (laudo).

Esta dimensión procedural del arbitraje, el efecto procesal como tránsito necesario para la decisión que resolverá la controversia, es lo que tenemos que entender como un requisito, como un presupuesto fundamental en el arbitraje, sin que de esto se infiera que el arbitraje pueda reducirse a un simple proceso.

Es cierto que hay una dimensión procesal, pero también es cierto que el efecto del convenio arbitral, que tiene una genética contractual, va a desplegar una serie de relaciones y situaciones jurídicas, tales que no pueden quedar reducidas todas ellas a este ámbito procesal.

Es sabido que uno de los lugares comunes en la doctrina es aquél referido a la discusión que entretiene la naturaleza del arbitraje. Casi no hay autor que no sustente su posición al respecto cuando aborda un determinado tema que tiene que ver con este aspecto del arbitraje.¹

¹ Entre nosotros, Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Diego Aramburú en su libro: *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 42-52, presentan esta discusión y los autores que defienden una y otra postura, y comentan la posición nacional a propósito de la Constitución de 1993 que la consideró como jurisdicción. De otro lado, y recientemente, el doctor Fernando Vidal Ramírez, en su libro: *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2003, p. 31, opina que el arbitraje es, sobre todo, de función jurisdiccional, siguiendo la pauta ya advertida en este sentido por el doctor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena en su libro *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad

Debo advertir que el tema de las medidas cautelares no sólo nos conduce a un capítulo específico del aspecto procesal del arbitraje, sino también a la reflexión sobre la naturaleza del arbitraje mismo.

Ya sea que uno opte por uno u otro camino, siempre la naturaleza jurídica del arbitraje nos atraviesa, nos alcanza como una lanza, porque si analizamos, por ejemplo, las reglas, pronto vamos a toparnos con el hecho de si éstas son dispositivas o si son de orden público; si tienen que ser inmutables o si se pueden disponer o derogar a partir del convenio; y esto, obviamente, transita necesariamente por nuestra visión ontológica del arbitraje.

Nuestro Tribunal Constitucional —dicho sea de paso—, ha dejado implícita una definición y una proyección del concepto arbitraje que podríamos decir que refuerza, de alguna manera, los conceptos más procesales en esta gama de opciones sobre la naturaleza del arbitraje, sin que podamos compartirla del todo.

Dicho esto, podemos decir rápidamente que esta dimensión procedural del arbitraje va a justificar el tema de la tutela cautelar.

2. SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

Lo más probable es que todos nosotros estemos vinculados a la institución procesal de las medidas cautelares y, sobre todo, a su dinámica, porque nos hemos servido de ellas en el proceso judicial al que todos conocemos y recurrimos habitualmente; sin embargo, en el arbitraje,

Católica del Perú, 1988, pp. 40 y ss.; y por el doctor Ulises Montoya Alberti en su libro, *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco, 1988, pp. 31 y ss. En su oportunidad el doctor Juan Rivadeneyra Sánchez, opinó contrariamente en su artículo «*Jurisdicción Arbitral?*». En *Thémis*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 11, Lima, 1988.

estas medidas son particularmente diseñadas y reguladas en nuestra Ley General de Arbitraje.

Hay que entender también que el arbitraje es una forma de tutela y acceso a la justicia con la vinculación al debido proceso, pero además hay una justificación de la tutela cautelar en el arbitraje mismo y me refiero a la primacía de la eficacia del laudo como una condición de posibilidad de justicia.

Nadie accede a un arbitraje, nadie inicia un arbitraje, sino es porque tiene la consideración previa de que va a poder ejecutar y oponer el laudo que pretende; es decir, esa decisión final que va a poner fin a la controversia. Si el laudo no fuera definitivo, si no fuera ejecutable, no estaríamos hablando de arbitraje.

Justamente porque el árbitro tiene esa facultad; esto es, la de resolver la controversia a través de una decisión que gozará del carácter de cosa juzgada, es que el arbitraje se sostiene como una verdadera justicia alternativa y, obviamente, vamos a ver cómo también esta condición sirve de fundamento o justificación para la tutela cautelar.

Estamos de acuerdo —y ello no requiere mayor justificación—, que al igual que en sede judicial, muchas veces existe una necesidad de asegurar los fines del proceso a través de una decisión provisional y oponible.

Es imposible que en este momento podamos inventar, me refiero desde sede arbitral, una teoría cautelar propia o autónoma. Como tampoco podemos inventar una teoría del consentimiento para el arbitraje o una teoría de la eficacia de los actos jurídicos, debido a que sólo existe una eficacia y un consentimiento.

Por dicha razón, la doctrina procesal que informa el desarrollo, naturaleza, alcance y clasificación de las medidas cautelares, es la

misma que, en general, va a informar la tutela cautelar en sede arbitral.²

Valga la salvedad, sin embargo, que esta doctrina luego debe ser armonizada con la naturaleza de la disponibilidad de las reglas y su flexibilidad, que precisamente distingue al arbitraje de un sistema procesal nutrido de normas imperativas, lejos de la disponibilidad de las partes.

Ahora bien, de alguna manera y visto en forma general, podemos decir que la tutela cautelar busca reducir el riesgo de que la decisión final (laudo) se torne ineficaz. Entonces, muchas veces uno se pregunta si las medidas cautelares buscan salvaguardar un derecho o conservar una situación, o de pronto simplemente, facilitar la emisión del laudo.

Me he dado cuenta, a través de todas las legislaciones que he podido revisar, que las más importantes confluyen en estas tres ideas básicas sobre los fines de la tutela cautelar: (i) asegurar que el objeto del litigio no se frustre en tanto se dicte y ejecute el laudo; (ii) para regular conductas y las relaciones entre las partes, cosa que ya es una innovación respecto de la teoría cautelar clásica; y (iii) que sirva para conservar la evidencia y regular su administración, es decir, se trata de una facultad que finalmente va a ser concedida al Tribunal Arbitral para que éste pueda, de manera amplia y discrecional, en los casos que le corresponda decidir, emitir una decisión que constituya una tutela para que las partes puedan lograr lo que tanto esperan en un arbitraje, es decir, un laudo ejecutable y eficaz.³

En cuanto a los rasgos típicos, simplemente recordar que las medidas cautelares son temporales y no definitivas. No constituyen deci-

² Sobre este particular y una visión general, nos remitimos al acertado trabajo de ARIANO DEHO, Eugenia. «Problemática de las medidas cautelares en sede arbitral». En *Actualidad Jurídica*, n.º 151. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 87-93.

³ Con igual parecer, GAMBOA MORALES, Nicolás en *Arbitraje y Medidas Cautelares. El Contrato de Arbitraje*, pp. 589 y ss. Bogotá: Universidad del Rosario-Editorial Legis, 2005.

sión final en torno a la controversia por más que en algún momento puedan darse muy cerca del laudo, como tampoco pueden exceder la protección solicitada por las partes. Son instrumentales y gozan de status de laudo para efectos de la ejecución. Lo más importante para quien solicita una medida cautelar, no sólo se agota en el hecho que el Tribunal se la conceda, sino que la pueda ejecutar y en ese sentido las medidas cautelares muchas veces cumplen en los procesos un rol más protagónico que la misma sentencia o decisión final.

3. UN VISTAZO A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN NUESTRA LGA

Muchas veces los litigantes saben muy bien que obtener una tutela cautelar es prácticamente ganar el proceso y este fenómeno se reproduce exactamente en el arbitraje, siendo por ello importante conocer la regulación y cómo se articula la tutela cautelar en sede arbitral.⁴

Nuestra Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA) ha establecido un régimen tripartito en función del ámbito temporal de la solicitud cautelar, regulando este aspecto en sus artículos 79, 81 y 82.

Artículo 79. - «Medida Cautelar dictada en sede judicial.- Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

A estos efectos, serán de aplicación las disposiciones sobre proceso cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje, dentro de los diez (10) días posteriores a dicho acto.

⁴ Resulta pertinente remitirnos al trabajo del profesor ANZOLA, Eloy, sobre la disponibilidad de tutela cautelar en el arbitraje comercial. Puede revisarse en «¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?». En *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, enero-junio 2006, pp. 1005 y ss.

Si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno de derecho».

La LGA, además de reproducir el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje anterior, incluyó dos párrafos importantes referidos a los plazos de caducidad de las medidas dictadas y ejecutadas antes de la iniciación del proceso cautelar, siguiendo en este aspecto el criterio y las disposiciones contenidas en nuestro Código Procesal Civil.

Asimismo, con este artículo nuestra LGA incorpora un principio importante en materia de efectos y alcances del convenio arbitral. Este principio se refiere a la excepción que constituye el pedido de una medida cautelar ante la autoridad judicial, antes de iniciado el proceso, como un supuesto de no renuncia al arbitraje.

En otras palabras, si al celebrar un negocio o contrato incorporo una cláusula arbitral, cuyo efecto procesal es la «negativa de jurisdicción» respecto de las materias sometidas a arbitraje, cabe la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria antes de iniciado el arbitraje y solicitar una medida cautelar, sin que de esta petición se interprete una renuncia al fuero arbitral.

Como se mencionó en líneas anteriores, uno de los efectos más importantes que produce la celebración de un convenio arbitral es la llamada «negativa de jurisdicción» en cuanto a las materias sujetas a arbitraje.

En relación a este punto, el artículo 15 de nuestra LGA regula el supuesto de renuncia al convenio arbitral, estableciendo que la renuncia al arbitraje se produce cuando una de las partes interpone demanda ante un órgano jurisdiccional respecto de una materia sometida a arbitraje, y la contraparte no invoca la excepción de convenio arbitral.

Seguidamente, el artículo 16 que regula específicamente lo referente a la excepción de convenio arbitral, ratifica el supuesto de renuncia al arbitraje, pero amplía el supuesto del artículo 15, pues alu-

diendo al inicio de un proceso judicial, ya no se refiere sólo a la interposición de demandas, sino cuando, en general, se «promueve una acción judicial». Ello lleva a considerar, además de las demandas, otras acciones judiciales como la solicitud de medidas cautelares antes del proceso, que podrían entenderse como un supuesto para la renuncia del convenio arbitral.

No obstante, la LGA al incluir este principio erradica toda posibilidad de asumir que el pedido de una medida cautelar fuera de proceso, signifique la renuncia al arbitraje.⁵ Nótese que por la importancia y trascendencia para las partes que puede significar una decisión cautelar dictada fuera del proceso, la apelación interpuesta contra ésta por la contraria en sede judicial, terminaría por formalizar la renuncia al arbitraje, si no existiese la norma bajo comentario.

Ustedes saben que la LGA y algunos reglamentos del arbitraje han omitido establecer el inicio del proceso arbitral. Este aspecto puede generar un caos porque el cómputo de algunos plazos de caducidad está subordinado a saber exactamente cuándo se inicia el arbitraje. Yo no me imagino cómo podría computar un plazo de prescripción o un supuesto de caducidad a las que están sujetas las medidas cautelares si es que no tengo claro cuándo se inicia este cómputo. Y mucho menos cuando la misma norma, la LGA, establece que estos plazos se computan a partir del inicio del arbitraje.

Artículo 81. - «Medida cautelar en sede arbitral. - En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren

⁵ Los autores Alfonso Calvo Caravaca y Luís Fernández de la Gádara, en su libro *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 90, explican que el efecto negativo que genera el convenio arbitral no supone un exclusión total de la jurisdicción ordinaria, sino que padece de excepciones tales como a) La adopción de medidas provisionales de carácter urgente; y b) La asistencia de los tribunales estatales en el transcurso del procedimiento y la asistencia una vez finalizado el procedimiento arbitral, cuando su intervención es requerida para garantizar el cumplimiento del laudo.

necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir contracaute la a quien solicita 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 su pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo mérito de la copia del convenio y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

La segunda posibilidad es que una vez constituido el fuero arbitral, se puede solicitar la medida cautelar ante los mismos árbitros. Se discutió aquí un caso conocido a partir del cual nació la interrogante de cuándo surgía la facultad, esto es, la potestad de los árbitros para resolver y dictar medidas cautelares. A través de dos sentencias importantes de la Corte Superior de Lima del año 2002, quedó establecido que los árbitros adquieran esta competencia para resolver, a partir de la instalación del Tribunal Arbitral.

Según este antecedente jurisprudencial, los árbitros tienen la facultad de dictar medidas cautelares dentro del proceso a partir de la instalación del tribunal, incluso si no han cobrado los correspondientes honorarios profesionales, que muchas veces constituye una condición para la apertura del proceso mismo, cuando tal disposición es incluida como regla en el acta de instalación, o cuando el reglamento de la institución arbitral al que las partes se someten, así lo establece.

Un aspecto relevante de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral es el referido a su carácter de *inimpugnables*; no cabe recurso contra ellas, lo que advierte una gran diferencia con el ámbito judicial, pues como todos sabemos, en sede judicial cualquier decisión cautelar es absolutamente recurrible, aspecto que marca una diferencia relevante; sin embargo, me queda claro que pese a que en los procesos arbitrales las medidas cautelares no son recurribles, las partes siempre podrían solicitar una aclaración, corrección y a veces hasta integración

que, en realidad, vendría a ser una suerte de impugnación encubierta respecto a la decisión que obtiene o deniega la tutela cautelar.

Asimismo, la norma señala que para efectos de la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros pueden perfectamente pedir el auxilio de los jueces, en este caso el Juez Especializado en lo Civil de la sede del arbitraje, no obstante hoy, habría también que coordinar esta disposición, es decir, la remisión, además del Juez Civil al Juez Comercial, tomando en cuenta la creación de los juzgados comerciales.

Resulta relevante considerar la naturaleza de las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales dentro del proceso. Habíamos dicho al inicio que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral constituyen decisiones excepcionales a su labor, pues su misión está centrada a la solución de la controversia de fondo sometida a arbitraje por las partes.

4. RASGOS

a) Nuestra LGA no ha incorporado de la Ley Modelo, la discrecionalidad de las partes para pactar o no, la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares dentro del proceso. Es decir, las partes no podrían pactar en contrario al amparo de nuestra LGA. Otras leyes sí han seguido ese camino, así como también el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).⁶ De donde tenemos que, al parecer, el

⁶ Reglamento de Arbitraje ICC:

Artículo 23.- «Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o Laudo, según el Tribunal Arbitral lo estime conveniente».

propósito del legislador habría sido conceder a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares a solicitud de parte, sin que pueda pactarse en contrario.⁷

- b) Aunque la LGA no contempla la figura del laudo parcial o provisional, es común encontrar que la doctrina asimile las medidas cautelares a la categoría de laudo parcial o provisional. Comenta el doctor Ulises Montoya Alberti, que esta opción obedece al propósito de que el juez que conozca la ejecución de la medida cautelar, la trámite como si fuera un laudo, aplicándole las disposiciones que rigen el reconocimiento y la ejecución de laudos.⁸
- c) Como explica el doctor Ulises Montoya Alberti, en el artículo antes citado, las medidas cautelares en la LGA tienen por finalidad: a) Facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, básicamente pensando en la conservación de pruebas; b) Preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia o evitar cierta pérdida o daño, y c) Facilitar la ejecución del laudo.
- d) Cautelar contra cautelar. - Es frecuente encontrar supuestos en que los árbitros al momento de resolver un pedido cautelar afecten con su decisión a una medida cautelar dictada y ejecutada en sede judicial estando pendiente el recurso de apelación interpuesto ante el

⁷ No obstante ello, tal interpretación podría ser objetada bajo el argumento de que la naturaleza dispositiva de las reglas del proceso en el arbitraje, está —en principio—, en manos de las partes. Luego, nada impediría que éstas pacten una regla del proceso en este sentido.

⁸ En «Medidas Cautelares en el Arbitraje», artículo publicado por el doctor Ulises Montoya Alberti en la *Revista de Derecho y Ciencia Política*, n.ºs 1 y 2, Lima, 2001, vol. 58, pp. 130-131. «Esta solución ha sido adoptada en varias jurisdicciones, estableciéndose que las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de los laudos son aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes, a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, en el entendimiento de que toda referencia a un laudo en dichas disposiciones, sería aplicable a las medidas cautelares. Esta posibilidad de laudos provisionales se contempla expresamente, por ejemplo, en el artículo 26, 2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI».

Poder Judicial. Otras veces, los árbitros resuelven pedidos cautelares con idénticas o similares pretensiones a las medidas ya ejecutadas, solicitados por una u otra parte.⁹

- e) Finalmente, nuestra LGA trata a las medidas cautelares como decisiones no susceptibles de ser impugnadas y discrecionales, dictadas por el Tribunal Arbitral, que gozan de ejecución con el auxilio del juez especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar la medida.

5. MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS CON POSTERIORIDAD A LA EMISIÓN DEL LAUDO

Artículo 82.- «Medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación.- Sin perjuicio de la interposición del recurso de anulación o del recurso de apelación ante el Poder Judicial, la parte interesada podrá solicitar al Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas, que dicte las medidas conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo. La petición de medida cautelar se formula por escrito, acompañando copia del convenio arbitral, del laudo y su notificación.

El Juez resolverá en el plazo de tres (3) días. El auto que dicte es apelable sin efecto suspensivo dentro de los tres (3) días siguientes de notificado. La instancia superior resolverá dentro de los cinco (5) días de elevados los actuados».

Finalmente, para que vean la amplitud del efecto de la tutela cautelar en nuestra LGA, no solamente podemos pedir medidas cautelares antes y durante el proceso, sino incluso después de emitido el laudo, lo que tiene unas notas muy particulares.

⁹ Estos supuestos no son infrecuentes. La experiencia muestra que el trámite judicial de apelación, variación, ampliación, pedido de caducidad entre otros; son resueltos muchas veces por los jueces simultáneamente a la labor de los árbitros dentro del proceso arbitral, lo que ocasiona disfunciones y situaciones, algunas veces, contradictorias.

Es posible que una vez emitido un laudo firme (laudo a través de la decisión que eventualmente podría resolver los pedidos de corrección, integración y aclaración que va a ser), se interponga un recurso de anulación, como se ha comentado ampliamente hoy día. El artículo prevé garantizar al máximo la tutela de los que acuden a un arbitraje, pudiendo solicitar en este caso una tutela cautelar ante el Juez, que pretende dotar de máxima eficacia el laudo dictado e impugnado.

Hay que interpretar también que estas medidas cautelares cuando está pendiente el recurso de anulación deben ser entendidas como aquéllas que solamente son posibles cuando no se ha ofrecido una garantía o una fianza que permita asegurar el interés de quien interpone el recurso.

Como nosotros sabemos, la LGA, siguiendo la Ley Modelo UNCITRAL (en adelante, Ley Modelo), estableció un sistema a partir del cual las partes pueden pactar perfectamente como requisito de admisibilidad a la interposición de recurso de anulación, que la parte que va interponer el recurso garantice o afiance el monto de la condena, caso que, por ejemplo, está previsto en los reglamentos de muchas instituciones arbitrales como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y me parece correcto porque, en principio, analizando un caso muy particular, el interés en la eficacia de lo decidido estaría garantizado con este requisito de admisibilidad que estoy comentando.

De otro lado, en cuanto al supuesto del artículo 82 de la LGA, si bien es cierto la norma no lo señala y esto lo he visto en varios casos, ha sido materia de consulta y comentario en el libro del doctor Mario Castillo Freyre, me refiero a, ¿qué ocurre cuando el Tribunal Arbitral emite un laudo y mientras se están resolviendo los pedidos de aclaración y corrección, que suelen demorar algunos días porque hay un trámite arreglado para este caso, las partes solicitan una medida cautelar?

Acuérdense que en el supuesto del artículo 82 de la Ley en mención, el laudo ha sido impugnado por el recurso de anulación, y coinci-

do con el doctor Mario Castillo en que en este caso sería competente todavía el tribunal arbitral, por cuanto el artículo 82 parte del supuesto de que ya hay laudo definitivo, es decir, que ya se agotó su impugnación en sede arbitral. Antes de la emisión del laudo se mantendría la competencia del Tribunal, lo que genera un limbo muy peligroso porque en ese caso los Tribunales estarán renuentes a dictar una medida cautelar, ya que prácticamente ésta podría confundirse con la ejecución misma del laudo que ya está dictado.

Tratándose de una medida cautelar solicitada en sede judicial en la que la LGA ha establecido un trámite especial, en todo lo no previsto por ésta, se aplicará el Código Procesal Civil.

Valga decir que habiéndose interpuesto un recurso de anulación de laudo o de apelación, la parte interesada puede acudir al juez para solicitar medidas cautelares que garanticen la efectividad de lo resuelto en el laudo. Cabe comentar que nuestra LGA ha marcado una pauta importante y eficaz en torno a garantizar la eficacia del laudo a través del requisito de carácter dispositivo, que impone el numeral 4 del artículo 72 de la LGA.¹⁰ La idea de este mecanismo, es que la parte vencedora prescinda en lo posible de tener que solicitar medidas cautelares para garantizar la eficacia del laudo, y de otra parte, evitar la interposición de recursos dilatorios que busquen entorpecer la ejecución de lo resuelto en el laudo.

En efecto, la LGA ha optado por establecer la posibilidad de que las partes pacten en el convenio o a través del reglamento de la institución arbitral a cuyas normas se sometan, el requisito de presentar el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o

¹⁰ Artículo 72.- «Requisitos de admisibilidad.- Son requisitos de admisibilidad del recurso de anulación: [...] 4. En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad a favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, como requisito para la interposición del recurso.— En este mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios pertinentes».

fianza solidaria por una cantidad equivalente al valor de la condena, en favor de la parte vencedora.

Muchas instituciones arbitrales incluyen tal requisito de admisibilidad para el recurso de anulación en sus reglamentos. Sin embargo, en el supuesto de que se hubiese otorgado alguna de las garantías previstas con motivo de la interposición del recurso de anulación o apelación contra el laudo, consideramos que las medidas cautelares que se soliciten en sede judicial, deberían estar orientadas, sobre todo, a proteger o a mantener aquellas situaciones vinculadas con la eficacia de lo resuelto, y que las garantías otorgadas no puedan satisfacer.

6. SOBRE LA DISPONIBILIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Lo que quería compartir con ustedes no era necesariamente algunas consideraciones generales sobre tutela cautelar que probablemente manejan muy bien y lo han visto en la práctica, sino más bien compartir una reflexión en torno a un asunto vinculado sobre la disponibilidad de la tutela cautelar.

Yo considero que nuestra LGA ha incorporado una sistemática muy moderna en materia de tutela cautelar, ha sido generosa en el sentido de que faculta a los árbitros para que ellos puedan de manera muy amplia decidir y conceder medidas cautelares, lo que sugiere una línea muy moderna. Acuérdense de que una medida cautelar es, prácticamente, una sentencia anticipada e incluso en muchos casos es, fácilmente, el arbitraje mismo. Entonces, cuando hablamos de medidas cautelares no hablamos de poco.

Entre nosotros, Fernando Cantuarias ha sostenido con razón que los árbitros, en realidad, no han sido designados para dictar medidas cautelares, y eso es cierto, pues los árbitros son designados para resolver la controversia; sin embargo, es inevitable e insoslayable reconocer que antes de acceder a una tutela definitiva, las partes muchas veces requieren de una tutela cautelar o de urgencia, porque sino ya no tendría sentido siquiera iniciar el arbitraje.

7. RENUNCIA

En materia de disponibilidad, una posibilidad de la que pueden servirse las partes, es la de renunciar a las medidas cautelares. Ya sea a través de una regla pactada en el propio convenio, o en el acta de misión, o en el acta de instalación, o inclusive a través del reglamento al que ellas se someten si éste fija una regla en este sentido, como por ejemplo, lo hace el reglamento de la CCI.¹¹

También resulta orientador que la moderna Ley de Arbitraje española (Ley n.º 60 de 2003 sobre arbitraje) en su artículo 23, contiene idéntica redacción, marcando la pauta en cuanto a la disponibilidad que comentamos.

Esta renuncia pone de manifiesto una dimensión contractual en el ámbito procesal del arbitraje.

Y es que las medidas cautelares, como una forma de tutela, son puestas a disposición de las partes como parte de las reglas que ellas mismas pueden fijarse dentro de la actuación de su autonomía privada y no como normas impuestas por ley.

No cabe duda de que un pacto de renuncia puede afectar severamente la eficacia de un proceso, habida cuenta de que la urgencia que precisamente justifica una medida cautelar difícilmente es advertida o anticipada por las partes antes del inicio del arbitraje, y mucho menos, cuando pactan un convenio arbitral.

¹¹ Artículo 23.- «Medidas cautelares y provisionales.- Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o laudo, según el Tribunal Arbitral lo estime conveniente».

Reglamento de Arbitraje de la CCI. París: Cámara de Comercio Internacional, 2004.

Sin embargo, es un valor entendido que las partes pueden renunciar a este tipo de tutela, como una simple regla del proceso.

Nuestra LGA no ha previsto la posibilidad de renunciar a las medidas cautelares previstas en la ley, ni la mayoría de reglamentos de las instituciones arbitrales nacionales, que en algunos supuestos, como en el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, se ha limitado a copiar en su reglamento la misma ley, y como si ello fuera poco, ahí donde la LGA habilita a los árbitros para evaluar de modo amplio su concesión y trámite, dicho reglamento hace una nefasta remisión al Código Procesal Civil.¹² No tengo nada contra este Código, pero me queda clarísimo que si las partes intentan apartarse de la jurisdicción ordinaria, precisamente, para contar con un proceso ágil, rápido, flexible como lo hemos escuchado esta noche, decir que la tutela cautelar se va a regular excepcionalmente por el Código Procesal Civil, es realmente, desnaturalizar el arbitraje mismo.

No obstante, cabe siempre la pregunta de si pese a que nuestra LGA no ha dispuesto nada respecto de la posibilidad de renunciar, un pacto o acuerdo de renuncia a la concesión de medidas cautelares sería válido. Me atrevería a decir que sería un acuerdo muy cuestionable. No olvidemos que no todas las medidas cautelares son dictadas por los árbitros, y ahí donde se presente la intervención judicial será muy difícil que un Juez rechace un pedido cautelar porque las partes así lo pactaron en el convenio. Creo más probable que el Juez la evaluará como parte de la tutela procesal y de paso, aplicará el Código procesal supletoriamente.

¹² Artículo 52.- «Medidas Cautelares en sede arbitral.- En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el Tribunal Arbitral podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste, siendo en este caso de aplicación excepcional, el Código Procesal Civil en las disposiciones sobre proceso cautelar. [...]. *Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*. Cámara de Comercio de Lima, 2007, p. 60.

Ahora bien, esta capacidad de renunciar a las medidas cautelares en el arbitraje constituye una clara expresión de la disponibilidad de las reglas propias de este fuero de excepción.

Por ello, podemos afirmar que la disponibilidad de reglas propias del fuero arbitral también está presente en el ámbito de las medidas cautelares. Ello nos obliga a considerar que esta tutela especial que viene justificada en sede judicial por la necesidad de otorgar a los justiciables la posibilidad de obtener medidas urgentes y previas a la sentencia, puede ser objeto de renuncia por las partes.

Este hecho nos recuerda que las partes son las mejores para decidir lo que les conviene, típica facultad sobre la que se construye el Derecho de los Contratos, bajo el principio de la autonomía privada. Es decir, nada más alejado del Derecho Procesal y Público.

8. TRÁMITE

Otro aspecto que refleja la disponibilidad de las reglas en el arbitraje está referida a la posibilidad de incluir reglas propias para el trámite de las medidas cautelares.

Este tema resulta interesante para analizar la supuesta obligatoriedad que se impondría al trámite de las medidas cautelares, de actuarse sin conocimiento de la contraria (*Inaudita Altera Pars*).¹³ Hemos dejado dicho que las normas procesales no son de obligatoriedad aplicación

¹³ Código Procesal Civil: «Trámite de la Medida.- La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionario logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal. Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En

supletoria y desde que nuestra LGA no ha establecido tal trámite,¹⁴ los árbitros pueden, de considerarlo conveniente, poner en conocimiento de la contraria la solicitud cautelar.¹⁵

Por lo demás, ello resulta coherente con lo que establece de manera genérica el artículo 36 de la LGA, cuando dispone que de todo escrito se dé «traslado a la otra parte».¹⁶ Debemos, sin embargo, precisar que este término «traslado» que utiliza la LGA, no hace referencia al término procesal.

Sin embargo, el punto radica en que la aplicación de reglas procesales comunes, ya sea que se importen del Código Procesal Civil o se apliquen supletoriamente —cuestión que lamentablemente es muy común en nuestro medio—, no deben alterar la posibilidad de que los árbitros, siguiendo las reglas impuestas por las partes o aun disponiéndolo de oficio a falta de éstas, articulen los pedidos cautelares con conocimiento de la contraria, si es que ello colabora con la finalidad del proceso y/o con la tutela específicamente solicitada.

este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna.

¹⁴ Del mismo modo el proceso constitucional previsto en la derogada Ley y Reglamento de Habeas Corpus y Amparo, establecía que del pedido cautelar se corre traslado. Ello se explica por la naturaleza constitucional y excepcional de este proceso, que difiere del trámite procesal que regula el Código Procesal Civil.

¹⁵ La disposición bajo comentario resulta de una opción legislativa que responde a la naturaleza del proceso civil que regula el Código Procesal Civil; ello queda confirmado cuando advertimos que no todos los procesos contienen este trámite para las medidas cautelares. Basta revisar el caso de la derogada Ley n.º 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, y su Reglamento, así como el vigente Código Procesal Constitucional, que regulando el proceso constitucional de la Acción de Amparo, establece un trámite con conocimiento para el caso de las medidas cautelares.

¹⁶ LGA:
Artículo 36.- «Copia de los escritos.- De todas las declaraciones, escritos documentos, o demás información que una de las partes suministre a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Así mismo, deberá ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que los árbitros puedan basarse al adoptar su decisión».

No cabe duda de que la más de las veces, los pedidos cautelares tendrán por objeto asegurar el resultado del laudo a emitirse, asegurando muchas veces bienes o situaciones de hecho para la futura ejecución; sin embargo, nada impide que el trámite pueda ser con conocimiento de la contraria, pues esta posibilidad es una expresión más de disponibilidad de esta tutela urgente en sede arbitral.

Aquí, la aspiración de la justicia a través del proceso debe ir acompañada del acuerdo de las partes, es decir, respetando la naturaleza contractual que el arbitraje le imprime a la dimensión procesal por la que transita.

Muchas gracias.

EL DEBIDO PROCESO EN EL
ARBITRAJE COMERCIAL COLOMBIANO

Marco Antonio Velilla Moreno

EL DEBIDO PROCESO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL COLOMBIANO

*Marco Antonio Velilla Moreno**

Sumario: 1. Introducción.— 1.1. Definición y características.— 1.2. Características del arbitraje.— 1.3. Naturaleza del arbitraje en Colombia y su posterior protección constitucional.— 1.4. Las fuentes del derecho de arbitraje.— 1.4.1. Las fuentes internas.— 1.4.2. Las fuentes internacionales.— 1.4.3. De origen privado.— 1.5. Cuestiones no susceptibles de arbitraje.— 1.6. El pacto arbitral y los contratos por adhesión.— 2. Aspectos generales del arbitraje interno colombiano.— 2.1. La convención de arbitraje y sus especies.— 2.1.1. Cláusula compromisoria.— 2.1.2. El compromiso.— 2.1.3. Características del compromiso.— 2.2. Constitución del Tribunal Arbitral.— 2.2.1. Naturaleza de los árbitros y su designación.— 2.3. Las condiciones de constitución del Tribunal Arbitral.— 2.3.1. Las condiciones requeridas para ser árbitro.— 2.4. La instancia arbitral.— 2.4.1. La misión arbitral y las facultades o poderes de los árbitros.— 2.4.1.1. Regulación colombiana referente al acceso por parte de las entidades estables al arbitraje internacional.— 2.4.1.2. Actos administrativos sometidos a las decisiones proferidas por los tribunales de arbitramento.— 2.4.1.3. Jurisprudencia colombiana referente al acoso por parte de los agentes prestatarios de servicios públicos de energía eléctrica a un tribunal de arbitramento.— 2.5. El procedimiento arbitral.— 2.5.1. Normas aplicables al procedimiento arbitral.— 2.5.1.1. Impedimentos y recusaciones.— 2.5.1.2. Medidas cautelares.— 2.5.2. El desarrollo del proceso arbitral.— 2.5.2.1. Trámite arbitral.— 2.5.2.2. Audiencias de trámite.— 2.5.2.3. Incidentes.— 2.5.2.4. Audiencia de alegatos.— 2.5.2.5. Audiencia de fallos.— 2.5.2.6. Duración del proceso.— 2.5.2.7. Suspensión e interrupción.— 3. Aspectos específicos.— 3.1. Los fallos arbitrales.— 3.2. Los recursos contra los fallos arbitrales.— 3.2.1. Reposición.— 3.2.2. Recurso de revisión.— 3.2.3. Recurso de anulación.— 3.2.4. Causales que dan origen al recurso de anulación.— 3.2.4.1. Nulidad del pacto.— 3.2.4.2. Indebida integración.— 3.2.4.3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista.— 3.2.4.4. Las pruebas.— 3.2.4.5. Laudo extemporá-

* Honorable Consejero de Estado. Director Ejecutivo de Complexus – Corporación para el Desarrollo.

neo.— 3.2.4.6. Fallo de conciencia.— 3.2.4.7. Errores y contradicciones.— 3.2.4.8. *Ultra y extra petita*.— 3.2.4.9. Falta de decisión.— 3.2.5. Trámite del recurso.— 4. Los tribunales de arbitramento internacionales y los fallos arbitrales internacionales en Colombia.— 4.1. Criterio de internacionalidad en Colombia.— 4.2. Derecho aplicable.— 4.2.1. Ley aplicable al acuerdo de voluntades.— 4.2.2. Ley aplicable en materia objeto del litigio.— 4.2.3. Ley aplicable al fondo del litigio.— 4.2.4. Ley aplicable al procedimiento.— 4.3. Arbitrabilidad y orden público.— 4.3.1. Exequá tur de laudos arbitrales.— 4.3.2. Trámite del exequá tur.— 4.3.3. Condiciones del laudo.— 4.3.4. El exequá tur y la Convención de Nueva York.— 4.3.5. Amigables componedores o arbitradores.— Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Definición y características

En términos generales, el arbitraje es un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como el reconocimiento que la ley hace de su función.¹

La fundamentación del arbitraje se encuentra en la autonomía privada que es aceptada en cuanto no contrarie el orden público o el interés social. La idea que sustenta el arbitraje es la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados.

1.2. Características del arbitraje

La característica fundamental del arbitraje es la sustracción a los Tribunales de la Justicia Formal del Estado, de ciertos litigios que éstos

¹ La solución del conflicto por los interesados se denomina autocomposición, que puede constituir renuncia si hay abandono de la pretensión, o transacción si las partes resuelven extrajudicialmente un litigio pendiente, o precavan un litigio eventual. El temor *litis* origina el *aliquo dato*, *aliquo retendo*, *aliquo promiso*, para evitar o dar por terminado un proceso. Si el litigio es resuelto por un tercero, existe la heterocomposición.

deberían normalmente conocer según las normas de competencia de la jurisdicción ordinaria.

La doctrina asigna al arbitraje, entre otras, las siguientes características:

- a) Tiene origen contractual por cuanto supone un pacto o convenio entre las partes para sustraer la controversia que las divide de la competencia de los Tribunales permanentes y someterla a la decisión de un Tribunal Arbitral.
- b) Es un verdadero proceso por cuanto una controversia entre las partes puede ser sometida a la resolución de un Tribunal.
- c) El arbitraje puede ser *ad-hoc*, denominado independientemente en algunas legislaciones, e institucional, cuando se realiza por medio de centros de arbitraje para administrarlo.

1.3. Naturaleza del arbitraje en Colombia y su posterior protección constitucional

En nuestra constitución de 1886 el constituyente aunque no reguló nada en forma expresa al respecto, bajo su vigencia se expidieron leyes y decretos que pasaron los exigentes exámenes de constitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, juez constitucional de la época, y que permitieron a Colombia contar con un sistema de arbitraje confiable y avanzado.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de mayo 29 de 1969 reiteró que el arbitraje se entiende desde una perspectiva jurídica o como una figura contractual. En primer caso, dijo la Corte, la Constitución establece que la justicia se administrará, entre otros, por los tribunales que señale la ley, entre los cuales se encuentra el tribunal de arbitramento. Señaló a su vez que si el arbitraje se entiende desde el punto de vista contractual, la figura estaría amparada por el principio de la autonomía de la voluntad.

En Colombia antes de la Ley n.º 4 de 1964, se consideraba que solamente tenían acceso a los tribunales de arbitramento los comerciantes y que sólo ellos podían acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflicto en caso de controversia; sin embargo, con la expedición de esta ley se reconoció la procedencia del arbitraje en los contratos de las entidades públicas.

A su vez, se establecía que no era compatible la caducidad con la cláusula compromisoria en un mismo contrato, pero, a través de la vigencia de los Decretos n.º 1670 de 1975 y n.º 150 de 1976, se dejó claro que la caducidad no es susceptible de decisión arbitral, lo cual fue reiterado en el Decreto n.º 222 de 1983, de tal manera que no podía hablarse de incompatibilidad entre estas dos figuras.

La actual Constitución Política de 1991, sí reguló de cierto modo todo lo concerniente al tribunal de arbitramento colombiano, y es evidente que con la misma, se inició una mayor utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que ya había comenzado hacia 1989, cuando se reformó el Código de Procedimiento Civil que incluyó, por ejemplo, las audiencias de conciliación obligatorias, en todos los procesos declarativos. Posteriormente, se expide el Decreto n.º 1818 de septiembre 7 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El arbitraje en Colombia tiene naturaleza jurisdiccional. Esta conclusión se desprende del inciso final del artículo 116 de la Constitución Política de 1991.

Artículo 116.- «La función jurisdiccional. Organismos que la ejercen. Arbitraje y conciliación. Inciso final: <Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en los árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley>>.

El artículo 116 de la Constitución Política consagra la posibilidad de que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la fun-

ción de administrar justicia; dicho artículo ha sido interpretado desde entonces como la consagración del arbitraje como una forma de ejercicio de la función pública de administración de justicia que se encuentra en forma transitoria y en virtud de la habilitación de las partes, en cabeza de los particulares.

Otro aspecto importante es que el tribunal de arbitramento al ser incluido en la Constitución de 1991, queda inserto en un régimen que le brinda especial protección de los derechos denominados fundamentales. La protección de estos derechos en Colombia, tanto por los jueces ordinarios y los propios árbitros, es un aspecto que ha contribuido a modificar la concepción y el alcance de varias instituciones asociadas al arbitraje.

Así pues, el Consejo de Estado por medio de sentencia de 1 de agosto de 2002, estableció la posibilidad de que se pudiera cuestionar las decisiones arbitrales por vía de acción de tutela, esto se consideró cuando el Honorable Consejo de Estado se dedicó a fallar un recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral y señaló lo siguiente:

«Como bien se sabe desde el punto de vista sustancial, el proceso arbitral es de única instancia, por cuanto el laudo que pone fin al proceso no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario distinto al de anulación que consagran, por vía general, los artículos 37 y 38 del Decreto n.º 2279 de 1989, y tratándose de contratos estatales, sujetos a la jurisdicción contenciosa administrativa, el artículo 72 de la Ley n.º 80 de 1993, compilados en los artículos 161, 163 y 230 del Decreto n.º 1818 de 1998.

De tal manera que, ante el eventual desacuerdo o equivocación de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, ya por interpretación errónea, o por indebida aplicación o indebida valoración probatoria, el ordenamiento jurídico no prevé ningún otro mecanismo de defensa judicial de esa naturaleza; acaso y por esa misma circunstancia, dado que los laudos arbitrales comportan la naturaleza de decisiones judiciales, podría ser procedente la acción de tutela, bajo el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto Ley n.º 2591 de 1991, y la interpretación de esa normatividad ha hecho jurisprudencia constitucional, en especial que se

trate de una vía de hecho que viole o amenace un derecho constitucional fundamental, como ya lo ha expuesto de presente la Sala en oportunidades anteriores».

Con esta sentencia el Consejo de Estado dejó claro que, a pesar de que se trata de un proceso de única instancia, la decisión tomada en un proceso arbitral podría llegar a ser cuestionada por la vía de acción de tutela en caso de que exista un eventual desacuerdo de los árbitros. Esto significa que la acción de tutela puede llegar a funcionar, frente a una decisión arbitral, como una especie de recurso de apelación o de casación.

Así las cosas, el sistema constitucional que rige desde 1991 trajo consigo la desaparición de la noción de arbitraje como un proceso de única instancia y sentó las bases para que, por vía de apelación de tutela y so pretexto de la violación de derechos fundamentales, un juez pudiera modificar la decisión de los árbitros en relación con el mérito de la disputa.

Lo que sí es claro es que la Constitución de 1991 y sus desarrollos jurisprudenciales han hecho que el régimen arbitral colombiano hoy en día pertenezca a un ordenamiento constitucional que permite el cuestionamiento de decisiones arbitrales por fuera de los cauces judiciales ordinarios.

1.4. Las fuentes del derecho de arbitraje

1.4.1. Las fuentes internas

El arbitraje interno. Está constituido por las normas de cada país dedicadas al arbitraje.

El arbitraje internacional. En Colombia la ley que regula el arbitraje internacional es la Ley n.º 315 de 1966.

1.4.2. Las fuentes internacionales

La Convención de Nueva York del 10 de junio para el reconocimiento y la ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

La Convención de Panamá.

1.4.3. De origen privado

Las convenciones de arbitraje tipo. Son redactadas sea unilateralmente por los Centros de Arbitraje, sea por varios Centros en el marco de acuerdos interinstitucionales de arbitraje.

Los reglamentos de arbitraje de las instituciones permanentes de arbitraje. Éstos son a su vez organismos internos de arbitraje como los Centros de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio del país, u Organismos Internacionales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la American Arbitration Association (AAA), entre otras, o la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional (CNUDCI) que contempla un reglamento de arbitraje facultativo que las partes pueden en una convención concreta acoger.

1.5. Cuestiones no susceptibles de arbitraje

En Colombia la regla general es que pueden someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Igualmente, los conflictos surgidos entre las partes por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de contratos de arrendamiento, podrán solucionarse por medio del arbitraje, pero los aspectos de ejecución que demandan las condenas en los laudos deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria. Al respecto, el doctor Ricardo Hoyos Duque en una de sus conferencias estableció, que desde su punto de vista el proceso de ejecución puede ventilarse mediante el procedimiento arbitral, argumentando que del texto del

artículo 116 de la carta política no se infiere limitación alguna al respecto y de acuerdo con la Sentencia n.º C-294 de 1996 son tres los requisitos del artículo 116: «Los particulares pueden actuar como conciliadores o árbitros; pueden fallar en derecho o en conciencia; en los términos que determine la ley».

No es susceptible de resolver por medio de arbitraje en el Derecho colombiano las cuestiones de estado civil y capacidad de las personas, la acción penal derivada del delito, los actos en que esté de por medio el orden público o la soberanía del Estado, o en que exista prohibición legal o procedimiento que deba seguirse necesariamente.

1.6. El pacto arbitral y los contratos por adhesión

Al respecto, han surgido en Colombia varias posiciones doctrinales encontradas en cuanto a la estipulación del pacto arbitral en los contratos de adhesión.

Un gran sector de la doctrina predica la nulidad de la cláusula compromisoria insertada en el respectivo contrato. Por ejemplo, la Superintendencia Bancaria ha considerado improcedente su inclusión en las pólizas de seguros por las siguientes razones:

«En cuanto a la estipulación de la cláusula en comento, en el cuerpo de la póliza contentiva del contrato de seguro sería la más genuina forma de imponer una de las partes las condiciones a la otra, al colocar a quien pretende asegurarse ante una notoria disyuntiva: o aceptar la renuncia al derecho de acción ante el órgano jurisdiccional del Estado en relación con las diferentes contingencias que puedan originarse del contrato, o prescindir del amparo que brinda el seguro. De otra parte a la aprobación de la cláusula en cuestión que impartiera esta superintendencia, significa claramente la abrogación, por ella, del poder de renuncia a nombre de los futuros tomadores de contratos de pretensiones que de ellas surjan, ante el órgano judicial, obligándoles a acudir a la jurisdicción arbitral, la que, si bien brinda ventajas evidentes, importa cargas que no se adquieren cuando se acude a la justicia administrada por el Estado, como es la onerosidad de este servicio cuando no es el órgano jurisdiccional permanente quien lo presta.

Pero si el pacto de la cláusula compromisoria se efectúa mediante un anexo o endoso a la póliza contentiva del contrato de seguro, la solución a la cuestión ha de ser distinta. En efecto, porque si el anexo consagra única y exclusivamente la cláusula compromisoria y, además, es suscrito por el asegurado con posterioridad al perfeccionamiento del contrato de seguro respectivo, o de modo tal que se evite que la compañía subordine al amparo que brinda a la aceptación del endoso relativo a la cláusula compromisoria, la declinación a ocurrir ante la jurisdicción del Estado sería libre y espontánea y, por ende, merecería la aprobación por parte de este despacho». (Superintendencia Bancaria, oficio DS y C-2088 del 16 de noviembre de 1979).

Las críticas de la doctrina son las mismas que tradicionalmente se hacen a los contratos de adhesión, incluyan o no cláusulas compromisorias. Es cierto que el contrato de adhesión es un riesgo, cualquiera que sea su contenido, razón por la cual el legislador previó unas reglas de interpretación especiales para moderar sus efectos, pero no prohibió el contrato de adhesión mismo, dada su finalidad y necesidad económica.

La doctrina ha demostrado similitud en sus conceptos al establecer la cláusula compromisoria como peligrosa en los contratos de adhesión; en efecto, los profesores Merino Merchán y Chillón Medina afirman que:

«La aparición de cláusulas que encierran pactos preliminares de arbitraje en pólizas de seguros, en pólizas de transporte, en contratos bancarios y bursátiles es sumamente peligrosa. Lo es porque aparecen en contratos impuestos en los que no hay libre colaboración entre las partes; la empresa impone unilateralmente el contenido del contrato, el cual se hace coactivo e insustituible para todos los que contratan con ella. Surgida una controversia entre el contratante y la entidad que impone sus condiciones, el tomador del contrato (contratante) se verá desposeído de su derecho de acudir a los tribunales del Estado, lo cual es ciertamente justo cuando la cláusula compromisoria es redactada de común acuerdo, pero no lo es tanto cuando fue redactada unilateralmente. El postulado de que en la vida y tráfico mercantil, la rapidez es exigencia superior a la seguridad jurídica, es sumamente discutible cuando se rompe el equilibrio entre las partes contratantes, pues, pueden ser motivos de opresión jurídica a favor de los intereses de las grandes concentraciones capitalistas».

La ley colombiana no regula lo relativo a la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión. El tratadista Enrique Gaviria Gutiérrez se muestra contrario a la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria en contratos de adhesión por cuanto puede hacer más gravosa la situación de la parte débil.

Los tratadistas Néstor Martínez Neira y Gilberto Peña Castrillón aceptan la validez de la cláusula compromisoria en contratos de adhesión basados en la simple naturaleza contractual del pacto arbitral, la cual parte del principio de la autonomía de voluntad, de donde concluyen que «en la medida en que no existan normas imperativas que prohíban la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión, éstas son plenamente válidas».

Se considera que es muy difícil aceptar la cláusula compromisoria en contratos de adhesión por cuanto hay que proteger a la parte más débil que puede salir perjudicada, especialmente en los casos de empresas que tienen un monopolio de hecho o de derecho y que imponen unilateralmente condiciones gravosas al usuario.

Ahora bien, el pacto arbitral en sí mismo no debe considerarse como una cláusula abusiva, por la sencilla razón de que coloca a ambas partes en igualdad de condiciones, pues ambas se obligan a acudir a la justicia arbitral. La cláusula solamente podría ser considerada como abusiva cuando le confiera al profesional «[...] mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento en que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos [...]», como lo expresa la Ley n.º 142 de 1994, respecto de los servicios públicos domiciliarios.

La doctrina y legislación colombiana no se han referido a fondo sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales y, por tanto, no se ha entrado a definir si dichas cláusulas habrán de tenerse por absolutamente nulas, ineficaces o inoperantes.

2. ASPECTOS GENERALES DEL ARBITRAJE INTERNO COLOMBIANO

2.1. *La convención de arbitraje y sus especies*

Es un contrato que da origen a un proceso que se surte ante árbitros que ostentan transitoriamente función jurisdiccional.

El pacto arbitral, que comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso, es un negocio jurídico de Derecho privado. Pero, una vez que se constituye el Tribunal Arbitral, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional por cuanto es un verdadero proceso y los árbitros tienen la calidad de verdaderos jueces.

El único requisito general de la esencia del pacto arbitral es que conste, como dice la ley, en cualquier documento. Mas, sin embargo, la legislación colombiana, acorde con la más pura evolución sobre la materia, desinformalizó el pacto arbitral al suprimir el requisito de la escritura pública o el documento privado autenticado, mediante el Decreto n.º 2279. De tal manera que se conserva el principio de formalidad del escrito, pero otorgando la posibilidad de estar contenido en cualquier documento.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado:

«[...] El pacto arbitral no se presume: las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato [...]. [Consejo de Estados. Sala de Consulta. Concepto de junio 24 de 1996. Radicación n.º 838].

De todas maneras hay que tener en cuenta que en la actualidad el convenio arbitral que figure en contratos o mensajes electrónicos tiene plena validez, puesto que éstos formalmente se asimilan a documentos, según lo previsto en el artículo 6 de la Ley n.º 527 de 1999, más conocida como «la Ley de Comercio Electrónico».

Según el artículo 2 del Decreto n.º 2279 de 1989, el pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso.

Los efectos del pacto arbitral son los siguientes:

1. En la cláusula compromisoria, una vez surgida la diferencia, las partes deben proceder a designar los árbitros en la forma establecida en la cláusula, o en todo caso de común acuerdo.

En el compromiso ya se han designado los árbitros. Pero, si las partes no están de acuerdo o si el tercero no realiza la delegación, cualquiera de las partes puede acudir al Juez Civil del Circuito para que se requiera la parte renuente a lograr el acuerdo, o al tercero para que lleve a cabo la designación.

Transitoriamente y mientras esté vigente el Decreto n.º 2651 de 1991 hay que acudir para estos efectos a un centro de arbitraje.

2. En virtud del pacto arbitral que contiene la cláusula compromisoria y el compromiso, se sustrae el conocimiento de la controversia a la jurisdicción ordinaria. El artículo 2 del Decreto n.º 2279 de 1989 expresa que en virtud del pacto arbitral las partes renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

Si el laudo arbitral no se cumple voluntariamente, la ejecución le corresponde a la jurisdicción ordinaria. Si a pesar de la existencia de la cláusula compromisoria o compromiso se inicia el proceso judicial, el juez debe abstenerse de tramitar el proceso y si lo hace la parte demandada puede proponer la excepción de compromiso prevista en el artículo 97, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, si no se propone la excepción de compromiso queda saneada la nulidad al tenor del artículo 100 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se trata de una causal insanable, dado que no es falta de jurisdicción sino falta de competencia.

2.1.1. Cláusula compromisoria

No es más que un convenio, en virtud del cual, las partes contratantes acuerdan solucionar total o parcialmente las diferencias futuras que

puedan surgir en relación con un contrato determinado, por medio de un tribunal de arbitramento.

La esencia de la cláusula compromisoria es que ésta se formalice antes de que surjan las diferencias contractuales a las cuales se refiere.

Como requisitos esenciales se tienen los siguientes:

- Que ese documento forma parte integrante del contrato al cual se refiere la cláusula compromisoria.
- Que ese segundo documento esté suscrito por las mismas personas que suscribieron el contrato principal o sus causahabientes legales.

Sobre este punto la jurisprudencia nacional afirma:

«[...] la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscriptores del contrato que le da origen, ya sea en el mismo contrato, o sea en un acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato» (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de junio 24 de 1996. Radicación n.º 838).

Debe entenderse que la cláusula compromisoria es un verdadero contrato como lo acepta la doctrina nacional.

Para la Corte Constitucional, el pacto arbitral, en cualquiera de sus formas constituye un verdadero contrato, al respecto manifestó:

«Así pues, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que pueden surgir en relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de contrato y renuncia de jurisdicción». (Corte Constitucional. Sentencia n.º C-163 de 17 de marzo de 1999).

En términos parecidos se pronunció la Corte Suprema de Justicia:

«Como la cláusula en que se contiene el pacto compromisorio obliga a las partes a estar y a pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación, de igual modo serán aplicables (estas reglas) en lo perti-

nente a las pautas legales, sobre la interpretación en materia contractual [...]. (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 17 de septiembre de 1985).

Ahora bien, debido a la condición de contrato de ejecución diferida, las partes, de común acuerdo, pueden modificar, aclarar o complementar la cláusula compromisoria en cualquier momento, pues tal modificación resulta simplemente accesoria al contrato inicial.

En el Derecho Colombiano el artículo 2 del Decreto n.^o 2279 de 1989, en su inciso 2, dice:

«La cláusula compromisoria puede estipularse para someter a la decisión arbitral, todas y algunas de las diferencias que se susciten con relación a un contrato determinado; si éstas no se especificaren, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual».

En cuanto a la naturaleza puede decirse que es un precontrato o contrato de promesa, o contrato preliminar del arbitraje, o simplemente un pacto previo.

La cláusula compromisoria es un verdadero contrato con efectos propios, los cuales se realizan fundamentalmente con la celebración del compromiso. No puede hablarse de una estipulación accesoria al contrato en el cual está sometida, sino un verdadero contrato. La doctrina está acorde en que la nulidad del contrato central no tiene necesariamente que afectar la cláusula compromisoria.

En cuanto a la aplicación de normas posteriores al pacto se ha señalado, que respecto a las cláusulas compromisorias suscritas con anterioridad a la vigencia del Decreto n.^o 2279 de 1989, las formalidades que deben cumplirse son las vigentes al momento del inicio del proceso arbitral y no las vigentes al tiempo de la celebración del contrato. Así las cosas, una cláusula compromisoria que conste en documento privado sin autenticar, suscrita antes del Decreto n.^o 2279 de 1989, tiene plena validez en la actualidad. En conclusión, al ser la cláusula

compromisoria un contrato de duración y permanencia en el tiempo, se aplica a ella las normas que se expidan con posterioridad.

La cláusula compromisoria goza de las siguientes características que la diferencian del compromiso:

- Tiene relación directa e inmediata con un contrato. Por tanto, en la cláusula compromisoria no pueden someterse, a decisión de los árbitros, asuntos o diferencias meramente extracontractuales.
- Se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes. Es decir, la esencia misma de la cláusula compromisoria indica que opera únicamente para diferencias futuras.
- Si nada se expresa, ésta se extiende a cualquier conflicto o diferencia que directa o indirectamente tenga relación con el contrato al cual se refiere.

Hay que destacar que un atributo importante de la cláusula compromisoria como relación contractual autónoma e independiente, es su *divisibilidad*.

La *divisibilidad* implica que en la formación y consagración de la cláusula concurren elementos relacionados pero perfectamente diferenciados, los cuales pueden ser de su esencia, de su naturaleza o meramente accidental. De esta manera la nulidad, la ineeficacia o inexistencia de una cláusula, salvo que se trate de un elemento sustancial, no afecta la totalidad del pacto arbitral.

2.1.2. El compromiso

Debe entenderse por compromiso como aquel contrato «por medio del cual dos o más personas capaces acuerdan someter las controversias presentes suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivadas de una relación jurídica susceptible de transar, para

ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero [...]».²

Mediante el compromiso, las partes convienen en someter sus conflictos de intereses presentes y determinados relacionados o no con vínculo contractual a la justicia arbitral, aun cuando el asunto ya esté ventilándose ante la justicia ordinaria, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia.³

² Diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso. La diferencia sustancial entre ambas figuras consiste en que la primera se relaciona con controversias futuras, al paso que la segunda se refiere a controversias presentes, que, por tanto, deben estar precisamente individualizadas y especificadas en el convenio.

En el compromiso a diferencia de la cláusula compromisoria, la competencia arbitral queda limitada a la diferencia expresamente señalada en el convenio. Extraído del Libro *Nuevo Régimen de Arbitramento*. GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Diferencias entre el compromiso y la transacción. El pacto arbitral es diferente de la transacción y autónomo. Al ser ambas figuras de carácter contractual, la segunda se perfecciona cuando se cumplen los requisitos generales de cualquier contrato; al paso que la primera se somete a los lineamientos propios y especiales consagrados en la ley arbitral, entre los cuales no se señala la autorización previa que tratan los artículos 489 del Código Civil y 341 del Código de Procedimientos Civiles. Una cosa es que el asunto sea transable y otra muy diferente que se deban cumplir las mismas formalidades de la transacción. El pacto arbitral da origen al procedimiento arbitral, lo que significa que es un acuerdo previo al proceso, al paso que la transacción es un mecanismo que puede ser previo al proceso, la mayoría de las veces se pacta con posterioridad a su inicio y con el fin de terminar el proceso judicial. De esta manera, un proceso arbitral que se inició como consecuencia de un pacto arbitral termina en razón de la suscripción de un contrato de transacción.

La transacción y el compromiso son figuras diferentes y excluyentes entre sí. Precisamente, mediante la transacción se evita un proceso judicial o se termina uno pendiente; al paso que en el compromiso se acuerda el inicio de un proceso arbitral. Por otra parte, iniciado el proceso arbitral, éste puede terminar mediante transacción.

³ Como requisitos mínimos que debe contener el contrato de compromiso son los siguientes: Nombre y domicilio de las partes; las diferencias o los conflictos concretos que someterán a la justicia de árbitros; e indicación del proceso en curso, si fuere el caso.

2.1.3. Características del compromiso

El contrato de compromiso tiene las siguientes características:

- Somete al conocimiento de la justicia arbitral diferencias surgidas tanto de relaciones contractuales como extracontractuales.
- El compromiso es un convenio que se pacta con posterioridad o una vez surgidas las diferencias entre las partes. Es de la esencia del compromiso que entre los suscriptores de dicho pacto ya exista una controversia judicial o extrajudicial.

2.2. Constitución del Tribunal Arbitral

2.2.1. Naturaleza de los árbitros y su designación

En Colombia no hay duda de que los árbitros son considerados como verdaderos jueces y tienen los mismos poderes, deberes y facultades que éstos y responden civil, penal y disciplinariamente de la misma forma.

La legislación de cada Estado determina la forma de designación de los árbitros. La regla general es que corresponde a las partes la designación de los árbitros, así como determinar el procedimiento de su nombramiento.

En el Derecho Colombiano la norma general es que las partes podrán nombrar los árbitros directamente y de común acuerdo, o delegar en un tercero total o parcialmente la designación, eso significa que hay dos formas:

1. Que las partes nombren a los árbitros directamente y de común acuerdo, no es posible que cada parte nombre a un árbitro sino que las dos deben nombrar todos los árbitros. Se cambió el sistema de la ley segunda de 1938 en que los árbitros podían ser designados por los mismo contratantes, o por una Cámara de Comercio o entidad nacional o internacional facultada para ello. En el primer evento

cada parte nombraba un árbitro, y los dos nombraban a un tercero. En el Código de Procedimiento Civil de 1970, que tenía la misma regulación que el Código de Comercio, las partes de común acuerdo debían nombrar los árbitros, salvo que acordaran que fuera uno solo, o delegaran a un tercero su designación total o parcial.

2. Las partes pueden acordar que deleguen a un tercero que haga la designación en forma total o parcial.

Cuando no haya acuerdo, o cuando el tercero delegado no efectúe la designación, cualquiera de las partes podrán acudir ante el juez civil del circuito para que se requiera a la parte renuente a lograr el acuerdo, o el tercero para que lleve a cabo la designación. El requerimiento debe hacerlo el juez en la audiencia que se cite para el efecto, con la comparecencia de las partes y del tercero que debe hacer el nombramiento. Si algunos de éstos no asisten o no se logra el acuerdo o la designación, el juez procederá, en la misma audiencia, a nombrar a un árbitro o árbitros correspondientes, de la lista de la Cámara de Comercio del lugar, o, a falta de ésta, la de la jurisdicción más próxima. En el arbitraje administrado o institucional si las partes no han acordado los árbitros y el secretario, el nombramiento se hará de las listas del Centro de Arbitraje. Los árbitros y secretario deberán aceptar la designación, so pena de ser excluidos de dicha lista.

Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del Centro de Arbitraje los citará personalmente o por escrito para que en el término de 5 días se pronuncien, y el silencio se entenderá como rechazo. Si se ha delegado la designación, el Director del centro requerirá personalmente o por escrito al delegado para que en el término de 5 días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación, el Director la comunicará para que en el término de 5 días se pronuncien.

En el caso de no aceptación, o si las partes no han nombrado, el Director los citará a una audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros.

2.3. Las condiciones de constitución del Tribunal Arbitral

En el Derecho colombiano, las partes determinarán el número de árbitros, el cual deberá ser siempre impar. Si las partes no designan el número se entenderá que los árbitros serán tres, salvo en las cuestiones de menor o mínima cuantía, en cuyo caso el árbitro serán uno solo.

2.3.1. Las condiciones requeridas para ser árbitro

- La nacionalidad de los árbitros se determina en cada legislación. Por tanto, si el arbitraje es interno, se rigen por la ley colombiana y los árbitros deben ser ciudadanos colombianos. Si el arbitraje es internacional, se debe aplicar lo previsto en los tratados públicos ratificados por Colombia y que se encuentren en vigor internacionalmente y, en este caso, es posible que los árbitros sean extranjeros, si ello está previsto en dichos acuerdos internacionales.
- En la mayoría de las legislaciones si el arbitraje debe ser en derecho se exige que los árbitros sean abogados y este requisito usualmente no es obligatorio en el arbitraje en equidad o amigable composición. En el Derecho colombiano, si el laudo debe proferirse en derecho, él o los árbitros deben ser abogados. Si el laudo debe proferirse con fundamento en principios técnicos, él o los árbitros deben ser profesionales especializados en la respectiva materia.

2.4. La instancia arbitral

2.4.1. La misión arbitral y las facultades o poderes de los árbitros

Las facultades de los árbitros están previstas en cada legislación. En el Derecho colombiano, atendiendo a la amplitud de sus facultades, los árbitros pueden fallar en derecho o en conciencia, y pueden existir árbitros, arbitrados o amigables componedores. Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en derecho, en conciencia o fundados en principios técnicos. Si nada estipula, el fallo será en derecho.

Cuando el laudo deba proferirse en conciencia, los árbitros podrán conciliar pretensiones opuestas. Esto significa que si el arbitraje es en derecho, los árbitros deben someterse tanto en la tramitación del proceso arbitral como en la decisión a lo que establece la ley.

Si los árbitros deben decidir en conciencia, actúan verdad sabida buena fe guardada, pero desde luego deben motivar el laudo expresando las razones que los llevaron a la decisión respectiva.

2.4.1.1. Regulación colombiana referente al acceso por parte de las entidades estatales al arbitraje internacional

Nuestra Constitución Nacional, en el inciso 4 del artículo 116 y la Ley n.º 80 de 1993, establecieron la posibilidad de pactar la Cláusula Compromisoria en los contratos estatales, con el propósito de someter a la decisión de los árbitros las diferencias que puedan surgir de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato estatal.

De tal manera que en Colombia está permitido que las entidades estatales acudan al arbitraje, tanto nacional como internacional, para dirimir las eventuales diferencias.

Al respecto, la Ley n.º 80 de 1993, «Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», establece en el artículo 70 lo siguiente:

«En los contratos estatales podrá incluirse en la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros, las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación y liquidación».

La jurisprudencia colombiana al respecto también ha considerado viable someter a un tribunal de arbitramento todas las controversias que puedan surgir en ocasión a la celebración de un contrato estatal, de tal manera que, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en Sentencia del 6 de febrero de 1998, M.P. doctor Daniel Suárez Hernández, ha señalado que:

«[...] Cabe resaltar que la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes. Recuérdese que desde el Decreto n.º 01 de 1984, artículo 218, se autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con controversias contractuales. Es decir, que la amigable composición no fue establecida por primera vez en el Decreto n.º 2279 de 1989, sino que ese decreto se limitó a retomar la figura para reglamentarla, dicho sea de paso, en forma incipiente. Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil (Decreto n.º 1400 y 2019 de 1970) ya contemplaba la figura de la amigable composición al prever en el artículo 677, luego tomado por el artículo 51 del Decreto n.º 2279 de 1989, que en las controversias susceptibles de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían los interesados someter sus diferencias a amigables componedores. Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, fuerza es concluir que la amigable composición no se sustentó por primera vez en el Decreto n.º 2279/89».

En efecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia n.º C-1439 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada y argumentó que el «arbitramento en los contratos estatales es constitucional bajo el entendido de que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos celebrados entre el Estado y los particulares no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados en desarrollo de los poderes excepcionales de la administración». Ésta es la primera restricción que existe en la legislación colombiana para el acceso a los tribunales de arbitramento por parte de las entidades estatales, de tal manera que no podrán referirse a la decisión de árbitros, a las diferencias surgidas por o con ocasión de la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral y la caducidad del contrato estatal.

Otra restricción legislativa en cuanto al tema es la Ley n.º 315 de 1996, más aún la Sentencia n.º C-347 de 1997 en donde se decidió sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 4 de la misma y, se estableció que «habrá lugar para acudir al arbitramento internacional cuando al menos una de las partes sea extranjera y se condicionó de cierto modo la pronunciación de los árbitros al considerarse que sus fallos no pueden ser contrarios a la Constitución, ni a ninguna norma de orden

público». De tal manera que se crearon dos nuevas restricciones legales para que las empresas estatales colombianas acudan al arbitramento internacional: la primera, que sólo pueden acudir a dicho arbitramento si la contraparte tiene la calidad de extranjera; y la segunda, que el fallo que profiera el tribunal arbitral internacional se ajuste a las normas de orden público.

Por otra parte, la Ley n.º 963 de 2005, permite de cierto modo pactar cláusulas compromisorias para dirimir las controversias de los mismos. Esta ley, en su artículo 7 contempla que «el tribunal de arbitramento pactado deberá ser nacional regido exclusivamente por las leyes nacionales»; de tal manera pues, que surge aquí otra limitación, ya que esta norma debe concluir que en los contratos de estabilidad jurídica está absolutamente restringido el arbitramento internacional.

Por último, una de las mayores restricciones que tienen las entidades estatales, es la Ley n.º 39 de 1990, por medio de la cual Colombia ratifica la Convención de Nueva York de 1958, la cual dispone que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución comprueba: «a) Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía del arbitraje» o «b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país». De tal manera que de nuevo se ve la sujeción a las normas de orden público para efectos de la validez y ejecutabilidad en Colombia del laudo arbitral proferido en territorio extranjero.

Al respecto, el doctor Ricardo Hoyos Duque considera que no sólo las controversias relativas a los contratos estatales deben someterse al conocimiento de los árbitros, sino también las relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado.

2.4.1.2. Actos administrativos sometidos a las decisiones proferidas por los tribunales de arbitramento

Según el panorama jurisprudencial colombiano, los actos administrativos proferidos en el mismo país pueden, de cierto modo, ser examinados por los tribunales de arbitramento.

El H. Consejo de Estado se pronunció al respecto y concluyó que «la legalidad de los actos administrativos no puede estar sometido a un tribunal de arbitramento porque no es materia transigible; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión de un juez arbitral, siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva que dichos actos que sirvan de fundamento a la acción, no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la administración». (Consejo de Estado. Sentencia del 8 de junio de 2000).

Igualmente, en posteriores sentencias, el Consejo de Estado ha permitido el pronunciamiento de los árbitros frente a actos administrativos que considera no tienen contenido material, como es el caso de los que reconocen, asumen o niegan determinadas prestaciones frente al particular contratista, pero no cuando a través de lo mismo se establece un saldo a cargo del contratista porque ello comporta imponer obligaciones.

A su vez, en la Sección Tercera de la misma corporación, se sigue considerando que la justicia arbitral carece de competencia para tal efecto, por cuanto dicha potestad se considera exclusiva de la Jurisdicción Contenciosa en la medida en que en ella se encuentran involucradas normas de Derecho Público y el ejercicio del Poder Público, en efecto, en Sentencia del 23 de febrero de 2000, M.P. doctor Germán Rodríguez Villamizar, se señala lo siguiente:

«[...] Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional (C.P., artículos 236 a 238), [...] está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado [...]. (CCA, artículo 82).

Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público.

Empero, aun en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse de ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos.

[...]

Los antecedentes jurisprudenciales y conceptuales antes citados, permiten resaltar el criterio constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaración de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad del contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (v. gr. Terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público [...].

Así las cosas, según el Consejo del Estado y en concordancia con la interpretación que del artículo 70 de la Ley n.º 80/93 hizo la Corte Constitucional, se puede concluir que no podrá someterse a decisión de los árbitros ningún asunto relacionado con aquellos actos administrativos que sean dictados en ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración, ni la legalidad de los actos administrativos, ni los efectos que sean consecuencia directa de ella independientemente del acto administrativo de que se trate, toda vez que éstos son asuntos de competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contenciosa ad-

ministrativa que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

Al respecto señala la Corte Constitucional en Sentencia n.^o C-1436 del 25 de octubre de 2000 M.P., doctor Alfredo Beltrán, lo siguiente:

«Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral».

«Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma cómo sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así estos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la Ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que «es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal [...]».

En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros».

En una Sentencia más reciente n.^o T-481 del 11 de mayo de 2005, la H. Corte Constitucional reiteró que «no se puede someter a la consideración de los tribunales de arbitramento la legalidad de los actos administrativos agregando que, los aspectos patrimoniales que incidan en los actos administrativos, incluso que no tengan como causa un acto administrativo dictado en ejercicio de poderes excepcionales no

podrán someterse a decisión de los árbitros y deberán resolverse por la jurisdicción contenciosa administrativa». Vale la pena aclarar que la mencionada sentencia de tutela tiene efectos únicamente *inter partes* en el territorio colombiano, mas sin embargo, resulta claro que esta sentencia amenaza contundentemente a los tribunales de arbitramento en esta materia.

Ahora bien, no obstante la posición mayoritaria reitera que los árbitros no son competentes para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, ha surgido en la jurisprudencia colombiana un salvamento de voto que contempla una posibilidad distinta al considerar que los árbitros poseen facultad para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos como lo son la terminación y la liquidación unilateral de un contrato estatal, pues de no admitirlo resta eficacia al arbitramento en la contratación estatal, en efecto el Salvamento del doctor Ricardo Hoyos Duque en Sentencia de 4 de julio de 2002 del Consejo de Estado, señaló lo siguiente:

«[...] me separo de las consideraciones que se hacen sobre la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Considera que la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función.

Aquí es necesario advertir cómo la norma permite en forma expresa dentro de los asuntos que las partes pueden someter a la decisión de los árbitros, dos materias en las cuales es posible que la administración pueda ejercer sus potestades de autotutela declarativa a través de actos administrativos.

En efecto, tanto la terminación como la liquidación pueden ser fruto del acuerdo de voluntades entre las partes, pero una peculiaridad propia de los contratos estatales es que la administración puede terminarlos o liquidarlos en forma unilateral (artículo 14, ordinal 1 y 61 de la Ley n.º 80 de 1993).

Frente al claro texto del artículo 70 del Estatuto Contractual, ¿podría sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral?

En mi opinión no, porque ello sería contrariar no sólo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia *capitis diminutia*, lo cual implica la división de la continencia de la causa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica».

Por el contrario, en la misma sentencia la doctora María Elena Giraldo salvó su voto al considerar que el acto de liquidación de un contrato estatal es un acto administrativo de terminación del contrato y, por tal, su legalidad no debe estar sometida al pronunciamiento por parte de los árbitros, es decir, este salvamento de voto contempla una posición muy diferente a la anterior y manifiesta lo siguiente:

«[...] Salvé el voto a la sentencia que precede, por cuanto estimo que el Tribunal de Arbitramento se pronunció por fuera de la competencia fijada a la justicia arbitral por la Constitución y la ley, la cual no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo del proceso contractual, como es el acto unilateral de liquidación del contrato. En el caso fallado por el Tribunal de Arbitramento y que fue objeto del recurso extraordinario de anulación la conducta atacada ante el Tribunal sí fue un acto administrativo en sentido material, nada menos el acto unilateral de liquidación del contrato, que fue expedido en forma sobreviniente a cuando se frustró la liquidación bilateral. Estimo, respetuosamente, que la liquidación unilateral de la Administración tiene la calidad indiscutible de acto administrativo, pues la propia Ley n.º 80 de 1993 dispone que <Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

Finalmente, cabe, reiterar que cuando la Ley n.º 80 de 1993 dispuso, en los artículos 70 y 71, que podrá incluirse cláusula compromisoria o convenirse compromiso, a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o LIQUIDACIÓN no se estaba refiriendo a los actos unilaterales de la administración dictados en desarrollo de dicha función.

Entonces cuando la norma prevé que puede incluirse en los contratos estatales cláusula compromisoria o convenirse compromiso, a fin de someter a su decisión, diferencias surgidas, entre otras causas, con ocasión de la liquidación del contrato, es apenas lógico que no se está refiriendo al juzgamiento

del acto administrativo de liquidación, sino a la definición de otros aspectos atinentes a dicha liquidación, como por ejemplo cuando el contratista suscribe el acta de liquidación con salvedades y acude posteriormente a reclamar por vía arbitral sobre los aspectos excluidos del acuerdo, o cuando la administración no hace uso de su poder unilateral de liquidación del contrato, fracasada la fase de acuerdo con el contratista, evento en el cual acude a la justicia arbitral para que efectúe la mencionada liquidación o cuando el contrato es de aquéllos en los cuales no es obligatoria la liquidación [...].».

Sobre la competencia de los árbitros para proferir laudos en materia de actos administrativos, la Corte Constitucional en Sentencia de 14 de marzo de 2007 reitera «la prohibición de los árbitros de pronunciarse frente a los efectos patrimoniales de los actos administrativos contractuales por cuanto ello es indescindible de su legalidad».

2.4.1.3. Jurisprudencia colombiana referente al acceso por parte de los agentes prestadores de servicios públicos de energía eléctrica a un tribunal de arbitramento

Ha surgido controversia dentro del territorio colombiano conforme a si el acceso por parte de los agentes prestadores de servicios públicos de energía eléctrica a un tribunal de arbitramento presenta el carácter de obligatorio en virtud del tratamiento especial contenido en el artículo 28 de la Resolución n.º 024 del 13 de julio de 1995, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, reglamentario de la Leyes n.ºs 142 y 143 de 1994 o, por el contrario, sigue siendo de la esencia y de la naturaleza de esta decisión el acuerdo ceñido a la voluntad de las partes del litigio.

En efecto, las normas anteriormente mencionadas señalan que:

«Resolución n.º 024 de 1995

Artículo 28.- Procedimiento para solución de conflictos.- Contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC procederá recurso de reposición, que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II del Título VI de la Ley n.º 142 de 1994. Contra la decisión del administrador del SIC procederá el recurso de apelación, ante la CREG [...]

Parágrafo 2. Las controversias a las que den lugar las liquidaciones, y que no

puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. El Superintendente de Servicios Públicos, el agente que presente la solicitud y el Administrador del SIC, designarán cada uno un árbitro, quienes decidirán en derecho. Los costos de los árbitros serán sufragados por los agentes del mercado mayorista afectados en el proceso».

«Ley n.º 143 de 1994

Artículo 23.- Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones:

[...]

p) Definir mediante arbitraje posconflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a la interpretación de los acuerdos operativos y comerciales».

Así, pues, el Consejo de Estado, por medio de sentencia del 30 de agosto de 2007, M.P. doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, estableció que la ley habilitó a los agentes prestadores de servicios públicos de energía eléctrica para que sometieran sus diferencias a un juez distinto del natural en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, esto se consideró cuando el H. Consejo de Estado se dedicó a fallar un recurso de apelación interpuesto contra un auto proferido el 24 de noviembre de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección «A» y señaló lo siguiente:

«[...] En ese orden, debe entenderse razonadamente que la ley facultó a los agentes prestadores del servicio público de energía eléctrica para que utilicaran el arbitraje como un mecanismo alternativo para solucionar los conflictos, de manera que se trata de un arbitramento legal, toda vez que la facultad de someter la controversia al Tribunal de Arbitramento deviene de una disposición normativa contenida en la Ley n.º 143 de 1994. En otras palabras, la ley habilitó a las partes para que sometieran sus diferencias a un juez distinto del natural en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, defiriéndose de esta forma un asunto transigible a su definición a través de un Tribunal de Arbitramento.

Siendo ello así, debe entenderse que ante una eventual controversia entre los agentes comercializadores de energía y un usuario final, sólo si existe acuerdo entre los dos sujetos, éstos pueden trasladar la competencia funcional para dirimirla, de la justicia Contencioso Administrativa a un Tribunal de Arbitramento.

De lo anterior, se colige que no por existir una disposición expresa de un reglamento en el que se advierta la posibilidad de solucionar diferencias a través del mencionado mecanismo alternativo, deban las partes perentoriamente someterse a él, sino que, se reitera, que es de su esencia que preceda un acuerdo de voluntades, y por ende sólo si ello sucede puede surtir plenos efectos. La controversia en el caso concreto se circunscribe a la liquidación hecha por ISA del servicio de energía eléctrica prestado por un agente comercializador denominado sociedad DICELE S.A. ESP. a un usuario final llamado Ladrillera Meléndez S.A. Por las condiciones fácticas expuestas, la normativa contenida en el artículo 28 de la Resolución n.º 024 de 1995 es aplicable; no obstante, la interpretación del precepto debe entenderse en el sentido de la habilitación que la ley hace para que las partes puedan resolver sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento, y no como se dijo en el *ad quo* que siempre que existan disconformidades entre esos sujetos, ellos deben someterse al arbitraje.

En consideración a la improcedencia de la declaración de falta de competencia del *ad quo*, dado que no resulta admisible entender que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de conflictos, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes en esta materia y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia, contrariándose con ello lo dispuesto por el artículo 116 Constitucional. Así pues, para someter un asunto a arbitraje debe primar el principio de autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, debe existir previamente un acuerdo de voluntades [...]».

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia n.º C-060 del 24 de enero de 2001, M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz, de la siguiente manera:

«[...] La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, «tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar».

Resulta contradictorio con el carácter voluntario, temporal y excepcional que se le reconoce al arbitramento —en los términos ya aludidos—, que una disposición legal pretenda establecer la obligatoriedad de dicho mecanismo en el evento de no existir acuerdo sobre el uso de ciertas redes de comunicación entre el Estado o las empresas prestadoras de servicios públicos, y los concesionarios del servicio de televisión. Sin duda, se trata de una norma que excede los límites sobre los que la institución arbitral se sustenta, que guardan

íntima vinculación con el hecho de que la utilización de la justicia arbitral, como forma alternativa de resolución de conflictos, sea el resultado de la libre decisión de las partes que ante un evento cierto, que se debate, optan por encargar su resolución a particulares designados por ellas».

2.5. El procedimiento arbitral

2.5.1. Normas aplicables al procedimiento arbitral

En cuanto al procedimiento, las legislaciones permiten que las partes decidan las reglas procesales que han de regir el arbitraje. Sin embargo, en Colombia no es posible pactar el procedimiento ni en el arbitraje en derecho ni en el arbitraje en conciencia.

Las etapas procesales usualmente son la formalización del compromiso, la constitución del Tribunal Arbitral, las pretensiones de las partes, las pruebas y el laudo arbitral.

El proceso arbitral comienza como en todo proceso con la instauración de la demanda, dicha demanda o solicitud de convocatoria debe contemplar una serie de reglas que señalan a continuación.

En el arbitraje independiente, las partes pueden establecer libremente el contenido mínimo de la solicitud de arbitraje o demanda, disponiendo expresamente al respecto, o remitiéndose a las reglas pertinentes de la Ley Uniforme de la UNCITRAL. Solamente cuando se guarde silencio, se aplicará el artículo 13 del Decreto n.º 2651 de 1991.

En el arbitraje institucional la demanda deberá contener por lo menos: Nombre y dirección de las partes; las pretensiones, así como cualquier indicación útil relacionada con el número de árbitros y su elección.

Ahora bien, independientemente de cuál sea la naturaleza del arbitraje, la solicitud de convocatoria, arbitraje o demanda, se presenta ante el Centro de Arbitraje; por su parte el Centro se limitará a recibir la demanda, cumpliendo simples labores de apoyo y trámite. Natural-

mente tendrá la custodia y el cuidado de la misma y sus anexos hasta la entrega al Tribunal Arbitral, en la audiencia de instalación.

Ha surgido en Colombia un vacío normativo en cuanto a la competencia de los Centros de Arbitramento, se ha establecido que la demanda se presentará al Centro señalado en el pacto arbitral; a falta de designación, ante el centro que corresponda al domicilio de la parte demandada. Mas, sin embargo, se hace apremiante la realidad jurídica de nuestro país donde sólo existen Centros de Arbitraje en algunas capitales de departamentos, por lo anterior, ante el vacío legal, debe considerarse que la demanda deberá presentarse ante el Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del demandado.

En todo caso, es importante tener presente que formulada la demanda arbitral ante indeterminado centro de arbitraje sin que la parte demandada impugne dicha competencia, cualquier vicio o defecto por este aspecto queda subsanado, debido a que este vicio no está expresamente consagrado como causal de anulación, ni tampoco como motivo de nulidad procesal.

Ahora bien, en cuanto a la admisión de la demanda como tal, actualmente, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en su Sentencia n.º C-1038 de 2002, ha quedado claro que la admisión de la demanda, su traslado y contestación competen exclusivamente y excluyentemente al Tribunal Arbitral.

2.5.1.1. Impedimentos y recusaciones

La ley ha establecido que los árbitros nombrados por las partes, de común acuerdo, solamente pueden ser recusados por causales sobrevinientes a su nombramiento. En los demás casos, serán recusables dentro de los cinco días siguientes a su designación (se modificó la norma en el sentido de que antes se contaban los 5 días a partir de la audiencia de instalación). Es importante advertir que los 5 días para que el árbitro acepte el cargo y los 5 días para recusar corren paralelamente y no en forma sucesiva.

Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, artículo 150, modificado por el artículo 1 del Decreto n.º 2282 de 1989.

2.5.1.2. Medidas cautelares

Acerca de las medidas cautelares, en algunas legislaciones el Tribunal Arbitral solicita de la justicia ordinaria el decreto de aquéllas, pero en algunos Estados como Colombia y Perú, el Tribunal Arbitral puede directamente decretar medidas cautelares.

Durante largo tiempo, la doctrina nacional sostuvo que las medidas cautelares eran incompatibles con el proceso arbitral. Sin embargo, el artículo 31 del Decreto n.º 2279 de 1989, que corresponde al artículo 152 del Decreto n.º 1818, tomó dicha institución de la doctrina extranjera y las consagró expresamente.

Acorde con un principio constitucional de que la ley puede restringir o ampliar libremente el proceso arbitral, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 32 del Decreto n.º 2279, conforme con las siguientes consideraciones:

«Así entonces, el juez en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares, lo puede hacer también el árbitro al ser investido del poder de administrar justicia».

De tal manera que, al decretar el árbitro las medidas cautelares, lo único que está haciendo, es uso del poder de coerción con miras a lograr la efectividad de su decisión al hacerlo; en ningún momento está usurpando ninguna competencia que le corresponda en forma privativa y excluyendo a la justicia ordinaria.

En virtud de lo anterior, estima la Corte Constitucional que:

«[...] al ser investidos —transitoriamente— los árbitros de la función de administrar justicia, es lógico, consecuente y ajustado al del trámite y curso del proceso arbitral a petición de cualquiera de las partes, puedan decretar medi-

das cautelares, particularmente cuando su finalidad no sólo es la garantía del equilibrio entre las partes en el transcurso y desarrollo del proceso, sino también evitar que se hagan negatorias las determinaciones que se adopten, por lo que las normas que se examinan se encuentran conforme con la Carta Política (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia n.º C-431 de septiembre 28 de 1995. Proceso n.º 870)».

La ley procesal arbitral únicamente da cabida a dos medidas cautelares, de tal manera que sólo podrán decretarse medidas cautelares que están expresamente establecidas en el artículo 32 del Decreto n.º 2279, los cuales, además, se encuentran amarrados a las especiales pretensiones allí aducidas.

Cuando la medida cautelar recae sobre un bien sujeto a registro, la ley ha establecido que debe procederse a la inscripción de dicha medida y se deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que se trate de bienes sujetos a registro;
2. Que el tribunal remita un oficio en el cual indicará, por lo menos, fecha y número de registro y la denominación del tribunal que lo expide;
3. El objeto del proceso;
4. Las circunstancias que sirvan para identificar el bien sobre el cual va a recaer la medida.

Aunque el registro del proceso no saca los bienes fuera del comercio, las personas que los adquieran con posterioridad se verán afectadas por las consecuencias de la sentencia. Sin embargo, esta medida cautelar no tiene el mismo alcance, la misma efectividad que el registro de la demanda, en consideración a que la sentencia será oponible a los terceros adquirentes, solamente cuando éstos sean causahabientes directos de la parte que perdió y contra la cual se decretó la medida cautelar. Lo anterior significa que si el bien ha sido transferido sucesivamente a varios terceros, la medida no afectará a los últimos, por no ser causahabientes directos de la parte que perdió el proceso y en contra de la cual se decretó la medida cautelar.

En cuanto al secuestro de los bienes muebles se trate, la medida cautelar goza de las siguientes características:

- Solamente procede contra los bienes muebles no sujetos a registro;
- Deberá prestarse una caución por la cuantía que disponga el tribunal.

2.5.2. El desarrollo del proceso arbitral

Con la nueva legislación se ha establecido la determinación y las diferencias entre el trámite prearbitral y el arbitral. Debe entenderse por trámite prearbitral como aquella etapa procesal que se surte entre la presentación de la demanda y la fijación de fecha para primera audiencia de trámite y comprende tres etapas completamente diferentes que son:

- a. El trámite inicial
- b. La integración del Tribunal
- c. La instalación del Tribunal

Asimismo, la H. Corte Constitucional en la sentencia de 18 de agosto de 1999, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz consideró que las etapas procesales deben observarse en el trámite prearbitral, porque si bien en ellas no se decide la controversia, sí garantiza el debido proceso y el derecho de defensa; en esencia, se pronunció diciendo:

«[...] No es posible negar la importancia jurídica y procesal de la etapa prearbitral, dado que si bien en ella no se decide la controversia, sí se hace patente el ejercicio de una función pública que debe cumplirse conforme a un procedimiento legal vinculante tanto para el centro como para las personas convocadas. Pese a que en esta etapa no se decide la controversia, la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan. La vigencia de estos derechos fundamentales es independiente de la caracterización de esta etapa como jurisdiccional o de que semejante atributo se atribuya o niegue al director del centro de arbitraje».

En síntesis, la etapa prearbitral conforme con lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia n.º C-1038 de 2002, puede esquematizarse así:

- a. Presentación de la demanda ante un Centro de Arbitraje, salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa.
- b. Trámite del nombramiento de árbitros que tendrán a cargo el Centro de Arbitraje si así lo establece el convenio arbitral o lo disponen las partes de común acuerdo o con posterioridad al mismo.
- c. Audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje, la cual será citada por el Director de Centro, para la designación de los árbitros se procederá en la forma prevista en el pacto arbitral, incluyendo la denominada fórmula árbitros-partes o delegación subsidiaria tratándose de arbitraje independiente. Si es arbitraje administrado, se deberá atender a las reglas del respectivo Centro.
- d. En la misma audiencia de instalación, el Tribunal dispondrá de asunción temporal de competencia para pronunciarse exclusivamente respecto de la demanda y su contestación, así como lo referente a la conciliación. Entonces, al finalizar la audiencia, el Tribunal Arbitral bien puede pronunciarse sobre la admisión de la demanda y correr traslado al demandado, notificándolo personalmente en la misma audiencia, si se encuentra presente o por medio de su apoderado.
- e. Si acontece lo anterior simultáneamente se correrá el término de diez días para consignar honorarios, gastos y contestar la demanda.
- f. Vencido el término anterior y si fuere el caso, se correrá traslado de los recursos presentados contra el auto admisorio de la demanda, excepciones formuladas y demanda de reconvenCIÓN.
- g. Si no se produce la consignación total de los gastos y honorarios, el Tribunal declarará la extinción del convenio arbitral para ese caso.
- h. Habiéndose efectuado la consignación total se citará a la audiencia de conciliación y fracasada ésta, a la primera audiencia de trámite, las cuales pueden surtirse el mismo día.

Ahora bien, como en un procedimiento de la jurisdicción ordinaria, la demanda que da inicio al trámite arbitral podrá, a su vez, ser inadmitida, siempre que se trate de un arbitraje legal, en ese caso las causales de inadmisión serán las previstas en el artículo 85 del CPC. En los demás casos, se atendrá a lo previsto en el pacto arbitral o en el reglamento del respectivo Centro Arbitral. De todas formas una demanda que no reúna los requisitos formales, pero que sea admitida por el Centro, puede seguir su curso normal habida cuenta de que en el proceso arbitral ya no son procedentes las excepciones previas.

El traslado de la demanda tanto en el arbitraje de mayor cuantía como de menor cuantía será de diez días hábiles; en cuanto a la notificación ésta se hará de forma personal y debe recurrirse al nombramiento de curador *ad litem*, cuando se desconozca el lugar de habitación o trabajo del demandado. En el arbitraje independiente, las partes pueden establecer un término diferente para el traslado y condiciones especiales de notificación.

Una vez cumplidos los requisitos de presentación de la demanda y la debida admisión de la misma, el siguiente paso del procedimiento arbitral es la contestación de la misma donde deberán formularse las excepciones de mérito y solicitarse las pruebas que se pretendan hacer valer.

Debido a que no son pertinentes las excepciones previas, los posibles vicios de la demanda o del proceso, que siendo significativo e importante y puedan ocasionar un fallo inhibitorio, podrán ser alegadas por la vía de recurso de reposición, contra el auto en virtud del cual se admite la solicitud de convocatoria, por ser éste equivalente al auto admisorio de la demanda.

Se considera de gran importancia la etapa prearbitral, por tanto que, en ella se surten actuaciones procesales que son relevantes para que el procedimiento arbitral esté acorde al principio del Devido Proceso, en efecto, la Corte Constitucional en Sentencia del 14 de diciembre de

1998, M.P. doctor Hernando Herrera Vergara, se ha pronunciado sobre este derecho fundamental en las actuaciones judiciales y manifestó que:

«[...] El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo encurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. En consecuencia, para que la protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas por el legislador; pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso, ha sido denominada por la Constitución Política, como «formas propias de cada juicio», y se constituye, en consecuencia, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, constituyéndose una vía de hecho.

Así, entonces, el debido proceso ha sido considerado por la doctrina como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Es además, el derecho que tiene toda persona a la recta administración de justicia, lo cual implica además, la correcta y adecuada aplicación de la Constitución y la ley al caso particular.

En tal virtud, resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme a su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso, su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en una vía de hecho, por la vulneración al debido proceso legal».

2.5.2.1. Trámite arbitral

Debe entenderse como aquella etapa procesal que se inicia en la audiencia de instalación cuando el Director del Centro le entrega el expediente al Presidente del Tribunal, con las actuaciones surgidas hasta este momento, y termina con la ejecutoria del laudo o del auto que lo aclare, corrija o complete.

En esta etapa el trámite lo deciden exclusivamente los árbitros e involucra las siguientes actuaciones:

- a. Primera audiencia de trámite
- b. Audiencia de trámite o recaudo probatorio
- c. Audiencia de alegatos
- d. Audiencia de fallos

Las etapas anteriormente mencionadas pueden variarse o eliminarse en el arbitraje independiente, así como también pueden variar en el arbitraje institucional conforme a lo previsto en el respectivo reglamento.

2.5.2.2. Audiencias de trámite

Son todas aquéllas que se celebran con el fin de evacuar y practicar las pruebas decretadas en la primera audiencia de trámite, así como aquéllas que se decreten con posterioridad por el Tribunal, a petición de parte u oficiosamente, aunque ya se haya surtido la audiencia de alegatos.

Existen dos tipos de audiencias:

- a. Audiencias Generales: Son aquéllas que se verifican con citación previa de las partes, aunque éstas no concurran. Las providencias que en ellas se profieran serán notificadas por estrado.

La primera audiencia de trámite, la audiencia de instrucción, la de alegatos y la audiencia final para laudar son de este tipo.

- b. Audiencias Privadas: Son aquéllas que tienen ocurrencia únicamente con la Comparecencia del Tribunal, sin citación previa de las partes y sus apoderados. Este tipo de audiencia tiene respaldo en el artículo 151 del Decreto n.º 1818, pues son los mismos árbitros quienes determinan la no participación de las partes.

2.5.2.3. Incidentes

Debido a los principios de celeridad e informalidad del proceso arbitral, se ve acentuado en la medida que se prohíbe la formulación de incidentes, como regla general según lo previsto en el artículo 113 de la Ley n.º 23 de 1991, norma que no fue derogada ni expresa, ni tácitamente, por la Ley n.º 446 de 1998.

La prohibición del trámite incidental tiene como fin primordial impedir las tácticas dilatorias que se emplean ante la justicia ordinaria. De esta suerte, para el legislador, las violaciones de la ley procesal en que pueda incurrir el Tribunal no resultan sustanciales, salvo aquéllas que expresamente estén consagradas como causales de anulación. Así las cosas, el incidente de nulidad, previsto en el artículo 142 del CPC, es extraño a la justicia arbitral.

2.5.2.4. Audiencia de alegatos

Este tipo de audiencia cobra real importancia dentro de cualquier procedimiento, ya que en ella está plasmada la oportunidad para que los apoderados expongan o destaquen ante el Tribunal las razones que sustenten sus peticiones y excepciones, constituyéndose en una instancia importante y auxiliadora para que los árbitros orienten el fallo.

2.5.2.5. Audiencia de fallos

El contenido y la finalidad de la audiencia de fallo no es otro distinto a que el secretario dé lectura a la parte más importante del mismo y que proceda a entregarles a las partes copia auténtica del laudo. De manera que laudo y acta de audiencia son dos cosas diferentes. El laudo se lleva a la audiencia y en el acta se deja constancia de su lectura y entrega.

2.5.2.6. Duración del proceso

En el Derecho colombiano, el artículo 19 del Decreto n.º 2279 de 1989,

modificado por el artículo 103 de la Ley n.º 23 de 1991, establece que si en los compromisos o en la cláusula compromisoria no se señale el término de duración del proceso, éste será de seis meses, contados desde la primera audiencia de trámite. El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de prórrogas exceda de seis meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

2.5.2.7. Suspensión e interrupción

El proceso arbitral se suspende o se interrumpe por las mismas causales legales, además de las especiales previstas en las normas pertinentes.

II. Causales de interrupción del proceso:

- a) La muerte o enfermedad grave de una parte o de su representante, que carezca de apoderado judicial. Esta situación puede ser frecuente en el arbitraje técnico o en conciencia, en los que no se requiere estar asistido por abogado.
- b) Muerte, enfermedad grave, exclusión o suspensión en el ejercicio profesional del apoderado judicial de alguna de las partes.

Ocurridas algunas de las causales de interrupción del proceso, el Tribunal deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, por no existir norma explícita.

III. Suspensión del proceso:

- a) Por declaración de impedimento de un árbitro.
- b) Por aceptación de la causal de recusación por parte del árbitro.
- c) Por la iniciación del trámite de la recusación.

Acaecida cualquiera de las causales anteriores, el proceso se suspenderá desde el momento mismo en que el árbitro se declare impedido, o desde el momento en que cualquiera de las partes formule la causal de recusación, hasta el momento en que resuelvan estos incidentes.

3. ASPECTOS ESPECÍFICOS

3.1. *Los fallos arbitrales*

El laudo tanto por su contenido formal como el material, corresponde a una verdadera sentencia, por lo que su alcance y sus efectos son idénticos.

El laudo es un fallo definitivo pronunciado por un tribunal de arbitramento, mediante el cual se define el conflicto sometido a consideración de los árbitros. El laudo en derecho siempre deberá ser sustentado; en conciencia, dependerá de las reglas adoptadas. Cuando se trate de arbitraje independiente, lo mismo que del institucional, las partes pueden excusar a los árbitros de la sustentación o motivación, práctica muy socorrida en el Derecho anglosajón.

Cuando el tribunal esté integrado por más de un árbitro, el laudo deberá ser aprobado por la mayoría de éstos y, en todo caso, deberá ser firmado por todos los árbitros (aun por quienes hagan salvamento de voto) y por el secretario. En el evento de que alguno de los árbitros se negare a firmar, perderá el derecho a recibir los honorarios pendientes, que equivalen al 50% del total de los decretados. El árbitro disidente deberá presentar, en escrito separado, su salvamento de voto, expresando los motivos por los cuales discrepa de la mayoría. En todo caso, el laudo siempre deberá aparecer firmado, al menos, por la mayoría de los árbitros y el secretario, este último, en ninguna circunstancia podrá negarse a suscribirlo.

El laudo arbitral, al igual que cualquier sentencia expedida por un juez de la República, contendrá por lo menos lo siguiente:

1. Indicación de las partes;
2. Un resumen de las cuestiones planteadas en el proceso;
3. Los considerandos, es decir, las motivaciones del tribunal respecto a la realidad de los hechos planteados y su prueba; y
4. Los fundamentos legales o jurídicos y, en su defecto, las razones de equidad.

El salvamento de voto a diferencia de los que acontece con la justicia ordinaria, en que el salvamento de voto podrá proferirse dentro de los dos días siguientes a la fecha de la sentencia, en tanto que, en arbitraje el salvamento de voto deberá ser simultáneo y presentarse al tiempo que el laudo; puesto que el laudo deberá ser leído en la audiencia de fallo, lo cual implícitamente, exige la misma formalidad respecto al salvamento de voto. Es más, el tribunal cesa en sus funciones cuando quede ejecutoriado el laudo.

La ejecución del laudo conforme a lo previsto en el artículo 40 del Decreto n.º 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la Ley n.º 446 «de la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria conforme a las reglas generales. Al respecto, la jurisprudencia ha manifestado:

Un fallo arbitral no puede ser cumplido por sus mismos autores, en razón de que proferida la sentencia, cesan en sus funciones [...] [Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Auto de abril 5/35]».

3.2. Los recursos contra los fallos arbitrales

3.2.1. Reposición

Este recurso al igual que en procedimiento ordinario tiene procedencia en el proceso arbitral; la diferencia radica en que en este último, el recurso se interpondrá de manera excepcional, en las oportunidades taxativamente consagradas en el Decreto n.º 2279 de 1989, en la Ley n.º 23 de 1991 y en la Ley n.º 446 de 1998, que señalan lo siguiente:

1. Contra providencia que niegue alguna o algunas de las pruebas solicitadas por las partes [artículo 31 del Decreto n.º 2279, reproduciendo en el artículo 151 del Decreto n.º 1818].
2. Contra el auto mediante el cual el Tribunal asuma su propia competencia [artículo 124 de la Ley n.º 446, codificado en el artículo 147 del Decreto n.º 1818].
3. Contra el auto mediante el cual se fija las sumas correspondientes a

honorarios y gastos del proceso [artículo 122 de la Ley n.º 446, codificado en el artículo 142 del Decreto n.º 1818].

No obstante, es frecuente que se otorgue reposición contra casi todos los pronunciamientos del tribunal sin que esta práctica genere nulidad alguna.

Ahora bien, el recurso de reposición deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. El recurso debe interponerse en la audiencia misma, una vez se profera el auto respectivo.
2. En forma verbal.
3. Se deben manifestar los motivos o razones que lo sustenten.

La no interposición del recurso en la audiencia misma produce caducidad, al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

«Aparecen como ejemplo de estas caducidades ciertos actos, la interposición de recursos, etcétera, los cuales no pueden producir resultados de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista, pues de otro modo se surte respecto de ellos el efecto preclusivo. En este sentido la caducidad *opera ipso jure* [...] [Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia noviembre 19 de 1976]».

3.2.2. Recurso de revisión

En Colombia este recurso procede tanto contra el laudo arbitral como contra la sentencia del Tribunal Superior, mediante la cual se decida el recurso de anulación. Lo anterior evidencia que la revisión y la anulación no son excluyentes y que la parte interesada puede interponerlo directamente o una vez resuelto el recurso de anulación.

Las causales del recurso de revisión son las mismas previstas en el artículo 380 del CPC. Del recurso de revisión contra el laudo arbitral conocerá el tribunal superior del distrito judicial que sea competente para resolver el recurso de anulación.

Este recurso podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del laudo; sin embargo, cuando las causales invocadas se refieren a cualquiera de los casos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 380 del CPC, éste podrá interponerse dentro de los seis meses siguientes a la terminación del proceso penal, siempre que este último proceso termine dentro de los tres años siguientes a la ejecutoria del laudo.

Debido a que el trámite arbitral ya está agotado, el recurso se formulará mediante demanda y se deberá prestar una caución. El tribunal podrá disponer medidas cautelares consistentes en el registro de la demanda o el secuestro de los bienes muebles.

La jurisprudencia colombiana se ha pronunciado sobre la finalidad del recurso, en relación con los laudos arbitrales, ha sido definida en los siguientes términos:

«Recurso extraordinario de revisión. Como medida enderezada a proteger a las partes contra el dolo o fraude procesales, tanto de testigos como de peritos o de terceros, o de su contraparte, o de los árbitros, protección que se extiende al caso de documentos encontrados después del laudo, que el recurrente no pudo aportar por fuerza mayor o caso fortuito; al de falta de citación emplezamiento o representación; al de nulidad producida en el laudo mismo por causa distinta a su pronunciamiento, etc., es decir, por causa que no autoriza el recurso de anulación». [Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Auto de mayo de 1 de 1994. Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra].

Ahora bien, respecto a las causales procedentes para interponer este recurso en el procedimiento arbitral ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de marzo 7 de 1999, que la causal 8 «se configura si concurren estos presupuestos: a) Que incurre en nulidad al dictarse sentencia; b) que el fallo no sea susceptible de recurso [Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de marzo 7 de 1999]».

La consecuencia de la sentencia anteriormente señalada es que de prosperar la causal 8 de revisión, frente al arbitramento, se produce

una curiosa situación. El artículo 384 del CPC dispone que en este evento, el tribunal superior deberá declarar «sin valor la sentencia y se devolverá el proceso al tribunal o juzgado de origen para que la dicte de nuevo». Resulta que el tribunal arbitral ya perdió competencia y cesó en sus funciones, siendo jurídicamente imposible proferir nuevo laudo. En tal virtud, le corresponderá al mismo tribunal superior proferir la sentencia sustitutiva.

3.2.3. Recurso de anulación

El recurso de anulación es un recurso extraordinario que procede por excepción. No corresponde a una segunda instancia en razón de que el tribunal superior no hace las veces de superior jerárquico del tribunal de arbitramento. Por la especialidad de los recursos y las causales tácitamente consagradas, la jurisprudencia nacional lo ha asimilado al recurso de casación por errores *in procedendo*.

Este recurso se estatuyó para corregir las violaciones graves, mayores e importantes que ocurran respecto al procedimiento. Por eso nunca procede contra yerros o equívocos en que puedan incurrir los árbitros al interpretar las normas meramente sustantivas.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

«[...] El control excepcional del laudo por errores *in indicando* aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento, el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta [...]. [Sentencia de 10 de marzo de 2005, Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. doctora María Elena Giraldo Gómez, Radicado n.º 27946].

La interposición del recurso de anulación, al igual que la de los demás recursos, debe cumplir con las siguientes formalidades:

1. Presentación por escrito.
2. Presentación ante el presidente del tribunal.
3. Presentación del recurso dentro de los cinco días siguientes a la audiencia de fallo o a la notificación del laudo de aclaración, corrección o complementación.
4. Invocación de la causal.

Sobre los requisitos que han de cumplirse para la presentación del recurso de anulación, en la legislación colombiana se ha presentado una modificación, de tal manera que el artículo 128 de la Ley n.º 446 de 1998 y su equivalente, el artículo 164 del Decreto n.º 1818, impone la obligación de rechazar de plano el recurso, cuando no se invoque algunas de las causales taxativamente previstas en la ley.

Conforme a la ley actual, el recurso funciona así:

1. Formulación del recurso.
2. Admisión del recurso o rechazo de plano, si fuere extemporáneo o no se invoca la causal (por el tribunal superior).
3. Traslado al recurrente para la sustentación.
4. Sustentación del recurso.
5. Sentencia definitoria o declaratoria de desierto, por falta de sustentación.

La legislación vigente adicionó un paso y estableció la figura del rechazo de plano del recurso, como mecanismo inicial, por falta de invocación de la causal o por haberse formulado extemporáneamente; al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

«Frente al CPC y frente al Código de Comercio, bastaba con manifestar oportunamente que se interponga el recurso [...] no era necesario señalar las causales.

[...] esta última expresión lleva implícita el que al momento de interponer el recurso deberá precisarse las causales sobre las cuales se fundamenta el recurso, pues de otra manera no sería posible al juez cumplir con esta calificación preliminar sobre la viabilidad de la impugnación.

De otra forma, la norma sólo exige enunciar las causales que se hacen valer posteriormente al sustentar el recurso». [Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de agosto 11 de 1994. Ponencia: Daniel Suárez Hernández].

En conclusión, la invocación de causal es presupuesto básico para la admisión del recurso, al paso que a la falta de la sustentación ocasiona la declaratoria de desierto del mismo.

Al respecto, ha señalado el H. Consejo de Estado, en sentencia de 10 de marzo de 2005, M.P. doctora María Elena Giraldo Gómez, Radicado: n.º 27946, lo siguiente:

«[...] Si el actor no invocó expresamente la causal directa del recurso; agregó que al juez no le es dable encuadrarlo en alguna otra, ni deducir a partir de ello causales implícitas, teniendo en cuenta la naturaleza extraordinaria del recurso, el carácter taxativo de las causales y el principio dispositivo que las gobierna [...].».

3.2.4. Causales que dan origen al recurso de anulación

Las causales que dan origen al recurso de anulación están expresadas taxativamente en el artículo 38 del Decreto n.º 2279 de 1989, que corresponde al artículo 163 del Decreto n.º 1818 de 1998 y son las siguientes:

3.2.4.1. Nulidad del pacto

La nulidad absoluta del pacto arbitral proviene del objeto o causa ilícita. Si se tiene en cuenta que el pacto arbitral es un verdadero contrato, el objeto del mismo es producir obligaciones entre los contratantes. Así las cosas habrá objeto ilícito únicamente cuando el pacto sea prohibido expresamente por la ley. La causa como motivo que induce a las partes a suscribir el pacto arbitral, difícilmente vendrá a ser ilícita, más cuando la jurisprudencia colombiana reiteradamente ha manifestado que se presume la licitud de ésta.

Podrá, a su vez, invocarse como causal de nulidad la falta de capacidad de algunas de las partes de poder o de representación de quien se dice actúa a nombre de alguna de las partes.

En todo caso, para que la incapacidad pueda dar vía libre a la anulación del laudo, es presupuesto indispensable que dicha circunstancia

se haya alegado en la primera audiencia de trámite, impugnado el auto mediante el cual el tribunal se declaró competente, pues de otra forma y por disposición legal, el vicio queda saneado. La incapacidad de los contratantes para efectos de la anulación, debe mirarse al momento de la suscripción del pacto y no al momento de la presentación de la demanda.

Se puede invocar la nulidad del compromiso suscrito con posterioridad a la sentencia de primera instancia, o la invalidez de cláusula compromisoria, suscrita y ratificada con posterioridad al surgimiento de las diferencias.

Anteriormente, se señaló que la interposición de este recurso tiene únicamente finalidad de corregir errores *in procedendo*, mas sin embargo, existe una excepción a este principio general y al respecto la jurisprudencia colombiana se ha manifestado señalando lo siguiente:

«Ella se produce cuando dicho acuerdo está afectado de alguno de los vicios que generan la nulidad absoluta de los actos o contratos y que se encuentran determinados en el artículo 1747 del CC [...] se trata de la consecuencia de una causal de nulidad de naturaleza sustantiva que afecta el pacto arbitral y que se presenta en el momento en que dicho pacto se perfecciona.

No pueden alegarse con base en esta causal motivos de nulidad que tienen que ver con actos posteriores y que afecten el procedimiento surtido ante el tribunal». [Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 10 de mayo de 1994].

La nulidad del pacto arbitral originada por motivos diferentes a la causa u objeto ilícito, se convalida a no ser alegada, a más tardar, durante la primera audiencia de trámite.

El régimen constitucional colombiano ha permitido que a través de los mecanismos ordinarios, es decir, ante el juez de anulación, se amplíe el alcance de las causales establecidas en la ley a casos no previstos legalmente como generadores de nulidad del laudo. A continuación, se relacionan algunos casos donde el juez de anulación ha anulado laudos arbitrales con base en causales no previstas en la ley:

- Declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del pacto arbitral: El H. Consejo de Estado aplicó una causal inexistente en la ley, la nulidad absoluta del pacto arbitral, para anular el laudo arbitral. El alto tribunal de justicia sustenta esa decisión de la siguiente manera:

«En materia de contratos estatales, como ya se indicó, si bien la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, no está legalmente prevista como causal o motivo de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral, ello tan sólo significa que no puede ser invocada por las partes como fundamento de la impugnación del laudo; pero ese hecho, en modo alguno, impide o elimina la facultad del laudo que, por vía general, tiene el juez administrativo de declarar oficiosamente las nulidades absolutas del contrato que encuentre acreditadas en el proceso».

Hay que tener en cuenta que el Consejo de Estado al momento de establecer la justificación de la anulación oficiosa del pacto arbitral y del laudo, es claro que el alto tribunal fundamentó su decisión, por lo menos en parte, en el hecho de que los árbitros ejerzan una función pública para la que fueron habilitados contractualmente.

De esta manera, el hecho de entender el ejercicio de la actividad arbitral como una función pública, trajo como consecuencia que el juez de anulación de un laudo arbitral estudiara la validez del mismo por fuera de las causales de anulación previstas en la ley y dentro del marco de principios constitucionales que, al final, llevaron a la anulación de la providencia.

3.2.4.2. Indebida integración

La indebida integración del tribunal de arbitramento es la causal que con mayor frecuencia se alega y presenta, en razón de que son muchos los pactos arbitrales que prevén la integración del tribunal en la forma regulada por la Ley n.º 2 de 1938, norma que instituyó la fórmula de árbitro-parte (esto es, que cada parte elige su árbitro).

La integración del tribunal apunta a una etapa eminentemente prearbitral, judicial o extrajudicial, integración que en todo caso puede ser atacada por los siguientes aspectos:

1. Porque los árbitros elegidos no reúnen las condiciones legales o contractuales.
2. Porque se elige el número de árbitros diferente del previsto en la ley o en el pacto.
3. Que se trate de arbitraje institucional y que el árbitro nombrado no forme parte de la lista del respectivo centro de arbitraje. La norma general es que si las partes fijan el número de árbitros, éste será obligatorio, cualquiera que sea la cuantía o la naturaleza del proceso, pues sólo en defecto de estipulación, opera la norma supletiva que enseña que en los procesos de menor cuantía actuará un árbitro único y en los de mayor cuantía tres árbitros. En este orden de ideas, habrá indebida integración cuando se desconozca el pacto.

3.2.4.3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista

Salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer de la providencia.

En cuanto a este requisito de notificación sobre la admisión de la demanda, el Consejo de Estado en Sentencia de 27 de julio de 2000, M.P. doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, estableció que de no cumplirse con este requisito se estaría ante la presencia de una clara violación del debido proceso. Al respecto, señaló que:

«[...] La Sala observa que la falta de cumplimiento de las disposiciones legales, en lo que toca con la falta de la admisión formal de la demanda, viola de manera flagrante el debido proceso y que continuar con la actuación en estas condiciones viola el derecho de defensa, pues, la entidad pública convocada no contó con un término real ni para contestar la demanda ni para solicitar la práctica de pruebas o para proponer excepciones».

3.2.4.4. Las pruebas

El hecho de no decretarse pruebas solicitadas oportunamente es una causal infrecuente.

La falta de decreto de pruebas solicitadas o la falta de prácticas de algunas ordenadas, no acarrea nulidad si la parte interesada no insistió en el derecho o la práctica de la prueba omitida; o cuando dichas pruebas al no ser muy importantes, de todas maneras no inciden en la decisión.

Sobre esta causal, el H. Consejo de Estado en sentencia de 27 de julio de 2000, M.P. doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, consideró lo siguiente:

«[...] para que se configure la causal indicada, relacionada con las pruebas solicitadas y no decretadas o practicadas; sólo tiene vocación de prosperidad cuando dichas pruebas tengan incidencia en la decisión de tal manera que sean determinantes en la resolución del laudo arbitral y se hayan reclamado en la forma y tiempo debidos.

Debe ser tal la eficacia de las pruebas pedidas que logren configurar la estructura de la sentencia, pues, en últimas el objeto de la prueba es demostrar la existencia de un hecho litigado que dé origen a un derecho. Dicho de otra manera, no basta que las pruebas pedidas por las partes cumplan con el requisito de conducción y pertinencia, es necesario que sean eficaces al punto que produzcan en el juez o en el árbitro, el convencimiento que necesita para decidir [...]».

3.2.4.5. Laudo extemporáneo

La expedición del laudo, vencido el término legal o el de sus prórrogas resulta irregular, entre otras razones porque el tribunal ya ha cesado en sus funciones y, por tanto, ha perdido toda jurisdicción y competencia.

3.2.4.6. Fallo de conciencia

Difícilmente un tribunal se confunde tanto como para fallar en conciencia, debiéndose hacerlo en derecho. De todas maneras, no hay que

olvidar que aun cuando el fallo sea en derecho, a falta de norma expresamente aplicable, se puede acudir a la equidad.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

«Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo: Ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que debe resolverse. Pero, mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivos que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutiva, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial determinante de su validez.

Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen el tratamiento especial. Pero, si incumple ese deber de forma absoluta, el fallo podrá ser anulable, pero no cambiaría su esencia para convertirse en un fallo en conciencia. Esto como principio general procesal, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega, sino que se le califica como deficiente o irregular [...].» [Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 3 de 1992. Consejero Ponente: doctor Carlos Betancur].

En una pronunciación más reciente sobre el tema, Sentencia de 10 de marzo de 2005, M.P. doctora María Elena Giraldo Gómez, de la misma corporación, se manifestó que:

«[...] Existen notorias diferencias entre fallo en derecho y fallo en conciencia, precisando que al primero lo identifica su sujeción al ordenamiento jurídico comprendido en éste, tanto las reglas adjetivas en las que se encuentran contenidas las del derecho probatorio, las normas sustantivas inherentes a la definición del derecho pretendido, requisito del cual se desprende, a su vez, la obligación de motivar la decisión, la cual no obliga en el fallo en conciencia que se fundamenta por el contrario en un marco jurídico más amplio regido por la equidad, la lógica y la experiencia.

Cuando el fallo omite en forma ostensible el marco jurídico que debe acatar para basarse en otras razones como las que aporta la equidad, el sentido común o el leal saber y entender, puede afirmarse que el fallo se dictó en conciencia, descartándose tal calificativo cuando el juez decide la controversia planteada con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, pese a que no se haya definido en forma expresa el mérito probatorio otorgado a cada medio de prueba y al acervo en su conjunto, o cuando, agrega la

Sala, no se hayan analizado expresamente todas las pruebas practicadas válidamente en el proceso, para fundar la decisión de ellas o para descartarlas por carecer de valor probatorio. Es que entre las reglas probatorias que rigen el proceso judicial, en el tema de la apreciación de las pruebas, impera en su generalidad, salvo contadas excepciones, el sistema de la sana crítica en el cual el juez goza de cierta libertad a la hora de apreciar el mérito probatorio de los medios de convicción, no debiendo sujetarse, como en el sistema de la tarifa legal, a reglas abstractas preestablecidas e indicadoras de la conclusión a la que se debe arribar, en presencia o en ausencia de determinada prueba.

Por consiguiente, las deficiencias en la motivación de una providencia, o en la apreciación de las pruebas, no pueden considerarse desde ningún punto de vista, como reveladoras de la presencia de una decisión en conciencia, la cual debe dejar de lado y en forma ostensible el marco jurídico para basarse en otros criterios como la equidad, la justicia, la lógica, el sentido común [...].».

3.2.4.7. Errores y contradicciones

Los errores aritméticos, aunque puedan presentarse, son excepcionales. Por otra parte, las disposiciones contradictorias de la parte resolutiva se presentan cuando una condena se excluye con otra u otras, de manera que no sea posible darle cumplimiento total al fallo. Con razón ha afirmado la jurisprudencia:

«Para que una sentencia contenga decisiones contradictorias es menester que ninguna sea susceptible de cumplir y ejecutar porque en todo o en parte una decide lo que impide la otra o viceversa». [Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia de 13 de agosto de 1992. Anulación de Elecymec Velazco versus Bavaria].

Vale la pena señalar que este motivo de anulación opera únicamente frente a contradicciones que se presenten en la parte resolutiva, no cuando existan contradicciones entre la parte motiva y la resolutiva, así sea manifiesta. Al respecto ha manifestado el Consejo de Estado en Sentencia de 2 de marzo de 2006, M.P. doctor Alier Hernández, lo siguiente:

«[...] Los errores aritméticos y las disposiciones contradictorias que se alegan como causal deben estar en la parte resolutiva no motiva y deben haberse alegado previamente ante el propio Tribunal de Arbitramento [...].».

3.2.4.8. *Ultra y extra petita*

Cuando se presentan condenas *ultra* o *extra petita* también es justificable la prosperidad de la anulación; en razón ha dicho la jurisprudencia:

«[...] Como aparece con el fallo proferido por la jurisdicción ordinaria. El laudo debe estar en armonía con la voluntad pretensional de las partes en litigio. Significa lo anterior, como averiguado se tiene, que la falta de correspondencia entre la resolución de aquél y las pretensiones de éstas conforma su incongruencia y la autorización de su reforma o adición, en virtud del recurso de la anulabilidad. El laudo que provee sobre más de lo pedido —*ultra petita*—, o el que decide sobre objetos sujetos al arbitraje —*extra petita*—, y, en fin, el que omite decidir sobre cuestiones sometidas al arbitramento —mínima o *citra petita*—, representan una sentencia desarmónica e inconsonante, de suyo trabada a la perspectiva de los numerales 8 y 9 del artículo 672 del CPC [...].» [Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 28 de noviembre de 1977].

3.2.4.9. *Falta de decisión*

La falta de decisión sobre algunos de los puntos sometidos a arbitramento justifica el recurso en consideración a que en el laudo debe resolver la totalidad de las cuestiones planteadas.

Ahora bien, la mayoría de las causales de anulación son subsancionables; en cuanto a la causal de indebida integración del tribunal de arbitramento, la ley ha determinado que sea en primera instancia el tribunal arbitral que decida la posible causal de la indebida integración, y por eso lo penaliza con la devolución de los honorarios si se equivoca en su apreciación. La ley exige la alegación expresa de la causal precisamente para que el tribunal mismo y la contraparte puedan manifestarse sobre el asunto, pero se repite, la causal debe ser expresa y determinada, no simplemente genérica. Si se alegó un motivo específico en la primera audiencia de trámite, no es válida la invocación de otra causal diferente, al sustentar el recurso de anulación, pues tal deslealtad procesal debe ser sancionada por el Tribunal o el Consejo de Estado, negando la prosperidad del recurso y condenando en costas al actor.

Cuando el laudo es incongruente, previamente a la acción de anulación debe solicitarse su aclaración, corrección o complementación. Si se trata de la causal señala como la equivocación de fallar en conciencia. Sobre la procedencia y el saneamiento de esta causal la jurisprudencia ha manifestado:

«El tribunal en el que se apoya este cargo considera que la causal es procedente siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

Fallar en conciencia corresponde a lo que es producto de la justicia y de la equidad propia de aquéllas normas o preceptos de conductas creadas y observadas por los árbitros en la mayoría de veces, o siguiendo otras máximas de conductas fundadas en experiencias similares.

Esa causal, según el origen del fallo, distingue entre el hecho o actuación voluntaria y consciente según sus propios dictados y el derecho, aquél tomado como algo propio y exclusivo de los árbitros sobre el cual apoyan su decisión con el ingrediente de la justicia bien distribuida ora conmutativa que ellos consideran sea la llamada a regir el conflicto negocial. A diferencia del fallo en derecho, en el cual debe crearse con el apoyo en el propio legislador.

Que no se citaron todas las disposiciones legales, ello no puede conducir a concluir que el laudo fuese en conciencia, porque el litigio fue definitivo jurídicamente. Ahora, no es necesario, como lo manifiesta la apoderada judicial de la parte demandante, que atiborre de disposiciones legales una sentencia o laudo para llegar a la conclusión, si aplica las disposiciones pertinentes que regulan la controversia. A diferencia entonces del fallo en conciencia en el que los árbitros según sus propios dictados aplican al derecho que ellos mismos han seleccionado, ora de su propia iniciativa o corrección o acudiendo a las máximas que recomienda la experiencia en general». [Tribunal Superior de Bucaramanga. Sala Civil, sentencia de agosto 27 de 1993].

Ahora bien, en cuanto a la causal que invoca la falta de decisión sobre algunos puntos sometidos a arbitramento, también debe cumplir formalidades previas. Por esta razón se establece que la causal novena que hace referencia a la falta de pronunciamiento sobre las peticiones y excepciones, se entiende también subsanada si aparece, aunque sea en forma tácita, una decisión al respecto.

La jurisprudencia colombiana se ha pronunciado sobre la procedencia del recurso de anulación en los laudos que diriman los conflic-

tos originados en un contrato estatal; en efecto, el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 8 de junio de 2006, Radicado n.º 29476, M.P. doctora Ruth Stella Correa Palacios, manifestó lo siguiente:

[...] «la Corporación entiende que es competente para conocer privativamente y en única instancia del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia» [numeral 5 del artículo 128 del C.C.A., modificado por el inciso 5 del artículo 36 del Decreto n.º 1818 de 1988; inciso 2 del artículo 72 de la Ley n.º 80 de 1993].

Y para los eventos referidos a los laudos que diriman conflictos suscitados por contratos estatales, el artículo 72 de la Ley n.º 80 de 1993 [compilado en el artículo 230 del Decreto n.º 1818 de n.º 1998]⁴ [...], estableció de manera especial las causales del recurso de anulación contra los mismos, así:

- «1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evaluarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
- 2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
- 3. Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.
- 4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.
- 5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento».

⁴ La Sala ha manifestado que las causales instituidas en normas anteriores, como el Decreto n.º 2279 de 1989, no son aplicables contra laudos que versen sobre contratos estatales.

Como puede apreciarse, si bien coinciden algunas de las causales de que tratan los artículos 163 y 230 del Decreto n.º 1818, no son totalmente idénticas, porque para los recursos de anulación de laudos arbitrales dictados en conflictos de contratos regidos por la Ley n.º 80 de 1993 son menos que aquéllas establecidas para contratos con régimen de derecho diferente. Coincidén las consagradas en los numerales 4, 6 y 9 de 163 y no coinciden las de los numerales 1, 2, 5, que no pueden ser invocadas en sede del recurso de anulación contra laudos arbitrales que versen sobre contratos a los que se les aplica la Ley n.º 80 de 1993.

En este sentido, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las normas transcritas, dependiendo, claro está, de si se trata de contratos estatales de que trata la Ley n.º 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto n.º 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto n.º 2279 de 1989, ora las del artículo 230 del mismo Decreto n.º 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto n.º 2279 de 1989 ora las del artículo 230 del mismo Decreto n.º 1818 que compiló el artículo 72 de la Ley n.º 80 de 1993.

Así, el artículo 128 de la Ley n.º 446 de 1998, compilado por el artículo 164 del Decreto n.º 1818 de 1998, impone la obligación de rechazar el recurso cuando no se invoque una de las causales taxativamente previstas en la ley, y de sustentarlo una vez avocado su conocimiento y corrido el traslado para ello, so pena de declararlo desierto por tal omisión [...].».

A su vez, la misma corporación en sentencia de 1 de agosto de 2002, M.P. doctor Germán Rodríguez Villamizar, Radicado n.º 20041 resolvió el interrogante en relación con las causales a aplicar en el evento de que se trate de un contrato estatal regido por el Derecho Privado, es decir, si son las contenidas en el artículo 72 de la Ley n.º 80 de 1993 o las previstas en el artículo 163 del Decreto n.º 1818 de 1998, así:

«[...] No es de recibo, que las causales del recurso a tenerse en cuenta en el presente asunto, deban ser las previstas en el Decreto n.º 2279 de 1989, compiladas en el Decreto n.º 1818 de 1998, y no las del artículo 72 de la Ley n.º 80 de 1993, porque, se reitera, el hecho de que las controversias derivadas de los contratos estatales de las empresas de servicios públicos deban ser dirimidas con fundamento a las normas del derecho privado, no implica y menos impo-

ne, en absoluto, que el juez competente para conocer de tales conflictos deba aplicar igualmente las disposiciones procesales ordinarias, por existir normas de procedimiento especial para la jurisdicción contenciosa administrativa sobre la materia, y en particular, respecto de las causales de procedencia del recurso de anulación que se comenta [...].».

Posteriormente, el mismo Consejo de Estado, en Sentencia de 24 de mayo de 2006, Radicado n.º 31024, resolvió el mismo tema dándole un énfasis diferente y manifestando lo siguiente:

«[...] Nadie discute que las causales que se deben invocar para solicitar la anulación de un laudo arbitral, cuando el contrato se rige por la Ley n.º 80 de 1993, son las contenidas en su artículo 72. La duda surge cuando el contrato estatal es de aquéllos que se rigen por el derecho privado;⁵ en ese caso según lo dicho, quien debe conocer del recurso es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero las causales de anulación aplicables serán las del artículo 163 del Decreto n.º 1818 de 1998 [...].».

De tal manera que se hacen relevantes estas disposiciones de la jurisprudencia colombiana al determinar que las causales del recurso de anulación varían, dependiendo del tipo de contrato sometido al tribunal de arbitramento, de lo que se puede concluir que de tratarse de laudos que diriman controversias surgidas en los contratos estatales, su acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa por medio del recurso de anulación está mucho más restringida que los demás tipos de laudos arbitrales.

Vale la pena señalar que la causal del recurso de anulación que contempla «la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita», no puede ser invocada para la anulación de laudos arbitrales que dirimen controversias emanadas de los contratos estatales, al res-

⁵ El Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, expediente n.º 16.661, manifestó que un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficiales, a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo como jurisdicción especializada para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (artículo 82 c.c.a.), en la medida en que las exigencias del interés público lo demanden.

pecto se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en Sentencia de 1 de agosto de 2002, M.P. doctor Germán Rodríguez Villamizar, diciendo:

«En materia de contratos estatales como ya se indicó, si bien la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita no está legalmente prevista como causal o motivo de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral, ello tan sólo significa que no puede ser invocada por las partes como fundamento de la impugnación del laudo, pero ese hecho, en modo alguno impide o elimina la facultad que, por vía general, tiene el juez administrativo de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato que encuentre acreditada en el proceso [...]».

Ahora bien, ha surgido controversia en la jurisdicción colombiana en cuanto a la procedencia del recurso de anulación sobre un laudo extranjero y más específicamente sobre quién sería la entidad competente en este tema. Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia de 22 de abril de 2004, M.P. doctor Ricardo Hoyos Duque, Radicado n.º 25261, señaló lo siguiente:

«[...] Cuando se ha pactado en la cláusula arbitral que las controversias se someterían a un tribunal organizado según las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de París, que esa ciudad fue sede del arbitraje y que los árbitros señalaron que al *lex arbitrii* sería el derecho francés, el conocimiento del recurso de anulación propuesto en su contra, no es competencia del Consejo de Estado Colombiano [...]».

Sobre este pronunciamiento puede deducirse que cuando se esté ante el recurso de anulación interpuesto contra un laudo que tenga el carácter de internacional, el Consejo de Estado no será el órgano competente para conocer y pronunciarse sobre dicho recurso.

Ahora bien, uno de los aspectos importantes y característicos de recurso de anulación es la figura de la homologación, la cual se refiere a la ejecutoria inmediata del laudo, así esté pendiente el recurso de anulación, lo anterior está indicando que el fallo, para su efectividad, no requiere el visto bueno de ninguna autoridad jurisdiccional, lo que en la técnica procesal se conoce como homologación.

Finalmente, para concluir lo referente al recurso de anulación, es importante destacar que la prosperidad del recurso no trae como consecuencia la anulación de lo actuado como se regulaba en la legislación derogada. Esta apreciación tiene efectos prácticos sumamente importantes, puesto que al decretarse la nulidad del laudo o fallo, está dándose efecto de cosa juzgada a la controversia dirimida por el tribunal de arbitramento, al paso que si se declara la nulidad de todo lo actuado, nada impide que se vuelva a solicitar la integración de otro tribunal de arbitramento, el cual podrá fallar, sin incurrir en las irregularidades que originaron la anulación y, por tanto, el segundo laudo será obligatorio para las partes.

Si se llega a predicar la nulidad de todo lo actuado, la situación sería semejante a la que se presenta como un fallo inhibitorio: Que la sentencia no queda cobijada por el efecto de la cosa juzgada y el proceso podrá replantearse nuevamente, como lo manifiesta la jurisprudencia nacional:

«[...] Todo ello en procura de hacer desaparecer el acto de juzgamiento arbitral para que en su lugar reviva la jurisdicción ordinaria si es que se establece que el laudo debe ser rescindido integralmente [...].» (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de julio 20 de 1991).

Conforme a lo anterior, el recurso de anulación produce como una especie de decaimiento del proceso arbitral y, por tanto, las partes quedan libres de acudir a la justicia ordinaria para tramitar el mismo pleito. Otro sector de la doctrina opina que supervive el convenio arbitral, y por tanto, las partes son libres de acudir nuevamente a la justicia arbitral, para que se dirima el mismo conflicto. Así, por ejemplo, si se decreta la anulación del laudo por indebida integración del tribunal o por existir fallo extemporáneo, un segundo tribunal bien integrado o que falle en término, podrá resolver el mismo litigio.

Vale la pena aclarar que la especialidad de la anulación no permite, como en la apelación o casación, que el juez del recurso profiera la sentencia de instancia o sustitutiva, pero tampoco permite reabrir la *litis*. Aquí se presenta el verdadero problema. Si se quiere, se revoca la sentencia (anula el fallo), pero no es procedente sentencia sustitutiva

y no es pertinente porque cuando se inicia el recurso de anulación, el asunto ya cobijado por los efectos de la cosa juzgada que se producen con la misma ejecutoria de laudo, la cual no se pierde en dicho trámite. Ésta debió ser la razón por la cual el legislador determinó la nulidad del laudo y no la de toda la actuación; para conservar el principio de la cosa juzgada, así como la imposibilidad de reestudiar las cuestiones de fondo.

Corrobizando lo anterior, la jurisprudencia ha manifestado:

«La anulación no faculta al juez del recurso para sustituir la decisión arbitral, salvo lo previsto en los numerales 3 a 5 del artículo 72». (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 11 de abril de 2002).

Tratándose de la interposición del recurso de anulación se le han dado diferentes consecuencias, en la legislación colombiana. En una primera etapa se dispuso que el laudo es ejecutable inmediatamente, pese a la interposición del recurso extraordinario de anulación.

Con el Decreto n.º 2279 se mantuvo la misma filosofía; sin embargo, la Ley n.º 23 de 1991 dispuso que la ejecución del laudo podría quedar suspendida mientras se resuelve el recurso de anulación, a condición de que se ofreciera prestar caución por los posibles perjuicios que se causaren por dicha suspensión. Sin embargo, el artículo 167 de la Ley n.º 446 de 1998, razón por la cual el laudo hoy en día es inmediatamente ejecutable, aunque se haya interpuesto el recurso de anulación.

Además, el proceso arbitral es un juicio de única instancia, por lo cual el recurso de anulación al igual que el de revisión son extraordinarios y como tales, no afectan para nada el efecto de cosa juzgada y el mérito ejecutivo.

3.2.4.10. Trámite del recurso

El tribunal superior, una vez haya recibido el expediente, debe tomar cualquiera de las siguientes decisiones:

1. Rechazar de plano el recurso, cuando aparezca de manifiesto que éste fue interpuesto extemporáneamente o cuando la causal invocada no corresponda a ninguna de las previstas en el artículo 38 del Decreto n.º 2279 de 1989, equivalentes al artículo 163 del Decreto n.º 1818 de 1998.
2. Avocar el conocimiento, y en esta última hipótesis se correrá traslado por cinco (5) días a la parte que impetró el recurso, con el fin de que lo sustente. El traslado se surtirá en la secretaría del tribunal. Si vencido el término de los cinco días no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará desierto.

Durante la tramitación del recurso de anulación, tanto el tribunal superior como el Consejo de Estado están impedidos para practicar pruebas. Así, si prospera la causal referida a la falta de práctica de alguna prueba, no se ordena a proceder a evacuar sino a declarar la nulidad del laudo.

Sustentado el recurso por el recurrente, el escrito se dejará a disposición de la parte contraria por el término de cinco (5) días, con el fin de que presente alegato de oposición, sin necesidad de auto que así lo decrete, según lo dispone el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

Conforme con lo previsto en el artículo 129 de la Ley n.º 446, hoy artículo 165 del Decreto n.º 1818, vencido el término del traslado del recurso, al día siguiente, el secretario debe pasar el expediente al magistrado de turno, con el fin de que éste resuelva el asunto en un término perentorio e improrrogable de tres meses.

El proceso del recurso de anulación termina con la pronunciación de una sentencia. Si prospera la anulación con base en cualquiera de las causales previstas en los numerales 1 a 6 del artículo 38, el tribunal superior decretará nulidad total del laudo. Si prospera la nulidad basada en las causales indicadas en los numerales 7, 8 y 9, se procederá a corregir o adicionar el laudo.

En este orden de ideas, la norma obliga al tribunal a dictar sentencia, proveído que debe efectuarse únicamente en dos sentidos: o declara la prosperidad del recurso o lo declara infundado.

En conclusión, puede decirse que dependiendo de la causal invocada por el recurrente, la parte resolutiva de la sentencia proferida del tribunal superior puede ser:

1. Si prospera el recurso con base en la nulidad absoluta del pacto arbitral, la indebida integración del tribunal, el haberse laudado con conciencia debiendo ser en derecho, o el haberse proferido el laudo vencido el término, se decretará la nulidad del laudo.
2. Si la parte resolutiva del laudo contiene errores aritméticos, se procederá a la corrección del laudo.
3. Si en la parte resolutiva del laudo aparecen disposiciones contradictorias, también se deberá acudir a la corrección del laudo, corrección que, en últimas, implica la anulación parcial del mismo.
4. Cuando el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros, el tribunal superior deberá proceder a la corrección, revocando, anulando o dejando sin efectos la parte correspondiente. En el evento en que se haya concedido más de lo pedido, la corrección consistirá en modificar la parte resolutiva, ajustándola a las peticiones.
5. Cuando se omitió decidir sobre cuestiones sujetas a arbitramento, el tribunal deberá proceder a adicionar el laudo.

Vale la pena señalar que se le es permitido a los tribunales superiores, en su caso, el Consejo de Estado, por sí mismo y de manera directa, deben proceder a la corrección o aclaración del laudo, sin que sea permitido remitirse al tribunal arbitral, para que cumplan dicho cometido, precisamente porque los árbitros ya han cesado en sus funciones.

Por último, se hace relevante establecer que contra la sentencia del Tribunal Superior que decida el recurso de anulación no es susceptible de ningún recurso, salvo el extraordinario de revisión, aunque sí puede ser aclarada, corregida o complementaria.

4. LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONALES Y LOS FALLOS ARBITRALES INTERNACIONALES EN COLOMBIA

4.1. *Criterio de internacionalidad en Colombia*

Es internacional el arbitramento de acuerdo con las doctrinas y principios, cuando éste presenta puntos de contactos relevantes con la legislación de más de un Estado. En Colombia la Ley que regula el arbitraje internacional es la Ley n.º 315 de 1996; en ella se contemplan criterios que sirven para establecer cuándo el arbitraje es internacional; en efecto, en su artículo 1 contempla como causal que «Cuando el lugar del arbitraje se encuentra por fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral». Al respecto, la jurisprudencia nacional en Sentencia n.º C-374/97 estableció que no se encontró inconveniente a que la norma subsistiera, condicionada al hecho de que una de las partes sea extranjera. Vale la pena destacar que en el Derecho Internacional Privado se han descartado las diferentes nacionalidades de las partes como criterio determinante de la internacionalización de una relación, cuando quiera que los demás elementos de los contratos tengan lugar en un mismo territorio.

Mas, sin embargo, la jurisprudencia colombiana incurrió en el error al confundir este criterio y considerarlo determinante para establecer cuándo un arbitramento es internacional.

Esta sentencia emanada de la Corte Constitucional ha sido *importante* para el ordenamiento jurídico colombiano más que por el contenido de su parte resolutiva, por el salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, el cual sí consideró la inconstitucionalidad

del numeral 3 del artículo 1 y el artículo 4 (parcial) de la Ley n.º 315 de 1996, que señala:

«[...] So pretexo de ejercer las competencias que le son propias, no puede el legislador excluir de ciertos ámbitos constitucionalmente relevantes, la aplicación directa o indirecta de la Constitución. En efecto, excede la competencia puramente legislativa y viola los artículos 4, 6 y 95 de la Carta, la decisión que pretende restar eficacia a la Constitución, bien porque impide su aplicación directa, ya porque somete a la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas legales que garantizan la protección de valores, bienes y derechos constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que convertir en facultativa, en forma indiscriminada, una parcela del ordenamiento jurídico que regula ámbitos constitucionalmente relevantes, equivale a convertir en facultativa la aplicación —directa o indirecta— de la Constitución, lo que a todas luces supera las facultades del legislador.

Personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.

El sometimiento al principio general de territorialidad de la ley —entendiendo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional—, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello [...].» [Corte Constitucional. Sentencia n.º C-347. Salvamento de voto, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz].

De tal manera que, a través de la admisión del numeral 3, artículo 1 de la Ley n.º 315 de 1996 por parte de la jurisdicción colombiana, se está permitiendo a su vez, la internacionalización artificial de una relación típicamente doméstica.

Ahora bien, la jurisprudencia colombiana también se ha manifestado en cuanto a la aplicabilidad de los laudos extranjeros en las controversias emanadas de la celebración de un contrato estatal, resulta entonces relevante hacer alusión a la Sentencia del 6 de febrero de 1998, del H. Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. doctor Daniel Suárez Hernández, que estableció lo siguiente:

«[...] Ahora bien, la Ley n.º 39 de 1990, mediante la cual se aprobó la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958, también es aplicable a los contratos estatales, dado que reconoce el valor a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un estado distinto de aquél en que se pide su reconocimiento y ejecución y tenga su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas; no distingue la convención entre personas de derecho público o de derecho privado; por ende, es aplicable a cualquier clase de persona jurídica, sin que sea dable excluir a las entidades estatales; el hecho de que la convención se refiere al arbitramento comercial no excluye de su aplicación a los contratos celebrados por el Estado, que también están en la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza.

Valga anotar que en las normas en las cuales han sido regulados el arbitramento internacional y la amigable composición, no ha existido prohibición para el uso de esas figuras por parte del Estado, por tanto, debe entenderse que frente a una administración capaz de transigir como se le permitió en materia contractual desde el Decreto n.º 01 de 1984, artículo 217, es posible la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos, especialmente desde cuando a través de la Ley n.º 39 de 1990 el Estado Colombiano aceptó el acatamiento a decisiones proferidas por tribunales arbitrales extranjeros; sometimiento que hoy se mantiene constante en la legislación nacional, conforme a lo establecido en la Ley n.º 315 de 1996, que se encargó de reglamentar algunos aspectos del arbitraje internacional [...].»

A su vez, en sentencia de 24 de octubre de 2003, M.P. doctor Alier E. Hernández Enríquez, se reconoce que «El Consejo de Estado carece de jurisdicción para resolver el recurso de anulación contra un laudo arbitral proferido por la Corte Internacional del Arbitraje de París», de tal manera que, cuando se está ante un laudo proferido en el extranjero no podrá la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana proferirse al respecto, ya que se respeta el carácter internacional del laudo.

4.2. Derecho aplicable

4.2.1. Ley aplicable al acuerdo de voluntades

Resulta pertinente saber cuál es la legislación que es aplicable al momento de celebrarse el pacto arbitral, el cual es considerado como un contrato en donde las partes deciden someter a la jurisdicción de los tribunales de arbitramento los posibles conflictos que puedan surgir (cláusula compromisoria) o conflictos ya existentes (compromiso), dentro de una relación jurídica determinada. Al respecto, los diferentes instrumentos internacionales han acogido diversas posturas que se mencionan a continuación.

- Convención de Nueva York de 1985, resuelve el problema de validez del pacto arbitral indirectamente, y señala como causal de rechazo del laudo arbitral el hecho de que el pacto no sea válido. Al respecto, establece que las causales que se van a tener en cuenta para decretar el pacto como inválido son las de la ley aplicable que fue escogida por las partes y, a falta de dicha escogencia, se tendrá en cuenta la ley del país donde se profiera la decisión. Si lo que se valora es la capacidad para contratar, se aplicará la ley personal del contratante.
- La Ley Modelo de la ONU, no contempla disposición alguna que revelen de manera contundente cuál es la legislación aplicable al pacto arbitral de forma directa, mas sin embargo, en su artículo 28 contempla una disposición que resuelve de forma indirecta el problema. Según dicho artículo «[...] El tribunal arbitral resuelve el diferendo de acuerdo con las reglas de derecho escogidas por las partes como aplicable al fondo del litigio». De tal manera que, puede concluirse que de acuerdo con esta norma la ley aplicable al pacto arbitral es aquélla que haya sido escogida por las partes, y a falta de dicha escogencia se aplicará la del país donde se profiera la decisión. Si no se sabe dónde se decidirá, se aplicará la ley competente según las reglas de conflicto del tribunal.

Por otro lado, se establece que si lo que se valora es la capacidad para contratar, se aplicará la ley personal del contratante.

- Según la Convención Interamericana de Panamá de 1975 aprobada por Colombia mediante la Ley n.º 44 de 1986, la solución al problema es el mismo que se ha venido adoptando por las diferentes convenciones, sin introducir alguna novedad. Ahora bien, se establece en esta convención que si lo que se pretende valorar es la capacidad de las partes, el artículo 5.1.a establece como ley aplicable la ley nacional de las partes.

De esta forma se puede concluir que, de acuerdo con estos convenios, la validez del pacto queda sometida al principio de autonomía y que sólo frente a la falta del ejercicio de esa facultad, se posibilita al juez exequáтур a denegar la ejecución del laudo cuando el pacto arbitral que lo generó no haya cumplido con lo establecido en materia de validez por la legislación del lugar o sitio de donde se profirió dicho laudo.

Además de las convenciones anteriormente expuestas, hay que tenerse en cuenta el reglamento de la CCI (Cámara de Comercio Internacional de París) el cual contempla una solución diferente y novedosa, con relación al principio de la autonomía de la voluntad en el pacto arbitral y al respecto en su artículo 8.4 señala:

- Salvo estipulación en contra, la pretendida nulidad o inexistencia alegada del contrato, no entraña la incompetencia del árbitro si él estima válida la convención de arbitraje. Él permanecerá competente, aun en el caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y decidir sobre sus demandas y conclusiones.

Resulta diferente, entonces, este lineamiento normativo que establece que en cuanto a la validación del pacto arbitral (sea cláusula o compromiso) el árbitro no está sujeto a ninguna legislación designada por una regla de conflicto; sino que a su vez, él es la única autoridad para establecer la validez de dicho pacto, de tal manera que pareciera que el árbitro pudiera prescindir de las referencias legislativas concretas.

Se considera pertinente hacer alusión a lo que contempla la legislación colombiana del Derecho Internacional Privado en cuanto a la validez del pacto arbitral que puede generar el rechazo o ejecución de un laudo. Como se señaló anteriormente la norma aplicable en estos casos es la Ley n.º 315 de 1996, la cual en su artículo 2, contempla lo siguiente:

«El arbitraje internacional se rige en todas sus partes por las disposiciones de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenios, Protocolos y demás actos del Derecho Internacional suscritos y ratificado por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil».

De este artículo puede concluirse que de aplicarse en el territorio colombiano normas de instrumentos internacionales que regulen la materia del arbitraje internacional y en caso de presentarse conflictos, los mismos se resolverán con base a lo regulado por dichos instrumentos y de presentarse algún vacío normativo se acudirá a la legislación colombiana que regule el mismo aspecto.

Así las cosas, vale la pena recalcar que Colombia es uno de los países que ratifican la Convención de Nueva York al igual que ratifica la Convención Interamericana de Panamá, las cuales serán aplicables en materia de Derecho internacional. Por lo tanto, en cuanto a la legislación aplicable para demostrar la validez o no del pacto arbitral y por ende la del respectivo rechazo o ejecución del laudo, ambas Convenciones disponen que se tendrá en cuenta lo que al respecto estipule la normatividad que las partes eligieron para que regule dicho pacto y en caso de no estipularse legislación alguna, se tendrá en cuenta la normatividad que en este supuesto se aplique en el territorio donde se profiera el laudo.

Por otro lado, de no encontrarse reguladas algunas situaciones en los Convenios ratificados por Colombia, se acudirá entonces al Derecho Internacional Privado.

4.2.2. Ley aplicable en materia objeto del litigio

Se trata aquí de saber conforme a qué legislación se establece el tipo de litigio que es objeto de arbitramento.

Al respecto los instrumentos internacionales plantean algunos tipos de soluciones como:

- La Convención de Nueva York de 1958 en su artículo 5 numeral 2 dispone que:

«También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

- Por su parte, la Ley Modelo de la ONU en sus artículos 34 y 36 hacen alusión a la legislación aplicable al objeto del litigio y establecen que en primer término, es posible obtenerse la anulación de la sentencia o laudo arbitral si el tribunal ante el cual se demanda, establecen que el objeto del litigio no es susceptible de ser resuelto por arbitramento, de conformidad con el Estado sede de ese tribunal. En segundo lugar, cuando determina que el reconocimiento del fallo y su ejecución pueden ser negados por los mismos motivos.
- La Convención Interamericana de Panamá de 1975 relaciona el tema muy directamente en dos de sus artículos:
Artículo 1 valida el acuerdo del arbitraje de las partes en cuanto se trate de negocios de carácter mercantil, con lo cual restringe el campo material del litigio a los casos de carácter comercial. Con todo, no dispone conforme a qué legislación debe apreciarse tal validez.
En el artículo 5 de la Convención se establece como causal de denegación del laudo en el Estado en que se pide su ejecución, el hecho de que la diferencia objeto de sentencia no sea susceptible de arreglo por esta vía.
- El Reglamento de la UNCITRAL no resuelve la discusión.

Una vez estudiadas las soluciones que los instrumentos internacionales relacionaron sobre la legislación aplicable al objeto o discusión sometido a un tribunal de arbitramento; se hace apremiante, traer a colación lo que al respecto se reglamenta en el Derecho Internacional Privado, en el cual, se aporta como solución al tema que la ley que gobierna el pacto de arbitraje debe ser la que determine cuáles litigios son susceptibles de ser resueltos para esta vía. Sin embargo, los árbitros deben tener en consideración tanto las leyes del lugar en donde el laudo pueda ser objeto de recursos de anulación, como las del lugar donde la sentencia puede ser ejecutada, atendiendo a que pueden incluirse dentro de las causales de anulación y de rechazo de ejecución el hecho de que el diferendo no sea susceptible de ser resuelto por la vía arbitral.

Ahora bien, en el Derecho Internacional Privado colombiano no existe una solución al punto en cuestión, por lo tanto, se llega a la conclusión de que frente a este aspecto deben aplicarse las soluciones previstas tanto en la Convención de Nueva York así como lo expuesto en este tema en la Convención de Panamá, y a falta de competencia de estos Convenios se debe tener en consideración la legislación nacional la cual regula la materia grosso modo en nuestro Código de Procedimiento Civil.

Por lo anteriormente señalado, vale la pena recalcar que en el Código de Procedimiento Civil Colombiano no se obliga expresamente a tener en cuenta la ley colombiana para los efectos de establecer si la materia objeto de la sentencia es susceptible o no de ser sometida a arbitramento. Mas sin embargo, es importante recalcar que en la legislación colombiana pueden ser objeto de arbitramento aquellas cuestiones que son susceptibles de transacción, a *contrario sensu*, escapan al arbitramento aquellas materias sobre las cuales versan leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

4.2.3. Ley aplicable al fondo del litigio

Bajo este aspecto, lo que se busca determinar es el sistema normativo con el que los árbitros que fallan en derecho van a resolver el fondo del litigio.

Sobre este tema, existe un consenso dentro del ámbito internacional sobre la libertad que asiste a las partes, antes que a los árbitros, para determinar el derecho aplicable al fondo del litigio. Al respecto han señalado los instrumentos de carácter internacional lo siguiente:

- Convención de Nueva York no muestra una solución que se refiera a la normatividad aplicable al fondo del litigio como tal.
- La Ley Modelo de la ONU, en su artículo 28 establece el principio de libertad de las partes, en cuanto a la elección de la legislación aplicable al fondo del litigio, y a falta de dicha indicación son los árbitros los llamados a escoger una regla de conflicto para que sea ésta la que designe a la ley aplicable, es decir, buscar una regla de conflicto para llegar a la designación de la ley aplicable al litigio.
- En legislaciones más modernas como la francesa se le permite al árbitro directamente la designación de la ley aplicable al fondo del litigio.
- El Reglamento de la UNCITRAL, en su artículo 33 manifiesta que la ley aplicable al fondo del litigio, y a falta de designación corresponde al árbitro elegir la regla de conflicto que él considere.
- La Convención Interamericana de Panamá no resuelve la cuestión de la ley aplicable al fondo del litigio
- El reglamento de la CCI en su artículo 13 numerales 3 y 5, manifiestan que las partes son libres de determinar el derecho que los árbitros aplicarán al fondo del litigio. Vale la pena destacar que en Reglamento no utilizan el término de ley aplicable al fondo del litigio sino que hablan del derecho aplicable al fondo del litigio, lo que nos puede llevar a concluir contemplan la aplicación de un sistema normativo no legislado, como sería el caso de la aplicación de los principios de Derecho Internacional Privado en la materia, la *lex mercatoria*, o el llamado *soft law* de los anglosajones. En caso de que las partes no señalen el derecho aplicable, el árbitro aplicará la

ley que designe la regla de conflicto que él juzgue apropiado emplear.

Ahora bien, el Derecho Internacional Privado, a su vez, también reglamentó el asunto y consideró que no debía dejarse al arbitrio de ley de autonomía la designación de la legislación aplicable al fondo del litigio, de tal manera que, hoy en día, a luz de los ojos del Derecho Internacional Privado radica en cabeza de los árbitros tal facultad.

Originariamente, se optó por la solución de que el árbitro internacional era el que debía aplicar las reglas del conflicto del país sede de arbitramento, sin embargo este tipo de solución generó críticas al tenerse en cuenta que en ocasiones los árbitros deben tomar determinaciones, aunque la sede no esté establecida. Por esta razón, llegó a la conclusión de que es innecesario que el tribunal debeatudir a una regla de conflicto que determina la legislación aplicable. De tal manera que actualmente versa en cabeza del árbitro dicha facultad.

Por otra parte, el Derecho Internacional Colombiano, se une a la posición mayoritaria en cuanto al tema se refiere al reconocerle a las partes libertad de designar directamente las normas sustanciales aplicable al fondo del litigio, de tal manera que se podría concluir que las partes son libres de escoger el sistema normativo aplicable a su difrendo, sin necesidad de acudir al empleo de una regla de conflicto.

4.2.4. Ley aplicable al procedimiento

Cuando se está ante el curso del proceso de un Tribunal de Arbitramento Internacional, surge otro interrogante y es qué procedimiento resulta aplicable en este tipo de tribunales.

Este aspecto del arbitraje pareciera estar gobernado por las reglas de procedimiento del lugar donde se desarrolla la instancia arbitral, aunque es posible admitir otros criterios.

El Derecho Internacional Privado ha considerado que la ley que resulta aplicable al procedimiento arbitral es la ley de la autonomía

donde se establece que le corresponde a las partes estipular cuál es el procedimiento a seguir en caso de un tribunal de arbitramento internacional. A falta de ley de autonomía, corresponderá a los árbitros determinar según cuáles reglas de procedimiento debe funcionar el tribunal.

Al respecto los instrumentos internacionales han establecido lo siguiente:

- La Ley Modelo de la ONU consagra el principio de la autonomía de la voluntad en la materia, y establece que las partes son libres de establecer el procedimiento que deberá seguir el tribunal de arbitraje, y a falta de tal acuerdo, el tribunal será libre de escoger las reglas.

En este caso, ni las partes ni los árbitros pasan por el proceso de escoger la regla de conflicto que establecerá las normas aplicables al procedimiento.

- El Reglamento de la UNCITRAL en su artículo 15 establece que el tribunal puede proceder al arbitramento de la manera como juzgue apropiado, siempre que las partes sean tratadas sobre pie de igualdad y que en cada etapa del procedimiento las partes tengan posibilidad de hacer valer sus derechos y de proponer sus medios de defensa; en todo caso, ella debe ser observada a efectos de eliminar posibles causales de invalidez del laudo.

- La Convención Interamericana de Panamá reconoce libertad a las partes para designar la ley procedural arbitral y en caso de silencio de las partes le corresponde a los árbitros entrar a regular la norma procedural que regulará al tribunal de arbitramento internacional.

- El reglamento de la CCI en su artículo 11, propone diversas soluciones excluyentes entre sí para poder entrar a determinar el procedimiento a seguir; en primer término las reglas del procedimiento aplicables emana de la ley de autonomía, en la medida de que las partes hayan resuelto someterse a ese reglamento.

- En segundo término, proceden las leyes de procedimiento escogidas por los árbitros los cuales fijan sus propias reglas en caso que las partes no lo hubieran hecho. Llegado el punto que corresponda a los árbitros tal determinación, el tribunal goza de la misma libertad que tienen las partes para realizar este tipo de determinaciones.

Por otro lado, se hace relevante establecer que el común denominador en cuanto a la norma procedural aplicable no es otro sino aquellas normas que hayan elegido las partes que de común acuerdo someten sus litigios al tribunal de arbitramento; en la misma forma lo regula el Derecho Internacional Privado y, a su vez, establece que a falta de dicho acuerdo entrará a regir a lo que en esta materia se refiere lo estipulado por los árbitros. Mas sin embargo, pareciere que las partes no tienen posibilidad de escoger un sistema legal de procedimiento, ya que se hace alusión a la posibilidad de determinar lo concerniente al procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje.

4.3. Arbitrabilidad y orden público

La gran restricción al arbitramento internacional en materia administrativa es la referida al respeto y adecuación del laudo arbitral extranjero al orden público. Debe señalarse que este aspecto no debe ser considerado como una restricción; sin embargo, se le ha calificado como tal en la medida en que, por error o simple desconocimiento, en Colombia la noción de orden público a la que se refiere el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil como la Convención de Nueva York, no ha sido entendida en su concepto más absoluto como debería entenderse a la luz del Derecho Internacional Privado. Siendo así las cosas, existe entonces poca probabilidad de que en Colombia pueda ejecutarse o aplicarse un laudo extranjero.

El orden público al que se refieren las normas ha de ser entendido como orden público internacional, es decir, debe guardarse respeto y adecuación únicamente a los estrictos principios esenciales y fundamentales de las instituciones y al ordenamiento jurídico nacional

que, por su importancia, podrían excluir la aplicación de un laudo arbitral.

Por último es de señalar, que existe en Colombia diversos problemas que llevan a la conclusión de seguir restringiendo el acceso al tribunal de arbitramento administrativo, la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 1436 del 2000 puede considerarse como uno de los pronunciamientos más restrictivos que han sido emitidos en torno a la competencia de los árbitros en materia administrativa, para la Corte Constitucional el análisis de la legalidad de los actos administrativos «no puede quedar librado a los particulares, que a estos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan como funciones de carácter estatal, atribución ésta exclusiva de los jueces».

Hay que aclarar que ser particular no es una limitación para ejercer la jurisdicción, fue la misma Constitución Política la que habilitó a los particulares, como también a los jueces, para ejercer jurisdicción sin limitaciones ni distinciones de ningún tipo. La doctrina colombiana ha considerado que el argumento de privar a los árbitros de determinadas facultades por el hecho de ser particulares, sería igualmente aplicable a los jueces, quienes, asimismo, son particulares en su vida privada y tiene sus propias orientaciones filosóficas, políticas y académicas, por tanto, no pueden considerarse diferencias entre un particular que ejerce como árbitro y un juez.

4.3.1. Exequátor de laudos arbitrales

Debe entenderse por exequátor la habilidad emanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que un laudo arbitral preferido en otro país produzca efectos en Colombia y sea aplicable. El exequátor es una institución que tiene como fuente el principio de la soberanía estatal. Al respecto, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado señalando lo siguiente:

«Más exactamente, la sentencia extranjera que resuelve sobre una pretensión es un todo diferente de la que la provee sobre la solicitud de exequátor, puesto que en éste obedece a la necesidad de un trámite inspirado en el prin-

cipio de la soberanía estatal, hasta el punto de que en él no se discute la justicia o el acierto del fallo extranjero, sino que, de modo exclusivo, se verifican o controlan otros aspectos de ese proceso que pueden llegar a afectar el orden jurídico nacional». [Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Auto de fecha 2 de febrero de 1994].

Vale la pena destacar que en el derecho comparado, el exequátur o habilitación para aplicar y ejecutar una sentencia o laudo extranjero es un principio de Derecho común. Sin embargo, todavía existen legislaciones que regulan el mismo fenómeno bajo el nombre de homologación judicial y aun otras que consagran el principio del doble exequátur, el cual consiste en exigir la homologación del laudo, en primera instancia, por las autoridades judiciales del Estado en donde se tramita el proceso arbitral y se profirió el laudo; y en segunda instancia, el otorgamiento del exequátur por el Estado en donde se solicita su aplicación y ejecución.

El requisito esencial que debe cumplirse para poder hablarse de exequátur no es otro que se trate de un laudo extranjero, y debe entenderse por tal, el proferido en un país o Estado diferente de Colombia, pero cuyo reconocimiento y ejecución se debe cumplir en nuestro país. En ese sentido coinciden tanto el artículo 696 del CPC como el artículo 1 de la Convención de Nueva York (ratificada en Colombia); sin embargo, la convención es más amplia al disponer que «se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales, el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución».

Es importante aclarar, en todo caso, que el artículo 3 de la Ley n.º 315 expresamente cataloga como laudo arbitral extranjero únicamente el proferido por fuera del territorio nacional, de tal suerte que, un laudo proferido en Colombia, así se trata de un arbitraje internacional, no requerirá exequátur para su aplicación y ejecución, pues conforme con nuestra legislación, sería considerado como una sentencia doméstica.

Existe un aspecto importante tocado en la Convención de Nueva York, en la cual establecen que podrán ser sometidas al exequátur todo

laudo que tenga el carácter de obligatorio; de tal manera que el criterio de ejecutoria se cambia por el de obligatoriedad. En efecto, dependiendo de la legislación, la ejecutoria del laudo puede quedar sometida a la decisión de un recurso de anulación como sucedía en Colombia, antes de la modificación efectuada por la Ley n.º 446 de 1998. Por el contrario, el criterio de la obligatoriedad parte del supuesto de que los recursos de anulación o de nulidad no suspendan la ejecutoria del laudo. Sobre este asunto se ha pronunciado la doctrina internacional y ha señalado lo siguiente:

«Para solicitar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera ya no se requiere que la sentencia se encuentre en firme, sino basta con que sea obligatoria para las partes, lo cual elimina el trámite del doble exequáтур». [SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Oxford].

En Colombia el H. Consejo de Estado en Sentencia de 22 de abril de 2004, M.P. doctor Ricardo Hoyos Duque, Radicado n.º 25261, al respecto manifestó lo siguiente:

«Para solicitar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera ya no se requiere que la sentencia se encuentre en firme, sino basta con que sea obligatoria para las partes, lo cual elimina el trámite del doble exequáтур». [Santos Balandro Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Oxford].

En Colombia el H. Consejo de Estado en Sentencia de 22 de abril de 2004, M.P. doctor Ricardo Hoyos Duque, Radicado n.º 25621, al respecto manifestó lo siguiente:

«[...] En efecto, la Convención de Nueva York, adoptada por la Ley n.º 39 de 1999,⁶ señala en el artículo V, que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero, cuando se pruebe ante la autoridad competente (la del exequáтур) «que la sentencia no es aún obligatoria para las

⁶ «Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras por la conferencia de las Naciones Unidas sobre arbitramento comercial internacional el 10 de junio de 1958».

partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia» (artículo V.1E), lo cual significa que el laudo arbitral internacional sí puede ser objeto de anulación, pero sólo (i) por la autoridad competente del país donde éste fue dictado, o (ii) por aquélla conforme a cuya legislación procesal fue proferida la decisión [...].».

Claro está que conforme con el artículo 6 de la Convención, el tribunal competente para proferir el exequáтур podrá, si lo considera pertinente, suspender el trámite mientras se decide un recurso de anulación contra el laudo, e igualmente, podrá solicitar una caución al demandado que solicita la suspensión del exequáтур.

4.3.2. Trámite del exequáтур

El trámite de iniciación; la presentación de la demanda ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, acompañada de la copia del laudo debidamente autenticada y traducida al castellano, si fuere el caso.

De la demanda se le dará traslado a la parte contra quien se pide la ejecución del laudo y al procurador delegado en lo civil. Practicadas las pruebas solicitadas por las partes, se dará traslado para los alegatos. Vencido el término anterior se proferirá sentencia.

La supremacía de la Convención de Nueva York sobre las reglas contenidas en el CPC colombiano ha sido aceptada por la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

«[...] En este caso existe un convenio internacional de derogatoria de la jurisdicción nacional por parte de los Estados que como Colombia han aprobado e incorporado a su legislación interna la Convención de las Naciones Unidas de 10 de junio de 1958». [Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 1998. Expediente n.º 11477].

4.3.3. Condiciones del laudo

1. Que se trate de un laudo extranjero.
2. Que se cumplan con los requisitos del artículo 694 del CPC, se re-

quiere acompañar copia auténtica del laudo y del compromiso, debidamente traducido al español.

3. Que el Ministerio de Relaciones Exteriores certifique sobre la vigencia de la Convención de Nueva York y la ratificación de la misma por el país en donde se profirió el laudo.

En cuanto a las causales de negación del *exequátur*, simplemente hay que decirse que las únicas que pueden dar origen a la negación del *exequátur* son las expresamente consagradas en la Convención de Nueva York.

Mas, sin embargo, éste puede catalogarse como un aspecto relativamente incierto que podría quedar en materia de arbitraje internacional en Colombia, pues, debe manifestarse que la Corte Suprema y la Corte Constitucional insisten en la aplicación de las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para negar el reconocimiento de los laudos extranjeros, en violación de las convenciones de Nueva York y de Panamá. Esto, a pesar de que ambas convenciones son claras en determinar que solamente se pueden aplicar las causales en ellas previstas.

En efecto, la Corte Constitucional en uno de sus fallos se pronunció diciendo:

«A su vez, en el procedimiento relacionado con los laudos no nacionales está previsto que deben someterse al trámite del *exequátur*, consagrados en los artículos 693, 694 y 695 del CPC. Hay que recordar que los laudos arbitrales proferidos en el exterior, por razones de soberanía de Estado, en principio no tienen valor en el país. Sin embargo, como es suficientemente sabido, esto afectará en materia grave las relaciones internacionales, por lo que el legislador previó un sistema que permite por vía de excepción, conceder efectos jurídicos a decisiones emitidas fuera del país, mediante la figura de *exequátur*».

La Corte Suprema de Justicia ha adoptado en el pasado la misma interpretación que hoy sostienen, en el sentido de que al *exequátur* de laudos arbitrales se le aplica la legislación interna, incluidas en ella las

causales de denegación del mismo previstas en el Código de Procedimiento Civil, así como la exigencia de reciprocidad diplomática o legislativa con el país en el que se origina la providencia, dijo la Corte:

«Con la concesión del exequáтур se logra el reconocimiento dentro del ámbito jurídico nacional de decisiones proferidas en país extranjero, cuando éstas tienen la naturaleza de laudos arbitrales o de sentencias. Para alcanzar tal fin, la solicitud ha de cumplir con las exigencias requeridas por el artículo 694 del ordenamiento procesal civil.

Está supeditada, además, la solicitud del exequáтур, para alcanzar el objetivo legal pretendido, a la preexistencia de tratados públicos vigentes entre Colombia y la nación donde se profirió la decisión respectiva, caso en el cual la reciprocidad será de rango diplomático, o bien, a la aceptación que ese país extranjero conceda en su legislación interna a decisiones de igual índole emitidas en Colombia, en cuyo caso la reciprocidad será de carácter normativo».

Esta acumulación de causales tienen un efecto último, y es que la ratificación de las convenciones de Nueva York y Panamá por parte de Colombia, lo que hizo fue, en la práctica, hacer más gravosa la carga de quien pretende el reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera, pues, además de cumplir con los requisitos que desde siempre ha establecido la legislación interna, deberá someterse a aquéllos que consagran las dos convenciones.

Se considera relevante traer a colación lo establecido por la doctrina colombiana respecto al señalamiento que hace la convención de Nueva York sobre que el laudo sometido a exequáтур no se oponga a las leyes o disposiciones de orden público. Al respecto, el tratadista Marco Gerardo Monroy Cabra, sostiene:

«Hay que observar que requisito de orden público se refiere al orden público internacional que, como se expuso en la obra Derecho Internacional Privado, es el conjunto de normas imperativas que garantizan a un Estado la paz, la seguridad y la estabilidad política, económica y social. Se trata de normas fundamentales sobre las cuales descansa la estructura jurídica del Estado.

Desde luego que como no hay ley que exprese cuáles son las normas de orden público internacional, el juez, en cada caso, deberá determinar si se trata de una norma que se refiera al orden público interno o de una trasgresión de un

principio fundamental que haga relación al orden público internacional de Colombia». [Monroy, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional].

En resumen, la tesis dominante en derecho comparado es que el orden público se refiere a los principios constitucionales dominantes en un Estado y no toda norma sustantiva de carácter imperativo.

4.3.4. El exequáтур y la Convención de Nueva York

Resulta relevante confrontar la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, frente a la regulación interna o Código de Procedimiento Civil. Al respecto, la doctrina nacional ha manifestado:

En cuanto a la ley sustantiva, vale la pena recalcar que en Colombia estuvo prohibida la designación según el sistema de los denominados árbitros partes, lo cual constituye el sistema usual del derecho comparado, en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales y en los tratados internacionales sobre arbitramento; sin embargo, en este punto no podría aplicarse la legislación colombiana debido a que conforme con el artículo V de la Convención de Nueva York, la debida integración se mira, en primer término, frente a lo consagrado expresamente en el pacto arbitral y en subsidio, según lo dispuesto por la legislación interna del país donde funcionó el tribunal de arbitramento, y no se puede, por tanto, aplicar las leyes colombianas, so pretexto de exequáтур.

Otro problema que surge respecto a la Convención de Nueva York es el requisito de la reciprocidad previsto en artículo 693 del CPC. El artículo 1, numeral 1, de la Convención, no deja dudas de que se aplica el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, sin otra consideración y por el simple hecho de ser laudos arbitrales extranjeros. Por el contrario, el CPC exige, además de dicha condición (laudo extranjero), que exista un tratado sobre aplicación de laudos o sentencias extranjeras, en el cual sean parte el país donde funcionó el tribunal y se profirió el laudo y Colombia, y si no existe esta reci-

procidad diplomática, que se presente la denominada reciprocidad de hecho. Anotados los presupuestos anteriores, la doctrina colombiana se pregunta si sería viable ceder el exequáтур respecto a un laudo arbitral extranjero, proferido en un país no suscriptor de la Convención de Nueva York, sin reserva al respecto, sin poder exigir reciprocidad alguna.

La posición mayoritaria en la doctrina comparada sostiene que la reciprocidad, en cualquiera de sus formas, no es exigible conforme a los principios consagrados en la Convención de Nueva York. Según este criterio doctrinal, que es el más acertado, basta que el país donde se solicita el exequáтур sea suscriptor de la Convención de Nueva York para que dicho Estado esté en la obligación de conceder la aplicación y ejecución del laudo, independientemente de que el Estado en el cual se profirió el laudo no sea suscriptor de la Convención de Nueva York.

4.3.5. Amigables componedores o arbitradores

En Colombia la amigable composición está prevista como contrato y es diferente al arbitraje en conciencia que está regulado separadamente. Según la legislación colombiana, en virtud de la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante, para las partes, el estado y forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. La expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición se consignará por escrito y deberá contener:

1. El nombre, domicilio y dirección de las partes.
2. Las cuestiones objeto de la amigable composición.
3. El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no hayan deferido su designación a un tercero.
4. El término para cumplir el encargo, que no podrá excederse de 30 días.

Los amigables componedores deciden sin sujeción estricta a las normas legales y conforme a su prudencia y juicio y, desde luego, a la equidad.

BIBLIOGRAFÍA

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, última edición.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*, 1998, segunda edición.

SANTOS BALANDRO, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*, 2000, tercera edición.

MANTILLA-SERRANO, Fernando (Coordinador) *Arbitraje Internacional-Tensiones actuales*, 2007, primera edición.

NAMÉN VARGAS, William. «El pacto arbitral». En *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2000.

ZAPATA, Adriana. «Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional». En *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio 1998-diciembre 1999.

DÍA 5 - VIERNES 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

LA NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL COMO CAUSAL DE
ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Rita Sabroso Minaya

LA NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

*Rita Sabroso Minaya**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Nulidad del convenio arbitral.— 2.1. Requisito de procedencia de la causal de nulidad del convenio arbitral.— 2.2. ¿Qué debemos entender por nulidad del convenio arbitral?— 2.3. Poderes del representante.

1. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, a través del recurso de anulación del laudo arbitral, el Poder Judicial no podrá reexaminar el fondo de la controversia, en la medida de que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje establece que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia.

Es aquí donde radica la diferencia central entre el recurso de apelación y el recurso de anulación. Mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho [es decir, del análisis del fondo

* Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Obligaciones y Contratos Típicos I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Miembro del Estudio Mario Castillo Freyre. Secretaria Arbitral en procesos *Ad-Hoc*.

de la controversia resuelta en el laudo], el recuso de anulación sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos.

Ahora bien, el laudo arbitral sólo podrá ser anulado cuando la parte que demande la anulación pruebe alguno de los supuestos expresamente contemplados por el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

En la presente exposición nos centraremos en el primer supuesto contemplado por el referido artículo 73; a saber: la anulación del laudo en virtud de la nulidad del convenio arbitral.

2. NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

Como sabemos, el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

De esta manera, el convenio arbitral cumple la función de expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje la controversia o controversias, que quieren resolver mediante este sistema. De acuerdo con este planteamiento, la validez de dicho convenio arbitral es presupuesto básico para la validez de laudo, así como también del arbitraje en sí mismo considerado, pues constituye su soporte y fundamento.

En otras palabras, si el nacimiento del arbitraje obedece a la existencia y eficacia del convenio arbitral, cuando no existe dicho convenio o éste es inválido, carecería de todo sentido otorgar eficacia al laudo.

Es precisamente por esto que la nulidad del convenio arbitral se configura como la primera causal de anulación del laudo.

2.1. Requisito de procedencia de la causal de nulidad del convenio arbitral

Ahora bien, para proponer alguna causal de anulación del laudo, la gran mayoría de legislaciones arbitrales exige que —previamente—

el interesado haya planteado sus observaciones ante el propio tribunal arbitral, dándole —de esta manera— la posibilidad de corregir algún error significativo y, además, que se litigue de buena fe. El incumplimiento de este requisito será sancionado con la improcedencia de invocar las causales ante el Poder Judicial.

Así, por ejemplo, si el convenio arbitral fuese inexistente, o presentara algún vicio que afectase su validez o su eficacia, la parte deberá formular oposición a la competencia de los árbitros, obligándolos a que se pronuncien, precisamente, sobre la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral.

Es en este sentido, que el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece que quien solicita la anulación del laudo arbitral por nulidad del convenio, debe haberlo reclamado conforme al artículo 39 de la referida Ley, precepto que dispone que «la oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales.

De esta manera, se desprende como requisito *sine qua non* para el proceso de anulación del laudo, que la parte que invoque esta causal [la de nulidad del convenio arbitral] haya formulado oposición al arbitraje en la etapa postulatoria del proceso y que la oposición haya sido desestimada o que, si reservada para ser resuelta al momento de laudar, haya sido declarada infundada.

2.2. ¿Qué debemos entender por nulidad del convenio arbitral?

Ahora bien, cabe preguntarnos qué debemos entender por nulidad del convenio arbitral.

En primer lugar, nos vamos a ocupar de aquellos casos en los que la propia Ley General de Arbitraje establece la nulidad del convenio arbitral.

Así, tenemos al artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, precepto que establece que el convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad, pero —debemos señalar— no exige un formalismo especial.

El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Asimismo, podría constar en un simple documento con firmas legalizadas, o en una minuta, o, incluso, en una Escritura Pública.

Se permite, también, que pueda resultar del intercambio de cartas o de otros medios de comunicación en que quede constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Otro ejemplo, en el cual la propia Ley General de Arbitraje sanciona la nulidad del convenio, lo encontramos en el último párrafo de su artículo 14. Dicho precepto establece que es nulo el convenio arbitral cuando coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto a la designación de árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

Es más que evidente que sea cualquiera la forma de designación de árbitros [designación por las propias partes, por un tercero o por una institución arbitral], en todas ellas es exigible que las partes guarden una posición igualitaria o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la controversia.

Así, por ejemplo, será nulo el convenio arbitral que establezca que sólo una de las partes designará a los árbitros, o que sólo una de ellas sea la que elija al tercero que a su vez deberá designar a los árbitros, o cuando una de las partes tenga poder de decisión directo sobre la institución encargada de la designación.

Otra posible respuesta que se puede dar es que el convenio arbitral es nulo, cuando se encuentra incursa en alguno de los supuestos del

artículo 219 del Código Civil [falta de manifestación de voluntad, incapacidad absoluta del agente, objeto física o jurídicamente imposible, fin ilícito, simulación absoluta, o que no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad].

Sin embargo, se considera que hay que tener mucho cuidado con esta causal, en la medida de que en un proceso de anulación de laudo el análisis sobre la nulidad del convenio arbitral no es tan profundo como el que se realizaría en un proceso de conocimiento [de nulidad de acto jurídico].

Justamente, por tal motivo es que la Ley General de Arbitraje exige para la admisibilidad de esta causal el haberla reclamado de manera previa a los propios árbitros.

Dentro de tal orden de ideas, si ante los árbitros se alegó la nulidad del convenio arbitral, la misma que fue analizada y resuelta por ellos, el juez que conoce de la anulación del laudo estaría en aptitud de reconsiderar la decisión de los árbitros.

En cambio, si no se alegó el vicio ante los árbitros, el mismo no se podría invocar ante el Poder Judicial como causal de anulación del laudo.

Sin embargo, se sostiene que sólo en un caso procedería recurrir a esta causal aun cuando no se hubiere reclamado previamente ante los árbitros, y se trataría de aquél supuesto en el cual el vicio que invalida el convenio arbitral fuese manifiesto. Es decir, cuando el vicio se desprenda directa y naturalmente del expediente, sin necesidad alguna de prueba.

No compartimos esta posición, pues resultaría peligroso que una parte solicite la anulación del laudo en virtud de la nulidad del convenio arbitral, cuando en el proceso arbitral no hizo uso de las prerrogativas que la propia ley le otorga, es decir, de la posibilidad de deducir una excepción o de oponerse a la competencia de los árbitros,

más aún cuando en dicha hipótesis la nulidad del convenio arbitral es manifiesta.

Admitir esta posibilidad sería abrir una puerta muy peligrosa, porque estaríamos permitiendo —no digo que en todos los supuestos— un posible actuar de mala fe por parte del que solicita la anulación del laudo.

Otro tema importante a precisar es que la *nulidad* del convenio arbitral a que hace referencia el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, debe entenderse en sentido amplio, incluyendo todos los vicios del negocio jurídico a los que hace referencia el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje; a saber: inexistencia, ineficacia e invalidez del convenio arbitral.

Sin embargo, hay quienes no consideran que ello sea así.

Por ejemplo, en un proceso arbitral una parte dedujo la excepción de incompetencia de los árbitros, porque el convenio arbitral era ineficaz, invocando el artículo 161 del Código Civil, precepto que establece que es ineficaz el acto jurídico celebrado por el representante que excede o viola las facultades conferidas. Dicha excepción fue declarada infundada y el Tribunal Arbitral laudó. Luego, la parte que dedujo la excepción, solicitó la anulación del laudo en virtud del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

Al respecto, la demandada sostuvo que su contraparte nunca había deducido la excepción de incompetencia de los árbitros, basada en la nulidad del convenio arbitral, y que, en tal sentido, al no haber *identidad plena* entre lo reclamado en sede arbitral y la causal invocada para la anulación del laudo, ésta última debía declararse improcedente.

Resulta evidente que la demandada en el proceso de anulación del laudo estaba realizando una interpretación literal y restringida de la expresión *nulidad* del convenio arbitral, que encontramos en el inciso 1 del artículo 73.

Pues bien, en este caso, la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima entendió en sentido amplio la expresión *nulidad* del convenio arbitral, ya que declaró fundada la demanda, es decir, declaró la nulidad del Laudo en virtud de la ineficacia del convenio arbitral.

Los considerandos de la Sala Comercial de la Corte Superior se basaron —como es obvio— en que el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje [al cual se remite el inciso 1 del artículo 73] contempla la posibilidad de que la parte que se opuso al arbitraje por considerar inexistente, ineficaz o inválido el convenio arbitral, pueda interponer el recurso de anulación del laudo, si tal oposición hubiese sido desestimada.

Una interpretación restringida del inciso 1 del artículo 73, podría incluso llevarnos a afirmar que alguien que haya alegado, por ejemplo, la inexistencia del convenio en sede arbitral, amparándose en el artículo 39, no podría luego interponer recurso de anulación del laudo arbitral en sede judicial. Es decir, se podría llegar al absurdo de que alguien que hubiere alegado la nulidad del convenio arbitral [vicio más leve que la inexistencia] sí podría solicitar la anulación del laudo, pero quien alegó la inexistencia del convenio arbitral [ya que éste nunca se celebró] no podría hacerlo.

Este mismo problema se presentó, por ejemplo, en España hasta antes de la actual Ley General de Arbitraje de 2003. En efecto, la antigua Ley de Arbitraje española de 1988 recogía como primera causal de anulación del laudo, que el convenio arbitral fuera nulo. Sin embargo, la exclusiva referencia a la nulidad del convenio arbitral llevó a la doctrina y jurisprudencia españolas a otorgar contenido a esta noción de *convenio nulo*, más allá de lo que se afirmaba literalmente en el precepto.

Por ello, es que la actual Ley de Arbitraje española del 2003 establece como causal de anulación del laudo la inexistencia y la invalidez del convenio arbitral.

Aquí en el Perú, por ejemplo, existe un Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje en donde se contempla que «el laudo arbitral sólo puede ser anulado, cuando la parte que alegue la causal, pruebe que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido». Si bien nos parecería acertado modificar el actual inciso 1 del artículo 73, consideramos que bastaría con hacer mención a la inexistencia, invalidez o ineficacia del convenio arbitral.

2.3. Poderes del representante

Ahora corresponde analizar un tema que ha generado controversia en los últimos meses y que se relaciona con un supuesto de ineficacia del convenio arbitral.

Nos referimos a las facultades que debe tener el representante de una persona —natural o jurídica— para celebrar convenios arbitrales.

Así, por ejemplo, si uno otorga poder a su hermano para que venda la casa del primero; y este último, al celebrar el contrato de compraventa, incluye una cláusula arbitral. Suscitada alguna controversia ¿podría el comprador obligar al representado a someterse a arbitraje?

Es evidente que no.

El representado no otorgó facultades a su hermano para celebrar convenio arbitral en su nombre. En consecuencia, dicho convenio arbitral le resulta ineficaz, en virtud de lo establecido por el artículo 161 del Código Civil al que ya hemos hecho referencia.

En el caso de las personas jurídicas debemos analizar el tema con más cuidado.

La persona jurídica —al ser un ente moral, esto es, una construcción jurídica— necesita de personas naturales a través de las cuales poder actuar, lo que equivale a decir que necesita de representantes.

Hay quienes sostienen que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar convenios arbitrales si no cuentan con autorización expresa, ya que la celebración de un convenio arbitral es un supuesto de representación directa, es decir, aquélla en la que existe una manifestación de voluntad por parte del representante, en nombre y por cuenta de otro y dentro de los límites de los poderes otorgados por el representado.

Sin embargo, también hay quienes sostienen que no se requeriría de poderes especiales para la celebración de un convenio arbitral en nombre de una persona jurídica, ya que la inclusión de un convenio arbitral en los contratos comerciales de cualquier tipo se ha vuelto —hoy en día— práctica común, sin necesidad de exigir autorización expresa.

Ahora bien, si nos referimos al caso específico del gerente general de una empresa, debemos señalar que sus atribuciones pueden consignarse en el estatuto o ser establecidas en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior.

Asimismo, el artículo 188 de la Ley General de Sociedades establece que —salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General de Accionistas o del Directorio— *se presume* que son atribuciones del gerente general: [i] Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; y [ii] representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil.

En relación a la primera atribución del gerente [la de celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social], debemos tener en cuenta que para determinar qué es un acto o un contrato ordinario debe apreciarse lo que el propio estatuto de la persona jurídica establece, ya que la calificación de actos o contratos ordinarios se halla relacionada con el objeto social de la empresa.

Se ha sostenido que el sometimiento al fuero arbitral no podría considerarse como un acto ordinario de la empresa, ya que el someti-

miento a la jurisdicción arbitral implicaría la disposición de derechos sustantivos de la persona jurídica.

En otras palabras, el sometimiento a arbitraje implicaría que la persona jurídica renuncie al derecho de accionar judicialmente, sustraéndose de la jurisdicción ordinaria, lo que no podría ser considerado como un acto ordinario de la persona jurídica, sea cual fuere su objeto social.

Por el contrario, otros consideran que celebrar convenios arbitrales sí es un acto ordinario de administración compatible con el objeto social de cualquier persona jurídica.

Según esta posición, si estamos frente a un acto ordinario [por ejemplo, la venta de bienes producidos regularmente por la empresa] no sería necesario que el estatuto autorice al gerente general a la celebración de convenios arbitrales, ya que el convenio arbitral sería parte de los pactos comunes y corrientes que suelen incluirse en todos los contratos.

Asimismo, según esta posición, ante la duda en torno a si el gerente general goza de la confianza de los accionistas para celebrar un convenio arbitral, se optaría por proteger al tercero que razonablemente consideró que tal acto estaba comprendido dentro del espectro de las facultades del gerente general incluidas en el inciso 1 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, es decir, celebrar actos y contratos ordinarios relacionados con el objeto social.

En relación a la otra atribución del gerente general, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades establece que el representante se halla facultado para representar a la sociedad con las facultades procesal generales y especiales previstas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil.

Aquí, cabe preguntarnos si el suscribir un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica se encuentra incluido dentro de las referidas facultades generales o especiales del gerente general.

Al respecto, hay quienes sostienen que el artículo 75 del Código Procesal Civil se refiere exclusivamente a la facultad del apoderado de someter a arbitraje las pretensiones controvertidas dentro de un proceso. No se estaría refiriendo a someter a arbitraje cualquier controversia, sino solamente aquélla que ha sido objeto de la demanda a partir de la cual se ha iniciado un proceso.

Según esta posición, la norma procesal permitiría *ex post* la decisión del gerente general de recurrir al arbitraje para resolver las controversias que se suscitan y que son de conocimiento del Poder Judicial. Sin embargo, la ley no estaría facultando expresamente a hacer lo contrario, esto es a excluirse del juez natural *ex ante* sin tener explícitamente la capacidad de hacerlo, es decir, sin que la persona jurídica así lo haya expresado en el estatuto, como atribución conferida al gerente general o conferida a través de una Junta General de Accionistas.

Como se puede apreciar, según esta posición, el momento en el que se lleva a cabo la celebración del convenio arbitral resultaría de suma importancia, ya que no sería lo mismo que se celebre al momento de la firma de un contrato [antes de que surja el conflicto], a que se realice dentro de un proceso judicial [una vez que el conflicto ya surgió].

Ello, debido a que en el momento en que se celebra un contrato no se sabe de antemano cuáles serán los conflictos concretos que se presentarán en el futuro, siendo más riesgoso someter todo un mundo de meros conflictos potenciales y abstractos a decisión arbitral inapelable, que decidir someter a un proceso arbitral un conflicto determinado.

Siguiendo esta posición, aun cuando el representante de la persona jurídica hubiese actuado en calidad de gerente general, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades no contemplaría como atribución inherente a su cargo el pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial.

Por otro lado, hay quienes sostienen que la premisa anterior es correcta, pero la conclusión errada, puesto que del hecho de que el ge-

rente general pueda someter a arbitraje pretensiones ya judicializadas, no se derivaría que el mismo gerente general no pueda celebrar convenios arbitrales ante la eventualidad de que se produzcan futuras controversias.

En conclusión, para quienes no es necesario que el gerente general cuente con facultades expresas, la lógica de los incisos 1 y 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades es clara y consiste en facultar al gerente general tanto para pactar arbitrajes *ex ante* como para hacerlo *ex post*, por el solo mérito de su nombramiento. Sin embargo, también precisan que es evidente que los accionistas pueden limitar estas facultades, pero si no lo han hecho, ello demostraría la plena confianza que tenían en el gerente general, así como la plena eficacia del convenio arbitral incluido en el contrato.

Otro supuesto que debemos comentar es el de cuando el representante actúa en virtud a las facultades conferidas —esta vez, ya no por la Ley General de Sociedades ni por el estatuto—, sino por las otorgadas en la Junta General de Accionistas.

Para algunos ello implicaría que la actuación de este representante se sustente únicamente en la literalidad de los poderes otorgados en dicha Junta General de Accionistas, ya que en ella se deberá incluir, como tema de agenda, la celebración del convenio arbitral.

La Junta General de Accionistas representa el principal órgano de la persona jurídica, cuya función es formar su voluntad, siempre y cuando se hayan observado las formalidades y los requisitos de validez establecidos en la Ley General de Sociedades y en el estatuto de la persona jurídica.

En tal sentido, se sostiene que resulta imprescindible que en la Junta General de Accionistas se conozca, discuta y apruebe la celebración del convenio arbitral. Es decir, si se faculta a un representante —sea éste el gerente general de la empresa u otra persona— a suscribir un contrato, se debería dejar expresa constancia de la voluntad de la per-

sona jurídica de someter cualquier controversia derivada de dicho contrato a un proceso arbitral.

Una de las razones de dicha posición es que la no expresión del deseo de celebrar el convenio arbitral en la agenda bajo la cual se convocó a la Junta General de Accionistas, impediría el conocimiento y la eventual discusión de los accionistas respecto de la necesidad y/o conveniencia de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato determinado, y también de los términos en los que se contemplaría este convenio arbitral; a saber:

- [i] La materia a arbitrar;
- [ii] La conformación del tribunal arbitral;
- [iii] La naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad); y
- [iv] Si el arbitraje sería institucional o *ad-hoc*.

Dentro de tal orden de ideas, y siguiendo esta posición, el representante tampoco estaría facultado para celebrar un convenio arbitral, por el simple hecho de habersele otorgado facultades para la celebración y ejecución del contrato dentro del cual se insertaría el convenio arbitral.

Al respecto, quienes sostienen que el representante en este caso tampoco requeriría de facultades expresas para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica, afirman que si estamos frente a una autorización de la Junta General de Accionistas o del Directorio para celebrar un acto de disposición, no es común que dicha autorización incluya todo el detalle del contrato.

Dentro de este razonamiento, usualmente en la Justa General de Accionistas sólo se señalan algunos aspectos básicos y lo demás es delegado a la habilidad de negociación del representante. Así, se presumiría razonablemente que al existir autorización para celebrar un determinado acto, se le estaría también facultando para negociar y pactar términos y condiciones accesorios o vinculados que, por su menor importancia, no tendrían que estar contenidos en la autorización dada para celebrar el contrato.

Sin embargo, ésta no ha sido la posición asumida, por ejemplo, por la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que considera que un apoderado autorizado [a través de un poder especial] para contratar, no lo estaría para incluir una cláusula arbitral o someter las disputas a arbitraje.

Ello, habida cuenta de que el apoderamiento al representante constituye el punto de partida de su actuación en nombre del representando y delimita y concreta sus facultades, ya que será —obviamente— el acto unilateral del representando el que exprese hasta donde llegan los alcances del poder otorgado.

A entender de la Corte Superior, el otorgamiento de facultades se rige bajo el principio de literalidad y, por ende, no se presume la existencia de facultades no conferidas expresamente.

Incluso en la sentencia de la Corte Superior se señala que el poder para firmar un convenio arbitral debe ser expreso, en virtud de lo establecido por el inciso 3 del artículo 167 del Código Civil.

En relación a la cita del artículo 167 del Código Civil hecha por la Corte Superior, debemos señalar que el referido artículo establece aquellos actos sobre los bienes del representado en los cuales el representante legal requiere de autorización expresa y el inciso 3 del citado numeral hace referencia al *compromiso arbitral*.

Como sabemos, hoy en día ya no existe en nuestro ordenamiento legal la antigua distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, que se encontraba regulada entre los artículos 1906 y 1922 del Código Civil de 1984, preceptos que fueron derogados por la Primera Disposición Final de la antigua Ley General de Arbitraje de 1992, Decreto Legislativo n.º 25935.

Sin embargo, la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la citada Ley General de Arbitraje establecía «toda referencia legal o contractual a cláusula compromisoria o compromiso arbitral se entiende hecha a convenio arbitral».

Dentro de tal orden de ideas, hay quienes sostienen —de manera lógica— que el artículo 167 habría sido modificado tácitamente y por ello los representantes requerirán de facultad expresa para celebrar convenio arbitral.

Finalmente, encontramos a quienes sostienen que el representante estaría facultado para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica, siempre que se le haya facultado para celebrar el contrato que contiene el convenio arbitral; ello, en virtud de lo señalado por el artículo 1792 del Código Civil, precepto que establece que el mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquéllos que son necesarios para su cumplimiento.

Según esta posición, el convenio arbitral sería válido al considerársele como un acto conducente a cumplir con el encargo de ejecutar a cabalidad el mandato [es decir, la celebración y ejecución del contrato].

Sin embargo, también se podría argumentar que este razonamiento desvirtúa el alcance de la palabra *necesidad*, ya que no se podría presumir que exista una relación de verdadera necesidad entre la ejecución de un contrato y la celebración de un convenio arbitral.

La existencia de un convenio arbitral no sería un requisito *sine qua non* para que se celebre un contrato; más aún, si consideramos que lo natural es que cualquier controversia se solucione en la jurisdicción ordinaria y no en la jurisdicción arbitral.

Como hemos podido advertir en los puntos precedentes, existen dos posiciones abiertamente contrapuestas en lo relacionado a las facultades que debe tener el representante de la persona jurídica para celebrar un convenio arbitral [sea o no el gerente general].

Cada una de ellas nos brinda una clara imagen de la problemática que se presenta hoy en día en el arbitraje.

Dicha controversia encontraría solución con el artículo 8-A del Proyecto Modificadorio de la Ley General de Arbitraje, precepto que esta-

blece que «Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos».

En otras palabras, el Proyecto Modificadorio propone la inclusión de una presunción *iuris tamtam*, en el sentido de que con el solo nombramiento como gerente general o como administrador de una persona jurídica, se tendría la facultad para celebrar convenios arbitrales que obliguen a la persona jurídica, o la facultad para representarla durante los procesos arbitrales, ejerciendo así todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna.

En consecuencia y para terminar, si bien no estamos plenamente convencidos de la opción sugerida por el Proyecto Modificadorio, consideramos que con él se estaría dando un paso adelante al regular dicho tema, el cual —en la práctica, como ya lo hemos señalado— ha generado serios conflictos, en donde incluso se ha llegado a recurrir al Poder Judicial para que sea él quien decida sobre el tipo de poderes necesarios para someter a arbitraje a la persona jurídica.

Sin embargo, hasta el momento no se ha definido el tema relativo a las facultades del gerente general [considerando su cargo], pues sólo se ha abordado el referido a un apoderado cualquiera.

Lima, septiembre del 2007

LA MOTIVACIÓN DE LOS LAUDOS
Y EL RECURSO DE ANULACIÓN

Enrique A. Palacios Pareja

LA MOTIVACIÓN DE LOS LAUDOS Y EL RECURSO DE ANULACIÓN

*Enrique A. Palacios Pareja**

Sumario: 1. Introducción.— 2. La jurisdiccionalidad del arbitraje.— 3. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales.— 4. Cuándo se incumple con el deber de motivar.— 5. La consecuencia de la falta de motivación del laudo.— 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

No son pocos los casos en los que nos hemos encontrado, la mayoría de ellos en arbitrajes institucionales, con laudos que carecen de una motivación razonada que justifique adecuadamente la decisión a la que se llega en el fallo. Ante esto, la opción que aparece como natural es impugnar el laudo mediante el recurso que corresponde; el de anulación. Sin embargo, la Judicatura, a través de las Salas Superiores, viene denegando estos recursos por improcedentes, pues la falta de motivación no es una de las causales de anulación previstas en la Ley General de Arbitraje [LGA].

Partiendo de la jurisdiccionalidad del arbitraje, pretendemos sostener que el laudo, como acto jurisdiccional, debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva.

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados.

2. LA JURISDICCIONALIDAD DEL ARBITRAJE

Tradicionalmente se ha reservado el término jurisdicción para referirse a la potestad de administrar justicia por parte de los órganos estatales. Así pareciera ser también en el Perú, si nos ceñimos a lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución, según el cual *«la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes»*. Es más, el artículo 139 de la Carta Fundamental establece como principio y derecho de la función jurisdiccional, la unidad y exclusividad de la misma, prohibiendo el establecimiento de alguna jurisdicción independiente. Sin embargo, el mismo artículo 139 establece que esta regla tiene su excepción en la jurisdicción militar y la arbitral.

Tenemos por lo tanto que la Constitución reconoce, excepcionalmente, naturaleza jurisdiccional al arbitraje, con lo cual los justiciables tienen la posibilidad de optar entre la jurisdicción a cargo del Estado y aquélla brindada de manera privada, como consecuencia de un convenio arbitral celebrado con la contraparte. Como lo tiene establecido el Tribunal Constitucional, el reconocimiento constitucional de fueros especiales como el militar y arbitral, de comunidades campesinas previsto en el artículo 149 de la Constitución, y en materia constitucional en el artículo 202, no vulnera el principio de igualdad ante la ley *«siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva»*.

Estamos plenamente convencidos de la esencia jurisdiccional del arbitraje, no sólo por las disposiciones constitucionales citadas, sino por su propia naturaleza. Como sabemos, los árbitros son nombrados por las partes para solucionar o resolver sus conflictos de intereses o controversias sobre las cuales las partes tengan facultad de libre disposición, así como aquéllas relativas a materia ambiental. Esta función heterocompositiva de los conflictos la realizan los árbitros a través de un proceso, cuyas reglas son previamente conocidas por las partes en tanto ellas, generalmente, son quienes las han establecido; o en todo caso han escogido someterse a las mismas, que por lo general están

preestablecidas por instituciones organizadoras de arbitrajes. Finalmente, la solución al conflicto se produce mediante una decisión de los árbitros, inmutable e irreversible, sin perjuicio de los medios impugnatorios previstos por la ley, inherentes a toda decisión jurisdiccional.

Tenemos entonces que el arbitraje contiene todos los componentes que, como enseña Couture,¹ son propios del acto jurisdiccional: La forma o elementos: constituidos por las partes, el juez [en este caso árbitro] y los procedimientos establecidos previamente; el contenido: dado por la existencia de un conflicto de intereses, una controversia o difiendo de relevancia jurídica,² que debe ser resuelto por el agente jurisdiccional mediante una decisión que pasa en autoridad de cosa juzgada; la función o el cometido: que es asegurar la solución de los conflictos en aras de la paz social y demás valores jurídicos. Las facultades coercitivas y de ejecución en el arbitraje, que constituyen elementos de la actividad jurisdiccional, son negadas por algunos. Discrepamos de ellos, porque los árbitros ejercen estas funciones indirectamente, recurriendo a los jueces ordinarios para que, en un acto de colaboración, impongan su fuerza coercitiva. Ello sin perjuicio de que, si las partes les confieren a los árbitros el ejercicio directo de estas facultades, sin duda pueden ejercerlas.

Así entonces la jurisdicción arbitral, a pesar de tener su origen en la autonomía de la voluntad privada, puesta de manifiesto en la decisión de las partes de sustraer la solución de su conflicto de intereses de la jurisdicción ordinaria, no constituye el simple ejercicio de un poder exclusivamente privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional, en tanto no se agota en las cláusulas contractua-

¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 33.

² En el proceso arbitral se habla de la existencia de una controversia, en tanto esta se sustenta en una *litis* de pretensión discutida o contestada y no de pretensión insatisfecha. «El proceso ante árbitros es, por tanto, un equivalente del proceso contencioso de cognición; se niega a los árbitros toda diversa función procesal, ejecutiva [...].» CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ejea, 1973, tomo I, p. 115.

les del convenio arbitral, ni en lo establecido en la Ley General de Arbitraje, sino que en su calidad de sede jurisdiccional constitucionalmente reconocida, está obligada a respetar los derechos fundamentales de las partes.

3. EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Dentro de la doctrina nacional existen diferentes posturas respecto de la relación que existe entre ambos. Hay quienes los distinguen, estableciendo que el debido proceso ocurre durante el desenvolvimiento del proceso judicial, mientras que la tutela judicial se manifiesta en el acceso a órganos jurisdiccionales y en el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales. Es la línea que sigue la doctrina Constitucional. Así, el Tribunal Constitucional establece que *«mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas exigibles dentro del proceso como un instrumento de tutela de los derechos sujetivos»*.³ Nosotros nos adherimos a la línea seguida por la doctrina procesal; es decir, aquella que considera al debido proceso como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, que implica el cumplimiento de ciertas garantías mínimas, requisitos y normas de orden público que deben observarse dentro de todo proceso o procedimiento.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone *«la garantía de la administración de justicia que, integrada por diversos conceptos de origen eminentemente procesal que han devenido en constitucionali-*

³ Expediente n.º 8125-2005-HC

zados, brindan a los justiciables la tutela que un instrumento de ese rango normativo proporciona».⁴ Comprende [i] el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales; [ii] el derecho a un proceso con las garantías mínimas; [iii] el derecho a una resolución fundada en derecho; y [iv] el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Dentro de la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al debido proceso pretende asegurar las garantías mínimas que deben existir en el desarrollo de todo proceso o procedimiento. Todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad, no sólo de acudir a un órgano jurisdiccional a fin de interponer una demanda, sino también de que el proceso que se origine como consecuencia de dicha interposición se lleve de manera justa. De ahí que el derecho al debido proceso haya sido reconocido como un derecho fundamental que se funda en «*la supremacía de la dignidad del ser humano, el valor superior de la justicia y la necesidad de asegurar supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana*».⁵ La importancia del derecho al debido proceso ha llevado a que éste sea reconocido en diversos tratados internacionales. Así, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que «*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*». Del mismo modo, el Pacto de San José de Costa Rica establece que «*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*». En nuestro país el debido proceso no sólo está reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución sino también en el artículo I del Código Procesal Civil.

⁴ DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*. Lima: Cultural Cuzco, 1995.

⁵ Bustamante, Reynaldo. *Aproximación al Derecho Fundamental a un Proceso Justo*, p. 236

Las garantías que debe contener el derecho al debido proceso implican el derecho a un juez natural, el derecho de defensa, el derecho a impugnar, el derecho a probar, a la motivación de las decisiones jurisdiccionales, entre otros.

Un elemento importantísimo de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Este elemento contempla el derecho de motivación de las resoluciones judiciales. La motivación ha sido reconocida en la Constitución como un derecho fundamental de las partes, y como un elemento esencial dentro de todo proceso o procedimiento. Es así que el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución reconoce que *«son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa a la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan»*. Del mismo modo, la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la motivación judicial como un deber de todo magistrado. Así, el artículo 12 de la mencionada Ley establece que *«todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo éstos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado»*.

Por su parte, la LGA exige también la motivación de los laudos señalando, en su artículo 50, que los laudos de derecho deben contener *«los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas»*; y en el artículo 51, para el laudo de conciencia, exige los requisitos formales del laudo de derecho, precisando que *«Requiere además de una motivación razonada»*.

Cuando un Juez o árbitro emite un pronunciamiento respecto de un tema determinado, es necesario que las partes conozcan el proceso mental que lo ha llevado a establecer las conclusiones que contiene dicha resolución. Por ello, toda motivación debe tener una estructura racional y detallada. Como ha señalado el Tribunal Constitucional *«el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la*

*mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que éstos han sido introducidos al proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido del Juzgador».*⁶ Toda motivación debe buscar un reconocimiento de las partes de que, independientemente de si la resolución les fue favorable o no, ésta ha sido emitida siguiendo una argumentación razonable que puede ser considerada justa. Dentro de este marco es de suma importancia que en el proceso se propicie un contexto que permita al Juez o árbitro tener los elementos suficientes para motivar coherentemente la resolución «*Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las soluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional».*⁷

La motivación encuentra fundamento en diversos aspectos. Señala Marcial Rubio que «*sentencia no motivada es instrumento fácil de manipulación en manos tanto del juzgador como de terceros que puedan influir en él, directa o indirectamente*».⁸ En efecto la falta de motivación sería una puerta abierta para posibles arbitrariedades por parte de los jueces, y también de los árbitros. Es en ese sentido, un mecanismo que garantiza que la administración de justicia sea acorde a la Constitución y a las leyes existentes.

El derecho de motivación se justifica, además, en tanto permite un ejercicio adecuado del derecho de defensa e impugnación. Una motivación adecuada, al mostrar de manera detallada las razones que han llevado al juzgador a fallar en un determinado sentido, permite que la parte desfavorecida pueda conocer en qué momento del razonamiento del Juez se encuentra la discrepancia con lo señalado por ella y, de esta

⁶ Expediente n.º 4226-2004-AA

⁷ MONROY, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis - De Belaunde y Monroy, 1996, tomo I.

⁸ RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 74

manera, facilita que pueda impugnar dicha resolución haciendo énfasis en el elemento discordante. Es cierto que esta justificación no resultaría aplicable a los laudos, pues por lo general éstos no son impugnables para ser revisados en cuanto al fondo del asunto; y ni qué decir sobre los arbitrajes de conciencia. Sin embargo, estamos plenamente convencidos de que, en cualquier caso el laudo debe expresar, a través de un razonamiento lógicamente correcto, la valoración de las pruebas que sustentan la decisión y los fundamentos que lo llevan a admitir o rechazar las pretensiones y oposiciones de las partes. «[...] aunque sólo sea por razones de decoro, las partes deberían tener el derecho de saber en mérito a qué pruebas y hechos se formó la conciencia de los árbitros para llegar a su decisión, aun esto ⁹ carezca de razones prácticas para impugnar el contenido del laudo».

Por último, una adecuada motivación permite que la resolución sirva de precedente para decisiones futuras, en la medida que la confidencialidad del proceso arbitral lo permita. Coincidimos con Fernando De Trazegnies¹⁰ en el sentido que la confidencialidad del arbitraje debe impedir la publicidad cuando así lo han pactado las partes, y/o en aquellos casos que involucran derechos de propiedad intelectual, con datos reservados, secretos del negocio, mecanismos de control de clientela, que no pueden ser puestos en conocimiento del público, y menos de los competidores. Pero como enseña el propio profesor De Trazegnies «también es verdad que estas situaciones no son las generales y que en la inmensa mayoría de los casos no hay inconveniente de que se conozca el laudo. Es posible que los documentos o los testimonios pre-

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VASQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de Justicia*. Lima: Palestra, 2007, p. 251.

Sobre motivación de laudos de conciencia recomendamos: ARRARTE, Ana María. *Sobre el Deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Conciencia*. En *Thémis*, Revista de Derecho, n.º 43, pp. 53-68; y DE TRAZEGNIES, Fernando. *Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia*. En *Fernando de Trazegnies - Página Personal*. Web en línea: macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm

¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La Publicidad del Arbitraje». En *Arbitraje On Line*. Boletín Jurídico de la Cámara de Comercio de Lima. http://www.camaralima.or.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/5voz_arbitro1.htm

sentados como prueba deban mantenerse confidenciales. Pero el laudo mismo no parece afectar en lo más mínimo a las empresas involucradas. Por el contrario, la publicación y el comentario jurídico de ese laudo contribuyen a la construcción de una doctrina coherente sobre la materia y, al mismo tiempo, obligan a los árbitros a ser muy cuidadosos y exigentes en los aspectos jurídicos, porque lo que resuelvan será examinado por profesores y alumnos en las Facultades de Derecho y por otros profesionales que consultarán tales laudos cuando tengan un caso similar».

4. CUÁNDO SE INCUMPLE CON EL DEBER DE MOTIVAR

Conforme al artículo 50 de la LGA y en concordancia con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, los laudos arbitrales, como decisiones jurisdiccionales que son, deben tener motivación escrita y razonada. «*Si la fundamentación de la sentencia [o laudo] tiene jerarquía constitucional, y existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado un control del razonamiento del juez [o árbitro]. Este control, por cierto, no sale de los límites de lo formal – lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar».*¹¹

El deber de motivación razonada no es algo etéreo, sino que doctrinariamente, y en especial, en nuestra jurisprudencia tiene una connotación específica. Sólo estaremos frente a una motivación que pueda ser calificada de razonada, cuando el argumento expuesto por el juzgador respete cierto orden mental y lógico mínimo, que permita afirmar que se trata de un razonamiento correcto. Un razonamiento correcto implica que esté guiado por los principios clásicos de la lógica jurídica, que son los siguientes: Identidad o congruencia, no contradicción, razón suficiente y tercio excluido.

¹¹ GHIRARDI, Olsen. *El Razonamiento Judicial*. Academia de la Magistratura. Lima: 1997, p. 105.

Sobre el particular, Alfredo Fragueiro señala que «[...] *por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquél raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma*».¹²

Por su parte, refiriéndose a la motivación razonada, Ana María Arrarte dice que estaremos ante ella «[...] *cuando el itinerario mental seguido por el juzgador para llegar a las conclusiones que configuran su fallo, se respeta la corrección en la aplicación de reglas estrictamente lógicas. Así, por ejemplo, será imprescindible que el razonamiento respete los principios lógicos clásicos [identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente], y arribe a una decisión que sea una consecuencia necesaria de las premisas empleadas. De este modo, es perfectamente posible verificar la corrección de la motivación*13

Una resolución con una motivación razonada permite que sea revisada desde una óptica lógica formal a partir de los principios de la lógica ya enunciados. Esta labor se denomina control de logicidad, que no es otra cosa que el examen que efectúa una Corte de Casación o Tribunal Superior para determinar si el razonamiento realizado por los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. Lo que se busca es controlar las reglas que rigen el pensar, controlando los errores *in cogitando*.¹⁴ Estamos convencidos que, como consecuencia de un recurso de anulación de laudo, le corresponde al Poder Judicial efectuar el control de logicidad.

¹² FRAGUEIRO, Alfredo. Citado por GHIRARDI, Olsen. *Op. cit.*, pp. 105-106.

¹³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Sobre el Deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Conciencia*. En *Thémis* n.º 43, segunda época, noviembre 2001, p. 56.

¹⁴ GHIRARDI, Olsen. *Op. cit.*, p. 106.

Los defectos de logicidad [también llamados errores *in cogitando* o errores de motivación] han sido clasificados por la Doctrina en dos clases: La falta de motivación y la motivación defectuosa.

La falta de motivación se produce en aquellos casos de ausencia total de motivación, donde se resuelve sobre algún extremo sin expresar consideración alguna.

De otro lado, la motivación defectuosa se refiere a las decisiones en las que el razonamiento del juez o árbitro vulnera alguno de los principios lógicos clásicos del pensamiento, como el de congruencia o identidad, de no contradicción, de tercio excluido o razón suficiente.

Los supuestos de motivación defectuosa se clasifican, a su vez, en dos: motivación aparente y motivación defectuosa en sentido estricto.

La motivación aparente se produce cuando el juzgador sustenta su decisión respecto de una pretensión, sin argumentar ni estructurar lógicamente las razones que la fundamentan. Se trata de una falta de derivación, pues de los hechos o de la ley no se desprende lo que se decide. Como señala Ghirardi, «*el fundamento recae en factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada. [...] En estos casos, existe una negación sustancial de la finalidad que se ha propuesto el legislador al exigir la motivación de la sentencia, es decir, la necesidad de una demostración lógica del convencimiento del Juez.*»¹⁵

Respecto al supuesto de motivación aparente el profesor Raúl Fernández indica que «*[...] el grupo de decisiones que corresponden con esta parte de la clasificación son verdaderamente peligrosas pues se presentan como actos jurisdiccionales a prima facie fundados, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la razonabilidad y razonabilidad*

¹⁵ *Ibidem*, pp. 132-133.

de la fundamentación descubriremos que en verdad no tienen fundamento».¹⁶

Con propósito expositivo, puede sostenerse que en estos casos la decisión parece más una opinión personal del juez o árbitro.

El control de lógicidad en caso de motivación aparente, obviamente no implica una revisión del sentido de la decisión, revisando el fondo del asunto. No se anula el laudo recurrido por declarar fundada o infundada la pretensión, sino porque esa decisión no deriva «lógicamente» de los hechos o del derecho en los que se sustenta la decisión. Por ejemplo si el árbitro afirma que el medio probatorio «x» acredita que la determinación del precio se dejó al arbitrio de una de las partes, invocando el artículo 1543 del Código Civil;¹⁷ sin embargo, declara que el contrato es válido. Mediante el control de lógicidad no se producirá un análisis sobre el fondo porque la decisión sea o no errada, sino porque no se sustenta en un razonamiento lógicamente correcto. Pudo laudarse en el mismo sentido, pero sustentándose en otros fundamentos de hecho y de derecho, que constituyan un antecedente lógico de dicha decisión.

La motivación defectuosa en sentido estricto, se verifica cuando la decisión del juez o árbitro afecta los principios de identidad o congruencia, en tanto no existe correspondencia entre lo que se solicita y lo que se ordena; de no contradicción, cuando se afirma y se niega una misma cosa respecto de un mismo objeto; y de razón suficiente, porque no existe un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba o que se derive de la sucesión de conclusiones a las que llegó el juez o árbitro.

¹⁶ FERNÁNDEZ, Raúl Eduardo. *Los errores in cogitando en la naturaleza del razonamiento judicial*. Córdoba: Editorial Alveroni, 1993, p. 117.

¹⁷ Nulidad de la compraventa por precio fijado unilateralmente.-
Artículo 1543.- «La compra venta es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes» .

El principio de identidad o congruencia supone que la decisión de un árbitro se funde únicamente en aquello que ha sido invocado por las partes. Como señala Devis Echandía, identidad o congruencia «*es el principio normativo que exige identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes*».¹⁸ La vulneración a este principio tiene tres manifestaciones: El pronunciamiento *extra petita*, el pronunciamiento *supra petita* y el pronunciamiento *infra petita*. El pronunciamiento *extra petita* se configura cuando se otorga algo ajeno a las pretensiones invocadas por las partes. Así, se vulnerará el principio de congruencia si, por ejemplo, el árbitro decide que se rescinda un contrato, cuando en la demanda lo que se pretendía era la resolución del mismo. En este caso el defecto en la motivación no radica en el razonamiento seguido para llegar a la conclusión, sino en concluir que a una de las partes le corresponde algo distinto a lo solicitado. El pronunciamiento *supra petita* se configura cuando la decisión del árbitro excede aquello que ha sido solicitado por las partes. Nos encontraríamos en este supuesto si por ejemplo, en la demanda de resolución de contrato el árbitro afirma que el incumplimiento ha ocasionado un perjuicio a la parte demandante y que, por lo tanto, además de la resolución del contrato corresponde que la parte demandada pague una indemnización que la demandante no reclamó. Es posible que el árbitro tenga razón al afirmar que la lesión contractual justifica una indemnización; sin embargo, al no existir una pretensión concreta que justifique un pronunciamiento, está impedido de hacerlo. Por último, el pronunciamiento *infra petita*, se configura cuando el árbitro otorga algo menor a lo reconocido por la parte demandada. Ocurriría este supuesto si ante una pretensión de resolución del contrato y de indemnización, el demandado se allana a ambas y, sin embargo, el árbitro solo otorga la primera.

Se atenta contra el principio de no contradicción cuando, por ejemplo, el árbitro afirma en el laudo que en virtud del artículo 1971 del

¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad, 1984, tomo I, p. 50.

Código Civil no hay responsabilidad civil extracontractual en el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad, y que luego falle declarando fundada la pretensión indemnizatoria, pues la parte demandada le produjo daños al demandante al iniciar un proceso judicial en su contra tiempo atrás. Aquí se estaría afectando el principio de no contradicción pues se afirma en un primer momento que el ejercicio regular de un derecho no da lugar a responsabilidad civil extracontractual, y luego se afirma que hubo responsabilidad por el ejercicio regular del derecho de acción.

Por último, se afectaría el principio de razón suficiente si, por ejemplo, el árbitro declara fundada una demanda de mejor derecho de propiedad por haber el demandado acreditado el dominio sobre el bien disputado, pues habría poseído el bien por cinco años con buena fe. La afectación se configura pues, si bien la buena fe es un elemento que debe ser analizado al momento de determinar la adquisición por prescripción «corta», debe concurrir con la existencia de un «justo título», tal como lo establece el artículo 950 del Código Civil.

5. LA CONSECUENCIA DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL LAUDO

La motivación razonada es un requisito para la validez de un laudo arbitral. En efecto, tanto el artículo 34 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio, como el artículo 50 de la LGA señalan que el laudo debe contener los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar pretensiones. ¿Cuál es la consecuencia del incumplimiento de la motivación razonada? No tenemos duda de que la consecuencia es la anulación del laudo. Veamos.

Como dijimos en la introducción, existe numerosa Jurisprudencia de las Salas Superiores de la Corte de Lima, declarando improcedentes los recursos de anulación sustentados en falta de motivación de los laudos, en razón de que el artículo 73 de la LGA no contemplaría expresamente entre las causales de anulación de laudos la falta de motivación razonada. Éste es un argumento absolutamente inconsistente pues, siendo que la exigencia de la motivación de los laudos, como

decisiones jurisdiccionales que son, proviene de una norma de rango constitucional como es el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, que constituye una garantía del debido proceso, tenemos que su incumplimiento supone la ausencia de un requisito fundamental para la eficacia del proceso arbitral. Falta un elemento básico para un debido proceso; para que el proceso arbitral pueda surtir sus efectos. En tal virtud, conforme al principio de trascendencia, el acto procesal es nulo al carecer de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Ahora bien, si como aparece de manera incontrovertible, la motivación es una exigencia ineludible en el laudo, ¿cuál es el mecanismo para velar por su cumplimiento? Si como lo establece el artículo 60 de la LGA, el recurso de apelación en el proceso arbitral procede sólo cuando las partes así lo hubieren pactado expresamente, o estuviera previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes hubieran sometido la controversia, el único medio para lograr el control del cumplimiento de la motivación es el recurso de anulación. No existe otro medio impugnatorio para el control de logicidad del laudo. Por lo tanto, como enseña Ghirardi, «*sería absurdo exigir que una sentencia sea motivada para que después, no se controle si ha sido correctamente fundada, aun desde el punto de vista lógico*».¹⁹

Si como hemos expuesto, independientemente de la falta de prevención legal, argumentos de orden constitucional justifican la procedencia del recurso de anulación ante defectos de motivación en el laudo, creemos que sería conveniente que la LGA regulara adecuadamente este aspecto. Para ello bastaría tan sólo modificar el inciso 2 del artículo 73 de dicha Ley, en cuanto señala como causal de procedencia del recurso cuando la parte «[...] no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente».

¹⁹ GHIRARDI, Olsen. *Op. cit.*, p. 107.

Creemos que debe reemplazarse la frase «*el derecho de defensa*» por «*el debido proceso*», porque el derecho de defensa no es sino la manifestación del derecho de contradicción que tiene todo demandado, en virtud del cual a éste se le debe conceder legal y realmente la oportunidad de a personarse al proceso, de contestar, probar, alegar e impugnar a lo largo de todo su trámite. Con la modificación sugerida se prevé entonces, como causal de anulación, no sólo la violación del derecho de defensa del demandado, sino del debido proceso de ambas partes. Con ello, no se protege tan sólo una de las garantías del debido proceso y sólo respecto del demandado, sino que se resguarda el derecho al debido proceso en pleno y a la tutela jurisdiccional efectiva, y respecto de ambas partes. Así, ante un laudo carente de motivación razonada, cualquiera de las partes que se sienta agraviada por el laudo podrá interponer recurso de anulación, en tanto se habrá perjudicado de manera manifiesta su derecho al debido proceso.

Ahora bien, como se expresa en la segunda parte del mismo inciso 2, el incumplimiento u omisión debe haber sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin haber sido subsanado oportunamente. De esta manera deberá, antes de interponer recurso de anulación, haber solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, haciendo uso de los derechos que confieren los artículos 54 y 55 de la LGA. Así, ante un laudo carente de motivación o con motivación defectuosa, se solicitará al árbitro que aclare cómo llegó a la conclusión que expresa en el fallo, o cómo explica las contradicciones entre sus considerandos, o entre éstos y el fallo, etc. Si no quedan subsanados los incumplimientos u omisiones advertidos, procederá el recurso.

6. CONCLUSIONES

El arbitraje es jurisdiccional, no sólo porque lo diga la Constitución, sino porque en sí mismo contiene todos los elementos de la jurisdicción.

Por su contenido jurisdiccional el arbitraje debe respetar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

La motivación de los laudos arbitrales es una garantía del debido proceso, que permite conocer el *iter* mental que ha seguido el árbitro para establecer las conclusiones que contiene su resolución.

La motivación de los laudos permite evitar la manipulación de los árbitros y la producción de decisiones arbitrarias.

Partiendo una visión restrictiva de la confidencialidad del arbitraje, la motivación de los laudos permite la construcción de una jurisprudencia arbitral que a su vez permite predictibilidad y control de su calidad jurídica.

La falta de una motivación razonada se presenta en los errores *in cogitando*, y trae como consecuencia la nulidad del laudo, pues carece de un elemento fundamental para la obtención de su finalidad.

El remedio para corregir los errores *in cogitando* es el recurso de anulación, a pesar de que no esté expresamente previsto en la LGA.

A pesar del sustento constitucional de la procedencia del recurso de anulación por ausencia de motivación razonada en el laudo, debe modificarse el inciso 2 del artículo 73 de la LGA, de manera que la causal sea la afectación al debido proceso y no sólo al derecho de defensa.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL EN IBEROAMÉRICA:
¿ES LA ETAPA QUE SIGUE AL RECURSO DE ANULACIÓN DE UN LAUDO
EN UN PROCESO ARBITRAL?

Manuel Villa-García
Cecilia Catacora
Gisella Domecq

EL CONTROL CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL EN IBEROAMÉRICA: ¿ES LA ETAPA QUE SIGUE AL RECURSO DE ANULACIÓN DE UN LAUDO EN UN PROCESO ARBITRAL?

*Manuel Villa-García**

*Cecilia Catacora***

*Gisella Domecq****

Sumario: 1. ¿En la Constitución Política de su país se ha consagrado la figura del arbitraje? — 2. Si la respuesta a la pregunta precedente es afirmativa, ¿el arbitraje es considerado una jurisdicción independiente a la del Poder Judicial? — 3. ¿Cuál es la ley que regula el arbitraje y en qué fecha se promulgó? — 4. ¿Cuántas etapas pueden tener un proceso arbitral? — 5. ¿Se puede plantear un proceso de amparo (o cualquier otra acción de garantía constitucional) contra un laudo arbitral? — 6. ¿En el caso que se pueda plantear un proceso de amparo u otra acción de garantía constitucional contra un laudo arbitral, por qué causales procede? — 7. ¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad que debe acreditar el demandante para iniciar un proceso de amparo (u otra acción de garantía constitucional)? — 8. Conclusiones.

A raíz de la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, publicada en el Diario Oficial, el 23 de marzo de 2006, el máximo intérprete de la Constitución Peruana estableció que luego de un Recurso de Anulación, tramitado ante el Poder Judicial e interpuesto contra un Laudo Arbitral, la parte perjudicada estaría en la posibilidad de iniciar un Proceso Constitucional en contra de dicho Laudo. Específicamente se ha señalado que resulta procedente el inicio de un Proceso de Amparo.

* Socio del Estudio Olaechea Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada.

** Asociada del Estudio Olaechea Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada.

*** Asociada del Estudio Olaechea Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada.

Con la expedición de la mencionada Sentencia, mucho se ha discutido en nuestro país acerca de esta vía, constitucionalmente consagrada, mediante la cual un Laudo Arbitral puede ser cuestionado.

Asimismo, como consecuencia de dicha sentencia, se han planteado algunas modificaciones que se deberían efectuar en la Legislación Nacional, a fin de otorgar una mayor seguridad jurídica a aquellos litigantes que deban resolver sus controversias a través de un Arbitraje.

Con la finalidad de realizar un aporte a esta discusión, convocamos a importantes Estudios de Latino América y España, a fin de que respondan algunas preguntas relacionadas con la legislación del Arbitraje en sus correspondientes países. De esta manera, podremos conocer de qué forma está regulada esta Institución, cómo vienen siendo aplicadas dichas normas en otros países y así poder iniciar un proceso de reforma de nuestra Legislación, basados en otras experiencias.

En este sentido, agradecemos al Estudio Beccar Varela de Argentina, al Estudio Pinheiro Neto de Brasil, al Estudio Claro y Cía. de Chile, al Estudio Brigard & Urrutia de Colombia, al Estudio Pérez Bustamante & Ponce de Ecuador, al Estudio Gómez-Acebo & Pombo de España, al Estudio Basham, Ringe & Correa de México y al Estudio Guyer & Regules de Uruguay, sin los cuales no hubiera sido posible la publicación del presente artículo.

A continuación, reproducimos las respuestas que cordialmente efectuaron los Estudios de Abogados antes mencionados, conjuntamente con la respuesta para el caso del Perú, esperando que las mismas contribuyan a un mejor entendimiento de la Institución del Arbitraje, y en particular, apreciar en qué países procede o no un Proceso de Amparo (Vía Constitucional) luego que, ante el Poder Judicial, se haya tramitado el Recurso de Anulación contra un Laudo expedido en un Proceso Arbitral.

1. ¿EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE SU PAÍS SE HA CONSAGRADO LA FIGURA DEL ARBITRAJE?

Respondemos:

a) Argentina:

La Constitución Argentina (sancionada por el Congreso General Constituyente, el 1 de mayo de 1853, reformada y concordada por la Convención Nacional Ad-Hoc, el 25 de setiembre de 1860 y con las reformas de las Convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994) no consagra expresamente la figura del Arbitraje ni establece la existencia de una jurisdicción arbitral. La Constitución Nacional en forma expresa reconoce la jurisdicción estatal como medio para resolver controversias pero no se refiere directamente a la jurisdicción arbitral.

Sin perjuicio de ello, de los principios y garantías consagrados en los artículos 17 y 19¹ de la Constitución se puede inferir la facultad de los particulares a sustraerse voluntariamente de la jurisdicción estatal para recurrir a métodos alternativos de solución de controversias.

De allí que el Arbitraje, no causa, en sí mismo, agravio alguno a la garantía del juez natural consagrada en el artículo 18 de la Constitu-

¹ Artículo 17..- «La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie».

Artículo 19..- «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

ción Nacional, porque esta garantía opera de modo de vedar actos que impidan, contra la voluntad de las partes, el acceso a la justicia, pero no protege a quien, en uso de la libertad de que dispone, decida voluntariamente renunciar a la jurisdicción estatal para someter sus disputas a Arbitraje.²

En definitiva, la jurisdicción de los Árbitros surge del acuerdo arbitral, que justamente tiene como efecto provocar la incompetencia de los jueces naturales para intervenir en la resolución de las disputas que las partes han decidido voluntariamente someter a Arbitraje.

Cabe señalar que en la Argentina no existe una Ley Nacional sobre Arbitraje aplicable a todo el territorio. El Instituto de Arbitraje se encuentra regulado en las distintas legislaciones procesales provinciales.

En tal sentido el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), aplicable al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Capítulo VI regula el proceso arbitral.

Por otro lado, el artículo 1 del CPCCN expresamente estipula que la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales podrá ser prorrogada con la conformidad de las partes; para luego agregar que, si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de Jueces Extranjeros o de Árbitros que actúen fuera de la República.

b) Brasil:

La Constitución Federal Brasileña, promulgada el 5 de octubre de 1988, no hace mención al Arbitraje como forma de solución de controversias, ni para permitirla ni para prohibirla. Sin embargo establece el principio de la inalienabilidad del Poder Judicial en el artículo 5 XXXV,

² CAIVANO, Roque J. «La revisión de la validez de los laudos de arbitraje. ¿Irrenunciable o indisponible?». En *J.A. Lexis Nexis*, 2007-II, Fascículo n.º 3, 2007. En tal sentido: Corte Sup. 1940, *in re «Griskan, Isaac vs. Reisz y Cia»*. Fallos 187:458.

con el tenor siguiente: «La ley no excluirá de la consideración por parte del Poder Judicial una lesión o amenaza al derecho».

El Arbitraje en el Brasil se rige por la Ley n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996 («Ley de Arbitraje»). A pesar de que ha habido una discusión ante el Tribunal Federal Superior sobre la Constitucionalidad del Arbitraje, con relación al principio de la Inalienabilidad del Poder Judicial, hace mucho que se han superado las discusiones a este respecto, siendo verdad que hoy es una forma de solución de controversias reconocida por el Poder Judicial Nacional.

Sin embargo, cabe destacar que existe una Propuesta de Enmienda Constitucional (n.º 359/2005) que, si fuera aprobada por el Poder Legislativo, incluirá en el texto constitucional al Arbitraje como una forma de solución de controversias.

c) Chile:

La Constitución Política de Chile, del año 1980, no consagra el Arbitraje en particular. El Código Orgánico de Tribunales (COT), Ley Orgánica Constitucional que regula la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, consagra un título especial a los Jueces Árbitros.

d) Colombia:

En la Constitución Política de Colombia promulgada en el año de 1991, se ha consagrado la figura del Arbitraje en el artículo 116. Esta norma dispone que «Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley».

De conformidad con la definición constitucional, el Arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, expresamente autorizado por la Constitución Política, mediante el cual, las partes den-

tro de una controversia, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, confían la decisión del conflicto a uno o más particulares que adquieren el carácter de Árbitros y administrarán justicia resolviendo esa disputa específica, a través de un procedimiento arbitral que finaliza con una decisión plasmada en un laudo arbitral, cuya obligatoriedad las partes han aceptado de antemano.

e) Ecuador:

En la reforma y codificación constitucional vigente desde 1998 se ha consagrado la validez del Arbitraje como medio de solucionar conflictos. Transcribimos la norma pertinente:

Artículo 191. - «El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional».

f) España:

La Constitución Española de 1978 (publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 29 de diciembre del mismo año) no menciona la Institución del Arbitraje ni la figura del Árbitro. Su artículo 24, que regula el derecho fundamental a la tutela de derechos e intereses legítimos, sólo se refiere a los Jueces y Tribunales.

g) México:

La Constitución Mexicana fue promulgada en el año de 1917 y aun cuando no contempla la figura del Arbitraje, ésta se reconoce en el Código de Comercio.

h) Uruguay:

En la Constitución Uruguaya, promulgada en el año 1967 (reformada en los años 1989 y 2004) sólo se hace mención a la figura del Arbitraje en dos artículos pero no para consagrarlo expresamente como una Jurisdicción Arbitral separada. La primera mención la encontramos en el artículo 6 que señala que Uruguay, al suscribir tratados internacionales con otros países, propondrá como medios de solución de controversia el Arbitraje u otros medios pacíficos y la segunda, en el artículo 57, al tratar la creación de sindicatos, señala que el Estado promoverá la creación de Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

i) Perú:

El inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, promulgada en 1993, establece la existencia del Arbitraje.

Del mismo modo, añade en su artículo 62, que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial.

Asimismo, el artículo 63, tercer párrafo, de la Constitución establece que el Estado y las personas de derecho público pueden someter sus controversias originadas de su relación contractual a un Arbitraje Nacional o Internacional.

2. SI LA RESPUESTA A LA PREGUNTA PRECEDENTE ES AFIRMATIVA, ¿EL ARBITRAJE ES CONSIDERADO UNA JURISDICCIÓN INDEPENDIENTE A LA DEL PODER JUDICIAL?

Respondemos:

a) Argentina:

Más allá de no estar expresamente consagrada en la Constitución Nacional de Argentina, se infiere de los artículos 17 y 19 mencionados, la potestad de los particulares de someter sus disputas a Arbitraje. A tenor de lo dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil «las convenciones hechas por las partes en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma».

La Jurisdicción Arbitral es asimismo reconocida por los distintos ordenamientos procesales de las provincias.

b) Brasil:

El Arbitraje en el Brasil, puede considerarse independiente, por no haber necesidad funcional de ningún vínculo con el Poder Estatal. Sin embargo, la necesidad de una cooperación entre el Poder Judicial Estatal y el Tribunal Arbitral es evidente, puesto que el Tribunal Arbitral no dispone de poderes coercitivos, los cuales permanecen bajo el monopolio de la jurisdicción estatal.

Por lo tanto, cuando hubiera necesidad de medidas coercitivas o cautelares, con la intención de promover la ejecución de la Sentencia (cuando no hubiera un cumplimiento voluntario de la Sentencia Arbitral), o de asegurar la continuidad o un resultado útil del Procedimiento Arbitral, la parte podrá valerse del Poder Judicial Estatal para obtener medidas de carácter coercitivo.

c) Chile:

Aunque la respuesta a la pregunta anterior es negativa, cabe señalar que en Chile, el Arbitraje forma parte de la jurisdicción pública, aunque tiene carácter extraordinario. Sin embargo, si bien los Árbitros tienen jurisdicción, carecen de facultad de *imperio*, razón por la cual, de querer ejecutar forzadamente sus decisiones, es necesario recurrir a la justicia ordinaria.

d) Colombia:

La Corte Constitucional³ de Colombia ha señalado que el Arbitraje no puede ser considerado como una jurisdicción autónoma y permanente, distinta de la jurisdicción ordinaria. Por el contrario, ha dispuesto que el Arbitraje es una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el conocimiento del negocio en cuestión, pues el pacto arbitral lo que hace es sustraer de la competencia de la jurisdicción ordinaria, la controversia individualmente considerada.

e) Ecuador:

El Código de Procedimiento Civil del Ecuador considera al Arbitraje como jurisdicción convencional, es decir administración de justicia originada en la voluntad de dos partes potencialmente en conflicto. La Ley de Arbitraje y Mediación ratifica que el sistema arbitral se basa en la convención y lo norma como una jurisdicción independiente a la función judicial (salvo, por cierto, de los casos de acciones de Nulidad de Laudos Arbitrales y de Ejecución de Laudos Arbitrales).

f) España:

En España, no hay una jurisdicción independiente a la del Poder Judicial destinada al Arbitraje. Antes bien al contrario, los Laudos Arbitrales pueden ser recurridos, en ciertos supuestos, mediante el Recurso de Anulación ante el Poder Judicial.

g) México:

No obstante que la Constitución Mexicana no se ocupa del Arbitraje, éste se considera en México una jurisdicción independiente a la del Poder Judicial.

³ Sentencias SU-174/07 y C-431 de 1995.

h) Uruguay:

A pesar de que no haya una consagración en la Constitución del Uruguay como jurisdicción especial, el Arbitraje es reconocido por la norma legal como una forma válida de heterocomposición de conflictos.

i) Perú:

El artículo 139, inciso 1 de la Constitución Peruana establece que el Arbitraje es una jurisdicción diferente e independiente del Poder Judicial.

El texto constitucional considera que el Arbitraje es una Jurisdicción Independiente (al igual que la Jurisdicción Militar) respecto a la Jurisdicción Ordinaria. No obstante, esta declaración no es aceptada por todos. Existen algunos juristas que discrepan al respecto.

En este sentido, para muchos, el Arbitraje jamás podrá ser considerado una Jurisdicción (por más que la Constitución así lo consagre) ya que los Árbitros carecen de la facultad de ejecutar sus decisiones, facultad que sería requisito indispensable para que exista esta Jurisdicción.

A pesar de dicha discusión, el Tribunal Constitucional Peruano, en la Sentencia expedida en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, ha zanjado el problema, señalando claramente que el Arbitraje en el Perú es una Jurisdicción independiente a la del Poder Judicial.

Al respecto, en el numeral 14 de la mencionada Sentencia el Tribunal Constitucional señala expresamente que:

«Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General

de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria».⁴

3. ¿CUÁL ES LA LEY QUE REGULA EL ARBITRAJE Y EN QUÉ FECHA SE PROMULGÓ?

Respondemos:

a) Argentina:

Como se ha señalado anteriormente, en Argentina no existe una Ley Nacional de Arbitraje.

b) Brasil:

El Arbitraje en el Brasil, se rige por la Ley n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996 («Ley de Arbitraje»).

c) Chile:

En Chile, no existe una ley que regule de manera unitaria y sistemática el Arbitraje doméstico, que se encuentra tratado en los siguientes cuerpos:

i) Código Orgánico de Tribunales: Da un concepto y clasificación de los árbitros (de derecho, mixtos y arbitradores o amigables componedores), regula los requisitos y forma de su nombramiento

⁴ Artículo 139, inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

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

[...]

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución [...].».

y señala las materias que son objeto de Arbitraje Forzoso,⁵ Prohibido⁶ y Facultativo.⁷

- e) Código de Procedimiento Civil: regula la tramitación de los Juicios Arbitrales.⁸

⁵ El artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales dispone:

Artículo 227.- «Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:

1. La Liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;
2. La partición de bienes;
3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;
4. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;
5. Las demás que determinen las leyes.

Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 645 del Código de Procedimiento Civil.

Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges».

La referencia hecha al artículo 645 del Código de Procedimiento Civil se debe entender hecha al artículo 1325 del Código Civil, que en las particiones hechas de común acuerdo en las cuales intervengan incapaces, es necesaria la tasación de los bienes por peritos y la aprobación del acto por la justicia ordinaria».

⁶ Los artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales señalan:

Artículo 229.- «No podrán ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer».

Artículo 230.- «Tampoco podrán someterse a la decisión de árbitro las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante local y su representado, y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227».

⁷ Queda a la voluntad de las partes someter a Arbitraje cualquier asunto sobre cualquier materia que no sea de Arbitraje Forzoso o Prohibido.

⁸ Título VIII del Libro III, artículos 628 y ss.

En cambio, en Chile, el Arbitraje Internacional se encuentra íntegramente regulado en la Ley n.º 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ello es sin perjuicio de los Tratados Internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en estas materias: el Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el Convenio de Washington sobre Solución de Controversias en Materia de Inversión y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional MERCOSUR de 1998.

f) Colombia:

En Colombia, el Decreto n.º 1818 de 1998 compila la regulación en materia de Arbitraje. No obstante, existen otras normas en las que se encuentran contenidas reglas pertenecientes a esta materia, como por ejemplo, la Ley n.º 23 de 1991, la Ley n.º 80 de 1993, el Código de Procedimiento Civil, la Ley n.º 446 de 1998 y la Ley n.º 270 de 1996.

g) Ecuador:

En Ecuador, el Arbitraje Comercial está regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación publicada originalmente en el Registro Oficial n.º 145, del 4 de setiembre de 1997; posteriormente enmendada por la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial n.º 532, del 25 de febrero de 2005, y finalmente, codificada y publicada dicha codificación en el Registro Oficial n.º 417 del 14 de diciembre de 2006.

h) España:

La Ley n.º 60/2003 del 23 de diciembre de 2003, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 309, el 26 diciembre de 2003, regula el Arbitraje en España.

i) México:

Diferentes cuerpos normativos de México reconocen el Arbitraje como medio para la resolución de controversias, sin embargo, y para los efectos del Arbitraje Comercial, sea doméstico o internacional, basta señalar que se encuentra regulado en el Código de Comercio de México, habiéndose adicionado con un capítulo específico mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 22 de julio de 1993.

j) Uruguay:

En Uruguay, la Ley que regula el Arbitraje es la Ley n.º 15.982, bajo el título de «Código General del Proceso», promulgado el 18 de octubre de 1988, cuya entrada en vigencia se dio el 20 de noviembre de 1989 por la Ley n.º 16.053.

En el Código General del Proceso, el Título VIII que incluye los Artículos 472 a 507, regula lo atinente al proceso arbitral en Uruguay.

k) Perú:

En el Perú, el Arbitraje está regulado por la Ley n.º 26572, la misma que fue publicada en el Diario Oficial, el 5 de enero de 1996 y entró en vigencia al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de enero de 1996.

En esta Ley se regula los Arbitrajes de Derecho y los Arbitrajes de Conciencia.

4. ¿CUÁNTAS ETAPAS PUEDEN TENER UN PROCESO ARBITRAL?

Respondemos:

a) Argentina:

Si bien la doctrina y jurisprudencia Argentina no ha efectuado de manera uniforme una clasificación clara y determinada de las distin-

tas etapas del Arbitraje, sí se atiene a lo dispuesto en el ordenamiento procesal. En este sentido, se podría reconocer las siguientes etapas:

- El procedimiento arbitral hasta el dictado del laudo.
- La etapa de impugnación de los laudos (regulado por los distintos ordenamientos procesales provinciales).
- La etapa de ejecución de los laudos.

b) Brasil:

Como regla general, se puede decir que existen dos fases bien distintas en aquello que se podría denominar el “Proceso Arbitral” Brasileño:

- La Fase de Conocimiento, en la cual se desarrolla el procedimiento arbitral propiamente dicho, y que tiene como objetivo la promulgación de una Sentencia Arbitral; y
- La Fase de Ejecución de la Sentencia Arbitral, que tiene la misma fuerza ejecutiva que una Sentencia Judicial.

c) Chile:

Ni la doctrina ni la jurisprudencia Chilena han establecido, de manera estricta, las etapas de las cuales puede componerse un Proceso Arbitral; al menos, no de manera distinta a las etapas que pueden existir en un juicio tramitado ante la jurisdicción ordinaria. Si quisieramos establecer ciertas distinciones temporales y de etapas, éstas podrían ser:

- Acuerdo de Arbitraje (compromiso o cláusula compromisoria);
- Proceso Arbitral en sí, hasta el Laudo;
- Impugnación del Laudo;⁹
- Ejecución del Laudo.

⁹ Los Recursos que proceden contra el Laudo dependerán de la naturaleza del Arbitraje: Si era un Arbitraje de Derecho proceden, en general, todos los Recursos que hubieran procedido en contra de las resoluciones dictadas por un Tribunal Ordinario; si se trata de un Árbitro Mixto o Arbitrador, en general, proceden los

d) Colombia:

La Corte Constitucional de Colombia no ha dispuesto que el Proceso Arbitral se componga de etapas ciertas y definidas, mas ha precisado que éste tiene una naturaleza procesal, de lo que se deriva que dentro de su trámite deben surtirse ciertas fases y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los Árbitros.¹⁰

No obstante, podemos establecer como etapas del Proceso Arbitral derivadas de las normas que lo regulan, las siguientes:

- Presentación de la solicitud de Convocatoria e Instalación de un Tribunal de Arbitramento o Demanda ante el Centro de Arbitraje, debidamente autorizado;
- Designación de los Árbitros;
- Instalación del Tribunal;
- Primera Audiencia de Trámite;
- Audiencia de Pruebas;
- Audiencia de Alegatos;
- Audiencia de Laudo; y
- Audiencia de Correcciones, Aclaraciones o Complementaciones del Laudo.

Las partes pueden presentar dentro de las oportunidades procesales pertinentes, Recurso de Anulación o Revisión, el cual no se tramita ante el Tribunal, sino ante la Jurisdicción Ordinaria o Contenciosa Administrativa, según sea el caso.

Es importante anotar, que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuenta con un Reglamento propio para los trámites institucionales.

Recursos de Queja y Casación en la forma (excepcionalmente, además, procede el Recurso de Apelación, siempre y cuando las partes hayan establecido un Tribunal de la misma naturaleza para el conocimiento y fallo de este Recurso).

¹⁰ Sentencia n.º SU-174/07. M.P. Manuel José Cepeda.

e) Ecuador:

En Ecuador, el Proceso Arbitral se puede dividir en las subsiguientes etapas, de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación:

- Presentación y Contestación de Demanda Arbitral (incluyendo Presentación y Contestación de Recurvención);
- Audiencia de Mediación;
- Designación de Árbitros y Constitución del Tribunal;
- Audiencia de Sustentación (árbitros deciden sobre su competencia y ordenan la actuación de pruebas);
- Sustentación del Proceso (actuación y contradicción de pruebas, alegatos); y,
- Expedición del Laudo Arbitral.

f) España:

Las etapas de un procedimiento arbitral en España podrían ser las mismas que en Perú, es decir:

- Proceso Arbitral hasta que se dicte el Laudo.
- Recurso de Anulación, en su caso.
- Recurso de Amparo, en su caso y si fuera procedente.
- Ejecución Judicial del Laudo.

g) México:

En el caso de México no existe disposición legal ni decisión judicial que se ocupe específicamente de las etapas que pueda tener el Procedimiento Arbitral. Ahora bien, doctrinal o conceptualmente puede afirmarse que se divide en las mismas etapas, dejando a salvo lo referente al amparo, pues en México, no existe el Amparo como medio de defensa contra Laudos Arbitrales.

h) Uruguay:

En Uruguay, las posibles etapas de un Proceso Arbitral según las elaboraciones doctrinarias son:

- El Proceso Arbitral en sí hasta el dictado del Laudo;
- La posible Impugnación Judicial, sólo mediante el Recurso de Nulidad, presentado dentro del plazo de 5 días hábiles desde el dictado del Laudo; y
- La Ejecución Judicial del Laudo Arbitral.

i) Perú:

La Ley General de Arbitraje no establece en forma expresa las etapas en las cuales se puede desarrollar el Proceso Arbitral.

Sin embargo, de una lectura a la Ley General de Arbitraje, podemos señalar que el Proceso Arbitral tiene las siguientes etapas:

- Proceso Arbitral en sí, hasta la expedición de Laudo;
- Impugnación del Laudo, que puede ser vía la interposición del Recurso de Apelación (ante una Segunda Instancia Arbitral o ante el Poder Judicial)¹¹ o mediante el Recurso de Anulación (ante el Poder Judicial); y
- Ejecución de Laudo.

No obstante lo anterior y como señalamos en la introducción del presente Artículo, el Tribunal Constitucional del Perú, máximo intérprete de nuestra Constitución, en la Sentencia expedida en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, y publicada en el Diario Oficial, el 23 de marzo de 2006, estableció que un Proceso Arbitral podría tener hasta cuatro (4) etapas y que éstas son las siguientes:

- El Proceso Arbitral en sí, hasta el Laudo;
- La Etapa de Impugnación Judicial (Recurso de Apelación, si hubiera sido pactado, o Recurso de Anulación);

¹¹ Según lo prescrito por el artículo 60 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, el Recurso de Apelación sólo puede interponerse contra Laudos de Derecho y no contra Laudos de Conciencia.

- El Control Constitucional (Proceso de Amparo); y
- La Ejecución Judicial del Laudo Arbitral.

Si bien es cierto, la posibilidad de interponer un Proceso de Amparo contra un Laudo Arbitral ya existía¹² antes de que el Tribunal Constitucional emitiera la Sentencia del Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, luego de emitida la misma, esta vía ha sido consagrada.

5. **¿SE PUEDE PLANTEAR UN PROCESO DE AMPARO (O CUALQUIER OTRA ACCIÓN DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL) CONTRA UN LAUDO ARBITRAL?**

Respondemos:

a) Argentina:

Cabe señalar que la Legislación Argentina no establece Procesos de Amparo u otras acciones específicas de Garantía de Constitucionalidad de los Laudos.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé un sistema de Control Constitucional difuso o desconcentrado, atento a que no existe un fuero constitucional especializado que deba decidir cualquier cuestionamiento de inconstitucionalidad articulada en una causa radicada en un Tribunal Ordinario.

¹² Artículo 6, inciso 2 de la anterior Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley n.º 23506, modificada por Ley n.º 27053, establecía que:

Artículo 6.- «No proceden las acciones de garantía: [...]

2) Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular».

La Ley de *Habeas Corpus* y Amparo fue derogada por el Código Procesal Constitucional (Ley n.º 28237), el cual señala que:

Artículo 4.- «Procedencia respecto de resoluciones judiciales.-

El Amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo. [...].».

Cada cuestión constitucional que se plantee en Argentina será resuelta en el caso concreto y para dicho caso, por el Tribunal que está entendiendo la causa.

Conviene también considerar que numerosos antecedentes de la Corte Suprema han sostenido la inadmisibilidad del Recurso Extraordinario contra el Laudo Arbitral, en tanto el Proceso Arbitral se deriva de la voluntad de las partes de sustraerse de la jurisdicción estatal. En similar sentido, se ha sostenido que la renuncia al Recurso Extraordinario, como a otros recursos, no implica un menoscabo a garantías consagradas constitucionalmente, como sería el derecho de defensa en juicio.

Para una mejor comprensión respecto a este punto, conviene efectuar una breve reseña respecto al sistema de impugnación de Laudos consagrados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

El artículo 758 del CPCCN estipula como regla general que «Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso».

Con lo cual corresponde remitirse a lo dispuesto por el Capítulo IV del Título IV del Libro I del CPCCN, donde se regula sobre los Recursos de Reposición, Apelación, Apelación Ordinaria ante la Corte Suprema, Apelación Extraordinaria ante la Corte, Queja y Recurso de Inaplicabilidad de la Ley.

Los únicos recursos que son indisponibles, es decir, que no pueden ser renunciados, son el Recurso de Aclaratoria y el de Nulidad.

Ahora bien, de renunciarse al Recurso de Apelación y los que de él naturalmente se deriven, la Garantía de Constitucionalidad se satisface con el control judicial por nulidad, instituido como de orden público, cuyo objeto no es examinar el fondo de la causa, sino su adecuación a ciertos principios considerados fundamentales.

Cabe señalar que el CPCCN distingue entre Arbitrajes de Derecho y de Amigables Componedores, estableciendo en cada caso, un sistema de impugnación de Laudo por Nulidad diferenciado.

En el caso del Arbitraje de Derecho, el CPCCN estipula en su artículo 760, que la Renuncia de los Recursos no obstará la admisibilidad del de Aclaratoria y Nulidad, fundado en una falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos, o contener el Laudo en su parte dispositiva disposiciones incompatibles entre sí (artículo 761 del CPCCN).

En relación al Arbitraje de Amigables Componedores, el artículo 771 del CPCCN consagra que los Laudos no serán recurribles, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar la nulidad dentro de los cinco días de notificado. En este caso, el ordenamiento procesal no regula un sistema recursivo, sino que estipula una acción autónoma de nulidad contra el Laudo Arbitral.

b) Brasil:

Cabe resaltar que en el Brasil no hay ningún proceso específico para verificar la constitucionalidad de la Sentencia Arbitral.

Después de la promulgación de la Sentencia Arbitral, la Ley de Arbitraje otorga un plazo de 90 días para iniciar la acción con el fin de anular la Sentencia Arbitral, en base a las siguientes hipótesis, previstas en el Artículo 32 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 32.- «La sentencia arbitral es nula si:

- El compromiso fuera nulo;
- Fuerá emitida por alguien que no podía ser árbitro;
- No cumpliera con los requisitos del artículo 26 de esta Ley;
- Fuerá dictada más allá de los límites de la convención de arbitraje;
- No decidiera todo el litigio sometido a arbitraje;
- Se comprobara que fue dictada por prevaricación, concusión o corrupción pasiva;

- Se dictó fuera del plazo contemplado y dispuesto en el artículo 12, inciso III, de esta Ley; y
- Si no se respetaran los principios que trata el artículo 21, inciso 2, de esta Ley».

En el inciso viii, mencionado líneas arriba se hace referencia al artículo 21, inciso 2, de la Ley de Arbitraje, que se transcribe a continuación:

Artículo 21.- «Un arbitraje seguirá el procedimiento establecido por las partes en la convención de arbitraje, que podrá remitirse a las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada, autorizándose a las partes, además, a delegar el procedimiento al propio árbitro, o al tribunal arbitral regular.

[...]

2. Siempre se respetarán en el procedimiento arbitral los principios de lo contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento».

Tales principios tienen fundamento constitucional, de modo que, en el ámbito de la acción de Nulidad de la Sentencia Arbitral, puede haber un control de la constitucionalidad de la Sentencia Arbitral por parte del Poder Judicial.

c) Chile:

Salvo por ciertas corrientes muy minoritarias,¹³ la posición imperante en la doctrina y jurisprudencia Chilena es que las acciones de Protección Constitucional¹⁴ no proceden respecto de decisiones jurisdiccionales, incluyendo las que emanan de un Tribunal Arbitral.

¹³ Encabezadas por el profesor de Derecho Público y Administrativo, Eduardo Soto Kloss (*Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo. El Recurso de Protección*).

¹⁴ La Acción de Protección, llamada comúnmente «Recurso de Protección», es la acción que nuestro ordenamiento jurídico contempla para asegurar el eficaz respecto de los derechos y garantías constitucionales, con excepción de la libertad personal, que se encuentra garantizada por la Acción de Amparo (también denominada «Recurso de Amparo») o *Habeas Corpus*.

d) Colombia:

La Corte Constitucional¹⁵ de Colombia ha sostenido que, por regla general, la Acción de Tutela (Acción de Garantía Constitucional) no procede contra Laudos Arbitrales, Procedimientos Adelantados ante Tribunales de Arbitramento y Decisiones Judiciales que resuelven el Recurso de Anulación, con el objeto de preservar la estabilidad jurídica de los Laudos Arbitrales, la naturaleza excepcional de la Resolución de Conflictos mediante el Arbitraje, el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello, y la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los Árbitros.

Ha reservado excepcionalmente el ejercicio de esta acción a los eventos en que con la promulgación del Laudo se incurra en una vía de hecho, es decir, se realice una actuación por fuera de derecho que vulnera de forma directa un derecho fundamental.

e) Ecuador:

En Ecuador solamente cabe la Acción de Nulidad contra los Laudos Arbitrales, por cuatro causales independientes y taxativas:

- En caso de que no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será necesario que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- Cuando no se haya notificado a una de las partes con las providencias del Tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiera practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hecho que deban justificarse;

¹⁵ Sentencia n.º SU-174/07. M.P. Manuel José Cepeda.

- Cuando el Laudo se refiera a cuestiones no sometidas al Arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
- Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la Ley de Arbitraje y Mediación o por las partes para designar Árbitros o constituir el Tribunal Arbitral.

Adicionalmente en Ecuador existe prohibición constitucional expresa (artículo 95) de iniciar «acción de amparo contra las decisiones judiciales adoptadas en un proceso» y esta prohibición suele extenderse a Laudos Arbitrales. No es común que una de las partes inicie Acción de Amparo contra dichos Laudos.

f) España:

Si procediera en España, se podría formular un Recurso de Amparo, más que contra el Laudo, contra la Sentencia que decidiera el Recurso de Anulación en su caso formulado.

g) México:

Como se mencionó en la respuesta anterior, en México no es procedente el Procedimiento de Amparo contra Laudos Arbitrales, aún cuando sí puede promoverse contra Decisiones Judiciales dictadas en Procedimientos Arbitrales, la Impugnación de Laudos o Procedimiento de Oposición a su Ejecución.

h) Uruguay:

En Uruguay, si bien la raíz y el fundamento del Amparo lo encontramos en la Constitución Nacional (artículos 7 y 332), la Acción de Amparo está regulada por una Ley Ordinaria, la Ley n.º 16.011, emanada del Parlamento Nacional de la misma jerarquía que el Código General del Proceso de Uruguay, en cuyo Artículo 499 se establece que el único recurso que procede en contra de un Laudo Arbitral es el «Recurso de Nulidad», el que solamente puede te-

ner cabida en determinadas hipótesis respecto del laudo específicamente mencionadas:

- Por haberse expedido fuera de término.
- Por haberse expedido sobre puntos no comprometidos.
- Por no haberse expedido sobre puntos comprometidos.
- Por haberse negado los árbitros a recibir alguna prueba esencial y determinante.

Además, encontramos en nuestra jurisprudencia al menos un fallo publicado en la Revista de Derecho Laboral, n.º 195, tomo 42, en el que se asimila el Laudo Arbitral a una decisión jurisdiccional por lo que se entiende que quedaría expresamente excluido un Laudo Arbitral de la Acción Amparo.

De lo expuesto se deduce que no existiría en Uruguay la posibilidad de planteo de una Acción de Amparo contra un Laudo Arbitral, ya que lo único que puede plantearse contra un Laudo Arbitral es el Recurso de Nulidad y solamente por las causales expuestas.

i) Perú:

Como ya se ha señalado en la respuesta anterior, sí se puede plantear un Proceso de Amparo en el Perú contra un Laudo Arbitral. La Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, anteriormente mencionada, la misma que constituye precedente vinculante para todos los operadores jurídicos, ha establecido que en el Perú, se puede iniciar un Proceso Constitucional de Amparo contra un Laudo Arbitral luego de agotada la Etapa de Impugnación (Recurso de Apelación, si hubiera sido pactado, o Recurso de Anulación). Antes no.

Consideramos pertinente indicar que, con anterioridad a la expedición de la Sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces citada, proliferaron los Procesos de Amparo contra Laudos Arbitrales, sin que previamente, se haya agotado la Etapa de Impugnación, e incluso se

iniciaron varios Procesos de Amparo contra los mismos Procesos Arbitrales, antes que estos concluyeran por Laudo Arbitral.

Asimismo, la parte que interponía el Proceso de Amparo de manera directa contra el Laudo Arbitral, lo hacía conforme al artículo 4 del Código Procesal Constitucional, es decir, se alegaba el agravio a la Tutela Procesal Efectiva, toda vez que en el Proceso Arbitral se habría atentado contra las normas del debido proceso.¹⁶ Como ya hemos explicado, esto ya no cabe en esta etapa,¹⁷ primero se debe agotar la vía previa (Etapa de Impugnación). Lo positivo de la Sentencia del Tribunal Arbitral es que ha puesto orden y ha dado pautas claras a los Migrados del Poder Judicial.¹⁸

¹⁶ Ley n.º 28237, Código Procesal Constitucional:

Artículo 4.- «Procedencia respecto de resoluciones judiciales.-

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

[...] Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos feneidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

¹⁷ Artículo 5.- «Causales de Improcendencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

[...] 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de *habeas corpus*.

¹⁸ Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú expidió el Oficio Circular n.º 020-2007-SG-CS-PJ, que dispone que cada Juez Especializado al recibir una Demanda de Amparo o Habeas Corpus, informe de ésta a la Presidencia de su Corte y al Jefe del Órgano de Control del Distrito Judicial, resaltando en su comunicación la información más relevante. Esta norma fue publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 13 de febrero de 2007.

6. ¿EN EL CASO QUE SE PUEDA PLANTEAR UN PROCESO DE AMPARO U OTRA ACCIÓN DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL CONTRA UN LAUDO ARBITRAL, POR QUÉ CAUSALES PROCEDE?

Respondemos:

a) Argentina:

Aquí nuevamente debemos recordar que en el Derecho Argentino no existe un proceso especial de Garantía Constitucional. Como se mencionara, la Jurisdicción Arbitral libremente pactada es excluyente de la intervención judicial y no se admiten otros recursos que los establecidos en las legislaciones procesales provinciales y que *ut-supra* se describe en relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de Argentina en numerosos antecedentes.¹⁹

De acuerdo a lo estipulado por las normas de procedimiento, no procede cuestionar el Laudo Arbitral, cuando se hubieran renunciado a los recursos, por la vía de Remedio Federal en función de la doctrina de la arbitrariedad creada por la Corte Suprema de Justicia.

Sin perjuicio de ello, numerosos antecedentes de los Tribunales Argentinos, lejos de consolidar y respetar la autonomía del proceso arbitral, han demostrado una clara tendencia por asumir potestades controladoras, intervencionistas, y revisionistas del Proceso Arbitral.

Tal es así que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha ido evolucionando a través de sus sentencias en causas como Aion²⁰ y Meller,²¹ para llegar luego al caso Cartellone,²² de gran re-

¹⁹ Fallos 327:392; 118:247; 250:408; 306:455.

²⁰ Corte Suprema, 29-8-2000, «Aion», Fallos 322:298.

²¹ Corte Suprema, 5-11-2002, «Meller Comunicaciones S.A. UTE vs. ENTEL», LL 2003-B-906.

²² Corte Suprema, 1-6-2002, «José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs. Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor» LL 2004-E-393.

percusión en Argentina, que implicó un giro sustancial en lo atinente a la jurisdicción de la Corte para avocarse a la revisión de los Laudos Arbitrales.

En líneas generales, en el fallo Cartellone la Corte sienta dos criterios relevantes:

1. Habilita la jurisdicción de los tribunales judiciales para la revisión de la constitucionalidad, legalidad y razonabilidad de los Laudos Arbitrales sin distinguir cual sea la vía por la cual llegue a la intervención de la Corte; y
2. La Corte reconoce la potestad de los Tribunales Estatales de revisar los Laudos cuando éstos sean contrarios al orden público, sin importar las renuncias a los recursos que las partes hubieran hecho en el Acuerdo Arbitral.²³

²³ Si bien, como ya hemos señalado, no existe en el ordenamiento jurídico de Argentina una acción de estas características, podemos mencionar varios antecedentes, sumados a los ya señalados, en los que pese a haberse pactado la jurisdicción arbitral, se han producido intervenciones de los jueces y tribunales estatales en el procedimiento arbitral.

En tal sentido, mencionamos algunos de los antecedentes en los que se han planteado interferencias judiciales en distintas etapas del procedimiento arbitral y bajo diferentes circunstancias, a saber:

- Corte Suprema, 29-8-2000, «Aion», Fallos 322:298.
- Corte Suprema, 5-11-2002, «Meller Comunicaciones SA UTE vs. ENTEL», LL 2003-B-906.
- Corte Suprema, 1-6-2002, «José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor» LL 2004-E-393.
- Entidad Binacional Yacyreta c Eriday y otros –Juzgado Nac. 1a. Instancia Cont. Adm. Federal n.º 3, 27-9-2004.
- 91.909 – CNCCom. Sala B, 10-8-1993; «Compañía Naviera Perez Companc S.A. y otro c. Ecofisa SA y otro».
- 43.644 – CNCCom. Sala B, 21-12-1990; «Compañía Naviera Perez Companc S.A. y otro c. Ecofisa S.A. y otro».
- Compañía General de Combustibles S.A., JA 2001-III, p. 53.

b) Brasil:

Conforme a lo señalado en la pregunta anterior, en el Brasil no existe el llamado Proceso de Amparo contra el Laudo Arbitral.

c) Chile:

Tal como se indicara al responder la pregunta anterior, la mayoría de la doctrina junto con la jurisprudencia estima improcedente la Acción de Protección en contra de una decisión de un Tribunal. En particular, respecto del Derecho Constitucional a la Tutela Procesal Efectiva, sólo procedería una Acción de Protección Constitucional cuando una persona es juzgada por una *Comisión Especial*²⁴ en lugar del Tribunal que señale la Ley (dentro de estos últimos incluimos, por cierto, a la Jurisdicción Arbitral).

Complementado lo anterior, podemos señalar que, en contra de las sentencias dictadas por un Árbitro, procederán los Recursos de Casación en la forma (por las causales de incompetencia absoluta del Tribunal y *Ultrapetita*) y Queja (para el caso que el Árbitro hubiere cometido irregularidades que impliquen graves faltas o abusos en la tramitación del procedimiento). Adicionalmente procede la Apelación si así lo hubiese pactado expresamente por las partes.

d) Colombia:

Como ya fue mencionado, la Acción de Tutela en Colombia procede en contra de un Laudo Arbitral únicamente en el evento en que éste constituya una vía de hecho con la que se vulneren derechos fundamentales. La Corte²⁵ Colombiana ha definido los cuatro tipos de Vías de Hecho:

²⁴ Una definición sencilla de *Comisión Especial* es «toda persona u órgano que de *facto* ejerce jurisdicción».

²⁵ Sentencia n.º SU-174/07. M.P. Manuel José Cepeda.

1. La Vía de Hecho por Defecto Sustantivo se presenta cuando la decisión contenida en el Laudo se ha basado en una norma inaplicable al caso concreto, por lo que genera la violación de un derecho fundamental. Para la procedencia de la Acción de Tutela en estos casos es necesario que previamente se hayan agotado los recursos consagrados en el ordenamiento jurídico para controvertir el Laudo y subsista un desconocimiento de una garantía, prohibición constitucional o interpretación constitucional efectuada por la Corte Constitucional, que genera la vulneración directa de un derecho fundamental.
2. La Vía de Hecho por Defecto Orgánico se presenta cuando los Árbitros han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la Ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. Dado que esta situación está consagrada como una causal de anulación del Laudo Arbitral, para la procedencia de la Acción de Tutela se requiere que previamente se haya agotado este recurso y, a pesar de ello, subsista el vicio.
3. La Vía de Hecho por Defecto Procedimental se configura cuando el Juez se ha desviado del procedimiento establecido por la ley para dar trámite al proceso y, por ello, se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante para la decisión contenida en el Laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral completamente distinta. Para la procedencia de la Acción de Tutela en estos casos, también es necesario el agotamiento previo del Recurso de Anulación.
4. La Vía de Hecho por Defecto Fáctico se presenta en eventos en los cuales los Árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria

vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable. Para la procedencia de la Acción de Tutela en estos casos, se requiere además, que el yerro haya sido determinante para la decisión contenida en el Laudo y que se hayan agotado los recursos consagrados en el ordenamiento jurídico para controvertir el Laudo, y aún así persista el defecto.

e) Ecuador:

Sobre la base de la respuesta anterior, en Ecuador no existe la práctica de iniciar Acciones de Amparo Constitucional (u otras Acciones Constitucionales) como forma de impugnación de Laudos o Providencias Arbitrales. En casos indirectamente relacionados —Amparos iniciados con motivo de Ejecución o Incumplimiento de Tratados— el Tribunal Constitucional del Ecuador ha resuelto que la Acción de Amparo es inadmisible porque los contratos suelen contener formas de acceso de medios alternativos de resolución de conflictos o, en su defecto, el derecho a la tutela judicial. Por lo tanto, ha opinado el mencionado Tribunal que no cabe iniciar Acciones de Amparo cuando contractualmente se puede encontrar Remedios.

f) España:

En España no se puede formular Recurso de Amparo contra un Laudo Arbitral. El Amparo Constitucional se concede frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los Artículos 14 a 19 de la Constitución Española, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Sí sería susceptible de Recurso de Amparo, aquella Sentencia que resolviera un Recurso de Anulación formulado ante los Tribunales contra un Laudo Arbitral. Este Recurso de Anulación se puede plantear, fundamentalmente, por razones formales.

g) México:

Conforme a lo expresado en las respuestas anteriores, en México no existe una Acción Constitucional en contra de Laudos Arbitrales; sin embargo, la parte que se considere afectada por el Laudo, puede impugnarlo por alguna de las causales de anulación que limitativamente señale el Código de Comercio (por ejemplo: que alguna de las partes estaba afectada por alguna incapacidad, o no fue debidamente notificada de la designación de Árbitros, o no tuvo la garantía de debido proceso; o el Laudo se refiere a una controversia no prevista en el Acuerdo Arbitral, etc.). Estas causales son en esencia las mismas de la anulación conforme a la Ley Mexicana.

h) Uruguay:

No procede. Ver respuesta a pregunta anterior.

i) Perú:

El Tribunal Constitucional del Perú, en la Sentencia expedida en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, comentada en la pregunta IV, ha establecido que los Procesos de Amparo (Control Constitucional Jurisdiccional) contra un Laudo Arbitral proceden cuando:

1. Se vulnera el Derecho a la Tutela Procesal Efectiva;²⁶ o
2. Se advierte un incumplimiento, por parte de los propios Árbitros, de la aplicación de la Jurisprudencia Constitucional; o
3. Se advierte un incumplimiento de los precedentes de observancia obligatoria.

²⁶ Ver la Nota n.º 16.

7. ¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD QUE DEBE ACREDITAR EL DEMANDANTE PARA INICIAR UN PROCESO DE AMPARO (U OTRA ACCIÓN DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL)?

Respondemos:

a) Argentina:

Como ha sido mencionado, no existe en el ámbito del Derecho Argentino una Acción de Garantía Constitucional.

Tampoco resultaría, en principio, admisible la revisión de los Laudos Arbitrales por los jueces estatales, cuando las partes en ejercicio de prerrogativas consagradas en los ordenamientos procesales hubieran renunciado a los recursos contra los Laudos.

Con lo cual, las partes, de haber renunciado a los Recursos, sólo contarían con el Recurso de Nulidad contra el Laudo, cuya admisibilidad estará sujeto a las taxativas causales consagradas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 760 y 761, para el caso del Arbitraje de Derecho, y artículo 771, para los Arbitrajes de Amigables Componedores (causales que *ut-supra* fueran enunciados).

Ahora bien, la nueva tendencia sentada por la Corte en el Caso Cartellone, ha dejado abierta una puerta a la posibilidad de someter a revisión de los Tribunales Estatales los Laudos Arbitrales en los casos en que los mismos fueran contrarios al orden público, inconstitucionales, ilegales o irrazonables.

A este respecto, debemos reiterar que el Control de Constitucionalidad en la Argentina es de carácter difuso o desconcentrado. Con lo cual, este antecedente, si bien marca una tendencia relevante, no resultará vinculante para los sucesivos casos que se pudieran plantear.

Ello sin perjuicio de que dicha doctrina sentada por la Corte Argentina, sin duda, permite avizorar una mayor intervención de los jueces y tribunales estatales en los procedimientos arbitrales.

b) Brasil:

Nos referimos a la respuesta anterior.

c) Chile:

Los requisitos de la Acción de Protección Constitucional en Chile son:

- Legitimación activa;²⁷
- Un acto u omisión arbitrario o ilegal;
- Que el acto u omisión implique una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio del derecho constitucional afectado;
- Que la garantía en cuestión se encuentre protegida constitucionalmente.

d) Colombia:

La Corte Constitucional de Colombia²⁸ ha definido cuatro presupuestos para la procedencia de la Acción de Tutela en contra de los Laudos Arbitrales:

- El respeto por el margen de decisión autónoma de los Árbitros, implica que éste no ha de ser invadido por el Juez de Tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a Arbitramento;
- La procedencia excepcional de la Acción de Tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales;
- Si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los Laudos Arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con

²⁷ Legitimación que, del texto de la norma constitucional, resulta amplísima, pues la Acción de Protección se le concede a «el que sufra [...]», englobando así a todo tipo de personas y entidades.

²⁸ Sentencia n.º SU-174/07. M.P. Manuel José Cepeda.

respeto por los elementos propios de la naturaleza del Arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y

- La Acción de Tutela es de carácter subsidiario, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controvertir los Laudos, y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental.

e) Ecuador:

Ver respuesta anterior.

f) España:

En España, los requisitos son los siguientes:

- Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.
- Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

El plazo para interponer el Recurso de Amparo es de veinte días a partir de la notificación de la Resolución recaída en el Proceso Judicial.

g) México:

No aplica a México, pues no existe la posibilidad de interponer un Juicio de Amparo contra Laudos Arbitrales.

h) Uruguay:

Para iniciar un Proceso de Amparo en Uruguay, la Ley n.º 16.011 establece como requisitos:

- Que se trate de un acto, hecho u omisión de personas públicas estatales, paraestatales o de particulares (excluye a texto expreso los actos jurisdiccionales, las Leyes y Decretos de Gobiernos Departamentales);
- Que el acto lesione, restrinja, altere o amenace en forma actual o inminente, los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución;
- Y, esa lesión o amenaza debe estar calificada por la «ilegitimidad manifiesta», concepto éste que ha sido interpretado por la Doctrina y la Jurisprudencia como ilegitimidad grosera, indubitable que debe saltar a la vista, y a la ilegitimidad debe ser de tal notoriedad porque la discusión que se plantee sobre este punto debe ser resuelta en un procedimiento sumario como lo es el de Amparo.

i) Perú:

Los requisitos que debe acreditar el demandante para iniciar un Proceso de Amparo, en el Perú, contra un Laudo Arbitral, luego que el Poder Judicial expida la Resolución Final, resolviendo un Recurso de Apelación o un Recurso de Anulación son los siguientes:

- Legitimación: El demandante debe ser el afectado.
- En la Demanda de Amparo se debe precisar:
 - a) La designación del Juez ante quien se interpone;
 - b) El nombre, la identidad y el domicilio procesal del demandante;
 - c) El nombre y el domicilio del demandado;
 - d) Los hechos que hayan producido la agresión del derecho constitucional a la Tutela Procesal Efectiva²⁹ o el incumplimiento de la aplicación de la Jurisprudencia Constitucional o el incumplimien-

²⁹ Ver la Nota n.º 16.

- to de los precedentes de observancia obligatoria;
- e) El petitorio debe comprender la determinación clara de lo que se pide;
 - f) La firma del demandante o de su representante o apoderado y la firma de su abogado.
- Que la Demanda se haya interpuesto dentro del plazo de ley.
 - El agotamiento de las vías previas. Conforme al precedente vinculante de la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional anteriormente mencionada (Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC), la Vía Previa consistirá en agotar primero el trámite del Recurso de Apelación o del Recurso de Anulación que se interponga contra el Laudo Arbitral.³⁰

8. CONCLUSIONES

Luego de haber analizado en nuestros nueve países, la Legislación Arbitral y sus decisiones jurisprudenciales, y en especial, los Procesos de Amparo contra los Laudos Arbitrales, podemos concluir que:

Conclusión n.º 1:

De todos los ordenamientos jurídicos analizados, únicamente el Ordenamiento Jurídico Peruano consagra en su Constitución al Arbitraje como una Jurisdicción Independiente a la Jurisdicción Ordinaria.

Las Constituciones de Colombia y Ecuador consagran al Arbitraje como un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias, mas no como una Jurisdicción. En el caso de Uruguay, su Constitución sólo

³⁰ La Vía Previa ha sido reiterada en el Expediente n.º 1567-2006-PA/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Amparo, de fecha 30 de abril de 2006.

«III Fundamentos:

[...] 3. La Procedencia del Amparo frente a Laudos Arbitrales: Necesidad de Agotar las Vías Previas».

hace mención a la figura del Arbitraje en dos artículos pero no para consagrarlo expresamente como una Jurisdicción Arbitral independiente ni como un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias.

Por su parte, en las Constituciones de Argentina, Brasil, Chile, España y México no se consagra constitucionalmente a la Institución del Arbitraje.

Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico interno de algunos países se considera que el Arbitraje es una Jurisdicción. Éste es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, y México. Dentro de éstos, en Brasil, Ecuador y México se considera que dicha Jurisdicción es independiente a la del Poder Judicial.

Por último, únicamente en España y en Colombia, el Arbitraje no es considerado una Jurisdicción Independiente y Autónoma a la Jurisdicción Ordinaria.

Conclusión n.º 2:

De lo señalado por los Estudios consultados para realizar la presente investigación, aparece que sólo en Colombia y Perú así como en España y México, se considera que una de las etapas del Proceso Arbitral es la que corresponde al cuestionamiento constitucional del Laudo, a través del inicio de un Proceso Judicial destinado exclusivamente a dicho fin.

Al respecto, en Colombia y Perú es posible iniciar un Proceso Constitucional con la finalidad de cuestionar directamente la constitucionalidad de un Laudo Arbitral, siempre y cuando se haya agotado la vía previa del Recurso de Anulación.

Por su parte, en España, es posible iniciar un Proceso de Amparo contra la resolución que resuelve el Recurso de Anulación planteado en contra de un Laudo Arbitral, pero no contra el Laudo Arbitral directamente. Podríamos decir que en este caso, se plantea un Proceso

Constitucional de forma indirecta contra el Laudo Arbitral. Caso similar ocurre en México en donde, contra lo resuelto por el Recurso de Anulación de Laudo, procede interponer Recurso de Amparo.

Por último, es interesante resaltar que en Argentina, recientes fallos del Poder Judicial están admitiendo la revisión constitucional de los Laudos Arbitrales.

Conclusión n.º 3:

En los demás casos consultados, el Proceso Arbitral está compuesto básicamente por tres etapas:

- El Proceso Arbitral en sí mismo hasta la emisión del Laudo Arbitral,
- La Etapa de Impugnación, y
- La Etapa de Ejecución del Laudo Arbitral.

Sumamente interesante es el caso de la legislación del Ecuador, en la cual, existe la prohibición constitucional de iniciar un Proceso de Amparo contra las decisiones judiciales adoptadas en un Proceso Judicial y esta prohibición suele extenderse a los Laudos Arbitrales.

Es decir, en estos casos, no existe una vía exclusiva para cuestionar la constitucionalidad del Laudo Arbitral. El control constitucional de los Laudos Arbitrales se puede producir cuando la Jurisdicción Ordinaria resuelve el Recurso de Anulación (llamado en otros ordenamientos Recurso de Nulidad) a través de la aplicación del control difuso.

Conclusión n.º 4:

Luego de analizar las respuestas brindadas por cada uno de los Estudios consultados, consideramos que la legislación peruana es una de las más permisivas en relación a la procedencia de los Procesos Cons-

titucionales (Procesos de Amparo) en contra de los Laudos Arbitrales, más aún, luego de que el Tribunal Constitucional, institucionalizó dicha vía a través de la Sentencia emitida en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC.

Al respecto, consideramos que dicha institucionalización resulta contraria a los objetivos del Arbitraje, a través del cual las partes buscan sustraerse de la Jurisdicción Ordinaria para resolver rápida y eficientemente sus conflictos.

En efecto, el Proceso Arbitral que nació con el objetivo de proporcionar a las partes un mecanismo alternativo, ágil y seguro, para resolver una controversia, se convertirá en un Proceso largo y poco práctico ya que las partes, luego de expedido un Laudo Arbitral, deberán someterse a la Jurisdicción Ordinaria (de la cual las partes pretendieron excluirse) antes de iniciar la Ejecución del Laudo.

De esta manera, es evidente que el Arbitraje, en los países en los cuales se permite el cuestionamiento de un Laudo Arbitral a través de un Proceso Constitucional, dejará de ser un mecanismo útil de resolución de controversias, debido a todas las instancias por las cuales tendrán que transitar las partes que se sometan a este mecanismo.

En el mismo sentido, Santistevan de Noriega³¹ ha señalado que de proceder el Proceso Constitucional de Amparo contra un Laudo Arbitral, el ganador del Proceso Arbitral tendría que esperar la culminación de dieciséis (16) etapas antes de poder ejecutar el Laudo Arbitral.

Por ello, consideramos que es de suma importancia modificar la legislación nacional y prohibir expresamente que las partes cuestionen constitucionalmente un Laudo Arbitral a través del Proceso de Amparo.

³¹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Tribunal Constitucional y Arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral *in toto*». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 4, año 2007.

Dicha prohibición, de ninguna manera implicará que a través de un Laudo Arbitral se pueda vulnerar los derechos constitucionales de las partes que intervienen en el Proceso Arbitral, ya que durante la tramitación del Recurso de Anulación, el Juez, en aplicación del control difuso, debería estar facultado para revisar la constitucionalidad del mismo.

Caso contrario se debería establecer, vía una nueva modificación de la Ley de Arbitraje, el requisito de otorgar una Fianza Bancaria u otra garantía antes de plantear este particular Proceso de Amparo.

Conclusión n.º 5:

El mismo Tribunal Constitucional del Perú ha solicitado al Poder Legislativo que dicte las normas correspondientes que modifiquen la Ley General de Arbitraje.³²

Conclusión n.º 6:

Lo único que consigue esta «amparización» de los Laudos Arbitrales es claramente atentar contra los principios, entre otros, del Arbitraje: La Confidencialidad y la Celeridad.

Conclusión n.º 7:

Finalmente, y como consecuencia de este análisis, concluimos que en Iberoamérica la Legislación en materia de Arbitraje no es uniforme, y que sólo en algunos países, como en el Perú, se da el Control Constitucional Jurisdiccional (Proceso de Amparo) contra un Laudo Arbitral.

³² Expedientes n.ºs 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Amparo, de fecha 11 de diciembre de 2006.

«II. Fundamentos [...]»

3. La laguna ante la recusación de todos los miembros del Tribunal Arbitral, su integración y su aplicación al caso concreto».

**RELACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DE SUS ABOGADOS QUE
HAN PARTICIPADO EN EL PRESENTE ARTÍCULO**

| PAÍS | ESTUDIO | NOMBRE DE LOS ABOGADOS |
|-----------|--------------------------------|---|
| ARGENTINA | ESTUDIO BECCAR VARELA | Eduardo J. Guemes Gonzalo García Delatour |
| BRASIL | PINHEIRO NETO | Rodrigo M. Carneiro de Olivera Eliana Buonocore Baraldi Guilherme Cardoso Sanchez |
| CHILE | CLARO Y CIA. ABOGADOS | Eduardo González Errázuriz Felipe Ossa Ariel Mihovilovic |
| COLOMBIA | BRIGARD & URRUTIA ABOGADOS | Luis Barragán |
| ECUADOR | PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE | Diego Pérez Ordoñez |
| ESPAÑA | GÓMEZ-ACEBO & POMBO – ABOGADOS | Joaquín García - Romanillos Fernando de las Cuevas |
| MÉXICO | BASHAM, RINGE & CORREA | Javier Becerra |
| URUGUAY | GUYER & REGULES | Eduardo J. Ameglio |
| PERÚ | ESTUDIO OLAECHEA | Manuel Villa-García Cecilia Catacora Gisella Domecq |

Lima, 6 de septiembre de 2007

EL ARBITRAJE NACIONAL EN EL PROYECTO DE REFORMA
DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Alfredo Bullard González

EL ARBITRAJE NACIONAL EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

*Alfredo Bullard González**

El Esperanto es quizás la más famosa de las lenguas planificadas, es decir de las lenguas creadas académicamente para el uso común. Tenía la pretensión de convertirse en un lenguaje universal, hablado por todo el mundo, facilitando así la comunicación.

Creada en 1887 por L.L. Zamenhof, un médico polaco, cuenta con reglas lingüísticamente tan bien hechas, que es 10 veces más fácil de aprender que el inglés. Las reglas son predecibles, las conjugaciones de verbo son simples, el vocabulario es preciso. Podría decirse que es lo más cercano a la lengua perfecta.

Quien inventó este lenguaje hace ya, virtualmente, siglo y medio, tenía la pretensión de que, con esta facilidad de lenguaje, la gente aprendiera y acogiera el Esperanto y todos pudiéramos comunicarnos en el mismo lenguaje.

Pero el Esperanto —como ustedes saben— fue un absoluto fracaso. La razón por la que fracasó es que se trata de una lengua planificada, regulada, creada académicamente sin tener en cuenta que el lenguaje es un orden espontáneo. Nosotros hablamos español, un lenguaje común, sin que nadie en concreto lo haya creado. Muchas de sus reglas son difíciles de predecir y tienen una gran complejidad. Pero, hasta un

* Profesor Principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

niño puede usarlo para comunicarse sin mayor dificultad. Son creados por la interacción, y no por la planificación. Y su éxito radica precisamente en eso: Nadie los creó, pero a su vez todos los creamos.

Tengo la impresión de que, como bien decía Hayek, hay muchas instituciones, además del lenguaje, que provienen de los órdenes espontáneos. Entre los ejemplos que ponía Hayek están el lenguaje, la economía y, curiosamente, incluye el Derecho que, visto superficialmente, parece ser el orden más planificado imaginable. Para Hayek, sin embargo, el Derecho, el verdadero Derecho se crea a través de interacción espontánea. Y, no tendría ninguna duda de que si Hayek hubiera estudiado el tema del arbitraje, diría que el arbitraje también proviene de un orden espontáneo. No es creado por nadie. Es producto de la interacción de los comerciantes, que frente al sistema de justicia planificado (el de las cortes ordinarias) supuestamente ordenado, predecible y certero, crea reglas y mecanismos, aparentemente originados en diversidad, que arroja resultados más predecibles y certeros.

El arbitraje aparece mucho antes de que existiera el Estado. Y el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, incluso de naturaleza penal, proviene de épocas anteriores al primer juez penal que existió. Quizás tengamos que debatir si no será cierto que la profesión más antigua de la humanidad es la de árbitro, y no aquélla a la que se le atribuye ese título.

El arbitraje es un orden tan espontáneo que toma formas que muchas veces ni nos imaginamos. Muchos de nosotros hemos estado involucrados en arbitrajes sin siquiera saberlo. Los que tengan una tarjeta Visa sabrán que cuando reclamamos de un consumo que alegamos no haber efectuado, por ejemplo, «Yo no he ido al Hotel Melody por lo que rechazo ese consumo con mi tarjeta», se activa un mecanismo arbitral administrado por Visa, que resuelve la disputa sobre si el consumo se hizo o no. Así el árbitro (al que nunca hemos visto) diríme si el consumidor o el establecimiento tienen razón sobre la realización o no del consumo. Y es una decisión de ese árbitro lo que hace que,

finalmente, el Banco le conteste: «No, señor, su reclamo no cabe»; o «Sí, señor, su reclamo es fundado». Es un arbitraje pactado en su contrato con Visa. Y surge tan espontáneamente que quizás ustedes ni siquiera lo sabían.

Y aparece espontáneamente. Mecanismos arbitrales aparecen continuamente en nuestra vida, antes que la Ley reconozca su existencia. Así el arbitraje es anterior a la Ley. Es anterior al Derecho mismo.

Pero, como todo orden espontáneo, el arbitraje tiene que soportar intentos de intervención de órdenes planificados. Esos órdenes tratarán de limitarlo y encauzarlo bajo el control de una planificación central. De la misma manera como la Real Academia de la Lengua trata de establecer reglas de lenguaje que los ciudadanos no siempre aceptan, o que el Estado trata de controlar las leyes de la oferta y la demanda forzando la existencia de mercados negros o informalidad, el arbitraje ha sufrido amenazas similares.

Hasta aquí todo lo dicho parece una simple especulación teórica y conceptual. ¿Pero qué dice la historia? ¿Es efectivamente el arbitraje el creador de reglas espontáneas y predecibles para los comerciantes que supera en predictibilidad al orden de justicia estatal?

La historia ha sido categórica: el cuerpo comercial de reglas más predecibles y universal es la *lex mercatoria*, ese cuerpo de reglas y normas comerciales que no han sido creadas por ningún legislador ni por ningún juez. La *lex mercatoria* fue y es creada todos los días por los comerciantes, pero el instrumento por medio del cual estas reglas se ordenaron y aplicaron es el arbitraje.

De hecho los últimos siglos nos muestran una intensa tensión entre los sistemas procesales ordinarios (judiciales) y el arbitraje, en una secuencia más o menos predecible: la *lex mercatoria*, aplicada por los árbitros, se torna en un paradigma más adecuado y predecible. Entonces los legisladores tratan de «expropiarla» mediante leyes y códigos de comercio, y los jueces tratan de «expropiarla» mediante la aplica-

ción por las cortes ordinarias de los propios principios de la *lex mercatoria*, sólo que sin cobrar el costo de un Tribunal Arbitral porque se recibe un subsidio estatal. Pero, en su actividad no pueden desprenderse de la rigidez que les es consustancial y continuamente pierden frente a las ventajas competitivas del arbitraje. Entonces, intentan mediatar esas ventajas atacando la base misma del arbitraje y tratando de procesalizarlo, en una suerte de competencia desleal, por medio de leyes, normas y decisiones judiciales que «contaminan» el arbitraje con elementos que le son ajenos.

Así, en el «hábitat» de las relaciones comerciales el arbitraje supera con creces al Derecho Procesal común. De hecho, el arbitraje como lo conocemos hoy (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la Cámara de Comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La Cámara designaba a otros comerciantes (no a un abogado) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, se resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose antes que a cumplir formas, a buscar un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados, con nuestros complicados lenguajes, «latinazgos» y exabruptos, no teníamos «vela en el entierro». No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes (y buena parte de la doctrina) asumen, de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido «abonado» con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retórico derecho procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. Y haría lo mismo en otras áreas si la Ley liberara su espontaneidad y fuerza competitiva. Hoy en el Perú,

es difícil imaginar conflictos de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje.

Pero los «dinosaurios» procesales se resisten a perder vigencia, y a falta de habilidades competitivas propias para capturar las preferencias de los comerciantes, recurren a la Ley y al activismo judicial para protegerse. Entonces, pretenden que las Leyes fuercen a que el proceso civil entre a debilitar el arbitraje y reforzar la oportunidad de supervivencia de lo procesal en el campo comercial. O buscan sentencias y resoluciones judiciales que en el falso nombre del derecho de defensa y el debido proceso, privan del mejor derecho de defensa y el mejor proceso al que se puede aspirar: el que las propias partes eligieron porque les pareció mejor.

Como bien relata Benson, cuando en los años 1920 en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el *lobby* de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio. Según la estadística, la representación con abogados frente a los Tribunales Arbitrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947.¹ El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States of America* (282 U.S. 30 (1930)), en el que se declaró como boicot, y por tanto, contrario a las normas antimonopolio, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo.²

El ejemplo muestra el punto: cuando los abogados procesalistas o

¹ BENSON, Bruce. «Arbitration». En *Encyclopedia of Law and Economics*. <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>, p. 169.

² *Ibid*, p. 170.

mejor dicho «procesaloides» (muchas veces disfrazados de «expertos» con «vocación» arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas, las sentencias y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconocemos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.³

Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se ampara en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una «función nomofiláctica» que en el arbitraje no es necesario porque la espontánea naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol.

Y además parte de la errada concepción de visualizar al arbitraje como un satélite del sistema judicial, como un «desprendimiento» de la jurisdicción ordinaria, gracias a la «generosa autorización» dada por la Ley para que las personas puedan arbitrar.

Pero las formas de justicia originarias no aparecen con el monopolio estatal. Por el contrario, son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. Justamente allí radica su espontaneidad. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos.⁴

³ Un buen ejemplo es un artículo recientemente publicado en *Legal Express* (MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto. «Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje». En *Legal Express*, n.º 67, año 6, julio 2006, p. 15). Su perspectiva parte de una concepción «procesaloide» del arbitraje y, por tanto, de ignorar su verdadera naturaleza y ventajas. Es fruto, sin duda, de «impericia» arbitral.

⁴ Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisar BENSON, Bruce L. *Justicia sin Estado*. Madrid: Unión Editorial, 2000.

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra, precisamente, como un ejemplo de justicia privada:

«Aunque el Derecho consuetudinario anglo-sajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, *lex mercatoria* o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronterizas, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales».⁵

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de generación de reglas, superando a la Ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que a su vez se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho. ¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él los comerciantes:

«[...] participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones nacen de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no solo en teoría, sino también en la práctica.

Este análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal».⁶

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el in-

⁵ BENSON, Bruce L. *Justicia sin Estado*. *Op. cit.*, p. 43.

⁶ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 24.

tercambio, es el mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Y explica también por qué el arbitraje genera reglas claras y predecibles. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. De la misma manera un comerciante que tiene sus operaciones comerciales sujetas a las cortes ordinarias asumirá los costos que ello implica en relación a otro comerciante que somete todas sus operaciones al arbitraje. El resultado es que el último tendrá una ventaja competitiva sobre el primero, que le permitirá desplazar a su rival en el mercado.

Así, se prefiere identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando a su vez confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera, como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. Y las reglas del arbitraje, esas que nacen espontáneamente, son reglas baratas y adecuadas para el intercambio.

El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo incluso a que la *lex mercatoria* compitiera con éxito contra la Ley estatal.

Como dice Benson:

«El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde sur-

gían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto».⁷

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso cómo un sistema de solución de controversias que se basa en la constitución de Tribunales diferentes para cada caso puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios que supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones que cumplan una función nomofiláctica. Pero, si comprendemos el concepto de órdenes espontáneos, ese resultado no debería sorprendernos.

Así la explicación del carácter predecible de la *lex mercatoria* es el mismo fenómeno que explica el carácter predecible de las reglas arbitrales. La *lex mercatoria* es predecible a pesar de que es creada por un sistema descentralizado privado. El arbitraje genera predictibilidad a pesar de que es creado por un sistema descentralizado privado.

Es su origen al margen del Derecho formal el que explica el éxito del arbitraje, es su liberación de los órdenes planificados de donde toma su fuerza y su eficacia. Así nace como un sistema flexible, pragmático y simple. No era un tema de abogados. Sin embargo, en este Congreso de Arbitraje, realizado en el «moderno» año 2007, hemos escuchado cincuenta exposiciones, y si la memoria no me falla, las cincuenta son de abogados, a pesar de que, como dijimos, los abogados entran a tallar realmente en el arbitraje en una etapa relativamente reciente; es decir, a comienzos del siglo XX.

La conclusión es que el arbitraje sólo puede funcionar si lo liberamos de la cultura y de las trabas judiciales.

⁷ BENSON, Bruce L. *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000, p. 45, citando a Trakman, *The Law Merchant*, p. 24.

¿Y qué tiene que hacer todo esto que expongo con la reforma de la Ley de Arbitraje peruana? Como veremos, los países que han sido exitosos en el tema del arbitraje son aquéllos que han reconocido su naturaleza de orden espontáneo. Por el contrario, los países que han tratado de planificarlo lo han conducido al fracaso.

Para nadie es un secreto que es recién a partir de la década pasada que el arbitraje toma auge en el Perú. ¿Y qué se hizo para lograr eso? La respuesta más común, que es una verdad a medias (y por tanto una mentira también a medias), es decir: «Adoptamos una ley nueva».

Y ello es cierto. Pero ello no es suficiente, porque mucha gente adopta leyes nuevas y eso no hace que las cosas cambien.

Entonces algunos complementarán la respuesta y dirán que hemos adoptado una ley basada en la Ley Modelo UNCITRAL. También es cierto. Y de hecho se trata de un modelo cuyo objetivo principal es reconocer el carácter espontáneo del orden arbitral y liberar a la autonomía privada para que lo regule. Pero, otros países han adoptado también sistemas similares y no han tenido el mismo éxito.

Creo que buena parte del éxito del arbitraje en el Perú tiene que ver con la capacidad que hemos tenido los peruanos de ver las cosas más privadamente, de reconocer que la espontaneidad en la interacción es algo bueno.

Dicho en otros términos, hemos privatizado muchas cosas, porque hemos desconfiado de la planificación y, entre ellas, hemos aprendido a privatizar la justicia porque hemos desconfiado con contundencia y sin medias tintas de la justicia estatal.

Como decía, la contribución del modelo de la Ley UNCITRAL es que trata justamente de regresar a la esencia del arbitraje; un mecanismo de solución de controversias que, más allá de los problemas legales, lo que busca es resolver el problema que se le plantea, descargado el arbitraje de un enjambre de taras y obstáculos. Por ejemplo, ha buscado evitar la judicialización, el excesivo formalismo, la procesalización. Ha «destetado»

al arbitraje de ser considerado como una suerte de hijo menor del proceso civil, cuando ni siquiera se trata de parientes lejanos.

Para quienes crean que el arbitraje es un hijo menor del proceso civil, les convendría saber que en el siglo XIX los jueces estaban muy preocupados porque la gente arbitraba de todo. Pero, sobre todo, arbitraba las controversias comerciales.

¿Y qué hicieron los jueces? Dejaron de aplicar el *common law* o las normas civiles y comenzaron a aplicar la *lex mercatoria*. Es decir, el arbitraje ha influido tremadamente en cómo se ha perfilado el Derecho Comercial, que hoy día es el Derecho más dinámico y que se origina, principalmente, en el arbitraje. Los Códigos de Comercio y los juzgados comerciales, vinieron después.

En ese sentido, ¿qué persigue el Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje peruana? Pues, reforzar el arbitraje como orden espontáneo y alejarlo aún más de las pretensiones de volverlo un satélite de la justicia planificada.

En ese sentido se nombró una Comisión en el año 2006, para preparar un proyecto de Reforma de la Ley. Se preguntarán, ¿por qué reformar la ley cuando las cosas parecen estar funcionando bien? Porque el arbitraje está creciendo. Porque cuando las cosas avanzan, comienzan a aparecer nuevos problemas. El principal de ellos, una suerte de anuncio o advertencia de un cambio de la relación entre Poder Judicial y Arbitraje que había sido manejada bastante bien en la segunda mitad de la década de 1990, pero que comenzaba a presentar algunos conflictos con algunos casos, por todos conocidos, que generaron una amenaza de intervención excesiva del Poder Judicial.

El Ministerio de Justicia designa una Comisión Técnica, que me honré en presidir, para proponer reformas a la Ley de Arbitraje. Esta Comisión ha trabajado oficialmente un proyecto. Es un proyecto de reformas urgentes, así lo llamamos. El proyecto propone modificar los elementos esenciales que consideramos deben ser modernizados en la

Ley para mantener al arbitraje como un orden espontáneo. La reforma ataca los puntos que la Comisión diagnosticó como medulares.

Sin embargo, durante el trabajo, se determinó que una ley parchada no necesariamente es la mejor alternativa. Y, actualmente, la Comisión, cuyo nombramiento y encargo ya expiraron, sigue trabajando un proyecto de reforma integral de manera privada, es decir, un proyecto para sustituir completamente la Ley. Esto lo estamos haciendo *motu proprio*, sin ningún tipo de nombramiento, aunque hemos mantenido coordinaciones con el Ministerio de Justicia. Así el Ministerio está al tanto de que estamos trabajando este proyecto para, sin perjuicio de las reformas urgentes, tener en cuenta la necesidad de un cambio más completo que, además de recoger las reformas urgentes, uniformiza las cosas y, quizás el elemento más importante, propone una ley *monista*; es decir, una ley que no distingue entre arbitraje nacional e internacional, sino que aplica las mismas reglas, evitando, a veces, la tonta duplicidad que tiene la ley actual, donde el mismo artículo se repite en la parte internacional, solamente haciendo algunos agregados, que cuando se trate de un arbitraje internacional, se aplicará, además, tal o cual elemento.

Sin embargo, este proyecto todavía no está terminado. El que sí está terminado, el que ya se presentó y fue prepublicado fue el proyecto de reformas urgentes al cual me voy a referir. Porque, además creo que contiene los cambios más importantes que también se contemplan en el proyecto de reforma integral.

Los dos proyectos siguen en la línea de UNCITRAL. Hoy día los países estamos compitiendo por atraer arbitrajes. Y el Perú, creo que por la cultura arbitral que ha desarrollado tiene una ventaja que se está convirtiendo en un atractivo. Quizás tengamos que resolver algunos problemas con el Poder Judicial. Pero, siento que hay también mejoras en el Poder Judicial, fundamentalmente en cómo se están tratando los recursos de anulación, que en términos generales, respetan los laudos y con ello al arbitraje. Todo esto nos puede convertir en competitivos para traer arbitrajes internacionales al Perú en el corto plazo.

Si queremos ser verdaderamente competitivos tenemos que ir a lo que la gente de negocios entiende, y los abogados en el mundo entienden: La Ley Modelo UNCITRAL. Todo el mundo la entiende.

¿Cuáles son las reformas principales o cuáles son las líneas principales de reforma? Por razones de tiempo me voy a limitar a destacar las más importantes.

La primera es reforzar la autonomía del arbitraje. Se busca darle mayor fuerza. Y, básicamente, me refiero a autonomía en dos sentidos: autonomía del Poder Judicial y autonomía de las normas procesal-civiles. Creo que hemos avanzado mucho, pero todavía falta bastante. La Ley y el proyecto pretenden reforzarlo.

Lo segundo, mejorar la regulación de la colaboración del Poder Judicial, reforzando la complementariedad antes que la contraposición entre ambos sistemas, poniendo al Poder Judicial al servicio de la espontaneidad del arbitraje y no, convirtiendo a la actividad judicial en un inhibidor de espontaneidad.

Lo tercero, evitar problemas en el nombramiento residual de árbitros cuando las partes no se ponen de acuerdo o cuando no hay mecanismos para nombrarlo y tenemos que recurrir al juez. Y también respecto a las recusaciones en aquellos casos en los cuales surgen dudas sobre quién puede resolver la recusación.

En cuarto lugar se proponen mejoras en el recurso de anulación; hacerlo más claro, más transparente, mejoras en la regulación de cautelares y mejoras en las reglas de ejecución.

Quien ha escuchado la lista que acabo de hacer descubrirá que hay un común denominador en todos los elementos. Todos tienen que ver, de alguna manera u otra, con relaciones entre el Poder Judicial y el arbitraje. Y es correcto. Ése sería el motivador principal de la reforma

Voy a comentar los elementos más saltantes.

Respecto a la autonomía del arbitraje, se ha reforzado el carácter *inevitable* del arbitraje. La verdad, no hay arbitraje que se digne llamar tal, que no sea inevitable. Y por inevitable me refiero a, pactado el arbitraje, nada lo debe poder parar.

Los errores que cometan los árbitros se controlarán *ex post* al arbitraje, no *ex ante* o durante el arbitraje. De manera tal, que el arbitraje caminará y será al final donde revisaremos si lo que hicieron los árbitros estuvo bien o mal, en una revisión que será, además, una revisión limitada.

Y para esto se ha recogido lo que ya ha dicho el Tribunal Constitucional. La capacidad de los árbitros de rechazar cualquier injerencia de autoridad judicial o administrativa en la tramitación del arbitraje y rechazarlo directamente. En ese sentido el proyecto señala:

Artículos 4.- «Autonomía del arbitraje.

El sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces. En consecuencia, en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ninguna autoridad judicial, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Es especialmente aplicable a la jurisdicción arbitral el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución. Salvo disposición distinta de esta ley, existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que de cualquier manera impida el inicio del arbitraje, o que lo suspenda o impida su continuación. En ejercicio de su independencia y su jurisdicción, sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo, los árbitros tienen competencia exclusiva para instalarse como tribunal arbitral, dar inicio al proceso y continuarlo, examinar su competencia y dictar el laudo.

El arbitraje sólo está sujeto a control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros».

Se ha reforzado también la excepción del convenio arbitral y se ha

dejado toda discusión sobre la validez del arbitraje para luego de emitir el laudo. En ese sentido el proyecto indica:

Artículo 16.- «Excepción de convenio arbitral.-

Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aunque no se hubiera iniciado el arbitraje. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

Si el arbitraje no estuviera iniciado, la autoridad judicial está obligada a amparar, bajo responsabilidad, la excepción una vez absuelto el traslado correspondiente, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable conforme al artículo 1.

Si el arbitraje estuviera iniciado, la autoridad judicial, bajo responsabilidad, está también obligada a amparar la excepción de convenio arbitral una vez absuelto el traslado correspondiente.

Se entiende renunciado el arbitraje respecto de las materias demandadas judicialmente cuando no se invoque la excepción de convenio arbitral dentro del plazo correspondiente a la vía procesal aplicable.

Mientras se encuentra en trámite la excepción de convenio arbitral queda suspendida la tramitación del proceso judicial principal. Las actuaciones arbitrales se iniciarán o proseguirán, según sea el caso, pudiendo incluso, dictarse el laudo durante el trámite de esta excepción.

La resolución judicial que declara fundada la excepción de convenio arbitral es definitiva e inimpugnable. La resolución que declara infundada la excepción es apelable con efecto suspensivo. Sólo procede recurso de casación contra la resolución de la Corte Superior que confirma que la excepción es infundada».

Se deja claro entonces que toda revisión es siempre posterior. No se puede parar el arbitraje. Éste sigue.

Respecto al tema del Código Procesal Civil, se ha buscado aún ser más claro. Todo árbitro con experiencia sabe que el Código Procesal Civil no es norma supletoria en el arbitraje. Pero, como a veces no se entiende esto, la Ley tiene que decirlo en voz enérgica y alta. No lo es.

Y como no lo es, ¿qué se está planteando? El proyecto de ley trata de ser más preciso en definir la secuencia de fuente de reglas arbitrales y mantiene como principal la que es universalmente principal: el acuer-

do de partes. Sea directamente, pactando específicamente las reglas en el convenio arbitral, o sea indirectamente, sometiéndose a un centro arbitral que ya tiene reglas establecidas.

Pero, ¿qué pasa si las partes no han acordado nada o hay parte de las reglas que no han sido acordadas? En este caso, se aplican las reglas que hayan determinado los árbitros. ¿Y si no han fijado la regla pertinente los árbitros? Se aplica la Ley de Arbitraje, no el Código Procesal. Y ¿qué pasa si, finalmente, la Ley de Arbitraje no tiene solución al problema? Pues, se aplicarán las reglas que integren los árbitros, para lo cual pueden inspirarse en los principios generales del Derecho, privilegiando los que se derivan de los principios, usos y costumbres del arbitraje. No hay ni un espacio, ni un resquicio, para meter el Código Procesal Civil, salvo, la voluntad de las partes o de los árbitros de incorporar esas reglas al arbitraje. Así, el artículo establece:

Artículo 33.- «Libertad de regulación del proceso.-

La fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje se considera para todos los efectos la de inicio del arbitraje, salvo pacto distinto de las partes.

Corresponde a las partes decidir el lugar del arbitraje y las reglas del proceso. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá, con sujeción a esta ley, el lugar y las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El proceso arbitral se sujetará a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes.

Cuando no exista disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por los árbitros, se aplicarán supletoriamente las normas de la presente ley. Si no existe en la presente ley norma aplicable, los árbitros podrán suplir el vacío recurriendo, según su criterio, a los principios generales del derecho, en particular, a los principios arbitrales y a los usos y costumbres».

Si ustedes se dan cuenta, ya no hay cómo llegar al Código Procesal Civil, salvo cuando los árbitros invocan al Código Procesal Civil, lo que no es descabellado. Por ejemplo, como árbitro tengo que establecer reglas que den trato igualitario y garanticen el derecho de defensa y un debido proceso de las partes. ¿Cuáles puedo escoger? Puede parecer pertinente a los árbitros el Código Procesal porque el árbitro «la

invita», no porque el Código tenga derecho de entrada propio. Los árbitros son los que, finalmente, toman la decisión de qué reglas son las que van a funcionar. Los árbitros, para definir estas reglas, aplicarán los principios generales del Derecho y lo dice así el artículo, en particular, los que inspiran la actividad arbitral y los usos y costumbres en el arbitraje. Como fórmula, ésa va a ser la regulación supletoria: usos y costumbres y los principios. No hay necesidad de buscar en otro sitio. ¿Y qué son esos principios, usos y costumbres? Pues, no son otra cosa que el orden espontáneo en acción. La Ley usa como fuente última el propio orden espontáneo que alimenta las reglas que priman (las que acuerdan las partes) y las últimas (las supletorias, que no son otra cosa que lo que las partes suelen hacer en los arbitrajes).

Se ha planteado también una mejor regulación de las cautelares. El principal problema que se está planteando se daba cuando alguien obtenía una cautelar fuera de proceso. Se abría luego el arbitraje y habían dos expedientes por separado: el cautelar y el arbitraje que era el expediente principal. A veces pasa que los árbitros se enteran a la mitad del arbitraje de una cautelar vinculada a su arbitraje.

Si se pusiera en práctica el proyecto, automáticamente el árbitro se vuelve el único competente respecto al expediente cautelar para todos los efectos. Así, si la cautelar está pendiente, la resuelve, si está apelada, resuelve la apelación. La competencia del Poder Judicial desaparece. En ese sentido, el proyecto indica:

Artículo 79.- «Medida cautelar en sede judicial.-

Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la instalación del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

Ejecutada la medida, la parte beneficiada debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho previamente. Si no lo hace dentro de este plazo o, habiendo cumplido con hacerlo, no se instala el tribunal arbitral dentro de cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

Instalado el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de esta instalación con copia del acta respectiva y pedir la remisión a los árbitros del expediente del proceso cautelar. La autoridad judi-

cial, está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre al tribunal arbitral».

Otros problemas son el nombramiento residual y las recusaciones. Siempre comento mi propia experiencia. En el segundo arbitraje que vi en mi vida como árbitro, hubo un problema con la designación de mi coárbitro. Como no había entidad nominadora, tuvo que recurrirse al Poder Judicial. Esto ocurrió hace como siete años. Llevo ya como ochenta arbitrajes y todavía ese tema no se resuelve. Y ese arbitraje está paralizado, discutiéndose quién va a ser mi coárbitro. El problema es que una vez que entras al Poder Judicial, se desnaturaliza la voluntad que inspiró a las partes a ir a arbitraje: justamente no ir al Poder Judicial.

El proyecto plantea que, en caso que se presentara un problema de designación residual, donde no haya a quién acudir porque las partes no se pusieron de acuerdo y no hay Centro designado, quien designa ya no sea el juez, sino la Cámara de Comercio de la localidad del arbitraje.

En el caso que se haya designado el lugar de arbitraje en el convenio, será la Cámara de Comercio del lugar de arbitraje. En el caso de arbitrajes que no tienen el lugar designado, pero hay un contrato, será la Cámara de Comercio del lugar de celebración del contrato. En ese sentido el proyecto señala:

Artículo 21. «Libertad de procedimiento de nombramiento.-

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento y plazos para la designación de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplican las siguientes reglas:

1. Si las partes no han establecido el número de árbitros, el tribunal arbitral estará integrado por tres miembros.
2. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de diez días de recibido el requerimiento de designación para que cumplan con hacerlo.
3. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de diez

días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así designados, en el plazo de diez días de producida la aceptación del último de ellos, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

4. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados también de común acuerdo otro en el plazo de diez días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que otra cosa se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así designados elegirán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
5. Si por falta de acuerdo entre las partes o falta de acuerdo entre los árbitros o entre varios demandantes o varios demandados o falta de designación por una parte no se llega 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 el lugar, la designación corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Artículo 22.- «Incumplimiento del encargo.-

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los diez días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso 5 del artículo 21».

Artículo 23.- «Nombramiento por las Cámaras de Comercio.-

En los casos en los que según esta ley corresponda la designación de un árbitro 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. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

A efectos de solicitar a una Cámara la designación de un árbitro, la parte interesada debe señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que sería objeto de arbitraje y acompañar copia del convenio arbitral y del requerimiento de arbitraje efectuado a la otra parte.

Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara designará al árbitro dentro de un plazo razonable, salvo que la parte requerida hubiera cumplido con efectuar la designación que le correspondía realizar al dar respuesta a la solicitud.

La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar la designación solicitada por las partes en los supuestos de los artículos 21 y 22.

No podrá rechazar una solicitud de designación de árbitros, salvo cuando no se cumpla con los requisitos señalados en el segundo párrafo.

La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar una designación, los requisitos establecidos por las partes y por la Ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad».

Y en las Cámaras de Comercio también se van a resolver las recusaciones en aquellos casos en los cuales no hay nadie designado para que las resuelva. Por ejemplo, si en un tribunal *ad-hoc* recusan a todo el tribunal por la misma causal, o el tribunal está incompleto y viene otra recusación. ¿Quién las va a resolver? En ese caso, la Cámara de Comercio de la localidad podrá resolverlas de manera residual.

Artículo 31.- «Procedimiento de recusación.-

Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. A falta de acuerdo se aplican las siguientes reglas:

1. La recusación debe formularse dentro de los cinco días de notificada la instalación del tribunal arbitral o de conocida la causal, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
2. El árbitro recusado y la otra parte deben manifestar lo conveniente a su derecho dentro de los cinco días siguientes de notificados con la recusación.
3. Si la otra parte conviene con la recusación o el árbitro renuncia, se procede a la designación del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía designar al árbitro recusado, salvo que exista designado un árbitro suplente.
4. Si la otra parte no conviene con la recusación o el árbitro no renuncia o no se pronuncia, se procede de la siguiente manera:
 - a. Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha designado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del artículo 21.
 - b. Tratándose de un tribunal arbitral, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su designación o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del artículo 21.
 - c. Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, incluido el presidente, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso

5 del artículo 21. Si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

5. Culminada la etapa probatoria no proceden recusaciones.
6. El trámite de recusación no suspende el proceso arbitral, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por la otra parte de su ceso no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral expedidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

En los casos en los que según esta ley 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.

La resolución que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable.

Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, al reglamento arbitral aplicable o al establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo».

Para culminar, y dado que el tiempo no me permite tratar todos los cambios, voy a mencionar muy someramente algunos cambios adicionales.

Se ha previsto una mejor regulación en la ejecución de resoluciones y laudos arbitrales. Aquí hubo una gran discusión. La mitad de la Comisión planteaba que los árbitros pudieran ejecutar directamente. Evidentemente, una ejecución limitada, sin *coercio*. Porque la ejecución tiene muchos actos que son sólo decisiones. Por ejemplo, cálculo de intereses; decisión de si se embarga o no se embarga. Lo que sí, no va a ir el árbitro a romper la puerta. Pero, la decisión de embargar sí puede ser del árbitro, sin perjuicio de que sea un juez estatal el que ejecuta en los hechos el embargo. Y siempre será la facultad del árbitro decir: «Yo ya no ejecuto porque esto implica *coercio*, o simplemente porque mi actuación y ejecución ya resulta inconveniente. En este caso, vágase usted al Poder Judicial». Pero, al final primó la idea de que no debían ejecutar, salvo que las partes estuvieran de acuerdo o no se oponieran a ello.

Curiosamente, en cautelares sí ha quedado que los árbitros ejecutan la cautelar, y la lógica ha sido evitar en ese caso, que a través de ir al Poder Judicial se comiencen a generar cuestionamientos a las decisiones de los árbitros. Solamente para el tema de *coerción*, uno recurre al Poder Judicial, pero las decisiones cautelares de ejecución y cómo se ejecutan son temas que en la práctica ya han venido ocurriendo.

En ese sentido el proyecto señala lo siguiente:

Artículo 81.- «Ejecución de medidas cautelares.-

Los árbitros están facultados para ejecutar, a pedido de parte, sus propias medidas cautelares, salvo en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública o cuando, a su discreción, no lo estimen conveniente, por considerar que la ejecución judicial resulta más efectiva.

En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá al Juez Civil del lugar del arbitraje o del lugar donde deba ser ejecutada la medida. Por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución cautelar, el juez procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar la medida cautelar. Cualquier aclaración o precisión sobre los alcances de la medida cautelar o su ejecución será solicitada a los árbitros por la autoridad judicial o por las partes. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

Artículo 82.- «Cumplimiento del laudo.-

Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o si no se hubiera establecido plazos específicos dentro de los tres días de notificada, la parte interesada podrá pedir la ejecución a la autoridad judicial competente, salvo que sea de aplicación el artículo 84.

Artículo 84.- «Ejecución arbitral.-

Los árbitros están facultados para ejecutar sus laudos y resoluciones siempre que medie acuerdo expreso o que se derive tácitamente de la conducta de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. Sin embargo, los árbitros podrán abstenerse de ejecutar el laudo o sus resoluciones en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública o cuando, a su discreción, no lo estimen conveniente, por considerar que la ejecución judicial resulta más efectiva.

Los árbitros podrán liquidar honorarios adicionales según la complejidad y duración de la ejecución.

En cualquier momento durante la ejecución, cuando los árbitros encuentren

que no es posible llevar adelante la ejecución de manera eficaz, cesarán en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregarán a la parte interesada copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de continuar con la ejecución».

Y respecto al recurso de anulación, se ha mejorado y perfeccionado. Uno de los elementos centrales es que se ha cambiado la regla de que el recurso de anulación suspende la ejecución del laudo. Se puede suspender la ejecución sólo si es que se consigna o si se ofrece garantía suficiente.

La garantía tendrá la cuantía que se ha ordenado pagar en el laudo. Si no hubiese cuantía, los árbitros podrán señalarla. Pero, como un árbitro tendrá un incentivo perverso de decir una cantidad astronómica para que nadie cuestione su laudo, entonces, lo que se dice es que esa decisión del árbitro puede ser revisada por la Corte Superior al momento en el que se tiene que ofrecer la garantía. En ese sentido, el proyecto indica:

Artículo 83.- «Garantía de cumplimiento.-

La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo y solicite la suspensión cumpla con el requisito de garantía acordado por las partes o establecido en el reglamento arbitral al que se hubieran sometido. Al admitir a trámite el recurso la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.

Cuando no estuviera estipulado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión si se consigna la obligación debida o si se presenta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con vigencia no menor de seis meses renovable por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Si una parte o el total de la condena es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea solamente una operación matemática, los árbitros señalarán un monto razonable en el laudo para consignar o constituir fianza bancaria y suspender su ejecución, salvo disposición distinta de las partes. En estos casos, o cuando los árbitros no hubieran señalado el monto, la parte impugnante podrá pedir la determinación o graduación del mismo a la Corte Superior que conoce del recurso,

quién luego de correr traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución.

Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior entrega a la parte acreedora el certificado de consignación o el título de ejecución de la garantía.

En caso contrario, lo devuelve a quien la entregó».

Se está cambiando el principio de que a falta de pacto, el arbitraje es de conciencia, y se estaría regresando al arbitraje de Derecho como la opción *default*.

En realidad, hoy día casi todos los arbitrajes se pactan de Derecho en contra de la regla supletoria. Y una regla supletoria debe reflejar lo que usualmente se pacta. Y lo que usualmente se pacta es de Derecho. Entonces se ha optado por regresar a esa regla:

Artículo 3.- «Arbitraje de derecho o de conciencia.-

El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la materia controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando, dentro de los límites del orden público, resuelven conforme a sus conocimientos sobre la materia y su sentido de equidad.

La elección de la clase de arbitraje corresponde a las partes. A falta de acuerdo o en caso de duda, se entenderá que el arbitraje es de derecho.

Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de un asunto comercial, los usos mercantiles aplicables al caso».

Se ha mejorado la regulación de los recursos contra el laudo. Se ha añadido un nuevo recurso contra el laudo denominado exclusión, dirigido a solicitar que los árbitros retiren del laudo un extremo incluido en el mismo pero que no es de su competencia por no ser parte de las pretensiones ni de los puntos controvertidos. En ese sentido, el proyecto señala:

Artículo 54.- «Corrección, aclaración, integración y exclusión.-

Salvo que las partes o el reglamento arbitral aplicable establezcan plazos diferentes, dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de ellas puede solicitar a los árbitros:

1. La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

2. La aclaración de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
3. La integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometido a conocimiento y decisión de los árbitros.
4. La exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión de los árbitros o que no sea susceptible de arbitraje.

El tribunal arbitral correrá traslado de la solicitud por diez días a la otra parte. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de diez días. Este plazo puede ser prorrogado de oficio por diez días adicionales.

Los árbitros podrán también proceder de oficio a la corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo, dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

La decisión que comprenda una corrección, aclaración, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede recurso de reposición. La notificación de estas decisiones se sujeta a lo dispuesto en el artículo 53.

Si los árbitros no resuelvan las correcciones, aclaraciones, integraciones y exclusiones solicitadas dentro del plazo previsto en este artículo se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto ninguna decisión sobre corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo notificada fuera de los plazos establecidos».

Éstos son algunos de los cambios que se están previendo; sin duda deberá haber una discusión mayor. Ojalá el tema del proyecto de reforma integral se plasme y pueda ser presentado. Básicamente tiene estos cambios con una organicidad mucho mejor lograda.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL ARBITRAJE SEGÚN
LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Gonzalo García-Calderón Moreyra

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL ARBITRAJE SEGÚN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Proceso arbitral COSAPI-TRANSLEI versus Proviás Departamental.— 3. Primera sentencia de la Corte Superior.— 4. Sentencia de la Corte Suprema.— 5. Segunda Sentencia de la Corte Superior.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la clasificación del arbitraje se tiende a diferenciar el arbitraje nacional del arbitraje internacional, el arbitraje de derecho del arbitraje de equidad o conciencia, el arbitraje *ad-hoc* frente al arbitraje institucional, el arbitraje con el Estado e inversionistas extranjeros y el arbitraje forzoso del voluntario.

Existe en nuestro país el denominado arbitraje forzoso en aquellos conflictos que surgen entre particulares con el Estado, el mismo que se desarrolla al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,¹ al establecer en su artículo 53.2 que «Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio García-Calderón, Vidal & Montero Abogados.

¹ Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley n.º 26850. Publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 29 de noviembre de 2004.

las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad». La misma norma señala que el arbitraje será de derecho el mismo que podrá ser unipersonal o colegiado, siendo el laudo inapelable, definitivo y obligatorio.

El convenio arbitral nace por el Contrato que celebran la entidad y el Estado, el cual consiste en el acuerdo expreso o tácito (en el caso de contrato con el Estado) de dos o más partes de sustraerse del Poder Judicial y someter el conflicto a la jurisdicción excepcional o extraordinaria denominada arbitraje. Este acuerdo tiene por objeto sustraer la relación jurídica del ámbito jurisdiccional ordinario y llevarlo al ámbito particular o privado de los árbitros para que sean éstos los que resuelvan y pongan fin de manera definitiva a la controversia.

El reglamento de dicha ley² establece en su artículo 273 que en el caso que las partes, es decir una entidad del Estado y el contratista, no hubiesen pactado una cláusula arbitral *se entenderá incorporada de pleno derecho* (La cursiva es nuestra). El propio texto normativo incorpora el acuerdo, el mismo que repitiendo la fórmula de la ley señala que «Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, conforme con lo establecido con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado».

Es clara la voluntad del Estado de sustraerse del Poder Judicial y obligar a los organismos estatales que todos los conflictos generados como consecuencia de adquisiciones de bienes y/o servicios sean resueltos por la vía arbitral, al considerar las ventajas que este mecanismo le ofrece frente a la alternativa de acudir al Poder Judicial.

² Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Texto Único Ordenado. Publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 29 de noviembre de 2004.

Esta aplicación del arbitraje será forzosa u obligatoria en la solución de conflictos surgidos con posterioridad a la suscripción o cumplimiento de la formalidad del perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección (licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía) hasta el consentimiento de la liquidación, que lleven a cabo las empresas del Estado de Derecho Público o Privado, ya sean propiedad del gobierno central, regional o local, así como las empresas mixtas, y en general, los organismos y dependencias del Estado.

El incluir el arbitraje en forma obligatoria en la contratación de las empresas del Estado, tanto de derecho público como privado, implica una autoexigencia o autoimposición para los organismos que se encuentran bajo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, indicando la preferencia como política del Estado, por los medios de solución de controversias distintos al Poder Judicial (conciliación y arbitraje).³

Sin embargo, a pesar de tratarse de una imposición del Estado aplicable a cualquier particular, que contrata mediante este mecanismo, aun cuando éste no lo desee, es el propio Estado el que pretende escapar de la jurisdicción arbitral.

En efecto, existen diversos procesos arbitrales en donde el Estado argumenta que el enriquecimiento sin causa regulado por el Código Civil y que sirve de sustento para las pretensiones de algunos contratistas no debe ser resuelto por la vía arbitral, sino que debe ser materia de conocimiento por la vía jurisdiccional ordinaria.

El argumento utilizado por algunas empresas del Estado consiste en señalar que se trata de un tema extracontractual en la medida que

³ En el caso de que se haya pactado arbitraje no se requiere acudir a la conciliación extrajudicial, Decreto Supremo n.º 016-2001-JUS (publicado el 2 de mayo de 2001). Artículo 7.- «Conciliación facultativa.- Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellos se solucionará en la vía arbitral. En este caso, las partes quedan habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje».

el resarcimiento o pago indemnizatorio constituye materia no arbitrable.

El artículo 1954 del Código Civil señala a la letra que «Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo».

Este artículo tiene como antecedente al artículo 1149 Código Civil de 1936 y, básicamente, el concepto es similar, es decir debe existir un menoscabo en el patrimonio de una de las partes sin base alguna en beneficio de otra. Delia Revoredo señala⁴ que «Como el enriquecimiento sin causa rompe el equilibrio patrimonial sin que medie justificación o razón jurídica válida, el Derecho busca reestablecer ese equilibrio concediendo al perjudicado la facultad de accionar. La acción restitutoria *in rem verso* difiere de la acción reivindicatoria y de la acción general indemnizatoria por daños y perjuicios. Difiere de la primera en que la acción por enriquecimiento sin causa es personal [...] por eso cabe reclamar por servicios prestados, [...] difiere de la acción indemnizatoria en que no cabe dolo o culpa contractual ni extracontractual, pues falta necesariamente la causa jurídica en la transmisión de valores».

La figura de enriquecimiento indebido requiere necesariamente un empobrecimiento de una parte y un beneficio de la otra, que sea consecuencia del menoscabo del primero.

2. PROCESO ARBITRAL COSAPI-TRANSLEI VERSUS PROVÍAS DEPARTAMENTAL

El caso que ha motivado posiciones discrepantes entre los contratistas y las entidades del sector público consistió en que la empresa COSAPI TRANSLEI, demandó al Ministerio de Transportes, Proyecto Especial de Infraestructura de Transportes Departamental (Provías Departamental

⁴ REVOREDO, Delia. *Código Civil Peruano. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI, p. 777.

mental) para que se declare que la demandante tiene derecho a recibir el pago por todas las obras realizadas y/o ejecutadas como consecuencia de trabajos de emergencia. Es decir, las obras ejecutadas fueron solicitadas por la entidad, pero al exceder el monto solicitado en el presupuesto que sirvió de base para la adjudicación de la buena pro —requería la entidad solicitante— la aprobación por parte de la Contraloría General de la República de los adicionales de obra, hecho que no sucedió.

El contratista indicó que la entidad debía cancelarle lo trabajado y ejecutado, pero la entidad se negó al no contar con la aprobación requerida por parte de la Contraloría General de la República. Este hecho motivó que el contratista solicitara un arbitraje indicando que la entidad obtenía un enriquecimiento sin causa a costa del demandante, al haberse ejecutado trabajos a solicitud de la entidad y ésta no los canceló por un problema de índole normativo interno de la administración pública que escapa a la relación contractual entre la entidad y el contratista.

Estos mismos hechos, luego se han repetido en un importante número de arbitrajes, por lo que nos parece relevante analizar lo señalado tanto por los árbitros, como por el Poder Judicial.

En efecto, en diversos arbitrajes el desarrollo de los considerandos de los árbitros ha sido el señalar que no se encuentra en discusión la atribución de la contraloría, de aprobar o desaprobar los adicionales de obra, ya que, de tratarse de dichos casos o supuestos de hecho, si nos encontrariámos ante una imposibilidad de llevar adelante el arbitraje al señalar expresamente el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, que no son arbitrables las funciones o atribuciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de Derecho Público. Es necesario explicar que la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República señala en el literal k) del artículo 22 que las decisiones que emita la contraloría respecto a sus atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra, no pueden ser objeto de arbitraje.

Independientemente de estar de acuerdo o en desacuerdo con dicha norma, que colisiona con la voluntad legislativa de derivar todas las controversias a arbitraje, se trata de una norma vigente.

En el caso que nos ocupa de COSAPI TRANSLEI versus Provías, no hubo decisión de la contraloría respecto a los adicionales, por lo que no se cuestionan sus atribuciones. El peticionario se circunscribe a que el tribunal o árbitro único se pronuncie sobre la procedencia de una indemnización por concepto de enriquecimiento indebido.

Los hechos y argumentos esgrimidos por la demandante fueron los siguientes:

1. Con fecha 16 de enero de 2003, COSAPI-TRANSLEI y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de Provías Departamental celebraron un Contrato de Obra, bajo la modalidad de precios unitarios.
2. Siendo éste una contratación con el Estado, el contrato está conformado adicionalmente por: (a) Las Bases de Licitación y el Expediente Técnico, sobre el cual los postores realizan sus ofertas.
3. Durante el mes de diciembre de 2003, se presentaron una serie de derrumbes en ciertos tramos de la carretera, los cuales fueron debidamente notificados en los asientos respectivos del Cuaderno de Obra.
4. En todos estos casos, debe resaltarse que el Supervisor amparó sus instrucciones en la Cláusula Séptima del Contrato, la cual estipula que si se presentan situaciones excepcionales que en opinión de éste comprometen la seguridad o la vida de personas o la propia seguridad de la obra, o la propiedad de terceros, el Contratista acatará de inmediato y sin apelación alguna lo que el Supervisor disponga para remediar dicha situación.
5. Es así que COSAPI-TRANSLEI bajo la orden del Supervisor, como representante de Provías Departamental, inició los trabajos necesarios

rios para evitar que se produzca eventuales daños a terceros, propiedad de terceros y a la obra. A mayor abundamiento, mediante carta n.º 91-0494-CG-04-404 del 2 de julio de 2004, el Supervisor comunicó a COSAPI-TRANSLEI que debía seguir de inmediato las instrucciones de aquél respecto a los «trabajos de emergencia».

6. Asimismo, se señalan en el relato de los hechos que la demandada confirmó y ratificó las instrucciones dadas por el Supervisor, por lo que emitió la Resolución Directoral n.º 294-2004-MTC/22 de fecha 6 de mayo de 2004, aprobando el Presupuesto Adicional n.º 9.
7. Posteriormente, Provías Departamental solicitó a la Contraloría General de la República, que autorice el pago de dichos trabajos. La Contraloría emite la Resolución de Vicecontraloría n.º 013-2004CG de fecha 23 de junio de 2004, declarando improcedente la solicitud de autorización del Presupuesto Adicional n.º 9. La razón por la cual se desestimó el pedido fue que la solicitud de autorización presentada ocurrió luego que los trabajos comprendidos en dicho adicional fueran ejecutados, considerando Contraloría que su obligación legal es pronunciarse antes de la ejecución del adicional y no luego que éste se hubiere ejecutado.
8. Es así que con fecha 7 de julio de 2004, Provías Departamental interpone recurso de reconsideración contra la resolución antes referida. La Contraloría General de la República mediante la Resolución de Vicecontralora n.º 017-2004-CG de fecha 18 de agosto de 2004 desestima la reconsideración en atención a la extemporaneidad de su presentación, ya que los trabajos de emergencia han sido ejecutados.

Por su parte, los hechos y argumentos esgrimidos por la demandada fueron los siguientes:

Con fecha 18 de febrero de 2005, Provías Departamental ingresó el escrito n.º 002, «Contestación de Demanda», en el que niega y contradice la demanda interpuesta por COSAPI-TRANSLEI.

En primer término, la demandada plantea la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral, manifestando que la denegatoria de autorización para el pago por parte de la Contraloría General de la República, de la Prestación Adicional n.º 9 aprobada por Provías Departamental, mediante Resolución n.º 294-2004-MTC/22 por la suma de S/. 701,428.43, no corresponde ser sometida a arbitraje. Sustenta su posición en las siguientes consideraciones:

- a) Mediante Resolución Directoral n.º 243-2002-MTC/22 de fecha 31 de diciembre de 2002, se otorgó la buena pro de la Licitación Pública Nacional n.º 0021-2002-MTC/15.17 a COSAPI-TRANSLEI, por un monto igual a S/. 57'605,010.43, incluido IGV.
- b) A través de la Resolución Directoral n.º 294-2004-MTC/22 de 6 de mayo de 2004, se aprobó el presupuesto adicional n.º 9, «Remoción de Derrumbes», por el monto de S/. 701.880.52, incluido el IGV, el mismo que alcanzó una incidencia acumulada de 11.21%, por lo que correspondía que la Contraloría autorice el pago.
- c) La Contraloría con fecha 13 de junio de 2004 expide la Resolución de Vicecontraloría n.º 13-2004-CG, mediante la cual resolvió desestimar por improcedente la solicitud de autorización del presupuesto adicional, en atención a que los trabajos materia del mismo ya se habrían ejecutado. Así las cosas, Provías Departamental interpone recurso de reconsideración.
- d) Mediante Resolución de Vicecontraloría n.º 017-2004-CG del 18 de agosto de 2004, la Contraloría resuelve desestimar el recurso, en consideración a que la atribución prevista por ley, respecto de los presupuestos adicionales de obras, tiene carácter de previo a su ejecución y pago, no contemplándose casos excepcionales para emitir pronunciamientos que no tengan el carácter de previo, imposibilitando a Provías Departamental el pago por los trabajos ejecutados.

El árbitro único consideró que la cuestión controvertida era un tema de naturaleza contractual. Indicó que se trata de una controversia de-

terminada sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición. Es así que el 7 de julio del 2005 dictó el laudo arbitral declarando fundada la demanda, disponiendo que se le cancele una suma de dinero en calidad de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa en compensación por los trabajos ejecutados y no pagados.

Hechos muy similares se han repetido en diversos arbitrajes y éstos han sido resueltos de manera similar por los árbitros. Por citar un caso (que mantengo por razones de confidencialidad la reserva respectiva), el Tribunal señaló:

«Si bien las partes establecieron la competencia arbitral para la solución de sus controversias, resulta necesario analizar si la controversia planteada se encuentra dentro de los límites de la competencia arbitral establecida por el artículo 1 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, según el cual *«pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición»*».

Al respecto, debemos precisar que la pretensión planteada en la Demanda es una de Enriquecimiento Indebido correspondiente a los servicios prestados por el demandante, por la Ampliación del Plazo n.º 3, otorgado en ejecución del Contrato.

Se trata, por tanto, de una pretensión de pago, perfectamente determinada en cuanto al monto. Asimismo, tratándose de una pretensión por concepto de enriquecimiento indebido, la cual se encuentra cuantificada en dinero, las partes tienen libre disposición para decidir sobre dicha controversia, por tanto la pretensión planteada en la demanda corresponde a una materia arbitrable».

3. PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR

Hemos comentado que en reiterados procesos arbitrales la posición de los árbitros ha sido la de conocer dicha materia, sin embargo, la Corte Superior (Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial) en el caso bajo comentario (COSAPI-TRANSLEI versus Provías Departamen-

tal) al haber interpuesto la parte vencida un recurso de anulación al amparo del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, emitió una sentencia el 21 de noviembre del 2005, expediente n.º 795-2005, que anuló el laudo arbitral indicando que «El enriquecimiento sin causa constituye en nuestro sistema jurídico una fuente de obligaciones distinta al contrato, a la gestión de negocios, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual», por lo que siendo este planteamiento de enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al contrato que unió a las partes, considerarán que se encontraba inmersa dentro del Convenio Arbitral celebrado.

Indicarán que el laudo arbitral expedido por el árbitro único había lesionado el derecho a un debido proceso de la entidad demandada en el proceso arbitral, motivo por el cual debía declararse fundada la nulidad del laudo por la causal de la Ley General de Arbitraje, que señala que si por cualquier razón se le haya perjudicado de manera manifiesta en su derecho de defensa, habiendo sido dicho incumplimiento u omisión, objeto de reclamo expreso en su momento.

Al declararse fundada la anulación del laudo en mérito a la segunda causal del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, la parte demandante del arbitraje, procedió a interponer el respectivo recurso de casación, el mismo que fue resuelto por la Corte Suprema.

4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Cas. n.º 825-06) declaró fundado el recurso de casación y, en consecuencia, nula la sentencia expedida por la Sala Civil Sub Especializada en materia comercial de la Corte Superior ordenando expedirse nueva sentencia con arreglo a ley.

El argumento que utilizó la Corte Suprema se encuentra señalado, entre otros, en su considerando tercero, inciso b), al señalar que la Sala Superior, al anular el laudo, ha infringido el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje, que establece que no es revisable el fondo de la

controversia, no obstante que fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de los trabajos en vía de enriquecimiento indebido sin causa, es arbitrable. En ese aspecto la demandada no formuló oposición a la decisión de que se arbitre el enriquecimiento sin causa, por lo que hubo convalidación tácita de que la materia fuera sometida a arbitraje, conforme lo prevé el artículo 172, tercer párrafo del Código Procesal Civil, de aplicación supletoriamente, estos fundamentos permiten concluir que la Sala Superior ha infringido el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, artículo 61 e inciso 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, incurriendo en una indebida motivación, que además viola el artículo 122 del Código Procesal Civil» y considerando octavo, al indicar que siendo este tema del enriquecimiento indebido previsto como punto controvertido, no se está incurriendo en la causal prevista en el inciso 2 del artículo 73 de la Ley n.º 26572.

5. SEGUNDA SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR

Una vez devuelto el expediente a la Corte Superior, la Primera Sala Civil Sub Especializada Comercial emitió en el expediente n.º 795-2005, con fecha 27 de abril del 2007, la sentencia que declara *válido el fallo* emitido por el árbitro único, al considerar, como lo había señalado la Corte Suprema, que no existe conculcación alguna de los derechos constitucionales a los principios y derechos derivados de la función jurisdiccional.

De lo que discurre que «el fundamento propio del recurso de anulación no es corregir errores, en razón a la falibilidad humana, sino *garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial* (la cursiva es nuestra)⁵; por ello, el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje establece que dicho recurso «tiene por objeto la revisión de su validez, sin

⁵ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)». En *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 83.

entrar al fondo de la controversia [...]. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia».

Que, por otro lado, el ejercicio de la pretensión de anulación del Laudo Arbitral —al constituir un mecanismo de rescisión de la cosa juzgada preliminar del Laudo— se encuentra limitado por el ordenamiento jurídico, cuando menos literalmente a los supuestos previstos por éste.

De ahí que el artículo 73 de la Ley n.º 26572 englobe causales explícitas por las cuales puede ser invalidado un laudo arbitral. Éstas son: 1) la nulidad del convenio arbitral; 2) que se haya vulnerado manifiestamente el derecho de defensa; 3) que la composición del Tribunal Arbitral no se ajuste al convenio de las partes;⁶ 4) que se haya laudado sin las mayorías requeridas; 5) que se haya expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con aquél; y, 6) que se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros.

Además está la posibilidad del Juez de anular *de oficio* el laudo, total o parcialmente, en los casos que la materia sometida a decisión de los árbitros no pudiera ser manifiestamente objeto de arbitraje.

Señaló asimismo que, no obstante lo expresado, en casos en los que se configuren conculcaciones a los principios y derechos derivados de la función jurisdiccional —los cuales son directamente deducibles como causales de nulidad del Laudo Arbitral, a tenor de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 06167-2005-HC/TC de fecha 28 de febrero de 2006—, la vigencia de su denuncia en dicha sede, requerida *en forma expresa y específica*⁷ para la lesión al derecho de

⁶ En el caso de las causales señaladas en los literales a) y c) la procedencia de la causal dependerá de que el incumplimiento u omisión haya sido objeto de reclamo expreso en sede arbitral, por quien se considere afectado.

⁷ Como lo exige la última parte del inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

defensa, no puede ser pretendida para el resto de derechos contenidos en el complejo derecho a un debido proceso; esto es, se crea implícitamente una nueva causal en garantía de los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en nuestra Carta Magna.

Es necesario señalar también que la Corte Suprema ha referido en la mencionada casación que, estando a que el artículo 53 de la Ley n.º 26850 dispone que «Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación» y siendo que en la cláusula catorce, punto uno del Contrato de Ejecución de Obra n.º 182-2003-MTC/22 que corre de fojas 52 a 61 del tomo I del expediente arbitral, se estipuló que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

Emitida esta sentencia por la Corte Superior ha quedado firme, con autoridad de cosa juzgada al no caber contra ella recurso alguno, ya que la casación ante la Corte Suprema sólo procede tal como lo prescribe el artículo 77 de la Ley General de Arbitraje si el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente, lo que significa que de ser aprobado el laudo arbitral —como lo fue en el presente caso— no cabe revisión por parte de la Corte Suprema.

Queremos concluir manifestando que la Corte Superior, mediante el análisis formal del convenio, procedimiento y laudo arbitral se constituye en el veedor y regulador y protector de los derechos fundamentales que pudiesen haberse conculado o violado, pero siempre dentro del marco del respeto de la autonomía de la voluntad expresada por las partes y dentro de la autonomía que la institución arbitral posee.

EL FUTURO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Franz Kundmüller Caminiti

EL FUTURO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Franz Kundmüller Caminiti**

Disertaré sobre el Futuro del Arbitraje en el Perú. Agradezco al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a César Guzmán Barrón y a su equipo de destacados profesionales; a la Embajada de Francia por el invaluable apoyo para desarrollar este importante evento internacional; al Estudio Mario Castillo y a Mario Castillo Freyre por tan gentil invitación.

Me sumo a las palabras de Gonzalo García Calderón porque en efecto, a lo largo de los últimos años es motivo de gran satisfacción comprobar como el arbitraje se ha convertido en un asunto que es objeto de interés en nuestro medio. El Perú destaca hoy como uno de los países con mayor actividad arbitral en la región.

No cabe duda entonces que el arbitraje convoca a personas e instituciones. Esto ocurre en el ámbito académico, profesional, económico y comercial. Los que hemos estado comprometidos e involucrados desde el principio con el proceso de desarrollo del arbitraje sentimos una gran satisfacción al constatar que el interés por el arbitraje crece significativamente a lo largo de los años y genera condiciones para la especialización, el perfeccionamiento y la capacitación profesional.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe de la Oficina de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje y Miembro del Comité Editorial de la Revista Peruana de Arbitraje.

Tengamos en cuenta por lo pronto que el desarrollo arbitral en el Perú se ha dado en un período de tiempo relativamente corto. Como se ha dicho en este evento, estamos ante una evolución progresiva que ocurre a partir de los años noventa. Es en esta década y no antes, dados diversos cambios locales e internacionales, cuando justamente se da un crecimiento significativo y comprobable del arbitraje en el Perú.¹

Este es un primer factor que quiero rescatar en esta oportunidad y que pone de manifiesto los aspectos positivos que trae el futuro para la evolución del arbitraje en nuestro medio. El arbitraje avanza geométricamente en el Perú a partir de la promulgación de la Ley n.º 26572.

Esta norma eliminó a mediados de los años noventa una gran parte de las barreras legales para la evolución arbitral nacional, armonizando a la institución con los estándares internacionales y permitiendo la creación de competencias arbitrales especializadas.² Sin embargo, aún queda mucho por hacer para consolidar al arbitraje. Eso será comentado al final de esta presentación.

Antes de seguir debo advertir que los organizadores del evento me han dado un encargo muy difícil. Confieso que asumí con entusiasmo el reto que comprendía la invitación de mi amigo Mario Castillo Freyre cuando hace ya varias semanas me llamó y me dijo que quería que trabaje el tema del Futuro del Arbitraje en el Perú, invitándome además a cerrar este magnífico evento internacional con esta breve disertación.

La verdad es que, además de sentirme muy honrado por la invitación y por el inmerecido encargo, llevo varios días pensando y tratando de desentrañar o descifrar como abordar semejante «presente griego».

¹ Ver: RUBIO GUERRERO, Roger. *Desarrollo y Posibilidades del arbitraje institucional en el Perú*, Tesis de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

² *Ibid.*; pp. 167-174.

Para serles sincero, he llegado a la conclusión de que hubiera sido mucho más fácil para mí hablar sobre los temas «usuales» del Derecho Arbitral;³ como son: La naturaleza jurídica del arbitraje, la teoría del convenio arbitral, la discrecionalidad de los árbitros, el principio *kompetenz-kompetenz*, la impugnación de los laudos, las atribuciones de las partes o de los árbitros en el arbitraje, el rol del Estado, entre otros.

En consecuencia, comenzaré diciendo que es sumamente difícil arriesgarse a intentar esbozar el futuro del arbitraje en el Perú y hacerlo en un contexto como el nuestro, donde impera el «cortoplacismo» y donde la reflexión sobre el futuro es algo que se percibe como exótico o incluso, innecesario. Por eso es que he llegado liminarmente a la conclusión de que mi amigo Mario Castillo, seguramente en forma involuntaria y con absoluta buena fe, me ha puesto en un *Lecho de Procusto*.

Procusto es un personaje de la mitología griega y la figura del *Lecho de Procusto* se utiliza para graficar metafóricamente a los imposibles o quasi imposibles. *Procusto* era un posadero que se caracterizaba por martirizar a sus invitados. Tenía un lecho y sus soluciones eran muy simples pero despiadadas.

Si el invitado era demasiado alto para el lecho de *Procusto*, éste le cortaba las piernas para que entre. Y si era muy pequeño, estiraba al huésped hasta descoyuntarlo. Todo con tal de lograr que el huésped entre exactamente en el lecho.

En cierta forma, es como me siento yo ahora; es decir, como un invitado de *Procusto* tratando de encajar el encargo recibido para que

³ Siguiendo al Profesor Recasens Siches, Derecho Arbitral entendido como *poder jurídico de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas*. En el caso del arbitraje, por ejemplo, el solo hecho de la consagración por vía de ley, del principio de «separabilidad» del convenio arbitral frente al contrato, que a su vez implica una excepción a la máxima que establece que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal», demuestra claramente que resulta pertinente atenernos a la acepción de Recasens. Ver: DEL VECCHIO y RECASENS SICHES; *Filosofía del Derecho*, UTEHA; Tomo I; p. 332, 1946.

se ajuste a las dimensiones inciertas del *Lecho de Procusto*. Me invade entonces la certeza de que cualquier intento de prospectiva en materia de arbitraje, constituye en realidad un ejercicio intelectual altamente riesgoso y complicado. Espero equivocarme.

Sumemos a esta percepción la formidable incertidumbre que caracteriza al futuro en un mundo como el contemporáneo; es decir, globalizado⁴ y «transnacionalizado».⁵ En suma, un mundo jurídicamente post westfaliano,⁶ pero al mismo tiempo, tremadamente influenciado por las dinámicas económico comerciales que, ahora más que nunca, se despliegan globalmente más allá de las fronteras territoriales.⁷

Hecha la advertencia, debo destacar que el futuro del arbitraje en el Perú se explica a partir de algunas ideas, como la evidente convicción de no poder disociar el futuro del presente ni del pasado. Ni tampoco se puede desvincular el desarrollo arbitral del proceso de transnacionalización del Derecho.⁸ A lo que agregaría que hablar del futuro del arbitraje supone tomar en consideración, como veremos luego, los aspectos jurídicos, políticos y económicos que comprende la proyección del instituto.

⁴ Ver: KUNDMÜLLER, Franz; *La Densidad de la última Globalización y el Arbitraje en Inversiones*; En: Agenda Internacional; Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XIII, n.º 24 (2007).

⁵ Ver: ZUMBANSEN, Peer. «Transnational Law». En: *Encyclopedia of Comparative Law*, Jan Smits (ed.); p.p. 738-754 (2006). Ver además: BAMODU, Obenga. «Extra-National Legal Principles in the Global Village: A Conceptual Examination of Transnational Law». En: *International Arbitration Law Review*; Int. A.L.R. 2001, 4(1), 6-16; (2001).

⁶ Ver: STRAUMANN, Benjamin; *The Peace of Westphalia (1648) as a Secular Constitution*; Institute for International Law and Justice, IILJ Working Paper 2007/7 (History and Theory of International Law Series), New York University Law School; (2007).

⁷ Ver: JACKSON, John; DAVEY, William; SYKES, Alan; *Legal Problems of International Economic Relations*; West Group; St. Paul, Minn. (2002).

⁸ Ver: LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Teoría Impura del Derecho, La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Editorial Legis, 2004.

De otro lado; como sabemos, el tiempo se caracteriza por su irremediable continuidad discursiva, mientras que las instituciones jurídicas se caracterizan hoy por su dinamismo «transfronterizo». En suma, la evolución o involución arbitral, así como la siempre deseable mejor comprensión del arbitraje como instituto jurídico, es indesligable del devenir expresado cronológicamente y del proceso⁹ de absorción de las instituciones jurídicas en los respectivos sistemas.

Pero a su vez, dicha involución o involución depende de las decisiones afortunadas o desafortunadas que en la práctica toman los diversos «actores arbitrales» en el mercado de servicios de arbitraje.¹⁰ Desde esta perspectiva, el arbitraje puede avanzar o retroceder,¹¹ pero como es evidente, esto depende de una conjunción de factores.

Como hoy sabemos, la continuidad cronológica no necesariamente encuentra un correlato armónico en el tratamiento jurídico normativo del arbitraje peruano. Esto se debe; entre otros factores, a la heterogeneidad y a los altibajos que existen en la forma de regular a la institución a lo largo del tiempo.

⁹ En el caso nuestro encontramos, por ejemplo, una «absorción deficiente» de la legislación arbitral española de los años ochenta en el Código Civil Peruano de 1984, que luego da lugar a una «absorción eficiente» de los estándares internacionales en los años noventa, incluyendo la ratificación de una serie de tratados internacionales sobre la materia.

¹⁰ Nos referimos tanto a las partes en un contrato, que deciden la incorporación de un convenio arbitral, como a los árbitros, los abogados que litigan en sede arbitral y todos aquellos que tengan que ver en forma directa o indirecta con un arbitraje específico.

¹¹ Ver por ejemplo la doctrina de la revocabilidad de las cláusulas de solución de controversias contractuales, recogida en el *Common Law* inglés y norteamericano, hacia los siglos XVII y XVIII, que implicó un retroceso en el arbitraje anglosajón, pues permitía que la parte vinculada por la obligación de arbitrar conforme criterios propios de la *Law Merchant* de los siglos XI al XIII, pueda dejar sin efecto dicha obligación en forma unilateral por vía de revocación, basándose en el derecho a recurrir al fuero judicial. Ver referencia al caso *Vynior's* de 1609 en: KIRGIS, Paul. *Judicial Review and the Limits of Arbitral Authority: Lessons from the Law of Contracts*. En *St. John's Law Review*, Vol. 81, pp. 91-121. (2007).

Solo para tener una idea, tengamos en cuenta que en tiempos inmediatamente anteriores a la promulgación de la primera Ley General de Arbitraje a principios de los años noventa, sorprendentemente se encontraban vigentes en forma simultánea en el Perú las normas del Código de Procedimientos Civiles de 1912, las de la Constitución Política del Estado de 1979 y las del Código Civil de 1984.

Si bien estas normas se encontraban vigentes simultáneamente, lo estaban con diversos contenidos y alcances en materia de Derecho Arbitral. Por ende, se trataba de normas no necesariamente armonizables entre sí. Esto hacía difícil el acceso al arbitraje así como su aplicación, eficiencia y efectividad.¹²

En consecuencia, si hacemos una investigación puntual, nos vamos a encontrar con que el arbitraje ha estado regulado en distintas normas del Sistema Jurídico Nacional. Esto ha ocurrido en un medio carente de tradición arbitral, a diferencia de lo que podemos encontrar en el caso de otros contextos y respecto de otras instituciones jurídicas. La decisión política es entonces fundamental, pues ésta debería orientarse a propender hacia un sistema armónico en materia de legislación arbitral.

¹² En efecto, el Código de Procedimientos de 1912 abordaba el tema en forma procesal, con excesivas atribuciones a favor de los Jueces en la configuración del arbitraje. Por su parte, la Constitución Política del Estado del año 1979 reguló por primera vez en el Derecho Nacional y probablemente en el Derecho Comparado, la figura del arbitraje como Jurisdicción Independiente. Finalmente, como se sabe, el Código Civil del año 1984 regulaba la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, reproduciendo así la doctrina francesa a partir de la teoría contractualista del arbitraje. Esta falta de armonía entre los cuerpos normativos citados, así como la carencia de una tradición arbitral desarrollada sostenidamente en el ámbito local, constituyeron durante muchos años serias limitaciones para la práctica arbitral peruana. Agreguemos a lo dicho la carencia de una decisión política expresa para propiciar el desarrollo arbitral nacional y el hecho de que sólo una muy pequeña cantidad de casos, derivada del arbitraje nacional corporativo del Siglo XIX, constituyían la experiencia local sobre la materia; en particular, en casos resultantes de la aplicación de estatutos societarios que sometían controversias entre socios al arbitraje del Directorio de la Cámara de Comercio de Lima.

Usamos la palabra tradición, en el sentido lógico que deriva de los fenómenos históricos, sociales y económicos, como ocurrió por ejemplo con la génesis de la Lex Mercatoria en el Mundo Medioeval europeo de los siglos XI al XIII, donde justamente encontramos algunas importantes raíces del arbitraje contemporáneo.

Como hoy se sabe, estas raíces son jurídicamente precedentes y muy anteriores a la concepción y vigencia de las instituciones jurídicas inherentes al Estado Moderno. Algo similar se aprecia en las prácticas de Polis Eccletos para resolver conflictos entre polis en la Grecia Antigua.¹³ En consecuencia, no cabe duda de que el arbitraje cuenta con un derrotero propio para su desarrollo jurídico y no se circumscribe necesariamente a las «sacrosantas» categorías jurídicas del modernismo. Categorías a las que el abogado contemporáneo suele rendir pleitesía, como si el Derecho se agotara solamente en la norma promulgada vigente y a partir de la nuda verticalidad de las jerarquías kelsenianas.

Veamos, hoy está comprobado que el arbitraje comercial ha estado vinculado durante siglos a la evolución de la Lex Mercatoria francesa, alemana e inglesa, las tres vertientes comprobadas de la Lex Mercatoria en tiempos medioeves. En suma, un Derecho para estatal e incluso pre estatal que funcionaba y permitía el comercio sin contar con una autoridad central sino con una conjunción de centros de intercambio y redes de intereses.

Existen estudios de fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX que dan cuenta de los Piepowder Courts, los tribunales Piepoudres o

¹³ Siguiendo el estudio de Boak del año 1921, otra importante raíz del arbitraje en Occidente, la encontramos en las asociaciones o ligas de las Polis griegas del Siglo VIII antes de Cristo, inspiradas por la libertad en sus relaciones exteriores (*eleutheria*), así como por la capacidad de cada polis para crear su propia constitución (*autonomía*), incluyendo la práctica de las buenas relaciones entre polis (*proxenia*), fomentaron intensivamente el uso del arbitraje para la solución de disputas entre sí y muy probablemente inspiraron desarrollos arbitrales posteriores. Ver: BOAK, A.E.R. «Greek Interstate Associations and the League of Nations». En *The American Journal of International Law*, pp. 376-377, 1921.

de los Piedi Polvorosi. Es el caso del artículo de Charles Gross¹⁴ del año 1906. Paradójicamente para nosotros los abogados, dicho artículo fue publicado por un historiador. Se publicó además en una revista sobre economía y no sobre derecho o temas jurídicos.¹⁵ Queda así en evidencia la relevancia económica del arbitraje.

El arbitraje, simbolizado por la idea de los foros de Pies Polvorosos, estuvo identificado desde el principio con las ferias medioevas y también se dio como una práctica usual al interior de los gremios de comerciantes y manufactureros («Gilds»), contando para ello con la autorización de reyes y señores feudales, que mediante estas autorizaciones, brindaban condiciones jurídicas favorables al comercio. Es desde esta época y guardando las distancias del caso, en que encontramos la importancia de las formas de delegación de poder soberano («Kratos») a favor del desarrollo arbitral.¹⁶

Esto se constata; por ejemplo, en los estudios recientes sobre la feria medioeval de St. Yves, ubicada en Inglaterra aproximadamente desde el Siglo XI en adelante.¹⁷ La característica principal de los Piepowder Courts Resolver controversias con rapidez, «antes de que termine de caer el polvo del camino del calzado de los comerciantes en litigio».¹⁸

¹⁴ Autor de un completo tratado sobre los gremios mercantiles de la Edad Media, publicado en 1890. Ver GROSS, Charles. «The Gild Merchant». En *Oxford at the Clarendon Press*. Oxford University Press, vols. I y II, 1890.

¹⁵ Ver GROSS, Charles. «The Court of Piepowder». En *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 20, n.º 2, pp. 231-249, 1906.

¹⁶ Sobre las teorías jurídicas que explican el arbitraje, incluyendo la relevancia de la delegación de poder soberano para el arbitraje, ver: HONG, Lin Yu; «Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories». En: *International Arbitration Law Review*; Int. A.L.R. 2005, 8(1); pp. 14-22, 2005.

¹⁷ Ver SACHS, Stephen. «From St. Yves to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval «Law Merchant»». En *American University International Law Review* n.º 21 Am. U. Int'l L. Rev. 685, 2006.

¹⁸ Lo que es absolutamente lógico, teniendo en cuenta las características propias del comercio y del dinamismo comercial de la época, así como el carácter itinerante de la actividad y su temporalidad, de plaza en plaza. A lo que se suma el hecho de que los comerciantes provenían de diversos lugares.

Los tribunales arbitrales tenían entonces un nombre metafórico, relacionado con las necesidades e intereses propios de la dinámica económico comercial: Agilidad, dinamismo, especialización o simplemente satisfacción de intereses comerciales en el contexto de las redes de intercambio transaccional. Esto ocurría al margen de o en forma paralela al ámbito de influencia de la autoridad local respectiva, en la persona del rey o el señor feudal respectivo, indiscutible depositario del «Kratos».

El arbitraje es entonces inherente a estos contextos históricos específicos y queda claro que ya desde sus raíces medievales no se identificó con la Jurisdicción Estatal.¹⁹ Tengamos en cuenta que en dimensiones históricas, la Jurisdicción de los Poderes Judiciales surgió «recientemente»; es decir, a partir de la concepción y creación del Estado Moderno, como expresión y racionalización del poder soberano. Surge precisamente como una necesidad de limitar el «Kratos» del Estado a favor de los derechos y libertades de los ciudadanos.

De ahí que encontramos un fundamento libertario en el arbitraje, pues su origen es por delegación y no tuvo como finalidad limitar el «Kratos» de la autoridad sino aprovechar dicho poder para reforzar y facilitar la dinámica de las redes transaccionales necesarias para el comercio. El arbitraje emparentado con la Lex Mercatoria se da entonces a partir del poder permitido o delegado por la autoridad medieval a favor de las ferias, los gremios y los comerciantes, para que los interesados arbitren y resuelvan sus disputas directa e inmediatamente.²⁰

Reitero; esto se realizaba sobre la base de realidades, necesidades e intereses de carácter económico comercial. Lo que se producía a partir de la aplicación de categorías jurídicas comunes, propias del comercio, las ferias y los gremios, poniendo de manifiesto otro rasgo que cabe resaltar: su dimensión pragmática.

¹⁹ Ver EWART, John. *What is the Law Merchant?* En *Columbia Law Review*; vol. III. March 1903; n.º 8.; pp. 135-154, 1903.

²⁰ Cf. SACHS; *Ibid.*

Nótese que líneas arriba hemos usado el término «sistema». Lo hemos hecho a propósito, siguiendo acá las reflexiones eruditas del Profesor Vinogradoff. La referencia a la idea de «sistema» la hacemos entonces a conciencia. No es un accidente. Evocamos la idea que nos remite directamente a la necesidad natural y esencial del Método Jurídico; es decir, la de contar con consistencia y orden para su configuración, vigencia y sostenibilidad en el tiempo.²¹

Es precisamente la aspiración a la consistencia y al orden, el elemento ideal que otorga coherencia a los sistemas jurídicos.²² Entendemos que el arbitraje participa inevitablemente de esta necesidad, pero a partir del grado de especialización que supone su concepción como medio de solución de controversias. Esto se manifiesta en los distintos ámbitos económicos en los que se puede observar su desarrollo;²³ es

²¹ Como precisó magistralmente Paul Vinogradoff, varias décadas atrás: *I beg you to note the term system: It is not used accidentally. The fact that the sum total of a more or less important and durable juridical situation gathers, so to speak, into a system of which the different parts tend to support and complete each other is more marked than is the case in other departments of thought. This is due to the fact that law in its professional elaboration and application always rests on operations of logic. Legislators formulate rules, judges apply them to particular cases and it would be absurd to issue conflicting rules or to apply them in a contradictory way: such cases occur in practice, but such actual inconsistencies are considered to be defects or flaws, and juridical thought and jurisprudence tries to eliminate them as far as possible. The striving toward consistency and order is of the essence of juridical method, and the creations of law present themselves in the form of systems;* En VINOGRADOFF, Paul. «Historical Types of International Law». En The Collected Papers of Paul Vinogradoff, H.A.L. Fisher, pp. 249-250, 1928.

²² Ver: POUND, Roscoe; «The ideal element in Law»; En *Dicta*, pp. 225-238, 1932-1933.

²³ Es el caso de las diversas «competencias arbitrales especializadas» surgidas en los últimos años, en el ámbito local e internacional. Por ejemplo, desde la promulgación de la Ley General de Arbitraje peruana, Ley n.º 26572, se ha registrado localmente la promulgación de cerca de sesenta normas legales de diverso rango que regulan el arbitraje y la conciliación, especializados en dieciséis sectores económicos tan diversos como transporte, salud, telecomunicaciones, saneamiento, formalización de la propiedad, bolsa de valores, bolsa de productos, energía, contrataciones y adquisiciones del Estado, entre otros. Ver: RUBIO, Roger. *Ibid.*

decir, se expresa mediante competencias arbitrales especializadas, en el ámbito local así como en el internacional.

Dados los antecedentes sumariamente reseñados, pienso que es una pérdida de tiempo toda la discusión que hemos podido presenciar el día de hoy en este evento; en especial, respecto de los alcances jurídicos o sobre la «naturaleza jurídica» del arbitraje.

Por ejemplo, tenemos por un lado una posición muy respetable, pero si me lo permiten, cándida e inaceptable debido a su inconsistencia con lo que es el arbitraje. Esta posición se encuentra representada por aquellos colegas y destacados juristas que describen esforzadamente las dimensiones y alcances del arbitraje, haciéndolo a partir de una presunta pero inexistente naturaleza procesal o «procesalizante» del instituto.

Propugnan estos colegas la noción del arbitraje como Jurisdicción «independiente» y se refugian bajo el paraguas de la norma «literal» de la Constitución para sostener que prácticamente todas las categorías jurídicas del proceso civil se aplicarían al arbitraje. Craso error.

Sin duda alguna, estos colegas «literalistas» hacen con el arbitraje el mismo ejercicio que llevaba a cabo el mitológico posadero *Procusto* con sus pobres huéspedes. Pero estoy seguro que lo hacen ignorando las raíces a las que nos hemos referido anteriormente; en especial, la referencia a los foros o tribunales de los Pies Polvorosos que registra la historia.

Esta postura jurisdiccionalista e impregnada de «Kratos» estatal, contrasta con aquéllos que más bien nos preocupamos por explicar los alcances esencialmente «arbitrales» del instituto, vinculándolo y encontrándolo consistente con principios y fundamentos jurídicos naturales de la mayor importancia.²⁴ Modestamente me sumo a esta se-

²⁴ Ver sobre la lógica del arbitraje: RUBIO GUERRERO, Roger. «Ruido en la Calle Principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*, n.º 53. Lima, 2007, pp. 7-28.

gunda línea de pensamiento y espero que las ideas que presentaré a continuación, permitan reforzar y entender esta perspectiva.

Por lo pronto, queda claro que es justamente esta perspectiva la que nos va a permitir prevenir la involución del arbitraje en nuestro medio. Tendremos así una comprensión integral del instituto proyectado hacia el futuro. No cabe duda de que ésta es la visión que nos brindará un auténtico desarrollo arbitral en el Perú. Ese desarrollo se dará en un entorno global que se rige por la capacidad para ser competitivos y que se caracteriza por la crisis multidimensional en la concepción del Estado Moderno y del Derecho Moderno. Se trata de una crisis marcada por la decadencia del «*Kratos*» estatal y por ende, de la soberanía como concepto jurídico moderno. Adicionalmente, tengamos en cuenta que éste es un entorno global que está condicionado por la creciente influencia de factores económicos de diversa intensidad y características.

Ahora bien, la historia y el Derecho demuestran que el arbitraje no requiere del «sagrado báculo jurisdiccional» para garantizar su eficacia y validez, dado que el poder que se requiere para arbitrar tiene una génesis y una expresión diferente al «*Kratos*» estatal y se encuentra más cerca del *Pacta Sunt Servanda*. A lo que se suma el hecho de que, para explicar el arbitraje, resulta inconveniente por razones de técnica y eficacia legislativa, «abrazar» taxativa y literalmente una teoría jurídica en detrimento de otra u otras.²⁵

Por el contrario, es razonable, lógico y útil, que la forma de regulación del instituto sea neutral pero precisa, balanceando características y atribuciones que fluyen desde diversas teorías, pero dotando de la neutralidad necesaria a la regulación arbitral.²⁶ A fin de cuentas, no olvidemos que el arbitraje sirve para resolver conflictos, de donde fluye la necesidad de contar con reglas y concepciones neutras que hagan sostenible y útil al instituto.

²⁵ Cf. HONG, Lin Yu. *Ibid.*

²⁶ Ver SOLONDZ, Leslie. *A reasonable alternative; reaping the benefits of arbitration.* En *The voice of the Defense Bar*, 47 n.º 3, DRI for Def. 60, 2005.

De este modo, como es evidente, se garantizaría la predictibilidad y seguridad jurídica así como la aceptación universal por parte de distintas vertientes de pensamiento, dejando espacios para la interpretación jurídica, de ser necesario.

De otro lado, si ustedes se toman el trabajo de revisar la historia del arbitraje, algunos autores ya clásicos como el Profesor Wolaver, reiteradamente citado en la doctrina arbitral anglosajona a lo largo del tiempo, sostuvo allá por los años treinta del siglo pasado que los orígenes del instituto se encuentran en realidad «perdidos en la oscuridad de los tiempos». ²⁷ Siendo ello así, ¿cómo podemos achacarle o imponerle ahora al arbitraje un origen o «naturaleza» contractual, jurisdiccional, autónomo, ecléctico o cualquier otro de los que esboza la doctrina?

En efecto, según Wolaver, tengamos en cuenta que no queda claro cuándo es que el ser humano decidió por primera vez someter a su jefe o a sus amigos la solución de una controversia con otra u otras personas. Ni tampoco es posible determinar cuándo dicho ser humano fue capaz de renunciar al recurso a la violencia o a la autotutela.

Pero, de otro lado, otras fuentes demuestran que si es perfectamente posible verificar el surgimiento arbitral en el contexto histórico descrito líneas arriba y en asociación con el surgimiento de la Lex Mercatoria europea.

En todo caso, cualquier investigación a profundidad sobre este asunto requiere un enfoque multidisciplinario. Es evidente que esto excede con creces los alcances de esta breve disertación. Sin embargo, algunas ideas respecto del arbitraje han quedado expresadas y sugeridas.

Me refiero a la neutralidad arbitral y su dimensión axiológica,²⁸ la voluntad de someter la controversia a arbitraje en determinados en-

²⁷ Ver WOLAYER, Earl. «The Historical Background of Commercial Arbitration». En *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, p. 132.

²⁸ «Neutralidad» en un sentido extenso y necesario para preservar la integridad del arbitraje pero también su calidad como medio de solución de controversias. En

tornos económicos así como sus fundamentos también económicos a manera de «Leitmotiv» o como hilo conductor; en particular, a partir de la creación de competencias arbitrales especializadas en el ámbito local e internacional. Finalmente, reitero, queda comprobada la relación del arbitraje con los foros medioevales de los «pies polvorosos» se los siglos XI al XIII, así como su identificación conceptual con el arbitraje entre Polis o Polis Eccletos, inherente a las ligas de naciones griegas del Siglo VIII antes de Cristo.²⁹

Adicionalmente, en la ya clásica perspectiva de Wolaver, a quien conviene citar para mayor claridad, se aprecia la concepción particular del arbitraje como institución jurídica en occidente. Esta concepción, a diferencia de lo que encontramos en la historia del Derecho en general, indudablemente estaba marcada por la libertad de decisión.

Nuevamente nos encontramos ante una prueba de su origen libertario, el mismo que se ha extendido y perfeccionado en la actualidad, gracias a la influencia propia de las características que derivan del comercio.

El contenido jurídico del arbitraje, siguiendo a Wolaver, no resultaba entonces equivalente a lo que el autor denomina como *acumulación de principios y doctrinas que se han convertido a lo largo del tiempo y mediante el uso, en disposiciones obligatorias de carácter general; en especial, a partir de la codificación o promulgación de leyes, tal como encontramos en los ordenamientos jurídicos locales, en las normas adjetivas y en las sustantivas.*³⁰

El arbitraje, en cambio, se distingue de la evolución de otras disciplinas jurídicas, porque antecede prácticamente a todos los sistemas legales.

tal sentido, la neutralidad comprende las capacidades de los árbitros, pero también las bondades, eficiencia y eficacia sistémica de las reglas para arbitrar, ya se trate de leyes, tratados, reglamentos o incluso del propio convenio arbitral.

²⁹ Cf. BOAK; *Ibid.*

³⁰ WOLAVER; *Ibid.*, traducción del autor.

Su desarrollo comprendió sólo en tiempos muy recientes la creación de una serie de estructuras para regularlo bajo una metodología jurídica particular. Ello probablemente se ha debido a la utilidad práctica del arbitraje en los contextos económico comerciales y donde la historia demuestra que se ha desarrollado local e internacionalmente.

Es por eso que en este punto debemos destacar en materia arbitral la importancia de las estructuras jurídicas del tipo «*soft law*» o Derecho Blando,³¹ en la forma de las Leyes Modelo como; por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).³²

Pero, también nos referimos a los reglamentos de los centros de arbitraje, aplicables privadamente y a partir de la incorporación de sus cláusulas tipo a los contratos, a lo que se suman algunas fuentes principales del Derecho Arbitral contemporáneo, como el Protocolo de Ginebra de 1923,³³ la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras,³⁴ la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados,³⁵ entre otras fuentes de suma importancia para el comercio en tiempos de la última globalización.

En efecto, es el caso de las directivas para la actuación de pruebas en sede arbitral de la International Bar Association de 1999³⁶ y de los cánones sobre incompatibilidades y conflicto de interés en el arbi-

³¹ Ver DI-ROBILANT, Anna. *Genealogies of Soft Law*; En *American Journal of Comparative Law*, 54 Am. J. Comp. L. 499, 2006.

³² Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration.html

³³ Ver <http://www.jurisint.org/doc/html/ins/es/2000/2000jiinses57.html>

³⁴ Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

³⁵ Ver <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>

³⁶ Ver <http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf>

traje, aprobadas por la misma institución en 2004.³⁷ Ambos «cuerpos jurídicos» son para o extra estatales y se aplican con mucha frecuencia en los arbitrajes internacionales, ya sea por decisión de los árbitros o por acuerdo entre las partes en litigio, no obstante que no se trata de «reglamentos» desde la perspectiva estrictamente positivista.

En consecuencia, constatar este tipo de prácticas y transiciones que van «endureciendo» por la vía del contrato y el acuerdo de voluntades o la decisión de los árbitros, lo establecido en las fuentes de Derecho blando; da pie a que cierto sector de la doctrina postule hoy válidamente la existencia de la «lex mercatoria procesal».³⁸ ¿Cómo clasificamos entonces el «procesalismo» que entraña esta nomenclatura?

Nótese que prácticamente todas estas fuentes son muy posteriores a la afirmación fundamental de Wolaver y demuestran que el proceso de sistematización del Derecho Arbitral tiene tres características insoslayables: Una marcada raigambre internacional y no asociada al poder soberano del Estado o de un estado en particular; es un fenómeno bastante reciente en el tiempo y obedece a razones económico comerciales especializadas que lo diferencian de la sistematización de otras instituciones de los sistemas jurídicos.

Pero al mismo tiempo, nada de esto puede llevarnos a ignorar los anales del arbitraje con las características antes descritas. Tampoco nos permiten soslayar los principios que lo rigen desde muchísimo tiempo atrás y que siguen vigentes.

Ahora bien, por contraste con lo que fluye de estas apreciaciones, en el ordenamiento jurídico peruano vamos a encontrar que, como informa Cantuarias, la primera regulación arbitral corresponde a los

³⁷ Ver <http://www.ibanet.org/images/downloads/guidelines%20text.pdf>

³⁸ Cf KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Globalization of Arbitral Procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1313, 2003, pp. 1313-1333.

tiempos coloniales y luego al Siglo XIX. Me refiero al Fuero Juzgo, las Ordenanzas Reales de Castilla y posteriormente al Código de Santa Cruz, entre 1836 y 1838.³⁹

Le sigue el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, que no es otra cosa que el resultado del primer gran proceso de codificación. Este, a su vez, es un reflejo del modernista proceso de codificación europeo, específicamente en el campo del proceso civil y en el mundo de la normatividad «adjetiva».

Pero como hemos advertido oportunamente, la historia siguió adelante. Nos referimos al Código de Procedimientos Civiles de principios del Siglo XX, para luego pasar a la regulación contenida en la Constitución Política de 1979, sobre cuyos detalles ya se ha hablado en extenso en este evento y que ha dado lugar años después, a que también el Tribunal Constitucional Peruano se pronuncie sobre el arbitraje, asimilándolo erróneamente a la categoría jurisdiccional estatal.

Después de esta intrépida «jurisdiccionalización» del arbitraje en sede constitucional, vamos a pasar a la regulación sobre el arbitraje en el Código Civil del año 1984. Así los peruanos procederemos a «civilizar» al arbitraje y lo vamos a incorporar a la estructura conceptual de los contratos. Así, como correlato de la adopción disfuncional e innecesaria de las normas españolas de arbitraje que fueron tomadas como modelo por los legisladores, el arbitraje pasará a ser parte del marco jurídico del Derecho Civil peruano.

La pregunta que cabe hacerse acá es: ¿Si ya lo habíamos «jurisdiccionalizado e hiperconstitucionalizado», para qué lo estábamos «con-

³⁹ Ver CANTUARIAS, Fernando. «¿Ha sido correcta la decisión de que la Ley General de Arbitraje regule dos tipos de arbitraje: Nacional e Internacional?». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*; Servilex, 2004, <http://64.233.169.104/search?q=cache:RVcODUCYXvYJ:www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones>

tractualizando»?⁴⁰ Lamentablemente no tengo una respuesta lógica para poner a disposición de ustedes en este momento, cosa que aprovecho para resaltar la pobre exposición de motivos que en general caracteriza a la mayoría de leyes en nuestro país, asunto que requiere de atención y de un cambio de actitud y metodología por parte de los legisladores, a favor de la «salud jurídica» del sistema.

Posteriormente y ya en los años noventa, se recoge nuevamente la figura del arbitraje en sede constitucional. Todo esto confirma un movimiento errático en la concepción jurídica del arbitraje peruano. ¿O será que debido a la carencia de tradición y práctica arbitrales, a nadie le interesaba sistematizar su regulación?

¿O será que simplemente no existían razones o condiciones económico comerciales para consolidar el desarrollo arbitral nacional, a efectos que concentre la suficiente «fuerza de gravedad institucional» como para darle una estructura jurídica coherente y unitaria al instituto? ¿O será que los legisladores simplemente no tenían la menor idea sobre el instituto que estaban legislando?

En consecuencia, el legislador nacional, al igual que en otras áreas del Derecho, ha sido durante mucho tiempo irresponsable y negativa-

⁴⁰ Es pertinente incorporar acá el siguiente comentario crítico de Fernando Cantuarias, al referirse al Código Civil peruano de 1984 y sus normas arbitrales: *Basta analizar la Exposición de Motivos no oficial del Dr. Carlos Cárdenas,ponente del Título sobre Arbitraje. En Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora)*, tomo VI, 1985, pp. 649-695; para comprobar que el principal antecedente legislativo, citado en prácticamente todos los artículos referidos al arbitraje (1906 al 1922), es la ineficiente ley española de arbitraje, se hace referencia a otros antecedentes tan o peores a esta ley de arbitraje, como son *El Proyecto de Código Civil brasileño de 1975*, el *Proyecto del Código de Procedimientos Civil del Perú de 1949*, el *Código Civil brasileño*, el *Código peruano de enjuiciamientos en materia civil de 1852*, la *Ley española de enjuiciamiento civil*, el *Código Civil español* y el *Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911*. En CANTUARIAS. *Ibid.*

mente prolífico. En suma y probablemente al igual que en otros países, ha habido una absurda «promiscuidad conceptual» en la configuración jurídica del arbitraje. Esto se ha dado a lo largo del tiempo, probablemente ignorando la coexistencia de otras normas que versaban sobre el mismo tema o sobre temas e instituciones colaterales. O simplemente volviendo a «inventar» el instituto, refundándolo sin darle ninguna continuidad basada en la idea y necesidad de perfeccionamiento normativo con miras al futuro desarrollo teórico y práctico.

No contento con esto, decíamos, el legislador reproduce la figura del arbitraje como «Jurisdicción Independiente» en la Constitución Política de 1993. Adicionalmente, vamos a tener en su momento la promulgación de la primera normativa general con rango de ley. Se trata de la primera expresión de autonomía legislativa que se inspira en el pensamiento libertario, en los términos a que hemos hecho referencia líneas arriba y donde se siguen los modelos del *Soft Law*. Pero éste es sólo el comienzo. ¿Podemos decir que se ha iniciado el camino de regreso a las ferias y los gremios? No lo creo.

Este arresto de autonomía se materializa recién en la Ley General de Arbitraje de principios de los años noventa,⁴¹ que después va a ser modificada o prácticamente sustituida por la Ley General de Arbitraje,⁴² en vigencia desde mediados de la misma década.

Sin embargo, una serie de amenazas se ciernen sobre esta iniciativa, porque los aires de raigambre libertaria parece que despiertan muchos temores y recelos en una sociedad post colonial y pre industrial como la nuestra; en especial, en un contexto que parece tener la necesidad patológica de subsumir o someter al arbitraje a las categorías estatista del proceso civil moderno.

Ahora bien, jurídicamente esto nos da un panorama muy interesante en cuanto al desarrollo del arbitraje en el Perú y su proyección.

⁴¹ El Decreto Ley n.º 25935 de 10 de diciembre de 1992.

⁴² La Ley n.º 26572 de 3 de enero de 1996.

Podríamos entonces perfectamente ratificar lo dicho por Alfredo Bullard y otros distinguidos expositores con los que tengo el honor de compartir esta mesa, en el sentido de que el camino de la autonomía del arbitraje está sustentado jurídicamente a través de las estructuras normativas que lo gobiernan.

Pero señoras y señores, ocurre que tenemos que ser realistas, lo cierto es que dichas estructuras se han manifestado mediante normas de distinto rango y con diversos contenidos y alcances en el tiempo. Y lo que en esencia demuestran, es la grave confusión del legislador y el desinterés jurídico o desidia intelectual por parte de los potenciales «actores arbitrales». Todo ello, sin tomar en cuenta la realidad de la praxis arbitral o con una exigua praxis arbitral verificable tenuemente hasta antes de principios de la década de los años noventa del Siglo XX.

Esta constatación nos da base para poner de manifiesto algo que nos preocupa mucho; es decir, la inconsistencia evolutiva del arbitraje como institución jurídica en el Perú y el efecto «antisistémico» que esto tiene para la futura proyección integral del instituto en el marco del Derecho. Es decir, de haberse seguido una regulación coherente a lo largo del tiempo, acompañando ello de incentivos a la praxis arbitral, probablemente el arbitraje tendría un alto desarrollo en nuestro medio. Por cierto, reitero, sigo acá la línea de pensamiento trazada por el Profesor Vinogradoff y sus reflexiones sobre la necesidad de preservar la consistencia jurídica de las instituciones para asegurar su sostenibilidad en el tiempo.

La inconsistencia se constata; por ejemplo, en aspectos puntuales como la regla constitucional que le confiere innecesariamente carácter jurisdiccional al Arbitraje,⁴³ en la coyuntura post dictatorial de fines de la década de los setenta en el Perú o, también se aprecia, de la ingenua o convenida predilección de algunos colegas para aplicar el Código Procesal Civil en los arbitrajes.

⁴³ Ver el artículo premonitorio de Juan Rivadeneyra Sánchez: RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan. «¿Jurisdicción Arbitral?». En *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Época, n.º 11, 1988, pp. 15-19.

Pero como el tiempo es escaso, no quisiera desperdiciarlo haciendo énfasis en el artículo 139 sobre Arbitraje como Jurisdicción Independiente. Reiteraré que éste, a mi parecer, simplemente «hiperconstitucionaliza» en forma absolutamente innecesaria al arbitraje peruano,⁴⁴ generando así sobre costos o costos innecesarios para su tramitación, eficacia y eficiencia.

De otro lado y como ya lo hemos señalado, es un hecho comprobable que el arbitraje nacional no se desarrolló a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 sino recién desde mediados de la década de los años noventa del siglo pasado. Es decir, dicho desarrollo se dio unos trece o catorce años después de la jurisdiccionalización y con mucha posterioridad a su «hiperconstitucionalización». Y esto precisamente no ocurrió por las «bondades» de los heterogéneos antecedentes normativos de la legislación vigente durante más de un siglo en el país.

Por esto, en vez de citar acá el artículo 139, prefiero destacar la norma constitucional que se refiere al Régimen Económico de la República y que, por ejemplo, consagra libertades económico comerciales en el artículo 62⁴⁵ y preserva la vigencia de las obligaciones asumidas dentro del marco jurídico económico. Éste es un correlato del precepto que señala que la iniciativa privada es libre y que en el Perú existe pluralismo económico. Es precisamente en este sector de la Constitución en el que se encuentra la base para el diseño y puesta en práctica de una política de Estado para el impulso del arbitraje en el Perú.

Se garantiza así la estabilidad de los contratos y de lo pactado por las partes, así como la imposibilidad de modificación de lo pactado, incluso mediante la promulgación de una ley posterior. Se trata en-

⁴⁴ En consecuencia, genera un espacio y base jurídica suficiente para la producción jurisprudencial que ha venido dando a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, como ocurrió, por ejemplo, en el Caso n.º 6167-2005; Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

⁴⁵ Constitución Política del Perú, 1993, Edición Oficial, Congreso de la República, pp. 35 y ss.

tonces de disposiciones que preservan la seguridad jurídica y que conforman el coherente «Hintergrund», el telón de fondo o fundamento de fondo económico jurídico para, a su vez, garantizar la seguridad del convenio arbitral y por ende, del arbitraje, del laudo y de sus efectos comerciales para las partes.

Ésta, a su vez, es una estructura jurídica constitucional consistente y armónica con el principio básico del *Pacta Sunt Servanda*,⁴⁶ el mismo que hace sostenible al convenio arbitral y que, entre otras características, garantiza su exigibilidad en diversos ordenamientos jurídicos. Tanto en lo que concierne a la obligación de cumplir con las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral como en lo que concierne a la obligatoriedad y carácter vinculante del laudo correspondiente.

Tenemos entonces en esta norma constitucional una base jurídica suficiente, eficiente y eficaz, propia del Derecho Natural, que nos sirve para proyectar al arbitraje en su adecuada dimensión y en forma armónica con las categorías jurídicas inherentes al Derecho Arbitral.

Nótese que por vía de la norma constitucional hacemos referencia y destacamos el valor de un principio jurídico como el *Pacta Sunt Servanda* y no nos respaldamos exclusivamente en la teoría contractualista ni en ninguna otra teoría. A fin de cuentas, las teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje solamente constituyen tesis que

⁴⁶ La fuente de este principio se encuentra en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico. En el caso del Derecho Internacional; por ejemplo, destaca su incorporación en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969. Su fórmula original, conforme fue promulgada en el Siglo XII por el Papa Gregorio IX en sus Decretos, era: *Pacta Quantumcunque Nuda Servanda Sunt*. Lo que se traduce como: «los pactos, aunque sean nudos, deben cumplirse». En el caso del Derecho Canónico, el principio es recogido en el código de Justiniano bajo lo siguiente fórmula: «*Sancimus Nemini Licere Adversus Pacta Sua Venire et Contrahentem Decipere*». Lo que se traduce como: "no se puede permitir a nadie que contravenga sus acuerdos (compromisos), causando perjuicio a su contraparte en el contrato." Cf. PARK, William; YANOS, Alexander; *Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration*; En: Hastings Law Journal; 58 Hastings L.J. 251; 2006, p. 297.

se discuten doctrinariamente y que son adoptadas para explicar imperfectamente lo que es el arbitraje, pero que no necesariamente expresan en su integridad al instituto.⁴⁷

Adicionalmente a la regla de la seguridad de los contratos y de las estipulaciones, que encontramos en sede constitucional y que deriva precisamente del principio antes citado, también tenemos en la misma Constitución las disposiciones referidas al arbitraje del Estado.

En donde, como sabemos, el Artículo 63 de la Constitución contiene reglas que presentan una importante evolución sobre la normativa históricamente ubicada en sede constitucional e inspirada en la Doctrina Calvo. En efecto, hoy se permite el arbitraje nacional e internacional del Estado, incluso en materia de inversiones y finanzas.⁴⁸

El arbitraje del Estado hoy en día en el Perú está claramente normado constitucional y legalmente. En consecuencia, el ordenamiento jurídico habilita el acceso directo del Estado al arbitraje, sin necesidad de autorizaciones previas y, evidentemente, dentro de lo límites que franquea la propia legislación nacional e internacional.⁴⁹

⁴⁷ Cf. HONG , Lin Yu. *Ibid.*

⁴⁸ Ver: KUNDMÜLLER, Franz. «El Arbitraje entre Estados e Inversionistas y la Doctrina Calvo en el Derecho Internacional de las Inversiones». En *Revista Athina*, n.º 3, Lima, octubre 2007, pp. 263-279

⁴⁹ La liberalización del acceso del Estado al arbitraje nacional e internacional, tiene un impacto económico significativo; en especial, debido a que la contratación del Estado se lleva a cabo en diversos sectores y comprende múltiples efectos y resultados, ya se trate de concesiones, privatizaciones, adquisiciones, entre otras. Destacan en la actualidad, por ejemplo, las reglas de arbitraje pactadas por los estados en los Acuerdos Internacionales de Inversiones. De otro lado, por experiencia propia debo destacar el incremento de la cantidad de casos arbitrales en el Perú, justamente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano. Esta norma fue promulgada a fines de los años noventa y en su momento generó un incremento significativo de casuística en el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, donde yo tenía a mi cargo la Secretaría General.

Es así como se han eliminado las restricciones para el desarrollo arbitral peruano. Estas restricciones han tenido originalmente dos vertientes o razones fundamentales. Esencialmente vamos a tener por un lado la falta de práctica o experiencia arbitral o, en todo caso, la práctica deficiente o incipiente del arbitraje.⁵⁰ Y de otro lado, tenemos las deficiencias o incongruencias normativas en la estructura jurídica nacional, que como vemos, también aportó lo suyo en la secuela del subdesarrollo arbitral peruano.

En este sentido, el Código Civil de 1984 encarnó la consumación de los elementos restrictivos, pero «jurídicamente perfectos» para el arbitraje, procediendo a reproducir las deficiencias de la Ley Española de la época. Esto ocurrió cuando incorporó a la estructura de las normas sobre arbitraje la dicotómica doctrina europea de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral.⁵¹

Pero, posteriormente, con la última globalización económica de fines del siglo pasado y como bien ha señalado el profesor Derains en su exposición, esta dinámica e influencia de lo global, va a tener un impacto importante en los ordenamientos jurídicos locales. En particular, a partir del empeño de hacer más competitivas a las economías nacionales y por ende, a los sistemas jurídicos locales.

En consecuencia, durante la última globalización se reintroduce el factor económico, y lo que vamos a hacer en países como el Perú es liberalizar los sistemas jurídicos. Esto incluye al arbitraje, dotándolo

⁵⁰ A lo que cabe agregar que, según Liendo: «*La historia del arbitraje en el Perú es una incógnita. No existe en la historiografía peruana una obra de conjunto que nos proporcione información respecto al desarrollo del arbitraje en el Perú*». Ver LIENDO, Mario. «El Arbitraje en el Perú Republicano del siglo XIX». En: *Revista del Magister en Derecho Civil*, Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 1, Lima, 1997, p. 142. Citado por CANTUARIAS; *Ibid.*

⁵¹ Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Reflexiones acerca de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral: Y después nos preguntamos por qué el Arbitraje funciona recién desde 1996». En *Arbitraje on Line*, Boletín Jurídico, Cámara de Comercio de Lima, año III, n.º 5, abril 2005.

de un régimen de autonomías y balances de poder así como de facilidades para la práctica arbitral. Lo económico, reiteramos, pasa a ser un protagonista en los ordenamientos jurídicos locales.

La Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, actualmente en vigencia, confirma la tendencia hacia la liberalización del arbitraje. Pero, debemos destacar que lo hace a partir de la teoría del Derecho Arbitral y no a partir de la teoría del Derecho Procesal. Éste es probablemente el principal aporte de la norma.

Pero, tenemos que entender las cosas en su adecuada dimensión jurídica, porque el arbitraje no es una fábula ni tampoco es una entelequia, puesto que tiene una estructura jurídica cuyas raíces económico-comerciales han sido comentadas líneas arriba y como se ha señalado, se extienden a lo largo de la historia de la civilización.

Entonces señores, hechas estas precisiones, acá me toca introducir una segunda metáfora. En efecto, me gusta mucho citar una referencia que hace el Profesor Fernando de Trazegnies en su libro de Responsabilidad Civil. No es la primera vez que lo hago. El autor introduce una deliciosa descripción hecha por un cronista durante los tiempos de la colonización.

El cronista, que si mal no recuerdo es Matienzo, escribe algo interesante sobre las llamas, al verlas por primera vez deambulando por las punas de nuestras tierras andinas. Señala el cronista en su relato que los nativos denominan a las ovejas «llamas». El cronista percibe que a las ovejas acá las denominamos llamas y a continuación describe lo que en su concepto es una oveja que ha sido denominada llama.

Dice el cronista que «son éstas de talle corto, barriga abultada y cuello largo»,⁵² pero para el cronista, simplemente son ovejas. Lo que

⁵² Transcribo la cita que hace el Profesor De Trazegnies: «Llaman los naturales a las ovexas, llamas [...] Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas [...].» En DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. IV, tomo I, 1988, p. 28.

pasó con el cronista es algo muy humano. Es decir, explicó la realidad a partir de sus paradigmas mentales previamente aprendidos. Un error común que se repite desde antes de los tiempos coloniales hasta la actualidad y que probablemente se repetirá en el futuro.

Qué curioso, precisamente ésta es la discusión que estamos presentando en este evento. Pero sinceramente pienso que el debate debió llevarse a cabo por lo menos a principios del siglo XX. En suma, es anacrónico que se de a estas alturas del siglo XXI.

Es decir, la discusión se debió producir en los tiempos en los que los debates sobre la naturaleza de las instituciones jurídicas se encontraban en el primer plano de la preocupación de juristas y entendidos, durante los procesos de formación de los Estados Nación. Hacerlo cuando asistimos a la disolución o transformación del concepto de Estado Nación como concepción jurídica unitaria deviene en anacrónico e innecesario.

Me explico, a principios del siglo XX asumimos un derrotero jurídico anti-arbitral en el Perú y en todos los países de América Latina.⁵³ Nosotros los peruanos no inventamos la pólvora del anti arbitraje. Fuimos parte de un proceso cuyas raíces son muy complejas y difíciles de explicar, pero que implican el encuentro de factores jurídicos, históricos, económicos y políticos, incluyendo la incorporación al sistema jurídico nacional de normativa ineficiente, como la española de los años ochenta.

Probablemente esta progresión de hechos tuvo que ver con la pulsión primigenia y típicamente inherente a las novísimas repúblicas pos coloniales de América Latina,⁵⁴ entre otros factores. En especial,

⁵³ Ver SANTOS BELANDRO, Rubén. *El Acuerdo de Arbitraje Oral y el Derecho Positivo Latinoamericano*. En *Revista Servilex* del 3 de noviembre de 2003; En http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/formaconvenio_arbitral.php

⁵⁴ Ver MC MICHAEL, Philip. *Development and Social Change*; California, London, New Delhi: *Pine Forge Press*, 2000.

probablemente influyó mucho la necesidad de preservar la soberanía en la concepción del Siglo XIX, concentrando todo el poder en el ámbito estatal, incluyendo el poder de resolver conflictos y controversias.

Quiero redondear lo dicho señalando que, para poder hacer una reflexión integral de lo que es la proyección y el futuro del arbitraje en el Perú, tenemos que ser conscientes de que las respuestas se integran a partir de una perspectiva jurídica, económica y política, que no puede ignorar la historia pero que se orienta a la comprensión del instituto en el Siglo XXI.

En consecuencia, dichas respuestas no se integran exclusivamente a partir de lo que diga un Código Procesal, un Código Civil, una Constitución o una Ley. Los tres factores; reitero, lo jurídico, lo económico y lo político, son fundamentales en la concepción y proyección futura de cualquier institución jurídica, pues contribuyen a la creación de su consistencia.

En lo jurídico, lo que podemos identificar claramente en el derrotero del derecho nacional y no obstante el tratamiento heterogéneo del instituto así como las limitaciones propias del entorno, existe una tendencia a favor de la autonomía del arbitraje donde resalta el valor y la importancia del *Pacta Sunt Servanda*.

Es más, esa tendencia se confirma con el interesante y reciente trabajo de la Comisión de Reforma de la Ley General de Arbitraje,⁵⁵ donde están reflejadas distintas posiciones. Pero, el tema de fondo es que, no obstante las distintas posturas, existe una tendencia a favor de reforzar la autonomía arbitral en una estructura conceptual que comprende elementos balanceados entre sí, pesos y contrapesos para el desarrollo de la práctica arbitral.

⁵⁵ Ver Proyecto Modificatorio: http://www.limaarbitration.net/PROYECTO_MODIFICATORIO_LGA.pdf; Ver Exposición de Motivos del Proyecto: http://www.limaarbitration.net/EXPOSICION_DE_MOTIVOS_LGA.pdf; Ver Resolución Ministerial: http://www.limaarbitration.net/normas/rm_251_2006_jus.pdf

No obstante ello, también es cierto que en lo jurídico también encontramos una marcada tendencia o concepción «jurisdiccionalizante» del arbitraje, que proviene ni más ni menos de la propia Constitución Política y que ha dado lugar a una migración de conceptos y categorías procesales hacia el arbitraje, incluso a partir de sentencias del Tribunal Constitucional. El futuro jurídico del arbitraje implicará su desjurisdiccionalización, en la medida que ello se justifique jurídica y económicamente.

Adicionalmente y siguiendo con los aspectos jurídicos, se ha dicho en este foro que la Jurisdicción Estatal está trabajando jurisprudencialmente el tema arbitral. Debemos reconocer que hoy lo viene haciendo con mucha eficiencia y dedicación. En los últimos años tenemos una producción jurisprudencial importante, al margen de que podamos discrepar del uso de una serie de conceptos.

Lo cierto es que existe un desarrollo jurídico en el tratamiento del arbitraje en la jurisprudencia estatal, que no se registraba en el país hace apenas unos diez años; en especial, en materia de impugnación de laudos resolviendo los recursos de anulación. Pero hay que dejar que esto madure y siga generando los aportes correspondientes.

Resulta fundamental entender que la Jurisdicción Estatal tiene un rol fundamental que cumplir en el desarrollo del arbitraje y no puede ir «*in toto*» por cuerda separada. Tengamos en cuenta que existen figuras de auxilio jurisdiccional en el arbitraje. Además de ello, está la ejecución judicial forzosa de los laudos o los medios impugnativos del laudo. Debe haber entonces un dialogo permanente entre la jurisdicción estatal y el arbitraje.

De otro lado, en lo político podemos observar algunos problemas, porque es difícil identificar cuál es la voluntad política para impulsar el arbitraje en el Perú y es bien fácil darse cuenta que eso es así. Si hacemos un análisis elemental, vamos a ver que probablemente a nivel del Estado, en el Poder Ejecutivo existe una perspectiva del arbitraje, en el Poder Judicial existe otra perspectiva del arbitraje y en el Congreso de la República, existe otra perspectiva del arbitraje. En

todos estos ámbitos existe una equivocada vocación por «refundar» el arbitraje.

Esto tendrá que ir cambiando, de modo tal que sea posible identificar en el futuro la política única de tratamiento del tema; en especial, para preservar sus ventajas y aspectos positivos, pero también para prevenir las amenazas y las tendencias que pueden implicar una involución del instituto así como los efectos económicos negativos que dicha involución entraña.

Finalmente, en el ámbito económico tenemos que trabajar en el eje nacional doméstico y tenemos que trabajar pensando en el eje de la globalización. Lo primero tiene que ver con la consolidación de diversas competencias arbitrales especializadas en el ámbito local, tanto en lo que concierne al arbitraje donde el Estado es parte como en lo que concierne al arbitraje comercial privado. La práctica arbitral nacional ofrece un interesante espacio de experiencias en estos ámbitos económicos.

De otro lado tenemos el arbitraje comercial internacional entre privados y el arbitraje entre inversionistas y Estados. Este último es en este momento un medio estratégico de solución de controversias, que requiere del interés y de la preocupación principal de los distintos sectores de la vida nacional.

Requiere de un tratamiento prioritario porque como sabemos todos, el Perú es un país que según algunas fuentes tiene un déficit en materia de inversión que oscila aproximadamente entre treinta y cuarenta mil millones de dólares.⁵⁶ Dentro de este difícil escenario, la atracción de las inversiones para la promoción del desarrollo nacional resulta crucial.

⁵⁶ Ver Du Bois, Fritz y Javier TORRES. «Déficit y Sobrecostos de la Economía Peruana». En *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Invierno 2006, p. 7.

Yo me temo que esto no ha sido adecuadamente comprendido en nuestro país. Se trata de algo en lo que hay que trabajar de manera intensiva para tener una visión clara de cuál es la política nacional en la materia y cómo dicha política nacional tiene una expresión transversal que se expresa en ámbitos estratégicos como la promoción de inversiones y el desarrollo nacional. Pero también se expresa en la paulatina proliferación de competencias arbitrales especializadas en ámbitos económicos específicos.

Y para cerrar el tema, justamente esto es lo que quería reforzar, ¿cuál es la política nacional para el desarrollo del arbitraje en el Perú? Sin duda alguna el Perú ha sido tremadamente agresivo en el desarrollo del arbitraje, pero lo ha sido en forma tácita y en parte lo ha sido por inercia o por el proceso de transnacionalización jurídica de los últimos tiempos.

Esto se ha dado principalmente a través de una presencia del arbitraje en el proceso de liberalización jurídica y económica vivido a lo largo de los últimos diez o quince años en el país, pero no se ha dado porque los actores políticos o los legisladores de turno hayan aportado activamente en el proceso, actuando con una orientación específica para el logro de metas y objetivos en el tiempo.

De otro lado, también es cierto que esta liberalización se ha expresado en la modernización del marco jurídico. Aunque me parece que no es posible sostener dicha modernización en el tiempo, sin contar con una política nacional coherente y consistente sobre la materia.

Entonces, lo que se requiere es seguir trabajando dentro de este horizonte y ver las proyecciones positivas del arbitraje en los tres ámbitos acá planteados, equilibrando aspectos jurídicos, económicos y políticos. En la actualidad, eso no se está haciendo. En consecuencia, la consistencia del instituto se encuentra en grave riesgo, mientras se incrementan las probabilidades y condiciones a favor del subdesarrollo arbitral peruano.

Finalmente, la referencia a la figura mitológica de *Procusto* así como la reflexión a partir de lo que ocurre con los paradigmas que gobiernan el pensamiento de los juristas que hasta ahora actúan como Matienzo cuando se encuentran frente al arbitraje, nos permiten introducir algunos factores adicionales de reflexión y nos dan la base para expresar nuestros mejores deseos para que no sigamos mezclando y confundiendo instituciones jurídicas.

En suma, entendamos de una vez que el futuro del arbitraje lo construimos hoy y que confundiendo a las ovejas con las llamas se perjudica gravemente el devenir del instituto, su seguridad jurídica y su utilidad práctica. Lo único que se va a obtener como resultado de esto es un arbitraje disminuido a su mínima expresión que no satisface los requisitos técnicos y jurídicos inherentes al Derecho Arbitral contemporáneo.

Entendamos también que la confusión produce una serie de impactos negativos y sobrecostos innecesarios para los usuarios así como para los actores económico comerciales, locales o extranjeros, pues incentiva perversamente a que se genere una situación de inferioridad del arbitraje peruano, frente a las tendencias globales que podemos observar en la regulación y práctica arbitral.

No quiero seguir abusando de la paciencia de ustedes y les agradezco por su atención. Agradezco nuevamente a los organizadores por tan gentil invitación.

Muchas gracias.

EL FUTURO DEL ARBITRAJE EN EL MUNDO

Bertrand Derains

EL FUTURO DEL ARBITRAJE EN EL MUNDO

*Bertrand Derains**

Sumario: 1. Las razones del éxito del arbitraje internacional: Su anticipación del fenómeno de la globalización.— 2. Los desafíos que encuentra el arbitraje internacional: El precio de su éxito.

Es tradicional observar que el arbitraje internacional ha conocido un desarrollo muy importante desde los años setenta y, si como lo decimos en Francia, es «el modo normal de resolución de los conflictos comerciales internacionales», no se entiende a primera vista por qué dicho desarrollo no se mantendría en el contexto de globalización en el cual vivimos. Esa globalización no sólo se manifiesta en un incremento de los intercambios comerciales que resultan, por parte de ellos, en conflictos que son el objeto mismo del arbitraje internacional. Así como lo observaba el Profesor Fouchard ya en 1999,¹ puesto que la globalización se integra de una liberalización o desreglamentación de la economía, tiene que apoyarse en el arbitraje que es una manera de evitar la intervención de los jueces y otras autoridades estatales y al mismo tiempo intensifica el desarrollo del arbitraje y refuerza su autonomía.

Sin embargo, si el éxito del arbitraje es cierto y se explica por su adaptación a la globalización, este éxito mismo es la causa de desafíos que el arbitraje va a deber aceptar en el futuro.

* Miembro Asociado de Derains & Associés, París.

¹ FOUCHARD Philippe. *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, in Droit de l'arbitrage Droit du Commerce International*, p. 471, parágrafo 16.

1. LAS RAZONES DEL ÉXITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL: SU ANTICIACIÓN DEL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

- a) El éxito del arbitraje se puede leer en las estadísticas de las grandes instituciones de arbitraje. Así, cuando el número de nuevas demandas de arbitraje dirigidas a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en 1968 era de 100, se ha elevado casi continuamente desde esa fecha —con solamente una disminución en 2003 y 2004— para ascender a 593 en 2006.² El sitio web de la LCIA indica un incremento de las nuevas demandas del 13% entre 2005 y 2006.

Evidentemente, no tenemos ninguna estadística para los arbitrajes *ad-hoc*, pero las personas que practican regularmente el arbitraje internacional confirmán su vitalidad.³

Más interesante que el incremento del número de demandas de arbitraje, es la extensión de la zona geográfica de origen de los usuarios del arbitraje. Según las estadísticas de la CCI sobre las demandas de 2006, aproximadamente el 5% de las partes eran originarias de África, el 13% de América Latina y del Caribe, el 16% de Asia y el 14% de Europa central y oriental. En sus comentarios, la Corte de Arbitraje observa que el porcentaje de partes originarias de Europa occidental, aunque su número está creciendo, nunca fue tan débil.

- b) Este desarrollo se puede explicar por la capacidad del arbitraje de proponer un régimen jurídico y un procedimiento, del cual se tratará a continuación, que satisface los usuarios del arbitraje y que fue posible instituir gracias a la adaptación de los derechos nacionales, al principio en Europa y particularmente en Francia y después en numerosos países de África —como Egipto, Asia, Hong-Kong y América Latina—.

² *Bulletin CCI*, n.º 2, vol. 18, 2007.

³ Por ejemplo, GELINAS, Fabien. «Arbitration and the Challenge of Globalization». En *J. Int'l Arb.* 17[4], p. 117.

En los años sesenta, el ámbito del arbitraje internacional estaba limitado a los países de Europa Occidental y de América del Norte. Hoy día, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que como lo saben, permite el desarrollo del arbitraje facilitando la ejecución del laudo sin la cual no sería nada más que un papel inútil, ha sido ratificada por 142 países. También, el éxito de la Convención de Washington sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ratificada por 143 países es bien conocida a pesar de las críticas emitidas de vez en cuando y de la denunciación de la Convención por Bolivia en mayo del 2007. Se puede también citar la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida por sus siglas en inglés, como la Ley Modelo UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law), que ha inspirado Estados de todas las regiones.

Las características de las leyes modernas favorables al arbitraje son bien conocidas y no creo necesario discutirlas ahora. Son, entre otros, los principios de autonomía, o «separabilidad» del convenio arbitral, el principio de *competencia-competencia* que autoriza, mejor dicho, obliga a los árbitros a decidir sobre su propia competencia y que permiten el desarrollo del procedimiento arbitral en una casi independencia del derecho del país de la sede del arbitraje.

Como lo he dicho, no entiendo discutir estos principios sino para destacar que el movimiento de autonomización y de favor al arbitraje se continúa en un contexto de competencia entre los países para atraer arbitrajes.

Así, la Corte de Casación francesa, en un caso «NIOC» del año 2005⁴ aceptó que las cortes francesas tienen competencia como jueces de apoyo —o de ayuda al arbitraje— para la constitución del tribunal arbitral

⁴ Cour de Cassation (1^{ère} Ch. Civ.), 1 de febrero de 2005. En *Rev. Arbitrage*, 2005, n° 1, p. 218.

en un arbitraje donde las partes no habían pactado la sede y, por lo tanto, en principio, no existía competencia del juez francés.⁵ El motivo de la decisión es que las partes de un convenio arbitral tienen en razón de ello un derecho al arbitraje, sin necesidad siquiera de preocuparse por las normas procesales aplicables al mismo y sin dar importancia al lugar del arbitraje; la violación de este derecho al arbitraje sería una «denegación de justicia», contraria al orden público internacional, que justifica la competencia del juez francés.

El 6 de octubre de 2006, en reacción a una decisión de la Corte Suprema, Suiza ha modificado su derecho del arbitraje para reforzar el poder de los tribunales arbitrales de decidir sobre su competencia, según el principio de *compétence-compétence*. En un caso fomento de fecha 14 de mayo de 2001,⁶ la Corte Suprema había decidido que los árbitros no podían fallar sobre su competencia cuando el litigio fuera sometido a un tribunal extranjero antes de ser sometido al tribunal arbitral. La modificación de la ley derrumba esta jurisprudencia, añadiendo al artículo 186 de la Ley de Derecho Internacional un apartado *1bis* nuevo que autoriza el tribunal arbitral «a fallar sobre su competencia sin dar consideración a una acción que tiene el mismo objeto ya pendiente en otro tribunal estatal o arbitral [...]. El motivo de esta modificación legislativa es que la decisión de la Corte Suprema afectaba la confianza que tenían los usuarios de arbitraje en Suiza como sede de arbitrajes y que esta «actividad de servicio es importante, tanto del punto de vista económico como por la imagen internacional de Suiza».

En este contexto, no se ven razones por las cuales el desarrollo del arbitraje se interrumpiría. Ahora bien, este desarrollo mismo es la causa de dificultades que encuentra el arbitraje y que pueden agravarse en el futuro.

⁵ Según el artículo 1493 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, las cortes francesas tienen competencia como jueces de apoyo para la constitución del tribunal arbitral cuando la sede del arbitraje es en Francia o cuando la ley de procedimiento es la ley francesa.

⁶ ATF 127 III 279.

2. LOS DESAFÍOS QUE ENCUENTRA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL PRÉCIO DE SU ÉXITO

Estos desafíos son principalmente el resultado del éxito del arbitraje internacional e integran dificultades que resultan tanto del insuficiente número de especialistas como de una complejidad incrementada del procedimiento por motivo de la creciente integración de partes con orígenes diferentes.

- a) Una primera pregunta que podemos hacer es la de saber si los especialistas, tanto los abogados como los árbitros que frecuentemente son las mismas personas, van a poder satisfacer la demanda de servicios de arbitraje pedida por las partes. El arbitraje no sólo es un servicio para el mercado económico, sino también un mercado en sí y, si me permiten dar el ejemplo de mi país, todos los grandes bufetes de abogados, especialmente del mundo anglosajón han creado departamentos de arbitraje que, para algunos de ellos, pueden integrar decenas de juristas. El número de congresos sobre arbitraje, como el que nos reúne hoy, organizados por todas partes del mundo, demuestra también el interés de la profesión jurídica para el tema.

Sin embargo, este interés no puede ser suficiente. El desarrollo del arbitraje agrupa a especialistas que no sólo tienen un buen conocimiento del derecho, sino también son reconocidos en el mundo del arbitraje e inspiran la confianza de las partes. Se necesita tiempo para establecer esta confianza y si no tengo conocimiento de un arbitraje que no se pudo desarrollar por la imposibilidad de encontrar abogados con experiencia suficiente, no se puede excluir el hecho de que la reunión de los especialistas en un número relativamente pequeño de grandes bufetes con decenas de oficinas en varios países y numerosos clientes en varias áreas de práctica resulte en conflictos de intereses difíciles de solucionar.

El problema es más crítico para los árbitros. Son pocos ahora los que tienen la experiencia necesaria para arbitrar conflictos comple-

jos y de gran amplitud económica y, por consecuencia, tienen un programa de trabajo tan cargado que, junto con el alargamiento de las audiencias, eso provoca una disminución de la rapidez del arbitraje por falta de disponibilidad de los árbitros. Como lo veremos a continuación, las principales críticas del arbitraje por parte de sus usuarios están dirigidas a la lentitud del procedimiento y a su costo. Entonces, el futuro del arbitraje se funda parcialmente sobre la capacidad de las instituciones de arbitraje de formar y nombrar a árbitros jóvenes y sobre la aceptación por las partes de tales designaciones.

- b) En la práctica del arbitraje internacional, el procedimiento tiene rasgos que provienen tanto de la tradición de los países de derecho civil como de los países de *Common Law*.

Para limitarme a algunos ejemplos, la práctica relativa a la presentación de la prueba documental tiene sus raíces en la tradición civilista, en la cual cada parte debe aportar la prueba de lo que está alegando. Sin embargo, aunque de modo limitado, el procedimiento se inspira de la tradición de *Common Law* para reconocer más fácilmente que en los países de tradición civil el derecho de una parte a recibir documentos que se encuentran bajo el control de la parte contraria. Al contrario de lo que hace para la prueba documental, la práctica del arbitraje en materia de prueba testifical se inspira de la tradición de *Common Law*. Todas las personas pueden declarar ante los árbitros, aunque no se cualificarían como testigos en derechos de tradición civil por motivo que son dependientes de una de las partes o tienen intereses en el litigio. Los *witnesses* son interrogados por los abogados de las partes, como en la tradición de los países de *Common Law*. Sin embargo, su espíritu está traicionado, pues la *direct examination* está reemplazada por una declaración escrita y los árbitros intervienen en los interrogatorios, haciendo preguntas a los testigos e imponiendo restricciones de tiempo.

Como lo pueden ver, el resultado de la estandarización del procedimiento es un sincretismo que toma tanto la tradición civil como a

la tradición de *Common Law*. Fue permitido por la autonomía del derecho del arbitraje y la libertad de las partes para determinar el proceso arbitral y por el principio, ahora no controvertido, que el Derecho Procesal del lugar del arbitraje carece de vocación alguna para regular el arbitraje. Asimismo, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en su artículo 15, indica que «el procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje». Soluciones idénticas o similares se encuentran en otros Reglamentos y el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Si la estandarización sincrética del procedimiento arbitral probablemente forma una de las razones del éxito del arbitraje internacional, ha resultado con la complicación creciente de los arbitrajes, en la pesadez de la mayoría de los procedimientos arbitrales y, por consiguiente, en costos mayores y prolongaciones del arbitraje denunciados por las partes. Este fenómeno se explica por una yuxtaposición, aunque sea parcial, en la que fueron edulcoradas las dos tradiciones, tomando los puntos fuertes de cada una, a costa de numerosas repeticiones: después de intercambios de escritos y de documentos (tradición de Derecho Civil) que pueden durar cerca de un año (demanda, respuesta, réplica y dúplica), se organiza una audiencia de testigos de al menos una semana, y a menudo de dos o tres, cuya preparación es larga y costosa. Después se organizan audiencias de alegatos orales o nuevos intercambios de escritos, sino los dos.

Como lo ha escrito recientemente Yves Derains, «esta pléthora de costos es evitable. El remedio no consiste en escoger entre las dos tradiciones, sino en tomar de cada una de ellas únicamente lo que resulta estrictamente necesario, habida cuenta del fondo de cada caso». Esta

⁷ DERAINS, Yves. «La Estandarización del Procedimiento Arbitral: ¿Es ineluctable? ¿Es positiva?». En *Arbitraje Internacional, tensiones actuales*, pp. 157 y 169.

cuestión es el objeto de una importante reflexión de parte de los especialistas y usuarios del arbitraje. Una *task force* organizada por la CCI y presidida por el señor Newmark y el mismo Yves Derains, acaba de redactar un informe sobre las técnicas para dominar la duración y los gastos en el arbitraje. La perennidad del interés de los usuarios por el arbitraje, de preferencia a otros modos de resolución de los conflictos, como los ADR, depende de esta reflexión y de la eficiencia del mismo.

En conclusión, el futuro del arbitraje internacional parece prometedor en el contexto actual de globalización de la economía mundial. Sin embargo, un nuevo desarrollo depende tanto de la evolución de los derechos nacionales y de la conservación de una reglamentación favorable, como de la capacidad de los usuarios del arbitraje de adaptar sus prácticas al incremento del número de arbitrajes y su complicación creciente.

PONENCIAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE 2007
se terminó de imprimir en el mes de
setiembre de 2008, en F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220 Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, Telefax: 447-7630
Lima 33, Perú